

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



**VNiVERSiDAD  
D SALAMANCA**

TESIS DOCTORAL

**LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS  
CONTRATOS Y EL CONTROL DEL CONTENIDO  
FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS**

**CARLOS RENÉ MORALES QUINTANILLA**

Dirigida por el Profesor  
Dr. D. JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ



# ÍNDICE

|                    |   |
|--------------------|---|
| ABREVIATURAS ..... | 7 |
| INTRODUCCIÓN.....  | 9 |

## CAPÍTULO I ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

|  |    |
|--|----|
| 1. Introducción. ....  | 13 |
| 2. Ventajas por la utilización de condiciones generales.....   | 14 |
| 3. Aclaración terminológica. Contrato de adhesión y contrato celebrado bajo condiciones generales .....                                  | 20 |
| 4. Libertad contractual y autonomía privada.....   | 23 |
| 5. Necesidad de protección de adherentes. Déficit de autonomía privada. Enfoques..   | 27 |
| 5.1. Enfoque tradicional. Libertad contractual y autonomía de la voluntad en la teoría tradicional del contrato. ....                    | 28 |
| 5.1.1. Presupuestos de la libertad contractual: Negociación, igualdad de las partes y paridad de poder negocial.....                     | 28 |
| 5.1.2. Contratación en masa. Falta de negociación, desigualdad de las partes y disparidad de poder negocial.....                         | 30 |
| 5.1.3. Crítica a enfoque tradicional.....  | 34 |
| 5.2. Enfoque desde el punto de vista de la función económica del contrato..  | 36 |
| 5.2.1. Dimensión económica del contrato. ....  | 36 |
| 5.2.2. Competencia empresarial y autodeterminación. Mercado como control de contenido.....   | 41 |
| 5.2.3. Irrelevancia de disparidad de poder y falta de discusión o regateo para realizar un acto de autodeterminación.....                | 43 |
| 5.2.4. Sólo algunos aspectos de las ofertas contractuales son valorados. Prestaciones principales.....                                   | 47 |
| 5.2.5. Aspectos contractuales que no son leídos ni valorados por los adherentes. Condiciones generales.....                              | 48 |
| 5.2.6. Presupuesto para existencia de competencia empresarial: elección racional de ofertas. ....  | 51 |
| 5.2.7. Explicaciones a la falta de valoración y comparación. Altos costes de transacción y racionalidad limitada de los individuos. .... | 54 |
| 5.2.8. La reputación no compele a los predisponentes a mejorar condiciones generales. Inefectividad de <i>watchdog groups</i> . ....     | 73 |

|         |  |     |
|---------|--|-----|
| 5.2.9.  | Existencia de libertad contractual y ausencia de autodeterminación en la adhesión a condiciones generales. ....                                      | 77  |
| 5.2.10. | Adhesión es consentimiento. ....   | 79  |
| 5.2.11. | Vulnerabilidad de adherentes ante la falta de autodeterminación. Incorporación de cláusulas desequilibradas. ....                                    | 81  |
| 5.2.12. | Doctrina que atribuye supuestos beneficios de cláusulas favorables a empresarios y que promueve la abstención del control legal del contenido. ....  | 88  |
| 5.2.13. | Conclusión. Necesidad de protección a los adherentes. ....   | 95  |
| 6.      | Medidas alternativas al control legal de contenido. ....   | 95  |
| 6.1.    | Reglas generales del Código Civil. ....  | 96  |
| 6.2.    | Deber de suministro de información ( <i>Disclosure</i> ). Control de inclusión. ....   | 99  |
| 6.2.1.  | Breve explicación sobre medidas que incrementan el deber de información. ....  | 99  |
| 6.2.2.  | Crítica al deber de información o transparencia. Inutilidad. ....  | 102 |
| 6.2.3.  | Crítica al deber de información. Consecuencias perniciosas para adherentes. ....   | 105 |
| 6.2.4.  | ¿Es mejor prescindir de deberes de información sobre condiciones generales? ....   | 110 |
| 6.3.    | Derecho de desistimiento o arrepentimiento ( <i>cooling off period</i> ). ....   | 112 |
| 6.4.    | Conclusión: necesidad de control legal de contenido. ....  | 115 |
| 7.      | Errores estatales en la identificación del problema y extralimitación en la aplicación de medidas legales no justifica no intervención estatal. .... | 117 |
| 8.      | Antecedentes normativos y legislación actual sobre control general de condiciones generales en el Derecho español. ....                              | 119 |

## **CAPÍTULO II**

### **ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONTENIDO**

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 1.     | Introducción .....                             | 127 |
| 2.     | Ámbito objetivo. ....                          | 128 |
| 2.1.   | Condiciones generales de la contratación ..... | 130 |
| 2.1.1. | Contractualidad. ....                          | 130 |
| 2.1.2. | Predisposición. ....                           | 134 |
| 2.1.3. | Imposición, rigidez o inevitabilidad. ....     | 137 |
| 2.1.4. | Generalidad o uniformidad. ....                | 151 |
| 2.2.   | Cláusulas no negociadas individualmente .....  | 154 |
| 2.3.   | Prácticas no consentidas expresamente. ....    | 165 |

|        |   |     |
|--------|---|-----|
| 2.4.   | Carga de la prueba de las condiciones generales. ....   | 173 |
| 3.     | Cláusulas no sometidas control de contenido. ....   | 176 |
| 3.1.   | Cláusulas seleccionadas. Prestaciones principales y otros aspectos del contrato. ....                                     | 176 |
| 3.1.1. | Cláusulas que regulan prestaciones principales o elementos esenciales. ....   | 177 |
| 3.1.2. | Criterios doctrinales y jurisprudenciales para determinar cuándo un aspecto forma parte de una prestación principal. .... | 200 |
| 3.1.3. | Otras cláusulas seleccionadas. Garantías. ....  | 219 |
| 3.1.4. | Conclusiones. ....  | 223 |
| 3.2.   | Cláusulas discutidas o regateadas. ....   | 225 |
| 3.3.   | Cláusulas elaboradas por terceros. ....   | 232 |
| 3.4.   | Cláusulas declarativas. ....  | 234 |
| 4.     | Ámbito subjetivo. ....  | 237 |
| 4.1.   | La problemática de las condiciones generales no es exclusiva de consumidores. ....  | 237 |
| 4.2.   | Ámbito subjetivo del TRLCU. ....  | 241 |
| 4.2.1. | Consumidores. ....  | 242 |
| 4.2.2. | Empresarios. ....   | 258 |
| 4.3.   | Ámbito subjetivo de aplicación de LCGC. ....  | 263 |
| 4.3.1. | Predisponentes. ....  | 264 |
| 4.3.2. | Adherentes. ....  | 265 |

### **CAPÍTULO III CONTROL DE CONTENIDO**

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 1.   | Introducción. ....   | 267 |
| 2.   | Cláusula general (Art. 80.1.c) y 82.1 TRLCU). ....                                       | 269 |
| 2.1. | Sistema estadounidense. <i>Unconscionability doctrine</i> . ....                         | 272 |
| 2.2. | Buena Fe. ....   | 280 |
| 2.3. | Desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones. ....                                  | 290 |
| 3.   | Algunos ejemplos de aplicación de la cláusula general para el examen de abusividad. .... | 303 |
| 3.1. | Cláusulas de sumisión expresa. ....  | 303 |
| 3.2. | Cláusula penal por incumplimiento del adherente. ....                                    | 309 |
| 3.3. | Convenios arbitrales. ....   | 314 |

|        |  |     |
|--------|--|-----|
| 3.4.   | Influencia de la normativa sobre prácticas desleales en el examen de abusividad por desequilibrio objetivo de condiciones generales. ....                                | 326 |
| 4.     | Listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas (Art. 82.4, y 85 al 90 TRLCU. ....  | 328 |
| 4.1.   | Sobre el sistema dual de cláusula general y listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Problemática a raíz de la redacción del TRLCU. ....                  | 329 |
| 4.1.1. | Reseña histórica del listado y del sistema dual en el ordenamiento jurídico español y comunitario. ....  | 329 |
| 4.1.2. | Sistema dual de cláusula general y listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Beneficios del sistema. ....  | 332 |
| 4.1.3. | Confusión originada por nueva redacción de las normas que contienen el listado a raíz de la creación del TRLCU. ¿Persiste el sistema dual?.....                          | 336 |
| 4.1.4. | Sobre la delegación legislativa y en particular sobre la refundición de leyes. Límites y consecuencias de la extralimitación del ejercicio del legislador delegado. .... | 338 |
| 4.1.5. | Aplicación a lo sucedido en la creación del TRLCU. Interpretación conforme a la Constitución. ....   | 342 |
| 4.2.   | Sobre la naturaleza <i>gris</i> o <i>negra</i> del listado. ....   | 347 |
| 4.2.1. | Naturaleza del listado de la Directiva 93/13/CEE. Su trasposición en diversos ordenamientos jurídicos europeos. ....   | 347 |
| 4.2.2. | Naturaleza del listado regulado en el TRLCU ....   | 352 |
| 5.     | Cláusulas abusivas por defectos de transparencia. Examen de abusividad de cláusulas que regulan prestaciones principales de contratos. ....                              | 356 |
| 5.1.   | Deber de transparencia. Información de aspectos relevantes del contrato. ...   | 359 |
| 5.2.   | Insuficiencia de remedios legales distintos al control de abusividad. ....   | 371 |
| 5.3.   | Asidero legal del deber de transparencia intenso sobre prestaciones principales y demás aspectos relevantes. ....  | 375 |
| 5.4.   | Aplicación del examen de abusividad a cláusulas con defectos de transparencia. ....  | 377 |
| 5.4.1. | Ámbito objetivo. ....  | 377 |
| 5.4.2. | Examen de abusividad. ....   | 385 |
| 5.4.3. | Eliminación de la ocultación u oscuridad. ....   | 396 |
|        | CONCLUSIONES .....   | 401 |
|        | BIBLIOGRAFÍA .....   | 409 |
|        | JURISPRUDENCIA CITADA .....  | 431 |

## ABREVIATURAS

|                        |   |
|------------------------|---|
| AC.....                | Actualidad Civil  |
| AGBG.....              | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación)  |
| AP.....                | Audiencia Provincial  |
| ArC.....               | Aranzadi Civil  |
| BEUR.....              | Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja   |
| BGB .....              | Bürgerliches Gesetzbuch   |
| BIM.....               | Boletín de Información Mercantil  |
| BOCG.....              | Boletín Oficial de las Cortes Generales   |
| CC .....               | Código Civil  |
| CCom.....              | Código de Comercio  |
| CCJC.....              | Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil   |
| CE.....                | Constitución Española   |
| Directiva 2011/83/UE.. | Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 199/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/Ce del Parlamento Europeo del Consejo |
| Directiva 93/13/CEE... | Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores   |
| DSCD.....              | Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados  |
| EC .....               | Estudios sobre Consumo  |
| EM .....               | Exposición de Motivos   |
| ERPL.....              | European Review of Private Law  |
| EUA.....               | Estados Unidos de América   |
| JCP.....               | Journal of Consumer Policy  |
| KSchG.....             | Konsumentenschutzgesetz (Ley austríaca para la protección de los consumidores)  |
| LCGC.....              | Ley de Condiciones Generales de la Contratación   |
| LGDCU.....             | Ley para de la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la cual ahora formar parte del TRLCU   |
| LOPJ.....              | Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985   |
| PECL.....              | Principles of European Contract Law   |

|                |   |
|----------------|---|
| PDDC 2008..... | Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores COM (2008) 614 final |
| R2ndC.....     | Restatement (Second) of Contracts   |
| RAP.....       | Revista de Administración Pública   |
| RES.....       | Revista Española de Seguros   |
| RCDI.....      | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario   |
| RDAC .....     | Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo.                        |
| RDM.....       | Revista de Derecho Mercantil  |
| RDNT.....      | Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías   |
| RDP.....       | Revista de Derecho Privado  |
| RDPT.....      | Revista de Derecho Patrimonial  |
| RGLJ.....      | Revista General de Legislación y Jurisprudencia   |
| RJ.....        | Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi   |
| RJC.....       | Revista Jurídica de Catalunya   |
| RJN.....       | Revista Jurídica de Notariado   |
| RTDC.....      | Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia  |
| SAP.....       | Sentencia de la Audiencia Provincial  |
| SJCA.....      | Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo.   |
| SJM.....       | Sentencia del Juzgado de lo Mercantil   |
| SJPI.....      | Sentencia del Juzgado de Primera Instancia  |
| STC.....       | Sentencia del Tribunal Constitucional   |
| STJCE.....     | Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas  |
| STJUE.....     | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.   |
| STS.....       | Sentencia del Tribunal Supremo  |
| TC.....        | Tribunal Constitucional   |
| TRLCU.....     | Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias      |
| TS.....        | Tribunal Supremo  |
| UCC.....       | Uniform Commercial Code estadounidense.   |
| UCTA.....      | Unfair Contract Terms Act del Reino Unido.  |
| UTCCR.....     | Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations del Reino Unido  |



## INTRODUCCIÓN

La existencia legal de la libertad contractual, fundamento del Derecho privado, debería ser suficiente para que las partes acuerden un contenido justo del contrato. Sin embargo, en la práctica diaria de las personas se demuestra que es insuficiente. Dejar a los individuos sin protección especial produce situaciones en la que los sujetos se vinculan a condiciones que no valoraron previamente a la celebración del contrato. Situación que puede ser aprovechada por la parte contraria mediante la incorporación de condiciones perjudiciales para el adherente, y posteriormente invocar el predisponente la validez de las mismas basándose en ser producto de la libertad contractual de ambas partes.

Cada día se celebran contratos, cuando se aborda un autobús de transporte público, se compran entradas al cine o teatro, se adquieren periódicos, etc., los cuales en su gran mayoría contienen condiciones generales. Los adherentes generalmente no son conscientes de si las condiciones generales son equilibradas o desequilibradas. Esto no representa normalmente ningún problema para los adherentes, puesto que la celebración de los contratos y cumplimiento de las obligaciones se realiza de forma pacífica. Cuestión diferente sucede cuando los individuos desean reclamar judicial o extrajudicialmente por defectos en el bien o servicio prestado, retraso o incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, incumplimiento de las obligaciones del cliente, o éste pretende resolver el contrato, etc. O bien, cuando es el empresario quien plantea una reclamación a los adherentes sobre el cumplimiento de las que considera como sus obligaciones contractuales.

Cuando se presenta una situación anómala en el desarrollo de la relación contractual es usualmente el momento en el que los individuos se dan cuenta de la existencia de condiciones generales contrarias a sus intereses. El consumidor se percató de que el texto contractual no ampara jurídicamente sus reclamaciones o su posición jurídica es negativa ante los reclamos que le plantea el empresario. Así también, en ese instante es cuando repara que los términos en los que creía estar adquiriendo el bien o servicio son diferentes a lo esperado. Se frustran sus expectativas del negocio.

La respuesta que probablemente la doctrina clásica habría dado a la cuestión basándose en la libertad contractual reside en que el sujeto debió haberse percatado de esas condiciones generales y haberlas valorado en el momento de contratar a fin de verificar que éstas son conforme a sus expectativas e intereses. Es responsabilidad exclusiva del sujeto el haber celebrado un contrato en el que no se encuentra protegida su posición jurídica o el haber adquirido bienes o servicios que no corresponden a los esperados. Por tanto, no se considera necesario pensar en la existencia de un remedio jurídico que le proteja.

El sentimiento de frustración se produce y el adherente podría preguntarse: ¿De qué sirve la libertad contractual reconocida formalmente si el empresario incorpora

cláusulas perjudiciales en el contrato o que permiten la alteración del precio o del bien o servicio que creía adquirir? ¿Dónde se encuentra la justicia contractual? Parecería que el Derecho contractual me conmina a resignarme al contenido desequilibrado suscrito.

Esta frustración fue expuesta acertadamente por el célebre juez inglés Lord Denning (*Master of the Rolls*) en una sentencia pronunciada por la *Court of Appeal* en 1982, cuyo extracto se reproduce a continuación:

*Ninguno de ustedes hoy en día recordará el problema que tuvimos –en la época que fui autorizado para ejercer la abogacía- con las cláusulas de exención de responsabilidad. Éstas estaban impresas en letra pequeña en el vuelto de los recibos, formularios de pedidos y facturas. Estaban plasmadas en catálogos y en horarios. Determinaban que eran vinculantes para cualquier persona que cogiera esos documentos sin oponerse a ellas. Nunca nadie se oponía. Las personas nunca las leían o no sabían qué contenían. No importaba que tan irrazonables fueran las cláusulas, las personas quedaban vinculadas. Todo esto era hecho en el nombre de la “libertad contractual”. Pero toda la libertad se encontraba del lado de la gran empresa, la cual tiene a su servicio el uso de la imprenta. No existía libertad para el pequeño contratante que cogía el recibo o el formulario de pedidos o la factura. La gran empresa decía “tómalo o déjalo”. El pequeño contratante no tenía más opción que tomarlo. La gran empresa podía eximirse, y de hecho se eximía de responsabilidad en atención a su propio interés y sin consideración por la otra parte. Se salía con la suya una y otra vez. Cuando los tribunales le dijeron a la gran empresa: “Debes plasmar las cláusulas de manera más clara”, la gran empresa no dudó en acatar. Sabía que el pequeño contratante nunca leería las cláusulas de exención de responsabilidad o no las comprendería. (...) Era un crudo invierno para nuestro Derecho contractual.<sup>1</sup>*

Es aquí donde el legislador hace su aparición para reestablecer el equilibrio contractual perdido. El nuevo Derecho contractual no se conforma con que exista un acuerdo de voluntades formalmente libres y sin ningún tipo de vicios. El nuevo Derecho de contratos va más allá, pasa a analizar el equilibrio contractual en las condiciones generales y a proteger las expectativas de los adherentes cuando las circunstancias lo justifiquen. Cuestión que hace un poco más de un siglo habría sido considerada inadmisibles por ser atentatoria a la libertad contractual.

Pero el Derecho se encuentra en constante transformación y no pudo cerrar los ojos ante esta situación. La libertad contractual no ha producido los efectos que se esperaban de ella en estas circunstancias. La evolución del Derecho privado ha llegado al punto de

---

<sup>1</sup> Sentencia *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney Lock Seeds Ltd.* [1982] EWCA Civ 5, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1982/5.html> (consulta: 03/05/2014). Pocos meses después del pronunciamiento de dicha sentencia, Lord Denning se jubiló de la magistratura dejando atrás una extensa carrera judicial.

que ya no se considera completa la legislación sin un control de contenido sobre las condiciones generales –incluso algunos ordenamientos nacionales van más allá al no limitarse a controlar únicamente condiciones generales-.

Las condiciones generales que merman indebidamente los derechos del adherente son neutralizadas por el Derecho. Las expectativas razonables que se ha forjado el cliente por los tratos previos, publicidad, acuerdos individuales adoptados con el empresario, etc., se ven protegidas por la ley. No se puede permitir que la ocultación de condiciones generales con efectos indeseables para el adherente en aspectos tan importantes como son el precio, bien o servicio que contrata, produzca que éstos aspectos sean diferentes a los que esperaba. Estas son cláusulas introducidas subrepticamente en el contrato y no deben tener validez.

Sin embargo, ello no significa que ahora la libertad contractual sea una figura del pasado, o que se encuentre restringida a un ámbito muy reducido. La libertad contractual continúa siendo uno de los pilares del Derecho privado. Cuando la reglamentación contractual sea producto de una auténtica autonomía privada de las partes, la libertad contractual exige su respeto. Pero en las situaciones que hemos indicado esto no ha sucedido. Al contrario, existe un déficit en el ejercicio de la autonomía privada del adherente.

El punto clave se encuentra en identificar cuándo sucede este déficit de autonomía privada porque ello es lo que justifica la aplicación del control de contenido. La respuesta que gran parte de la doctrina da a ello usualmente es sencilla: la debilidad jurídica del consumidor lo ocasiona. Se le considera la parte débil de la relación e incapaz de autodeterminarse en sus relaciones contractuales ante los poderosos empresarios. Partiendo de esa premisa que consideran indiscutible, el siguiente paso que habitualmente da la doctrina es analizar el equilibrio o justicia de la reglamentación contractual, lo cual es a lo que presta mayor atención y que se desarrolla más ampliamente.

No obstante, consideramos que esa fundamentación doctrinal basada principalmente en la debilidad del consumidor y el poder de la empresa no describe correctamente el fenómeno de las condiciones generales y su incidencia en el déficit de autonomía que éstas poseen. No identifica con acierto las razones que justifican el nacimiento de la prohibición legal de las cláusulas abusivas. Es necesario desarrollar una fundamentación que comprenda de mejor manera y estudie con mayor profundidad la conducta de los predisponentes y adherentes previa y durante la celebración del contrato. Una fundamentación que identifique cuándo, cómo y por qué el consumidor no ejerce su autonomía privada. Es necesario incorporar en el análisis las repercusiones en el mercado y en la competitividad originadas por la conducta de los consumidores. De esa manera se tendrá una mejor aproximación a la problemática de las condiciones generales, y se podrán aplicar en su justa medida sus remedios legales habiendo reconocido sus alcances y limitaciones.

Desde esa perspectiva, el presente trabajo tiene como propósito desarrollar esta fundamentación que justifica el control de contenido de las condiciones generales de la contratación. Así como desarrollar el ámbito de aplicación del mismo y los parámetros legales para determinar cuándo una condición general es abusiva.

# CAPÍTULO I

## ORIGEN Y FUNDAMENTO DEL CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

### 1. Introducción.

Las condiciones generales de los contratos han tenido un desarrollo doctrinal muy amplio en España. Se ha señalado que existe un déficit de autonomía privada en ellas que justifican el control de su contenido. Los sujetos, en su mayoría consumidores, se adhieren al contrato redactado previamente por los empresarios, y ese acto de adhesión no constituye un auténtico acto de autonomía privada. De allí que se necesite un protección especial dirigida a los adherentes. Sin embargo existe discrepancia entre la doctrina sobre las razones por las que existe este déficit de autonomía privada. Cuestión que es crucial determinar para comprender el alcance del control de contenido y evitar aplicarlo erróneamente.

En el presente capítulo se desarrollará primero las ventajas de la estandarización de las condiciones generales, y sobre todo de las condiciones generales. De esta manera se comprenderá por qué se elabora previamente el clausulado contractual en vez de elaborarse un contrato *ad hoc* para cada transacción. Posteriormente se aclarará la terminología que es empleada por la doctrina para referirse al fenómeno de la estandarización de los contratos a fin de evitar ambigüedades y confusiones. Y se expondrá brevemente la libertad contractual y autonomía privada como principios reinantes en el ámbito del Derecho Privado.

Expuesto como preámbulo lo anterior, se pasará a abordar propiamente el tema del déficit de autonomía privada como detonante de la protección de los adherentes. Por un lado se expondrá el enfoque del déficit de autonomía privada desde el punto de vista de la falta de negociación de los contratos, desigualdad económica y jurídica de las partes, y la disparidad de poder negocial del consumidor, como motivos por los cuales existe déficit de autonomía privada. Y por el otro lado, se expondrá el problema desde el punto de vista del rol que desempeña el contrato en el sistema económico de mercado, la cual es un enfoque utilizado minoritariamente en la doctrina española pero que ha tenido gran desarrollo en otros ordenamientos jurídicos. Se abordarán las razones por las que las fuerzas del mercado no funcionan de manera tal que protejan a los adherentes frente a condiciones generales perjudiciales. Así como la vulnerabilidad en que se encuentran los adherentes ante esa situación. No obstante, se planteará la idea de algún sector doctrinario que promueve que el Estado en ningún caso debe de realizar una intervención para afrontar el problema de las condiciones generales.

Tomando en cuenta este enfoque del déficit de autonomía privada por incorrecto funcionamiento del mercado, se expondrá algunas herramientas jurídicas que pueden ser utilizadas o promulgadas legalmente para afrontar el problema de las cláusulas abusivas. Entre las herramientas jurídicas a analizarse son los vicios del consentimiento, el

control de inclusión y deberes de información en general son remedios insuficientes. De ello se deducirá si es necesario que la intervención estatal sea en forma de un control estatal de contenido de las condiciones generales.

Posteriormente se expondrán brevemente algunas ideas de autores que sostienen las inconveniencias de los controles estatales de contenido. Finalmente, se señalará brevemente la evolución legislativa que ha tenido en España el tema de las cláusulas abusivas.

## **2. Ventajas por la utilización de condiciones generales.**

La utilización por parte de las empresas de cláusulas prerredactadas en la contratación obedece a las grandes ventajas que reporta no sólo a las empresas predisponentes sino que también al comercio en general<sup>1</sup>. Sin embargo no siempre son utilizadas estas cláusulas prerredactadas para fines legítimos y acordes a las exigencias de buena fe. En el presente apartado analizamos las distintas ventajas que son obtenidas por el empresario y que han sido identificadas por la doctrina española<sup>2</sup>:

### **a) Reducción de los costes de contratación y costes de oportunidad.**

La negociación de un contrato genera costes de transacción. No es tarea fácil llegar a través de una discusión las condiciones que regirán una relación contractual. Deberán redactar el documento *ad hoc* y seguramente se necesite de un abogado cada uno que les

---

<sup>1</sup> Como se señala en la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501), las *condiciones generales no surgieron en el tráfico jurídico como una creación caprichosa de sus autores sino sólo cuando existían ciertas circunstancias económicas que las hicieron imprescindibles.*

<sup>2</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, 1991, p.28 y ss. Otros autores que abordan ampliamente y de manera similar las ventajas de la utilización de condiciones generales son: vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 33 y ss.; GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, p. 24 y ss. Con respecto a condiciones generales empleadas en la contratación bancaria vid. NIETO CAROL, U., «Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», en AC, 1993-I, p. 21y 22. Asimismo vid. BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, p. 29 y ss, quien nombra a estos beneficios *función originaria*, la cual es la *función básica, primordial e inicial de las condiciones generales de la contratación*, y consiste en *permitir la contratación en serie de manera que se pueda dar salida al mercado, son el mínimo coste posible, a la producción de las empresas modernas* (p. 30). Dicha función es de carácter positivo, y se encuentra en contraposición con la *función espuria*. En todo caso, la jurisprudencia ha reconocido las ventajas económicas de la utilización de condiciones generales. Ejemplo de ello es la SAP Navarra 1 octubre 2003 (JUR 2003/270307) quien considera tan importantes dichas ventajas que *lo más normal actualmente es que los contratos tengan un contenido rígido y predeterminado, repetido de forma uniforme en una serie indefinida de contratos iguales y que rara vez sufre modificaciones por exigencias particulares de los clientes que normalmente se ven obligados a contratar en condiciones generales impuestas por una de las partes.*

aseguren un acuerdo justo. Esto implica costes de dinero, tiempo y esfuerzo para ambas partes<sup>3</sup>.

Además de los costes de transacción se encuentran los costes de oportunidad, o también llamados costes adicionales. Es decir son los *costes que se derivan de la demora en la instauración de la relación jurídica*<sup>4</sup>. Por ejemplo, el sujeto que desea comprar un automóvil para viajar diariamente del lugar de trabajo a su lugar de vivienda, no podrá realizar este viaje mientras duren las negociaciones que pueden llegar a tomar varios días. Todo este tiempo sin poseer un automóvil le hará perder la oportunidad de levantarse más tarde para ir a trabajar o llegar temprano a su lugar de trabajo, de poder salir a comer al mediodía a su casa por trasladarse mediante transporte público, de poder visitar otros lugares a los que no puede acceder si no es por automóvil (por ejemplo destinos rurales), etc.

Estos son beneficios, monetarios o no, que no puede percibir el individuo por la demora en la celebración del contrato de compra del automotor. Los costes de oportunidad se aumentarían si destinara el automóvil a la explotación de su negocio o trabajo. Por ejemplo, si el comprador es un fontanero y necesita el automóvil para abarcar un mayor número de clientes cada día. Los clientes que deja de atender diariamente por la falta de un automóvil son costes de oportunidad. Tampoco le generará beneficios al vendedor esta demora, puesto que no recibirá el precio de la venta oportunamente y, por tanto le hace perder la oportuna utilización del mismo<sup>5</sup>.

Pero con la utilización de contratos preformulados, la contratación se convierte en un proceso ágil y rápido, ya que se simplifica la formación y conclusión de los contratos. La estandarización de las condiciones hace posible realizar transacciones de forma rutinaria. En consecuencia, se concluyen una gran cantidad de contratos en un breve período de tiempo y se reducen los costes de negociación<sup>6</sup> y costes de oportunidad. De esta manera las partes se centran únicamente en la negociación o determinación de las prestaciones principales y de ser necesario, en algunos otros aspectos (condiciones de pago y entrega, garantías, descuentos, etc.). De no utilizarse condiciones generales, el personal de ventas deberá estar suficientemente capacitado jurídicamente, y estar al tanto de las políticas empresariales, para afrontar negociaciones con cada cliente sobre

---

<sup>3</sup> Así, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2003, p. 339, refiriéndose únicamente a los costes por demora generados por la negociación sostiene que *consume tiempo, recurso valioso en términos económicos*.

<sup>4</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, pp. 338 y 339. Agrega este autor que *las demoras en celebrar el contrato genera costos de oportunidad de los recursos involucrados en la contratación masiva, los mismos que quedan sujetos a una suerte de inmovilismo durante la negociación y que implica una pérdida del rendimiento potencial de los mismos*.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>6</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 28 y 29.

la totalidad de las cláusulas de cada contrato que celebre. Definitivamente, si disponer de un personal con estas características encarecería la contratación<sup>7</sup>.

Esta idea es resumida por la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121) que advierte que el contrato analizado es estandarizado con *un margen de negociación mínimo preestablecido por el predisponente, que es propio de sectores productivos donde el empleo de condiciones generales de la contratación, se ha impuesto, como condición y racionalización del tráfico en masa y de la actividad empresarial, cuando el número de contratos a celebrar por una empresa es muy elevado y en los que la negociación individual de cada estipulación chocaría frontalmente con las condiciones de este tipo de contratación, haciéndola inviable.*

#### **b) Reducción de costes en la ejecución del contrato**

Cada contrato de un específico bien o servicio se rige por un mismo grupo de normas si se utiliza un clausulado preformulado y de utilización general. Con ello los dependientes del empresario saben cómo actuar ante una misma situación. Si en cada contrato de apertura de cuenta de ahorros se pactaran cláusulas *ad hoc*, por cada operación particular el cajero tendría que consultar primero el contrato específico para verificar si es posible realizar esta transacción, de qué manera se debe de hacer, qué consecuencias jurídicas acarrea, etc. Esto encarecería el coste de ejecución del contrato, sobre todo en caso de incumplimiento del mismo<sup>8</sup>.

#### **c) Facilitación de la división de tareas.**

La empresa dispone de un departamento centralizado que se encarga de los asuntos jurídicos. Razón por la cual el personal de ventas se centra únicamente en el producto o servicio, desentendiéndose de los aspectos jurídicos contractuales.

#### **d) Facilitación de coordinación en el seno de la empresa.**

En efecto, las condiciones generales ayudan a la necesaria coordinación de los sujetos que participan en la organización empresarial. Incluso funciona como un *medio de control interno, fundamentalmente cuando se trata de organizaciones de grandes dimensiones y, por ende, de considerable complejidad*<sup>9</sup>. De no utilizarse cláusulas preelaboradas, podría provocar que el personal de ventas, presionado por cumplir metas,

---

<sup>7</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion: an essay in reconstruction», *Harvard Law Review*, Vol. 96, num. 6, 1983, p. 1223, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1341009> (consulta: 03/05/2014): *standardization makes possible the efficient use of expensive managerial and legal talent. Por ello, (i) if all terms were negotiable, a much greater degree of training and ability — and consequently of status and reward — would be required. Instead, the routinization of transactions through the use of standard forms reserves discretion for positions further up the organizational hierarchy.*

<sup>8</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, op. cit., pp. 339 y 340.

<sup>9</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 39.



celebre contratos que la empresa no desee asumir<sup>10</sup>. Cuestión que no sucede cuando se trata de contratos de adhesión. Todas las personas que integran la organización empresarial y sus clientes saben a qué atenerse al estar reguladas de antemano las circunstancias que se puedan presentar en el desarrollo del contrato, por lo cual no es necesario que los sujetos de la organización empresarial se comuniquen constantemente en estos asuntos.

Facilitan la difusión a los subalternos de las decisiones directivas respecto de riesgos que la empresa está dispuesta a asumir, o hace innecesario explicar estos asuntos a los subalternos<sup>11</sup>. Efectivamente el cálculo de los riesgos y costes que el empresario desea asumir en sus transacciones está determinado en los contratos de adhesión por él elaborados, por lo que exige a sus agentes de ventas que lo respeten. Los agentes tienen información (y formación) insuficiente para distribuir los riesgos conforme a los cálculos de la empresa, por lo que ésta lo plasma en contratos de adhesión que deben ser respetados íntegramente por sus agentes en los contratos que celebre en su nombre.

#### **e) Posibilidad de cálculo anticipado de los costes.**

Mediante las condiciones generales, la empresa puede prever los costes y riesgos de las relaciones contractuales en las que participe. Puede establecer las consecuencias jurídicas ante cualquier eventualidad. En sectores con el de los seguros, es inclusive necesario prever los riesgos y consecuencias jurídicas de los hechos ante los que se asegura. Es imposible que las aseguradoras operen sin esta predeterminación de las cláusulas de riesgos<sup>12</sup>.

#### **f) Seguridad jurídica y actualización de la reglamentación contractual.**

Además de los beneficios producidos a favor de la empresa, las condiciones generales producen, de una manera muy limitada, seguridad jurídica para el tráfico mercantil en general. El legislador no se preocupa de renovar y actualizar los cuerpos legales, y con

---

<sup>10</sup> Al respecto, BARNETT, R. E., «Consenting to form contracts», *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, p. 631, <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss3/2/> (consulta: 03/05/2014), señala que esta es una problemática que se presenta en el comercio y la formula de la siguiente manera: *en una empresa en la cual sus agentes realizan transacciones con terceras personas que vinculan a la empresa, ¿cómo puede la empresa restringir la capacidad de los agentes de servir a sus propios intereses, por ejemplo, ofreciendo condiciones extravagantes que sus principales inevitablemente desconocerán?* Según BARNETT, esto es conocido por los economistas como *agency problem*, y su solución es precisamente constreñir tanto a los agentes como a sus clientes a que se celebren contratos cuyas cláusulas han sido preformuladas y son irrenunciables. A esta necesidad de limitar la capacidad de los empleados de las empresas RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1223, agrega que *the use of standard form contracts to state the terms of the deal obviates much of the need for, and expense of, internal control and discipline in this regard.*

<sup>11</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1223.

<sup>12</sup> Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p.32, sostiene que en los seguros *la uniformidad de las condiciones contractuales, no sólo facilita dicho cálculo, sino que es un requisito sine qua non para la realización de la actividad empresarial.*

el pasar de los años, se convierten en cuerpos normativos anacrónicos. Entonces, las condiciones generales pueden brindar una regulación más detallada, clara y actualizada que la contenida en la regulación legal de algunos contratos<sup>13</sup>.

Esta ventaja ha sido matizada por la doctrina al considerar que se exageran sus beneficios. En realidad, donde se puede apreciar de mejor manera esta ventaja es en los contratos innominados<sup>14</sup>. De manera que las condiciones generales suplen la ausencia de una regulación legal especial y detallada de ese contrato.

**g) Disuadir a los adherentes a reclamar extrajudicialmente o demandar judicialmente.**

Junto a las ventajas expuestas anteriormente, se encuentra otro tipo de ventajas que pueden llegar a constituir contrarias a principios de buena fe o lealtad. No son ventajas para el comercio sino para el predisponente. De hecho, representan aspectos nocivos para los adherentes. Una de estas “*ventajas*” es la introducción de cláusulas abusivas al contrato para mejorar su posición jurídica. Esta será desarrollada más adelante en el trabajo. Aparte de ésta existen otras de este tipo de *ventajas* beneficiosas únicamente para el predisponente<sup>15</sup>. Pero para el objeto del presente trabajo atañe únicamente la que expondremos a continuación.

---

<sup>13</sup> Así, GONDRA, J. M., «Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978, p. 233, atribuye a las condiciones generales una potencial función «ordenadora» del tráfico jurídico en general, y colaboran a una clarificación de las relaciones negociales. También ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», *RDPt*, 2000, num. 2, 2000, la versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es).

<sup>14</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 33 y ss., quien sostiene que la función de seguridad jurídica brindada por las condiciones generales es *muy reducida en la práctica*, puesto que, entre otras razones de carácter fáctico, muchas veces las condiciones generales carecen de la claridad y concreción que se les atribuye. Además la duda sobre la validez de condiciones generales presumiblemente abusivas que se encuentran en numerosos contratos, genera más incertidumbre que seguridad. En conclusión, es únicamente predicable la producción de seguridad jurídica con respecto a los tipos de contratos novísimos que carecen de regulación legal y de una jurisprudencia asentada. Además no es posible extrapolar la seguridad jurídica con respecto a todo el tráfico negocial, sino solamente con respecto a las empresas, al poder éstas calcular anticipadamente costes y riesgos.. También vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 41 y ss.

<sup>15</sup> Vid., una obra importante sobre este tema, GILO, D. y PORAT, A., «The hidden roles of boilerplate and standard-form contracts: strategic imposition of transaction costs, segmentation of consumers, and anticompetitive effects», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 983, disponible en: [http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo\\_Porat.pdf](http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo_Porat.pdf) (consulta: 03/05/2014). Los autores señalan que existen funciones ocultas que desempeñan los contratos preformulados. El empresario puede utilizar los formularios contractuales a fin de maximizar sus beneficios instrumentalizando estos textos y los costes de transacción. No significa que todos los empresarios instrumentalicen de esta manera los contratos preformulados. Sino que los empresarios pueden trazar estrategias en ese sentido. Parte de las ventajas o funciones favorables para el empresario es que los contratos estandarizados pueden colaborar a: identificar y alejar a los clientes que son indeseados para el predisponente, discriminar precios, obtener información de las preferencias de sus clientes, facilitar la colusión de precios, aumento de precio aún en ausencia de colusión, limitación de entrada de nuevos competidores, etc. Como se puede apreciar, las situaciones indicadas por estos autores no tendrían como remedio el examen de cláusulas abusivas. Son asuntos relativos al ámbito de Derecho de competencia que desbordan el tema del presente trabajo.

Nos referimos a que el predisponente conoce de antemano que ciertas condiciones generales de la contratación son inválidas o anulables por no cumplir con los requisitos de incorporación o por ser abusivas, pero que pese a ello las introduce en sus contratos como una estrategia para evitar la presentación de reclamaciones o demandas en su contra por parte de los adherentes. Muchos adherentes cumplirán con lo dispuesto en esas cláusulas del contrato y desistirán de sus pretensiones, pese a la invalidez de las mismas<sup>16</sup>.

Efectivamente, el adherente al sentirse afectado en un derecho y querer reclamarlo, pueda que consulte el clausulado que ha sido impreso en el contrato o se encuentra disponible en la página web del empresario. Al realizar esta consulta el adherente podrá encontrarse con una cláusula, supongamos una cláusula de exclusión de responsabilidad, que establece claramente que el adherente no tendrá derecho a reclamar lo que en un primer momento creyó sí tener derecho.

Esto puede provocar un desistimiento de reclamo por varias razones vinculadas con la estrategia mencionada. Una de las razones es que el empresario cuenta con que el adherente llegue a considerar que si aceptó las cláusulas al momento de contratar debe él mismo atenerse a lo por ellas dispuesto, aun cuando sus consecuencias sean negativas para sus intereses. Esta idea es causada por una tendencia real y bastante arraigada en los adherentes de considerar a las cláusulas predispuestas como el documento-referencia para la solución de disputas<sup>17</sup>. Por tanto, el adherente no se toma el tiempo de comunicar al empresario su desagrado por considerarlo inútil. O, habiéndoselo comunicado, el empresario invocará la cláusula para demostrarle que no le asiste el derecho, y que cualquier intento de reclamo judicial no prosperará, lo cual puede persuadir al adherente a no ejercer acciones<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Problema que ha sido advertido por MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click: the reality of internet retail contracting», *Columbia Law Review*, N° 108, 2008, p. 1000, disponible en: <http://www.columbia.edu/~mr2651/JustOneClick.pdf> (consulta: 03/05/2014), al comprobar mediante una investigación empírica que muchas cláusulas de sitios webs de vendedores minoristas no eran aceptadas correctamente por los adherentes. Es decir que no se aseguraban los vendedores de configurar la página web de tal manera que fuese indudable el conocimiento o posibilidad de conocimiento por parte de sus clientes de las condiciones generales, y su aceptación, a fin de evitar cualquier intento posterior de invalidarlas por esos motivos. Por ello se preguntaron dichos autores *por qué un empresario se molestaría en redactar un contrato favorable a él si éste no podrá ser exigible judicialmente contra su cliente*. Agrega aún más datos que parecerían alimentar lo ilógico de esta forma de actuar de los empresarios: esta actuación  *cosecha la mala publicidad de tratar con actitud severa a los clientes y no se obtiene ningún beneficio de la responsabilidad legal* (la cláusula bajo estudio era una limitativa de responsabilidad). Ante esto, dichos autores especulan que gran parte de la razón es que  *los beneficios de* (la utilización de)  *contratos exigibles son relativamente insignificantes porque muchos clientes acatarán las cláusulas aún cuando sean inexigibles*.

<sup>17</sup> MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click:...», *op. cit.*, p. 1000.

<sup>18</sup> Señalan MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click:...», *op. cit.*, p. 1000, que ésto es un reflejo de la disparidad de sofisticación entre las partes. El cliente puede abandonar el reclamo cuando es enfrentado por el empresario con condiciones generales de su página web (la obra citada versa sobre comercio electrónico de empresarios minoristas), que parecen socavar la capacidad de perseguir el reclamo en los tribunales.

O puede suceder que, sabiendo que le asiste el derecho pese a la existencia de la cláusula de exoneración de responsabilidad, el adherente plantea el reclamo. Obteniendo como respuesta que la empresa no se hace responsable de ello por haberse así estipulado en el contrato. El adherente puede desistir de actuar judicialmente por considerar que es una vía demasiado costosa (de tiempo, esfuerzo y dinero) y de resultado final incierto. Se produce entonces un efecto en el ánimo del adherente que le obstaculiza el accionar en pro de sus derechos<sup>19</sup>.

Los remedios legales adecuados contra estas conductas del empresario son la instauración de acciones como la de cesación (art. 12 LCGC) que permite que se ordene a empresarios que suspendan la incorporación de alguna condición general al contrato. También coadyuva el hecho que se otorgue legitimación activa a asociaciones de consumidores para que ejerzan acciones colectivas o difusas a fin de lograr los mismos fines (art. 24 TRLCU)<sup>20</sup>. La imposición de sanciones a los empresarios que incorporen cláusulas abusivas a sus contratos puede contribuir a desincentivar esta conducta (art. 49.1.i) TRLCU). Asimismo, los notarios y registradores tienen el deber de oponerse a autorizar contratos ante sus oficios o inscribirlos cuando contengan cláusulas abusivas (art. 83 TRLCU). También coadyuva el examen del texto contractual que debe hacer la Administración Pública en algunos sectores del comercio (art. 81 TRLCU).

### **3. Aclaración terminológica. Contrato de adhesión y contrato celebrado bajo condiciones generales**

Es necesario aclarar los términos *contrato de adhesión* y *condiciones generales*, puesto que existe parte de la doctrina que los trata como supuestos distintos, cuando en realidad, no existen diferencias sustanciales entre uno y otro. La utilización de uno u otro término, depende de en qué se quiere poner énfasis. Así, si se emplea *contrato de adhesión*, se hace énfasis en la imposición del contenido contractual al adherente, es decir, remarca que éste ante esa situación únicamente tiene dos opciones: aceptar o adherirse simplemente al conjunto de cláusulas que se le presentan, sin posibilidad de negociarlas, o, la otra opción es no contratar. Así se dice que los contratos de adhesión se caracterizan porque *una de las partes intervinientes en el mismo no hace más que*

---

<sup>19</sup> Cabe aclarar que estos son estrategias que deben ser aplacadas ya no por el Derecho sustantivo, puesto que éste ya las considera inválidas, sino más bien de Derecho adjetivo. Se debe buscar mecanismos que incentiven el accionar de los adherentes cuando se vean afectados en sus derechos, como lo son el arbitraje de consumo y acciones colectivas. Además, se podría establecer sanciones a quienes continúen incluyendo cláusulas ya consideradas inválidas por los tribunales, con el fin de atajar los beneficios prácticos que le producen a los empresarios estrategias como las aquí señaladas.

<sup>20</sup> Vid., respecto de acciones colectivas sobre condiciones generales, VILALTA NICUESA, A. E., y MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 2003.

*prestar su asentimiento a una normativa de la relación contractual rígidamente predispuesta de antemano sin intervención alguna por su parte*<sup>21</sup>.

En cambio, cuando se habla de *condiciones generales*, se pone el énfasis en un instante anterior a la imposición: la predisposición. En otras palabras, se subraya el momento en el que se redacta previamente las cláusulas que conformarán eventualmente el contenido de los contratos que celebre el predisponente. De esta manera, parte de la doctrina se hace eco de esta situación y define a las condiciones generales como *conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar*<sup>22</sup>.

Como se puede apreciar, ambos se refieren a un mismo fenómeno: la contratación en masa, pero visto desde ángulos distintos<sup>23</sup>. Ya que hay que tomar en consideración que, al hablar de contrato de adhesión, *tenemos presente no sólo que su contenido ha sido impuesto por uno de los contratantes al otro sino, al mismo tiempo, que las condiciones generales que se imponen han sido predispuestas para una pluralidad de contratos*<sup>24</sup>. Por ello, no tiene sentido mencionar *contratos de adhesión*, sin tomar en cuenta que el contenido de éstos está conformado, al menos en parte, por condiciones generales<sup>25</sup>.

Creemos que una de las confusiones frecuentes entre ambos términos se debe a que no se repara que *contrato de adhesión* se refiere a una unidad, en cambio *condiciones generales* se refieren a una parte o fragmento de aquél. Es decir, intentar diferenciar uno y otro, es diferenciar el todo y la parte. Para evitar esto, es preferible utilizar *contrato*

---

<sup>21</sup> GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de...*, *op. cit.*, p. 135.

<sup>22</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, p. 297.

<sup>23</sup> Los documentos contractuales utilizados en la contratación en masa también son conocidos como contratos tipo, contratos estándar, contratos-formulario, contratos en masa, contratos automáticos, condiciones generales de la contratación, condiciones generales de los contratos, etc.

<sup>24</sup> VIGURI PEREA, A., *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano*, Granada, 1995, p. 15.

<sup>25</sup> La doctrina es casi unánime al señalar que los contratos de adhesión son contratos celebrados bajo condiciones generales. En ese sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 154.: *en definitiva, los contratos de adhesión no son mas que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales*; PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid, 2004, p. 29. Al comentar el art. 1.2. de la LCGC, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, sostiene que la problemática de ambas figuras es una misma, debido a que *adherirse al texto contractual predispuesto no es sino adherirse a las condiciones generales que constituyen su contenido*. En contra, ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación...», *op. cit.*, sostiene que no deben ser confundidos ambos términos porque el contrato de adhesión *no es un modo de contratar, sino una forma de prestación del consentimiento*. En cambio, la contratación bajo condiciones generales es un *auténtico modo de contratar*.

*celebrado bajo condiciones generales* como sinónimo de *contrato de adhesión*, ya que ambos términos se refieren ambos al contrato como una unidad<sup>26</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que todo contrato que incorpore condiciones generales será un contrato de adhesión, pero no sucede lo mismo en sentido inverso, es decir que no todo contrato de adhesión está compuesto por condiciones generales, debido a que existen los contratos de adhesión particulares. Éstos son en aquellos cuyas cláusulas han sido predispuestas para un solo contrato, por tanto carecen de una de las características de las condiciones generales: haber sido predispuestas con la intención de ser utilizadas para una pluralidad de contratos<sup>27</sup>. Se llega a concluir que *contrato de adhesión* y *contrato celebrado bajo condiciones generales* no son figuras coincidentes<sup>28</sup>. Esta idea tendría apoyo legal principalmente en el párr. 5º del preámbulo de la LCGC, en conexión con el ámbito objetivo de aplicación del control de las cláusulas no negociadas individualmente regulado en los arts. 82 TRLCU; y, 3.2 y 3.3 de la Directiva 93/13/CE<sup>29</sup>.

Para resolver esto hay que recordar que el motivo de la predisposición de las cláusulas es debido a la necesidad racionalizadora y organizativa de las empresas<sup>30</sup>. Se logran mayores niveles de eficiencia mediante la predisposición de las cláusulas que serán utilizadas para una pluralidad de contratos. Es decir, que la predisposición de cláusulas, cobra sentido únicamente cuando se hace de forma generalizada o masificada, de lo contrario no se daría el factor racionalizador. De lo contrario carecen de incentivo para

---

<sup>26</sup> Por eso ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 154 y 155, prefiere emplear la expresión *condiciones generales* en lugar de *contrato de adhesión*, puesto que el *objeto de control son las singulares cláusulas predispuestas e impuestas y no el contrato en si*. Ya que *condiciones generales* hace referencia a una *realidad divisible*, en cambio *contrato de adhesión* hace referencia a una *realidad indivisible*.

<sup>27</sup> Art. 1.1. de LCGC (...) *habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*.

<sup>28</sup> LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, p. 37. Sobre este particular, no es comprensible la explicación dada por Gómez Galligo, F. J., «La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 1998, pp. 1590 y 1591, puesto que sostiene que contratos de adhesión son *aquellos en los que una de las partes... establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el giro de sus actividades realicen*. Pero en seguida considera que son contratos de adhesión los prerredactados con carácter particular, es decir aquellos cuyas *cláusulas predispuestas no lo hayan sido con la finalidad de aplicarlas a todos los contratos del mismo tipo que celebre la empresa con consumidores, sino a uno concreto* (el resaltado es nuestro).

<sup>29</sup> Párr. 5º LCGC: *Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares*. (el resultado es nuestro)

<sup>30</sup> Por todos, vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., pp. 28 y ss.

predisponer cláusulas<sup>31</sup>. Es, entonces, la contratación en masa la que provoca la regulación y control de cláusulas predispuestas e impuestas, y no la utilización de las mismas para contratos particulares.

En conclusión, afirmamos que, a pesar de que *contratos celebrados bajo condiciones generales* y *contratos de adhesión* son sinónimos, es preferible la utilización de aquél en lugar de éste, tal como lo hemos señalado anteriormente. Pero es aun mejor utilizar *condiciones generales* o *condiciones generales de la contratación* a secas, debido a que esa ha sido la opción del legislador con la promulgación de la LCGC, y debido a que el objeto de control de la legislación no es la totalidad del contrato (contrato como unidad), sino que lo son sus cláusulas que sean calificadas como condiciones generales<sup>32</sup>.

#### 4. Libertad contractual y autonomía privada.

La autonomía privada es *el poder que el individuo tiene de reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte*<sup>33</sup>, y es un principio general del Derecho. Éste, al ser un principio tradicional y de Derecho natural, inspira y es uno de los pilares de toda la organización del Derecho Privado, y sobre todo del contrato<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Sin embargo, como apunta PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 21 y 22, nota 19, la Directiva 93/13/CE en su ámbito de aplicación objetivo, no requiere del carácter de generalidad de las cláusulas predispuestas para la aplicación de dicha normativa, a pesar que *los casos de cláusulas predispuestas e impuestas no generales son, de hecho, marginales y escasamente relevantes*.

<sup>32</sup> Art. 1.2 LCGC. Son pocas disposiciones legales en el ordenamiento jurídico español las que utilizan *contrato de adhesión*, entre ellas se encuentran: art. 9.2 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje; art. 54.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cambio existen muchas con el término *condiciones generales* con lo cual es evidente que el legislador se ha volcado decididamente a utilizar preferiblemente dicho término, por ejemplo. Entre dichas normas legales se encuentran: los arts. 93 y 9.4 Ley 3/2004, de 29 diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales; los arts. 52.1.14º y 54.2 Ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil; art 4.3 Ley 59/2003, de 19 diciembre, de firma electrónica; arts. 27.4 y 38.3.c Ley 34/2002, de 11 julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; arts. 3 y 34 Ley 50/1980, de 8 octubre, de contratos de seguro. Hasta junio de 2014 lo hacía también el Real Decreto 1906/1999, de 17 diciembre, por el que se Regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13-4-1998 (RCL 1998/960), de condiciones generales de la contratación. Pero la razón principal para entender que ha sido esta la opción del legislador, es que el cuerpo normativo que regula de forma general el fenómeno de masificación contractual utiliza la expresión *condiciones generales*: Ley 7/1998, de 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación.

<sup>33</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, 1956, p. 1151.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 614. En igual sentido DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 13, al definir la autonomía en sentido amplio: (...) *El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas*.

<sup>34</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «La autonomía privada...», *op. cit.*, p. 1155; O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril) », *EC*, 54, 2000, p. 81. Sobre la teoría del contrato tradicional vid. ORDUÑA MORENO, F. J., «Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación», en *Contratación y consumo* (dirigido por él mismo), Valencia, 1998, p. 256 y ss.

Pero fue durante el gobierno de ideas liberales en el siglo XIX cuando tomó una gran fuerza, a tal punto de elevarlo al nivel de dogma.

Fruto de ello es que se adoptó en los Códigos Civiles la idea de que la mejor forma para llegar a un contenido contractual justo es que el contrato sea libremente consentido. Para lograr dicho fin, se consideró como suficiente la protección de la libertad contractual. La libertad es pieza fundamental para la consecución de la celebración de un contrato justo. De esta manera se ha señalado que la libertad contractual ha sido regulada implícitamente en la CE<sup>35</sup>. Esto es el resultado de la siguiente interpretación de la ley primaria: uno de los principios que inspira la Constitución económica española es el de la iniciativa privada, este es producto del reconocimiento del principio de dignidad de las personas y de libre desarrollo de la personalidad (Art. 10 CE). Así, *las personas son libres si pueden actuar libremente en el ámbito económico*<sup>36</sup>.

Esto tiene como consecuencia el reconocimiento de una serie de libertades indispensables para el desarrollo del modelo de economía de mercado regulado en el art. 38 CE. Estas libertades son la de mercado, de empresa, de concurrencia económica y la libertad contractual<sup>37</sup>. Esto significa que *la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y de los servicios se realizan por los particulares de manera libre y se producen de acuerdo con al voluntad de los interesados*<sup>38</sup>.

De acuerdo a lo anterior, si los particulares deciden contratar sin poseer ningún tipo de ataduras para emitir su voluntad, es decir, de manera voluntaria y libre, el resultado será inexorablemente un acuerdo justo<sup>39</sup>. Este es el sentido de la justicia contractual subjetiva: el mejor defensor de los intereses privados del contratante es el propio contratante. Es justo porque las partes han querido vincularse contractualmente y han considerado justas sus condiciones. Nadie acepta una oferta de celebración de un contrato injusto o desequilibrado para sus intereses<sup>40</sup>. Si a pesar de ser un individuo

---

<sup>35</sup> Así, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., vol. I, 2007, p. 56, quien sostiene que (a) *un cuando la libertad de contratación no aparece mencionada dentro de la Constitución, hay que entender que es consecuencia necesaria de ella.*

<sup>36</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 56.

<sup>37</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 56. Siguiendo a este autor, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, 2002, pp. 59 y 60.

<sup>38</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 56. Como queda señalado, estas libertades tienen un carácter normativo constitucional respaldado en el sistema económico de mercado, por lo que se vuelve necesario la interpretación económica de estas libertades y normas.

<sup>39</sup> Paradójicamente el mayor ejercicio de la libertad es limitándola mediante la celebración de convenios voluntarios generan obligaciones que atan su libertad. Sobre la protección de la libertad, OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática del contrato», *ADC*, 1952, p. 1178: *todo contrato, en cuanto resultado de dos declaraciones de voluntad libremente emitidas, había de producir necesaria y fatalmente un resultado justo.*

<sup>40</sup> Sobre la justicia contractual subjetiva en la teoría del contrato tradicional vid. MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, p.



libre celebra un contrato con cláusulas desequilibradas, éstas serán válidas pues se aplica el principio de autorresponsabilidad por haber tenido la posibilidad de determinar el contenido y modificar las cláusulas, y sin embargo no lo hizo. Tuvo la oportunidad, al momento de celebrar el contrato, de leer y comprender el clausulado. O bien, no celebrar el contrato. Rige, entonces, la autorregulación y autotutela en la teoría general del contrato tradicional<sup>41</sup>.

En consecuencia, se protegió principalmente en el Código Civil la formación de consentimiento<sup>42</sup>. En otras palabras, la justicia contractual es indirecta, puesto que, por regla general, el ordenamiento jurídico no determina imperativamente un contenido contractual que el legislador considere justo, sino que protege y refuerza el procedimiento voluntario mediante el cual las partes celebran el contrato a fin de que ellas mismas determinen lo que consideren más justo para su negocio. La legitimidad de lo pactado se basa en la existencia de un consentimiento libre<sup>43</sup>. Las medidas de protección del consentimiento son principalmente las conocidas como vicios del consentimiento. Se pretende garantizar una puridad de consentimiento, o lograr un consentimiento lo más puro posible.

Se instituyó el axioma *pacta sunt servanda* como un dogma absoluto que no permite intervenciones externas a la voluntad de las partes. El papel del Estado se limitó a dar eficacia a los acuerdos adoptados por las partes y respaldar el cumplimiento de los mismos<sup>44</sup>. No puede haber modificaciones o derogaciones vía legal o judicial del

---

26 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC*, 1994, p. 69 y ss.

<sup>41</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo», *RDM*, 1980, p. 387. En similar sentido ORDUÑA MORENO, F. J., «Contratos concluidos mediante...», *op. cit.*, p. 256: quien subraya que *el contrato era el instrumento por el que la autonomía privada se manifestaba como poder de autorregulación*. Según URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *RDM*, 1956, p.221, el contrato era *cortado a la medida de las partes sobre la base de cláusulas y condiciones distintas en cada supuesto y dirigidas a satisfacer las necesidades concretas de cada contratante...*. No obstante, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Contratos de consumo y derecho de contratos», *ADC*, 2006, p. 14 y ss., aclara que esa idea del contrato es únicamente un ideal.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio...», *op. cit.*, p. 34.. En el mismo sentido ATIYAH, P. S., *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1986, p. 329: *If the parties knew what they were at, then the exchange must, by definition, be fair—or at least, it must be as fair as the law cares.*

<sup>43</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>44</sup> OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática...», *op. cit.*, p. 1178. También CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982, p. 1051: [...]*los poderes públicos no tendrían que intervenir para nada en esa zona privada, en tanto no se toque a la esfera de lo público*. Al respecto ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, 1991, p. 60, citando a Flume, *Allgemeiner Teil, II: Das Rechtsgeschäft*, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 3.a ed., 1979, p. 10: *para que el contrato sea un acto de autonomía bilateral, es necesario que se den los supuestos que permiten a ambas partes autodeterminarse, porque de lo contrario tendríamos heterodeterminación unilateral.*

contenido del contrato *por consideraciones de justicia material*, porque serían contrarias a la libertad contractual<sup>45</sup>.

La ley como fuente formal del contenido contractual fue relegada a un segundo plano como norma supletoria de la voluntad de las partes, tomando el papel principal la autonomía privada a través del contrato<sup>46</sup>. La autonomía privada permite pactar cláusulas contractuales que dispongan un efecto jurídico diferente del previsto en las normas jurídicas privadas (art. 1255 CC), salvo en casos excepcionales determinados expresamente en la ley, y los cuales son de interpretación restringida.

La nulidad por vicios de la colutad, aunque con alcances limitados, puede ser utilizada como una medida de protección del contratante que alguna doctrina considera débil. Sin embargo, no es la única medida que posee el régimen tradicional del Derecho contractual. En el CC y CCom podemos encontrar figuras como<sup>47</sup>:

- a) Límites genéricos a la libertad contractual. Art. 1.255 CC. Esta es la disposición legal que da vida a la autonomía privada como poder de autorregulación. Pero contiene límites genéricos: la ley imperativa, moral y orden público. Es por ello que es denominada integración negativa del contrato<sup>48</sup>.
- b) Integración positiva del contrato. (Art. 1.258 CC.), con el cual se heterodetermina un contenido contractual incompleto mediante las fuentes objetivas determinadas en la norma: buena fe, uso y la ley.
- c) Prohibición de dejar el cumplimiento al arbitrio de una sola parte<sup>49</sup>. Art. 1.256 CC.
- d) Nulidad de la renuncia a la *actio doli*. Art. 1.102 CC.
- e) El principio *contra stipulatorem* en la interpretación de los contratos, contenido en el art. 1.288 CC.

---

<sup>45</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio...», *op. cit.*, p. 34; MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato...*, *op. cit.*, p. 27.

<sup>46</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1956, p. 333.

<sup>47</sup> POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Civitas, 1980, p. 54 y ss.

<sup>48</sup> OROZCO PARDO, G., «Protección de consumidores. Condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias Reflexiones y un ejemplo: el *sistema francés* de amortización de créditos hipotecarios», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2003, vol. II, p. 2730.

<sup>49</sup> Esta regla ha servido de inspiración para muchos tipos de cláusulas abusivas que contienen los arts. del 85 al 90 TRLCU. De hecho, lo ha sido para todos los supuestos de cláusulas abusivas que contiene el art. 85 TRLCU, como se puede observar en el título de dicho romano: *Vinculación del contrato a la voluntad del empresario*. Sin embargo, dicho título carece de una redacción correcta, debido a que, como sostiene ALFARO AGUILA-REAL, *puede haber vinculación de las partes al contrato o sometimiento del consumidor a la voluntad del empresario*, pero no una vinculación del contrato a la voluntad de una de las partes. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *RDBB*, 1997, p. 874.

- f) El principio *favor debitoris* en la interpretación de los contratos. Art. 59 CCom. Aunque es necesario puntualizar que únicamente será una herramienta de protección al débil, cuando precisamente éste asuma el rol de deudor. Lo cual no sucede, entre otros, en algunas relaciones bancarias –sumas depositadas-, de seguros –cantidades aseguradas- o de transportes –bienes transportados-.
- g) Resolución de dudas en la interpretación de cláusulas accidentales en contratos onerosos no mercantiles a favor de la mayor reciprocidad de intereses. Art. 1.289 CC.<sup>50</sup>
- h) Revisión judicial de las cláusulas penales. Art. 1.154 CC. Sin embargo, sólo podrá modificarse la cláusula penal en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, y no cuando sea excesiva.

Ahora bien, como expondremos a continuación, las nuevas realidades de las relaciones contractuales han vuelto necesario el surgimiento de nuevas figuras para remediar los errores que esta concepción básica de los negocios produce.

## **5. Necesidad de protección de adherentes. Déficit de autonomía privada.**

### **Enfoques.**

Las cláusulas desequilibradas que se incorporan en los contratos estandarizados es un problema que ha tenido un gran desarrollo doctrinal. Se ha identificado como un problema de falta o déficit de autodeterminación de los adherentes por lo que no existe justicia contractual subjetiva. Sin embargo existen diversas posturas sobre las razones por las que sucede esto. En vista de ello, antes de abordar el tema propiamente de las cláusulas abusivas, es necesario determinar el fundamento del control de contenido a fin de identificar cuál es la medida correcta que debe ser tomada para garantizar nuevamente la justicia contractual. Es decir, garantizar que no se introduzcan condiciones generales desequilibradas en perjuicio de los cliente, y si se introducen, que sean invalidadas.

La gran mayoría de la doctrina se refiere a un enfoque tradicional del modelo contractual y la aparición de la contratación en masa que no permite a los individuos ejercer su autonomía privada en las relaciones contractuales en las que se vincula. Este punto de vista lo denominamos enfoque tradicional. No obstante, existe un enfoque que consideramos más acertado por comprender de mayor manera el problema. Este toma en cuenta el papel fundamental que desempeña el contrato en el sistema de economía de mercado y que igualmente llega a aseverar que existe déficit de autonomía privada en el acto de adhesión.

---

<sup>50</sup> Vid. GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de...*, *op. cit.*, pp. 203 y 204.

Ambos enfoques tienen repercusiones distintas en las medidas a tomar para paliar las cláusulas abusivas. A continuación se exponen tanto el enfoque tradicional del tema, y posteriormente el enfoque desde el punto de vista de la función económica del contrato.

### **5.1. Enfoque tradicional. Libertad contractual y autonomía de la voluntad en la teoría tradicional del contrato.**

Tradicionalmente se ha ideado un modelo de contrato basado, según esta parte de la doctrina, en los principios liberales en los que el Código Civil se fundamenta. No obstante, actualmente los presupuestos bajo los cuales se ideó este modelo no encuentran cabida. El adherente a condiciones generales es la parte débil del contrato que no puede defenderse de los abusos de la otra parte, el empresario. A continuación se desarrolla este enfoque<sup>51</sup>.

#### **5.1.1. Presupuestos de la libertad contractual: Negociación, igualdad de las partes y paridad de poder negocial.**

El modelo de contrato regulado en el Código Civil ha sido diseñado partiendo de ciertos presupuestos que sin ellos el contrato no cumpliría con su finalidad de producir convenios en los que la justicia contractual subjetiva impere. Bajo esta premisa fue la libertad contractual reconocida por la Constitución y ha sido la piedra angular sobre la que descansa el Derecho privado. Los presupuestos son los siguientes<sup>52</sup>:

- Negociación o posibilidad de negociación. Las partes deben negociar el contenido del contrato a celebrar. Mediante una ardua negociación en que existe un estira y

---

<sup>51</sup> El enfoque tradicional ha sido desarrollado por gran parte de la doctrina española aún actualmente. En EUA fue desarrollado por autores como ATIYAH, P. S., *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1986, *passim*, o KESSLER, F., «Contracts of adhesion-some thoughts about freedom of contract», *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943, p. 630 y ss., disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2731](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731) (consulta: 03/05/2014). Actualmente en EUA son minoría los que defienden este enfoque, entre ellos KING, D. B., «Standard form contracts: a call for reality», *Saint Louis University Law Journal*, vol. 44, 2000, p. 909 y ss. Este autor explica este enfoque de una manera peculiar. Lo hace mediante un poema estilo *haiku*, cuyos versos sintetizan los problemas doctrinales de los contratos estandarizados desde el enfoque tradicional. Se vio motivado a realizar esto porque, según él, *a veces las fotografías o poemas (que usualmente son fotografías en palabras) dejan una impresión más duradera* (p. 909).

<sup>52</sup> Esta idea es explicada de forma resumida por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil*, *op. cit.*, p. 157, de la siguiente manera: *El mecanismo tradicional ideado por el Derecho para hacer posible el tráfico e intercambio de bienes y de servicios es la institución central del contrato, que la doctrina define como acuerdo de voluntades, al que, para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran situadas en un plano de igualdad. Este paradigma de contrato, al que se puede denominar «contrato por negociación», es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos, que plasman finalmente en declaraciones concordadas.* Igualmente LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, tercera edición, 2003, Madrid, p. 330.

encoge, y en la que cada una vela por sus intereses podrá alcanzar finalmente un acuerdo justo para ambas partes. Así el contrato es obra de una intervención directa de ambas partes y puede ser catalogado como producto de la libertad contractual (libertad de configuración)<sup>53</sup>.

O, al menos, ambas partes del negocio deben de haber podido negociar. Si un sujeto no negocia a pesar de haber podido hacerlo y consiente el contrato, deberá de cargar con las consecuencias de ello. Deberá cumplir a cabalidad las obligaciones que consintió.

- Igualdad de las partes. No se refieren a una igualdad económica, sino a una igualdad jurídica. Ambas partes presuponen que los sujetos que se avienen a celebrar un contrato posean igualdad jurídica. De esta manera, ninguna podrá imponer su voluntad sobre la otra<sup>54</sup>.
- Paridad de poder negocial. Muy relacionado con la igualdad jurídica, sostiene que ambas partes deben de tener igualdad de poder negocial. No debe haber ventaja de una sobre la otra para vincularse contractualmente y determinar el contenido de la relación jurídica.

De esta manera, dos partes formalmente iguales, libres y con poder negocial, previos tratos preliminares, llegan a un acuerdo en el que se arreglen las relaciones jurídicas privadas patrimoniales de la manera más conveniente para ambos, naciendo de esta manera un contrato.

---

<sup>53</sup> LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, op. cit., p. 54 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1308, quien observa y califica de llamativo que la imagen probablemente más difundida del principio de autonomía de la voluntad *es la que presenta a ambos contratantes fijando de consuno los términos de la relación contractual a entablar entre ellos*.

<sup>54</sup> Vid. BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I. Contratos con los consumidores y usuarios. Capítulo. Disposiciones generales. Comentarios a los artículos 59, 62 y 63», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1080, quien sostiene que en la teoría clásica del contrato, la fuerza vinculante del contrato se apoyaba sobre la convergencia de voluntades que se presumían libres e iguales; LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, p. 89; LALAGUNA, E., «La libertad contractual», RDP, 1972, p. 872, sostiene que son tres los principios fundamentales del contrato: *libertad de la persona, el de igualdad de las partes contratantes y el de la fuerza vinculante del contrato como regla objetiva de comportamiento*. También son elocuentes las palabras de DE CASTRO, F., *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1967, p. 14: [...]el establecimiento de la igualdad jurídica [...] para que reine para siempre la libertad.

### 5.1.2. Contratación en masa. Falta de negociación, desigualdad de las partes y disparidad de poder negocial.

Según este enfoque, el panorama cambió con la aparición de la producción en masa, y acentuada en la actualidad por las nuevas tecnologías de los contratos a distancia, especialmente por la contratación electrónica<sup>55</sup>. A partir de la aparición de la producción en masa, no fue viable para la empresa negociar individualmente el contenido de los contratos. El ritmo acelerado de las transacciones no lo permite. Si se producen bienes y servicios en masa para ser adquiridos o utilizados por una masa de personas, la racionalización y organización de las empresas exige la uniformidad de las relaciones contractuales.

El empresario posee productos o servicios homogéneos, que necesita distribuir también mediante contratos homogéneos o uniformes<sup>56</sup>. Necesitan de un contrato único o una serie de contratos redactados de antemano, que puedan ser utilizados para la generalidad de relaciones jurídicas en las que participe<sup>57</sup>. Es así como las empresas se ven incentivadas a establecer de antemano la reglamentación contractual. Necesitan de contratos preformulados a tal punto que actualmente resulta impensable la contratación sin ellos. La gran mayoría de contratación se realiza de esta forma<sup>58</sup>.

Esta redacción previa de las cláusulas, es realizada únicamente por una parte (predisponente), no teniendo la contraparte (adherente) la posibilidad de modificarlas, negociarlas o presentar una contraoferta. Pudiendo únicamente el adherente elegir entre contratar con las cláusulas que se le presentan o no contratar, y en consecuencia, no obtener el bien o servicio objeto de la oferta<sup>59</sup>. Resultando de esto, que los intereses del adherente no son tomados en cuenta por el predisponente al momento de elaborar previamente las cláusulas, es decir, que éstas reflejan únicamente los intereses del predisponente.

---

<sup>55</sup> Sobre la razones históricas de la aparición de la contratación en masa y las condiciones generales de la contratación vid. URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación...», *op. cit.*, p. 222 y ss.

<sup>56</sup> Así, SLAWSON, W. D., «Standard form contracts and democratic control of law making power», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, p. 531, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1339552> (consulta: 03/05/2014), afirma que (m)ass production and mass merchandising work to make all forms standard because a nonstandard forms characteristically just as expensive for a seller to make and sell as is a nonstandard tangible product.

<sup>57</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, 1987, p. 43.; DE CASTRO, F., «Notas sobre las limitaciones...», *op. cit.*, p. 1052.

<sup>58</sup> De hecho, SLAWSON, W. D., «Standard form contracts...», *op. cit.*, p. 529, estima que ya para entonces en Estados Unidos de América el 99% de todos los contratos que se celebran eran contratos estandarizados (*Standard form contracts probably account for more than ninety-nine percent of all the contracts now made*). Estimado que no nos parece exagerado, y que, seguramente en España la cifra no diferirá por mucho. La experiencia diaria es el mejor parámetro para corroborarlo, ya que, como afirma SLAWSON, la mayoría de personas no recordará cuándo ha celebrado un contrato que no sea estandarizado. De no ser por acuerdos verbales casuales, seguramente nunca lo han hecho.

<sup>59</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 2004, p. 432; ORDUÑA MORENO, F. J., «Contratos concluidos mediante...», *op. cit.*, p. 252.

Esta figura es el contrato de adhesión o contrato celebrado bajo condiciones generales, en contraposición del contrato con negociación<sup>60</sup>. El esquema del contrato ideado por la teoría clásica es afectado por este fenómeno. Los presupuestos de dicho esquema fallan. El contrato ya no es obra común de ambas partes y las normas del Derecho contractual tradicional son insuficientes<sup>61</sup>.

En consecuencia la libertad contractual de configuración de contenido es mermada por la imposición de las condiciones generales al cliente<sup>62</sup>. El adherente sí puede decidir si contrata o no, y con quien contratar –en caso de un mercado no monopolístico–, es decir, mantiene la libertad de conclusión<sup>63</sup>. En cambio carece de libertad de configuración de contenido en esta forma de contratación<sup>64</sup>. No puede decirse entonces, que existe una libertad contractual plena.

---

<sup>60</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil*, op. cit., p. 157. En el mismo sentido LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, op. cit., p. 34 y ss., remarca la falta de tratos previos en los contratos de adhesión, la cual es la característica distintiva con respecto a los contratos por negociación. También, cierta jurisprudencia sobre condiciones generales inicia justificando la normativa destacando este aspecto. Así, STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) indica que con la contratación en masa *el diálogo da paso al monólogo de la predisposición del contenido contractual por parte del profesional o empresario*.

<sup>61</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social...*, op. cit., p. 43; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones...», op. cit., p. 388. También, STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), apartado 140.

<sup>62</sup> POLO, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942», *RDP*, 1942, p. 711, sostiene que *la rutina sustituye a la reflexión, con lo cual la técnica logra que la armadura contractual de el rendimiento máximo, a expensas de la libertad de contratación, que sufre un rudo golpe., del que difícilmente se repondrá*. De una manera más dramática DÍAZ ALABART., S., «*Pacta Sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de condiciones generales de los contratos», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000, p. 62, asevera que *la libertad e igualdad de los contratantes [...] hoy en día aparecen teñidos de un anacronismo irreversible, se han transformado en un mito jurídico, especialmente en la contratación en masa, contratación con condiciones generales*. Con respecto al procedimiento para el establecimiento del contenido contractual en las condiciones generales, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española de 1998», *RES*, 117, 2004, p. 10, asevera que dicho procedimiento afecta seriamente a *la libertad para vincularse e igualdad ante las reglas jurídicas*. Además sostiene este mismo autor, que la falta de libertad del consumidor no se debe solamente por la exclusión de la determinación de contenido del contrato, *sino también a que la alternativa de contratar con condiciones generales es típicamente ineficiente e impracticable*. Incluso MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en *Tratado de Derecho mercantil, T. XXX La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores* (dirigido por Olivencia, M.), Madrid, 2006, p. 184, llega a aseverar que en muchas ocasiones la igualdad de las partes y la libertad individual no pasan de ser *una mera declaración normativa carente de un correlato material*.

<sup>63</sup> La libertad contractual posee dos vertientes: la libertad contractual de conclusión, la cual es también comúnmente conocida como libertad de contratación; y la libertad contractual de configuración de contenido, conocida también como libertad contractual, a secas. La primera consiste en la libertad de las personas de decidir si contratan o no, y decidir con quien contratar. En cambio la libertad contractual de configuración de contenido es la que poseen las partes para determinar de común acuerdo las cláusulas y estipulaciones que poseerá el contrato a celebrar.

<sup>64</sup> O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos...», op. cit., p. 81. En palabras de PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 102 y ss., sobre todo p. 104., *el acto de adhesión [...] podrá ser voluntario, pero no libre*, debido a la ausencia de autodeterminación bilateral, producto de la falta de posibilidad del adherente *de contribuir a conformar la reglamentación negocial reguladora de la relación contractual que se establece*.

Las partes no se encuentran en una situación de igualdad. En definitiva, si el adherente desea obtener el bien o servicio, debe de aceptar en bloque el contrato que se le presenta<sup>65</sup>. Esto se traduce en un poder negocial muy superior del empresario respecto al consumidor<sup>66</sup>. De ello se deduce que el consumidor se encuentra en una situación de inferior frente a los empresarios<sup>67</sup>. Por tanto, la presunción de igualdad y libertad contractual de configuración no son más que una quimera en este tipo de contratación.

Las relaciones económicas sufren una despersonalización, y aun más cuando se trata de relaciones automatizadas. En el pasado existía en las relaciones económicas un trato entre personas *perfectamente identificadas o inmediatamente identificables*. En la actualidad son difícilmente identificables las personas que forman parte de la relación negocial, e incluso, llegan a ser anónimas<sup>68</sup>.

Otro aspecto en el que se puede apreciar la nueva realidad bajo la cual se contrata, es en el consentimiento de las partes. La voluntad de la empresa se manifiesta a través de ofertas que van dirigidas a la *generalidad*, y no a personas determinadas. Además poseen carácter *permanente*, perdurable en el tiempo sin importar quienes contratan. Esto difiere de la voluntad del otro contratante, ya que ésta se manifiesta a través de una aceptación del esquema contractual de carácter *individual*, para un solo caso, y además *transitoria en sus efectos*<sup>69</sup>. Cuestión que muestra nuevamente la despersonalización de la contratación moderna.

---

<sup>65</sup> De esta idea, BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1080, sostiene que el sujeto *se contenta la mayor parte de las veces con sufrir la voluntad del profesional que manifiesta todo su poder*.

<sup>66</sup> Ejemplo de precedentes judiciales de otros ordenamientos jurídicos, es la conocida sentencia estadounidense Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965), disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/350/445/74380/> (consulta: 03/05/2014). En ella el juez Skelly Wright advirtió sobre la desigualdad de poder negocial (*inequality of bargaining power*), señalando que: *ordinariamente, el que firma un contrato sin un conocimiento total de las cláusulas puede atribuírsele que asuma el riesgo de haber celebrado un contrato desequilibrado. Pero cuando una parte con poco poder negocial, y en consecuencia poca alternativa de elección, firma un contrato comercialmente irrazonable con poco o ningún conocimiento de sus cláusulas, es difícilmente probable que su consentimiento, o incluso su manifestación objetiva de su consentimiento, fue dada sobre todas las cláusulas*. Por lo que el juez señala que en esos casos se debe abandonar las reglas de validez y aplicabilidad tradicionales del Derecho contractual.

<sup>67</sup> Este argumento ha sido incluso señalado por el TJCE y TJUE como justificación de la normativa protectora contra cláusulas abusivas. Así por ejemplo, en la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013/89) asunto C-415/2011, el tribunal sostuvo que la normativa protectora *se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información* (párrafo 44).

<sup>68</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social...*, *op. cit.*, p. 50 y ss. Sobre la despersonalización de las relaciones comerciales POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 712, asevera que esta situación alcanza tal punto que *el particular se presenta frente a la empresa desprovisto de toda significación personal para pasar a ser un número*. Por su parte, ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *ADC*, 1949, p. 55, llega a asegurar que es una contratación *deshumanizada, [es] una contratación de cola y mostrador o ventanilla, de formulario impreso y de fichero*.

<sup>69</sup> Vid. OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática del contrato», *ADC*, 1952, p. 1181 y ss.



En conclusión, existe una desigualdad entre predisponente y adherente que repercute en la imposibilidad de participación del adherente en la redacción del contenido contractual<sup>70</sup>. El cliente se ve imposibilitado de participar en la determinación de las cláusulas. Ante lo cual, el predisponente puede aprovecharse e incorporar cláusulas desequilibradas en perjuicio del adherente. Por ello que parte de la doctrina llama al adherente la parte débil del contrato<sup>71</sup>.

El control de contenido implementado legalmente se concibe entonces como una medida para restaurar la libertad contractual que el adherente únicamente posee de manera formal, mas no material. Sólo el predisponente ejerce su libertad contractual al elaborar el clausulado de acuerdo a sus intereses, prescindiendo totalmente de los intereses de los adherentes<sup>72</sup>. O bien, algunos autores afirman que el control de

---

<sup>70</sup> PARDO GATO sostiene que *la utilización de condiciones generales por parte de las empresas comporta un desequilibrio enorme en el poder contractual de cada una de las partes contratantes...*, PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en...*, op. cit., p. 38. Tomando las palabras de LLODRÁ GRIMALT *si una de las partes no ha intervenido en la elaboración del contenido del contrato porque no ha tenido la posibilidad de intervenir, no ha estado tampoco en situación de igualdad frente a la contraparte*, LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, op. cit., p. 59.

<sup>71</sup> Así, KESSLER, F., «Contracts of adhesion-some thoughts », op. cit., p. 632, sostiene que los contratos estandarizados son utilizados usualmente por empresas con un alto poder negocial. *La parte débil, con necesidad de adquirir los bienes y servicios, está frecuentemente en una situación en la que no puede buscar mejores condiciones contractuales, porque el predisponente tiene un monopolio (natural o artificial) o porque todos los competidores utilizan las mismas cláusulas*. Por ello agrega más adelante que los contratos estandarizados *han servido como uno de los medios para construir y fortalecer imperios industriales*. Llega al punto de afirmar que los poderosos *amos industriales y comerciales imponen a los individuos un nuevo orden feudal creando con ello una gran multitud de vasallos* (p. 640). Palabras dramáticas de este autor que aún en tiempos actuales son empleadas por otros autores. Entre ellos, KING, D. B., «Standard form contracts...», op. cit., p. 911, quien atribuye a los contratos estandarizados una naturaleza *tiránica*. Así, en su trabajo (uno de los versos de su poema) expresa: *imposed by one party/drawn with terms one-sided/it becomes a tyrant*.

<sup>72</sup> Debido a ello BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 55, señala que este control especial no debe *escandalizar a los defensores de la libertad, pues con ello no se hace sino proteger la libertad material de quienes, de otra manera, no tendrían más que una libertad formal que les condena a someterse al dictado de la clase superior socialmente*. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coordinados por Iglesias Prada, J. L.), 1996, vol. 4, p. 4947, agrega que (m)ientras que algunos autores consideraban el control de las condiciones generales como un ataque a la libertad contractual, hoy esta visión parece claramente superada y parcial, porque sólo atiende a la libertad del predisponente y no repara en la exclusión de la libertad de configuración contractual de la otra parte que se produce en los contratos con condiciones generales.

Por otro lado, las STS 31 mayo 1991 (RJ 1991/3955) y STS 22 julio 1992 (RJ 1992/6449) dictadas previo a la transposición de la Directiva 93/13/CEE, rechazaron el carácter abusivo de las cláusulas de sumisión expresa con planteamientos erróneos al tratar a las condiciones generales como cláusulas consentidas *stricto sensu*, obviando que existe un déficit de autonomía privada. Es necesario aclarar que el primitivo Art. 10.1.c) LGDCU no incluía a las cláusulas de sumisión expresa en su listado de cláusulas abusivas específicas. Así, la STS 31 mayo 1991 (RJ 1991/3955) sostuvo que *la apreciación de la nulidad de la cláusula de sumisión puede adelantarse, cuando un precepto legal la ampare -artículo 24 Ley 50/80 de 8-10, sobre contrato de seguro- cuando sea manifiestamente contraria a precepto imperativo, o entre en conflicto flagrante con los parámetros del artículo 6 del Código Civil, o cuando no reúna las condiciones que el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (ahora derogado por la Ley 1/2000, de 7 enero RCL/2000/34) y la Jurisprudencia que lo interpreta, exigen para la perfección y eficacia de la cláusula de prorrogación*. Finaliza la sentencia afirmando que *Examinada la cláusula y el contrato que la soporta*

contenido es una limitación a la libertad contractual o autonomía privada, necesaria por motivos de política social de protección a la parte débil<sup>73</sup>.

### 5.1.3. Crítica a enfoque tradicional.

Sin embargo, nos parece errado este enfoque. La jurisprudencia ha señalado en repetidas ocasiones que en los contratos de adhesión no existe libertad de contractual, puesto que al adherente no le es posible negociar. La libertad contractual es de carácter constitucional. Entonces, si se reduce la libertad contractual a la negociación, no nos parece congruente a su vez dotar de eficacia a los contratos en que ésta ha faltado. ¿De qué manera un acto (contrato de adhesión) puede tener eficacia jurídica cuando él es producto de una supuesta grave violación a una de sus libertades constitucionales?

Sostener que el comercio actual necesita de ellas por las ventajas y beneficios que la estandarización acarrea, en detrimento de la negociación, no es un argumento jurídico que valide una violación constitucional<sup>74</sup>. Llevando la coherencia a las últimas consecuencias, deberían anularse todos los contratos estandarizados no negociados o en que no se haya podido negociar, y con esto se conminará a las partes (en realidad al predisponente) a negociar con cada cliente sus cláusulas. Evidentemente la actividad comercial no sería sostenible bajo esta circunstancia, pero se salvaguardaría la libertad contractual, según el concepto atribuido por la doctrina tradicional.

Por otro lado, hay algunos aspectos del contrato que sin ser negociados son excluidos por regla general de cualquier intervención estatal. Nos referimos a las prestaciones principales. La doctrina ha señalado con vehemencia que la relación calidad/precio no

---

*no aparecen elementos que hagan dudar de su eficacia y legitimidad, ya que está completa, con los requisitos que señala el artículo 56 de Ley de Enjuiciamiento Civil y amparada bajo la firma de los contratantes, por lo que la cuestión debe deducirse en favor del Juzgado de 1ª Instancia núm. 45 de los de Madrid.* En resumen, la sentencia se fundamenta, entre otros motivos, en que las partes han convenido un pacto permitido por el Art. 56 de la ley antedicha, consistente en la sumisión expresa del conflicto a un juez de una circunscripción territorial. Obviamente la ley permitía ese pacto cuando existía un verdadero acto de autonomía privada de ambas partes, y una imposición de dicha cláusula a través de un contrato de adhesión, como es el caso del contrato bajo estudio. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 enero RCL/2000/34) en su Art. 54.2 lo recoge expresamente: *No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.* Por la misma razón, los convenios que someten conflictos a arbitrajes comunes (no el arbitraje especial de consumo) son inválidos cuando son pactados antes que surja el conflicto. Hasta que surge el conflicto, el legislador ha considerado que el consumidor puede valorar correctamente el alcance de tal convenio, por tanto recaería sobre él una autodeterminación *stricto sensu*.

<sup>73</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC*, 1994, p. 67.

<sup>74</sup> Un ejemplo de esta línea argumentativa que no compartimos es la de la SAP Sevilla 30 abril 2008 (AC 2008/2252), en cuanto sostiene que, estando ausente la libertad contractual, *esa posición de debilidad y de ruptura de la posición de igualdad, no impide su validez en nuestro Derecho, teniendo en cuenta la realidad actual, principalmente debido a que en determinados sectores la formalización de contratos es tan masiva y continua que impide negociaciones concretar e individualizadas.*

puede ni debe ser analizada por autoridades. Y sin embargo estos son aspectos que los empresarios fijan unilateralmente y con carácter general en sus ofertas, sin que los adherentes tengan la posibilidad de negociar estos aspectos del contrato. No participan en la redacción del contenido contractual, debiendo aceptar el precio y bien tal como lo ha fijado el empresario o deberá renunciar a contratar. Es decir, son aspectos en los que supuestamente no hay libertad contractual, al menos en la faceta de libertad de configuración que es predicada por el enfoque tradicional.

Esto obedece a explicaciones sobre la competencia en el sistema de economía de mercado. Argumentan estos autores que el mercado y la competencia son las que controlan los precios y la calidad de los bienes o servicios, en aplicación del art. 38 CE. Pero aún con ello no queda solventada la problemática respecto a la supuesta violación de la libertad contractual.

Por estas razones no compartimos el criterio de entender que libertad contractual y autonomía privada forman un trinomio inseparable con la negociación de los contratos<sup>75</sup>. En realidad la doctrina olvida el fundamento constitucional de la libertad contractual. No llega a realizar una teoría congruente entre la libertad contractual y el orden económico en el que se encuadra. Si no se toma en cuenta la dimensión económica de los contratos, la teoría es incompleta.

La economía de mercado pretende que la competencia funcione correctamente, y así los sujetos puedan elegir (no negociar) la oferta del mercado que les parezca mejor. Si se mantiene que únicamente se ejerce la libertad contractual mediante la negociación, se tendría por tanto una contradicción entre por un lado la libertad económica, libertad empresarial, y libre competencia, y por otro lado la libertad contractual. Este enfoque tradicional es incongruente con diversos principios y libertades constitucionales. Es necesario articular un enfoque que no contradiga principios y libertades constitucionales, si no que sea armónica.

Es así como el enfoque siguiente armoniza las libertades constitucionales y define de forma diferente la autonomía privada. Pero para ello es menester explicar el sistema de economía de mercado. Sólo así se entenderán las distintas libertades que de ella emanan, las cuales son, de acuerdo a DÍEZ-PICAZO libertad de mercado, libertad de empresa, libre competencia económica y la libertad contractual<sup>76</sup>. Y que en conjunto funcionan como protectoras de los intereses de los individuos y evitan abusos de los empresarios.

---

<sup>75</sup> Al respecto, BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts in competitive consumer markets», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 828, disponible en: [http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Bebchuk\\_Posner.pdf](http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Bebchuk_Posner.pdf) (consulta: 03/05/2014), califica que es una idea *antigua y casi completamente desacreditada* la relativa a que la ausencia de negociación o discusión demuestra que el empresario posee poder monopólico, permitiéndole introducir cualquier cláusula en el contrato de adhesión.

<sup>76</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L, *Fundamentos del Derecho Civil*, op. cit., p. 56. Siguiendo a este autor, VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido...*, op. cit., pp. 59 y 60.

El rechazo a la intervención estatal de la relación calidad/precio que realiza la doctrina española no es más que una aplicación de la libertad contractual tomando en cuenta la dimensión económica del contrato que será desarrollada a continuación. Pero es una aplicación parcial, puesto que únicamente lo hace con respecto a las prestaciones principales, y no así al resto del contrato, pese a que forma parte integrante de las ofertas del mercado. Por lo que se realizará a continuación una exposición de la libertad contractual que consideramos más acertada con la realidad del fenómeno y problemática de las condiciones generales.

## **5.2. Enfoque desde el punto de vista de la función económica del contrato.**

Se defenderá a continuación que el mercado cuando funciona correctamente, es el mejor garante de la justicia contractual subjetiva. El correcto funcionamiento del mercado asegura que a través de la elección de una de las ofertas del mercado, el adherente realiza un acto de autonomía privada. La libertad contractual no sólo se puede manifestar en una negociación del contenido contractual, sino principalmente en la elección libre y voluntaria de una de las ofertas del mercado.

El mercado, en las condiciones generales, es incapaz para generar ofertas satisfactorias para los intereses de los clientes. Existe un fallo del mercado que no permite la competencia empresarial que garantice una correcta autodeterminación bilateral de las partes del contrato celebrado bajo condiciones generales, y por ende, se garantice la justicia contractual en estos aspectos.

Se explicará cómo llega a ser innecesaria, e incluso indeseada, la negociación de las cláusulas. Para posteriormente detallar brevemente qué aspectos de los contratos se ven sometidos a ese control de contenido que realiza el mercado, y por otro lado, explicar la ausencia de mercado de condiciones generales y los peligros que esa ausencia acarrea, lo cual hace necesaria la presencia de un control legal de contenido (ya no del mercado).

### **5.2.1. Dimensión económica del contrato.**

El mejor guardián de la justicia contractual, *máxime* cuando se trata de contratos de consumo, no es la negociación o discusión del contrato, sino que el correcto funcionamiento del mercado. Cuando un mercado funciona, los distintos operadores comerciales buscan satisfacer la demanda de sus clientes o potenciales clientes brindando mejores ofertas de sus productos o servicios. Se genera así una competencia entre los operadores consistente en atraer a la mayor cantidad de clientes posibles. Se quiere que éstos adquieran los bienes y servicios con entera satisfacción.

Tal como afirma la Comisión Europea, *si a los consumidores les es posible desempeñar completamente su papel en el mercado, tomando decisiones informadas y recompensando a empresarios eficientes e innovadores, podrán contribuir a estimular la competencia y el crecimiento económico*<sup>77</sup>. Por lo que los contratos que celebren los consumidores tienen una repercusión económica aun mayor que las consecuencias de la transferencia directa de los bienes y servicios objeto del contrato.

Funcionando correctamente el mercado, el operador que desee operar en contra de estas fuerzas del mercado, no podrá competir con sus operadores, no atraerá a clientes, y quedará fuera del mercado<sup>78</sup>. Debe de asegurar brindar la oferta más atractiva, lo que incluye bajar el precio y mejorar la calidad del bien o servicio. Por ende la competitividad empresarial en el mercado protege a los clientes de sufrir abusos de los empresarios<sup>79</sup>. Esta aseveración merece una mayor explicación que a continuación se realiza.

Para comenzar, es necesario comprender que el contrato tiene una función primordial en las economías de mercado como la española (art. 38 CE). Así, en una sociedad maximizadora de beneficios, se produce la división de trabajo. De manera simplificada, un sujeto elabora los vestidos y otro produce la comida. Pero ambos necesitan de los productos (o recursos) que elabora el otro. ¿Cómo puede obtener uno el producto que necesita del otro?

En las economías de mercado como la española (aún con sus limitaciones sociales) se deja a los particulares (no al Estado) la decisión de la celebración voluntaria y libre de las transacciones para la asignación eficiente de los recursos<sup>80</sup>. Se otorgan libertades

---

<sup>77</sup> COMISIÓN EUROPEA, *The Consumer Markets Scoreboard. Making markets work for consumers*, 8va. Edición, diciembre 2012, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_research/editions/cms8\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/cms8_en.htm), p. 3.

<sup>78</sup> De esta manera, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 389, afirma que la sanción para quienes no satisfacen las expectativas de del consumidor es bastante grave: *la salida del mercado*. Agrega que *quienes ofrecen las mejores condiciones a los mejores precios irán desplazando a quienes ofrecen condiciones a más altos precios*.

<sup>79</sup> La idea que señalo y que desarrollaremos en las páginas siguientes, es una explicación del sistema de economía de mercado y de la libertad de empresa, regulados en el art. 38 de la Constitución. Esta norma constitucional ha sido interpretada acertadamente de forma resumida por el propio legislador español en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. El párrafo primero del preámbulo de dicha ley argumenta que *(e)l artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad*.

<sup>80</sup> En palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Los juristas –españoles– y el análisis económico del derecho», *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, 2007, p. 4, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/417\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/417_es_1.pdf) (consulta: 03/05/2014): (...) *en nuestros países, las decisiones*

constitucionales para que los ciudadanos elijan libremente sus fines vitales y los medios para alcanzarlos. Es precisamente este el *significado profundo de la cláusula constitucional del “libre desarrollo de la personalidad” y respeto a la dignidad humana* contemplada en el art. 10.1 CE<sup>81</sup>. Para que los individuos decidan autónomamente sobre sus fines vitales y los medios para alcanzarlos, el ordenamiento jurídico reconoce y protege la libertad contractual. Adicionalmente a esta libertad contractual, el ordenamiento jurídico reconoce otras libertades siempre con el mismo objeto. Nos referimos a la libertad y seguridad en la propiedad, libertad de testar, libertad de empresa, etc<sup>82</sup>.

Entonces, retomando el ejemplo, ambos sujetos para la obtención del recurso del otro, necesitan indefectiblemente realizar un intercambio de productos. Y la forma en que se aseguran la cooperación e intercambio del otro es mediante la institución del contrato<sup>83</sup>. Ésta es la herramienta óptima para la distribución eficiente de los recursos y que garantizar su materialización. Un convenio vinculante realizado en ejercicio de las libertades imperantes en la economía de mercado.

De esta manera, ALFARO ÁGUILA-REAL al analizar la función económica del contrato y la forma en que se materializa en el mercado sostiene: *(e)n el ámbito en el que la realización de los intercambios de bienes y servicios se deja a los particulares, éstos se realizan en función de las decisiones individuales y deben provocar transferencias de los bienes y servicios desde aquéllos que les otorgan un valor inferior a aquéllos que les otorgan un valor superior, en la medida en que un sujeto sólo estará*

---

*económicas se remiten a los particulares quienes libremente y coordinados por el sistema de precios, asignan los recursos sin la intervención centralizada y coactiva del Estado.*

<sup>81</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *RDM*, 1999, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/imperialismo.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/imperialismo.pdf) (consulta: 03/05/2014). En sentido similar, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil, op. cit.*, p. 143, quien sostiene que *tras lo dicho, no será difícil, encontrar el fundamento constitucional de la institución del contrato, ante todo, en el art. 10 Const., que establece el principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad (...)*.

<sup>82</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Los juristas –españoles-...», *op. cit.*, p. 4. Al respecto, DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil, op. cit.*, p. 56, sostiene que unos de los *grandes principios de orden económico de nuestra civilización* es el de libre iniciativa privada, *que resulta exigido por el reconocimiento de la dignidad de la persona, porque las personas sólo son libres si puede actuar libremente en el ámbito económico*. De ello se extraen otras libertades como la **libertad de mercado**, **libertad de empresa**, **libre concurrencia económica** y **libre contratación**, *lo que significa que la producción, el intercambio y la contratación de los bienes y de los servicios se realizan por los particulares de manera libre y se producen de acuerdo con la voluntad de los interesados* (el resaltado es nuestro). Por otro lado, PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2002, vol. IV, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/libertad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf) (consulta: 03/05/2014), aseguran que *los derechos cuyo reconocimiento es obligado en una economía de mercado son, además de la libertad de empresa, el derecho a trabajar y a elegir libremente la profesión u oficio (art. 35 CE), el derecho a la propiedad privada y la herencia (art. 33CE) y la libertad contractual (art. 10 CE)*.

<sup>83</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 337.

*dispuesto a desprenderse de un bien (regla del consentimiento) si lo que se le da a cambio «vale más» para él que lo que entrega y viceversa<sup>84</sup>.*

Es una valoración de costes y beneficios realizada por el individuo que guiará su forma de tomar la decisión de contratar (*decisionmaking*). Si el balance de esa valoración da un resultado positivo, procederá a realizar la transacción en la medida que valore que el beneficio a obtener (el bien a adquirir) es superior al coste que le reportará (suma de dinero a entregar en calidad de precio). Se puede ilustrar de manera sencilla esta situación mediante el siguiente ejemplo (Ejemplo 1): *A posee un cuadro que valora en 100, B valora dicho cuadro en 120, A estará dispuesto a deshacerse del cuadro si se le ofrece más de 100 y B estará dispuesto a adquirirlo si se le exige menos de 120. De ahí que, dejándolo a la libre decisión de A y B el cuadro pasará de donde tiene menor valor (para A -100-) a donde tiene más (para B -120-)<sup>85</sup>. A transferirá únicamente el cuadro en caso que A considere que los beneficios por hacerlo son mayores del coste (en este caso 100). Si es así, habrá aumentado sus beneficios y habrá aumentado su bienestar.*

Estas valoraciones subjetivas de los individuos son los motores para un correcto desempeño de la competencia empresarial. Cabe citar otro ejemplo (ejemplo 2) para ilustrar esto: Un empresario que vende bienes X, a cierto precio incluyendo una garantía de 2 años de plazo (*garantía de corta duración*). Los empresarios tienen duda si mantener la garantía de baja calidad, o si vender los bienes con una garantía de 3 años (*garantía de larga duración*) cuyo coste adicional para el empresario ha sido tasado por el mismo en 10 €. La decisión del empresario dependerá de los deseos de los clientes.

Si los clientes consideran que por una garantía de 3 años estarían dispuestos a pagar 15 € adicionales al precio, los empresarios estarán incentivados de ofrecerlas. El empresario concluirá que, de ofrecer esta garantía superior, los clientes se mostrarán satisfechos por haber obtenido un beneficio a un coste menor del calculado por ellos, y los empresarios se mostrarán satisfechos por haber obtenido un beneficio (vender bienes y atraer más clientes que los demás competidores que ofrecen garantías de baja calidad) a un coste menor del calculado (la garantía a ofrecer tendrá un valor menor que el coste calculado).

En cambio, si los clientes consideran que el precio adicional por una garantía de larga duración es de 5 €, el empresario no estará incentivado a ofrecerla, puesto que los costes son superiores a los beneficios a obtener. En realidad las fuerzas del mercado lo constriñen a no hacerlo, puesto que al ofertarla adicionando para ello al precio del bien un monto superior al calculado por los clientes (es decir más de 5 €) no atraerá clientes porque lo considerarán que el coste que les reportará será superior al beneficio. O si

---

<sup>84</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 63. Este autor ejemplifica de manera sencilla esta situación, agrega este autor que (d)e esta manera se logra asignar los recursos allí donde tienen un valor mayor.

<sup>85</sup> *Ibid.*, nota 95.

oferta adicionándole un monto inferior al calculado por los clientes con el propósito de atraerlos, la empresa estará haciendo negocios irracionales, ya que los costes por ofrecer la garantía son superiores a los beneficios.

Lo anteriormente expuesto es una aplicación de la libertad de mercado a un escenario en que todos los individuos hacen valoraciones homogéneas de su voluntad de pagar la garantía de larga duración. Pero en la realidad del mercado, los clientes valoran de manera heterogénea. Habrá individuos que valoren la garantía de larga duración en un monto mayor y habrá otros que lo harán en monto menor. Asumiendo que el empresario no puede sectorizar sus ofertas a fin de atraer a todo tipo de compradores, adoptará la decisión de vender el bien X acompañado de algún tipo de garantía (sea de corta o larga duración) y a un precio prefijado y general.

Supongamos que existen dos tipos de clientes según su valoración de las garantías (ejemplo 3): Clientes A, quienes valoran la garantía de larga duración en 15 € adicionales al precio del bien (recordemos que en el ejemplo el precio del bien incluye por defecto una garantía de corta duración), y Clientes B, quienes la valoran a tan solo 5 € adicionales. Además supongamos que el coste para los empresarios para brindar una garantía de larga duración es de 10 €. Entonces, en un mercado competitivo y en el cual los empresarios no puedan segmentizar o discriminar entre los tipos de clientes, habrá empresarios que vendan bienes X con garantías de corta duración teniendo como objetivo atraer a los Clientes B, así como habrá otros empresarios que oferten bienes X con garantías de larga duración, teniendo como objetivo atraer a los Clientes A (Lo hará adicionando al precio un monto superior a su coste, pero inferior al valor asignado por los clientes A).

O bien, puede un mismo empresario ofertar el bien X a un precio cierto, y dar la opción a sus clientes de adquirir una garantía de mayor duración mediante el pago de un monto adicional superior al coste del empresario (10 €) pero inferior al valor calculado por los Clientes A (15 €). Mediante la existencia de estas alternativas, pretende atraer y satisfacer el interés y gusto de ambos tipos de clientes.

Como los ejemplos citados hemos tratado de ilustrar de manera simplificada la dinámica del mercado. De manera que cuando hay competencia efectiva la dinámica exige a los empresarios es satisfacer las expectativas de la demanda (consumidores) a través de ofertas que reduzcan los precios y mejoren de la calidad de productos o servicios hasta donde los costes de producción de ese bien o servicio se lo permitan. Así el empresario desplazará la demanda a su favor en detrimento de sus competidores<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 349, explica este esquema afirmado que el precio de un producto gira alrededor de su precio de equilibrio. Es decir, el precio es fruto de la interacción de la oferta y demanda de este producto. Este precio de equilibrio se genera debido a que si un empresario sube el precio de su producto, los consumidores se irán a adquirirlo a sus competidores. Cada empresario tratará de bajar el precio a fin de desplazar la demanda a su favor. Pero esta reducción de precios tiene su límite: el coste marginal del producto. Los empresarios no pueden vender el producto por debajo de sus costes.



### 5.2.2. Competencia empresarial y autodeterminación. Mercado como control de contenido.

La justicia contractual subjetiva aparece en la contratación moderna manifestada por la valoración que hace el cliente sobre las distintas ofertas a la luz de sus intereses, deseos y posibilidades, y su decisión de elegir una de las ofertas. Es decir, que la justicia contractual subjetiva es producto de la decisión libre y voluntaria del consumidor de celebrar el contrato aceptando una de las distintas ofertas presentes en el mercado<sup>87</sup>. La libertad contractual es reconocida constitucionalmente con el propósito que los sujetos puedan autodeterminarse (libertad de configuración), y esto se realiza a través de dicha elección racional y reflexiva.

En el ejemplo 3, tanto los clientes A como los clientes B que contraten habrán realizado un acto de autodeterminación puesto que ambos tipos de clientes habrán actuado en un escenario de mercado competitivo, con diferentes opciones entre las que elegir, e inclinándose por una de ellas. Ambos habrán actuado satisfaciendo sus expectativas de costes y sus beneficios, y eligiendo de manera voluntaria. El cliente A habrá celebrado el contrato pagando un precio que considera subjetivamente justo por el bien y la garantía de larga duración que lo acompaña, y el cliente B lo habrá hecho pagando un precio que considera subjetivamente justo por el bien y garantía de corta duración incluida. Lo han hecho en desarrollo de la libertad contractual y autodeterminándose. Libertad contractual que es necesaria para el correcto funcionamiento del mercado, puesto que únicamente en un escenario de libertades los individuos pueden determinar los valores subjetivos que le atribuyen a los bienes, y en consecuencia únicamente en presencia de una real libertad contractual (de elección) de individuos, la competencia empresarial podrá actuar acorde a las valoraciones (gustos, intereses, capacidad, etc.) de los sujetos<sup>88</sup>.

Al elegir una de estas ofertas y celebrar el contrato, el cliente ha realizado un acto de autodeterminación (autonomía privada). De allí que se afirma que existe un vínculo entre la autodeterminación y el correcto funcionamiento de la competencia<sup>89</sup>. Un mercado se considera que funciona correctamente cuando existe una competencia relevante, *de modo que los oferentes pueden elegir entre diversos demandantes y éstos, a su vez, puedan hacerlo entre distintos oferentes*<sup>90</sup>. Así, se considera que *un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como alternativa razonablemente disponible la renuncia a contratar*<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 111.

<sup>88</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 63.

<sup>89</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 108 y 109

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>91</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 64. En este sentido, la paradigmática sentencia estadounidense del caso Williams v. Walker-Thomas Furniture Co. 350 F.2d 445

Habiendo competencia empresarial (influida por las valoraciones subjetivas de los individuos), el mercado proveerá distintas ofertas entre las cuales podrán optar los individuos, produciéndose así el escenario ideal para que la libertad contractual tenga cabida en las decisiones de los sujetos. Por lo cual se ha señalado que la competencia es un presupuesto de la libertad contractual<sup>92</sup>.

El marco negocial expuesto no es más que una explicación del orden económico imperante: la economía de mercado, la cual se encuentra plasmada en el art. 38 de la CE<sup>93</sup>. Es decir que el Estado confía en que sea el mercado el que regule de la manera antes expuesta las relaciones jurídicas privadas, debiendo únicamente, por regla general, intervenir para respaldar el cumplimiento de las obligaciones generadas.

El resultado de la elección del individuo en un marco competitivo es el mismo que si se hubiese llegado a contratar mediante el regateo o negociación: no debe, ni puede ni se necesita intervención estatal en el contenido del contrato, puesto que tanto en el acto de elección de una de las ofertas presentes en un mercado eficiente, como en la discusión de las cláusulas, existe autonomía de la voluntad. Por tanto, el sujeto que elija una oferta habiendo una pluralidad de las mismas por existir una competencia efectiva, deberá soportar las consecuencias de la aceptación de esta oferta. No podrá ser atendida jurídicamente la voluntad de retractarse de haber suscrito el contrato o de pedir una intervención estatal que evalúe el equilibrio del mismo.

Así entonces, el sujeto que no se encuentre satisfecho con alguna de las ofertas presentes en el mercado no merece ninguna protección, puesto que las fuerzas del mercado producirán las ofertas más favorables para los clientes pero que a la vez no sean inferiores a los costes de los empresarios. La gratuidad pretendida por el individuo no es atendible por el Derecho. *El que no quiere aceptar la celebración de un contrato en esas condiciones (las del mercado) debe renunciar al mismo. El hecho que el interesado no quiera tampoco renunciar, sino conseguir condiciones más favorables que las que ofrece el mercado es visto por el ordenamiento como no merecedor de protección, como un fenómeno que puede designarse como mera voluntad o deseo*<sup>94</sup>.

---

(D.C. Cir. 1965), sostuvo que se justifica el ejercicio de un control legal de las cláusulas cuando concurre (...) *an absence of meaningful choice on the part of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party. Whether a meaningful choice is present in a particular case can only be determined by consideration of all the circumstances surrounding the transactional.* (el resaltado es nuestro).

<sup>92</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 109.

<sup>93</sup> Art. 38 CE. *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

<sup>94</sup> HÖNN, G., *Kompensation gestörter Vertragsparität*, Munich, 1982, p. 117, citado por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 65.

### 5.2.3. Irrelevancia de disparidad de poder y falta de discusión o regateo para realizar un acto de autodeterminación.

Queda en evidencia entonces que la disparidad de poder de las partes no tiene relevancia en la contratación cuando funciona correctamente el mercado, debido a que el sistema jurídico confía en la *acción desapoderadora de la competencia*<sup>95</sup>. Las empresas en su afán de obtener mas clientes, se ven en la necesidad de mejorar la calidad de las condiciones ofrecidas, a fin de convertir sus ofertas en mas atractivas que las que brindan sus competidores. El mercado le provee todas las opciones posibles, y el cliente decidirá entre los distintos aspectos de cada oferta cuál se adecua más a sus intereses, necesidades y posibilidades económicas. Los individuos elegirán la oferta óptima según su valoración de costes-beneficios, ya que si hay varias ofertas con las que los individuos maximizarían sus beneficios, elegirá a la mejor de ellas. Elegirá la que aumente más sus beneficios, es decir que los maximice (oferta óptima). Los empresarios buscarán tener esa oferta óptima para los clientes.

Resulta entonces irrelevante que el empresario posea un mayor poder económico, puesto que si, en un mercado competitivo, un empresario desea imponer cláusulas desorbitadas a los clientes, éstos podrán dirigirse a otro competidor que le ofrezca cláusulas más beneficiosas<sup>96</sup>. El correcto funcionamiento del mercado protege a los

---

<sup>95</sup> Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 65, señala que *al instaurar la libertad de propiedad y de contratación, los Códigos confiaron al mecanismo desapoderador de la competencia la garantía de la libertad del más débil, lo que hacía irrelevante jurídicamente la desigualdad*. En igual sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 105, nota 45. Un estudio que lo demuestra es el de PRIEST, G. L., «A theory of the consumer product warranty», *Yale Law Journal*, Num. 90, 1981, Num. 6, p. 1297 y ss., disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/571/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/571/) (consulta: 03/05/2014), quien al examinar la garantía de 62 diferentes tipos de electrodomésticos, la cuota de mercado de los empresarios que las ofertan y la concentración industrial, pudo comprobar que las empresas con una gran cuota de mercado en un sector industrial en particular no ofertaban garantías más restrictivas que las empresas más pequeñas del mismo sector industrial. Esto deja en evidencia el error de la teoría tradicional sobre los contratos de adhesión, consistente en que los empresarios que poseen mayor poder económico o mayor cuota de mercado redundan en un mayor poder negocial sobre sus clientes, y por ende, mayor será la posibilidad del empresario de imponer a sus clientes condiciones generales desequilibradas a su favor. Las pequeñas empresas con poco poder económico y poca cuota de mercado también lo hacen. La supuesta existencia de poder económico o cuota de mercado no incide en la comprensión de la problemática.

<sup>96</sup> Así, ZIMMERMANN, R., *The German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, p. 176, afirma que *if costumers do not normally avail themselves of the opportunity to influence the standardized contents of the contract this is not because of the superiority of the entrepreneur*, agregando que la razón por la que no pueden influir en la determinación del contenido del contrato es debido a la *prohibitively high transaction costs involved in utilizing any such opportunity*.

Al respecto, PRIEST, G. L., «A theory of the consumer...», *op. cit.*, p. 1320 y ss., señala que las teorías que asocian al poder de mercado de una empresa con la calidad de cláusulas que ofrece no poseen ningún vínculo real. Refiriéndose a las garantías, agrega que si fuese así, las empresas con mayor poder negocial y poder de mercado son las que imponen garantías menos favorables para los consumidores, a diferencia de las empresas pequeñas las cuales aún cuando se encuentren ofreciendo bienes similares, no podrán imponer garantías tan desfavorables a los consumidores como aquéllas. (Vale aclarar que las garantías usualmente forman parte del conjunto de cláusulas tomadas en cuenta por los consumidores al momento de contratar). Ante esto, el autor no le parece congruente el planteamiento, cuestionándose lo siguiente: *¿Por qué una empresa con poder en el mercado pretendería maximizar sus ganancias mediante oferta de condiciones de garantías desbalanceadas a favor del empresario en vez de hacerlo a través de la*

clientes contra la introducción de cláusulas desequilibradas<sup>97</sup>. *Los precios proporcionan información sobre la calidad de los productos y la competencia desapodera a los empresarios, construyendo su conducta e impidiendo que exploten a los consumidores*<sup>98</sup>. La competencia empresarial garantiza la inclusión de cláusulas indeseadas por los clientes, como lo son las cláusulas desequilibradas.

Para que las fuerzas del mercado actúen, no es necesario que los consumidores tengan la posibilidad de negociar el contenido de los contratos, sino que es únicamente necesario que los consumidores tengan la posibilidad de obtener la información suficiente y puedan procesar toda la información a fin de reconocer cuál de las ofertas es la óptima para sus propios intereses. Para ello los individuos buscan las ofertas que existen en el mercado sobre el bien o servicio a contratar, las analizan, las comparan, preguntan a familiares o conocidos sobre experiencias que ellos han tenido, consultan páginas web donde se comenta o critica el producto, consultan publicaciones que contengan *ratings* de esos productos, etc. A esto se le denomina en la doctrina anglosajona *shopping* (o lo que es lo mismo, *to shop amongst different firms*)<sup>99</sup>.

Entonces, la autodeterminación del sujeto no sólo puede ser producto del regateo o discusión del contenido contractual, sino que *basta con comprobar si actuó voluntariamente en un marco de mercado*<sup>100</sup>. Cuando se está en presencia de una

---

*fabricación de bienes de mala calidad o cobrando un precio monopolístico?* Aunado a ello, PRIEST realiza un estudio empírico sobre las condiciones de las garantías ofrecidas en diversos productos (frigoríficos, lavadoras, aires acondicionados, televisores, automóviles, secadoras, etc.) relacionándolo primero con la cuota de mercado que poseen las empresas oferentes (cuadro 1) y la concentración industrial del producto (cuadro 2). Entre los múltiples resultados obtenidos, se encuentra que: *The basic parts coverage of the firms with larger market shares is similar to that of firms with smaller market shares, although two relatively small firms offer unusually long coverage. (...) Moreover, the extended parts coverage of the smaller firms appears less generous than that of larger firms* (pp. 1321 y 1322). Similares resultados se obtienen más recientemente en el estudio empírico realizado por MAROTTA-WURGLER sobre los términos de las licencias de uso de software. En ella no se encontró evidencia de que las empresas con mayor cuota de mercado ofrecen condiciones peores que las que tienen menor cuota de mercado (p. 32, también p. 33). Vid., para mayor ahondamiento, MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality of standard form contracts: an empirical analysis of software license agreements», la versión utilizada es la publicada en New York University School of Law, Law and economics research paper series, working paper N° 05-11, 2005, p. 5, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=799274> (consulta: 03/05/2014), posteriormente publicado en Journal of Empirical Legal Studies, Vol. 5, No. 3, 2008, p. 407 y ss., así como la nota 113 del presente capítulo en la cual se explica un poco más detallada la metodología del estudio.

<sup>97</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», *RJC*, 2000, n° 1, p. 57. Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, num. 3, otoño 2003, p. 1259, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=367172> (consulta: 03/05/2014), señala que *If buyers conduct a complete cost-benefit analysis and can shop amongst competing sellers, the market will provide them with efficient product attributes at the lowest possible price.*

<sup>98</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Nota crítica. Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *ADC*, 1994, p. 306.

<sup>99</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1210. En palabras de la doctrina anglosajona, lo determinante no es *to bargain* (negociar) sino *to shop* (comparar entre diferentes ofertas y elegir una de ellas).

<sup>100</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 63.

economía de libre mercado, el sujeto que acepta una oferta previa análisis y teniendo otras alternativas a su disposición está autodeterminándose<sup>101</sup>.

No se necesita que todos los individuos busquen, comparen las ofertas e indaguen sobre la calidad de la oferta de forma previa a celebrar el contrato para que el mercado funcione. Basta con que un grupo de ellos lo haga para que los empresarios se encuentren incentivados a ofrecer mejores ofertas al público en general. De esta manera el resto de sujetos que no realicen esta búsqueda y comparación, se verán beneficiadas por el correcto funcionamiento del mercado<sup>102</sup>.

Por ello el cliente carente de experiencia en la adquisición de un específico bien o servicio, o el que elige una oferta sin realizar previamente la búsqueda de la oferta óptima, en principio se verá beneficiado por la existencia de esta competencia empresarial ya que aquél no podrá aprovecharse de esta situación ofreciendo aspectos desfavorables. Un gran empresario no podrá discriminar entre éste cliente desinformado e inexperto y los clientes informados y expertos. El empresario dirige sus ofertas con carácter general a todos los clientes, sin tomar en cuenta aspectos tan específicos como el hecho de que un cliente marginal sea desinformado e inexperto<sup>103</sup>.

Estos abusos que son evitados por las fuerzas del mercado, no serían evitados si el empresario negociara voluntariamente cada contrato o se le obligara legalmente a hacerlo. Piénsese en un cliente que quiere adquirir un ordenador portátil por primera vez o sin tener conocimientos medios o avanzados de informática. El cliente podrá elegir cualquiera de las ofertas sabiendo que éstas han sido prefijadas para la generalidad de clientes, y que no han sido fijadas sólo para él. Este último caso podría suponerle el riesgo de que se ha aprovechado de su ignorancia el personal de la tienda vendiéndole un portátil en el que la relación calidad/precio es totalmente desequilibrada. En pocas palabras, al funcionar correctamente el mercado y encontrarse estandarizados los

---

<sup>101</sup> Si el sujeto decide celebrar el contrato bajo el precio y características del bien ofertados, se estará autodeterminando. Tal como sostiene FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. esp. Miquel, J. M., y Gómez Calle, E., Madrid, 1998, pp. 29 y 30, *la configuración autónoma de relaciones jurídicas, en la medida que sea reconocida por el Derecho, no necesita ninguna otra justificación más que la de que el individuo la quiere.*

<sup>102</sup> Así, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 386, sostiene que *la teoría (y la práctica) indican que los primeros (los que buscan y comparan ofertas), así sean minoría, están en capacidad de llevar al mercado a su equilibrio, esto es, a un punto en que las expectativas agregadas de los consumidores coinciden con las expectativas agregadas de los ofertantes.*

<sup>103</sup> Por ello no nos debe alarmar que en el estudio realizado por HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications», *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*, paper 29, 2005, p. 13, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=686817> (consulta: 03/05/2014), el 39% de los encuestados (compradores electrónicos), manifestó que no realizan *shopping* de las cláusulas de los contratos, ni tan siquiera las referentes al precio y descripción del bien o servicio. Especulando un poco, puede ser que estos sujetos adquieran los bienes y servicios directamente del empresario electrónico de su confianza o de gran renombre. En todo caso, lo importante es que precisamente el resto sí realiza *shopping*, al menos del precio y descripción del bien o servicio (61%). Este grupo es suficiente incentivo para los empresarios en competir en estos aspectos.

términos negociales del comprador, este cliente puede sentirse seguro de que el precio que paga es el mismo que paga un experto informático que adquiere ese mismo portátil.

Si se obligara a negociar cada aspecto del contrato, incluido el precio, seguramente sí se vería sorprendido por su incapacidad de defender sus intereses (recuérdese que es desinformado e inexperto). El que si podría defender y obtener un buen precio, y condiciones equilibradas sería el experto e informado. Podrá aprovecharse de su ignorancia vendiendo un portátil con características que no corresponden al precio elevado que pagará la contraparte. Lo mismo sucedería en otros ámbitos como la adquisición de un automóvil, un electrodoméstico, etc.

Por ello, BAIRD afirma: *si la ley posibilita que los compradores sofisticados (aquéllos que saben de informática) conozcan más fácilmente sobre las características del producto, los vendedores estarán bajo una gran presión por construir ordenadores que cumplan con las expectativas de esos compradores*<sup>104</sup>. Es decir que no es necesario que todos los compradores sean expertos en informática para que los vendedores se encuentren constreñidos a ofrecer ordenadores cada vez con mejores características y a más bajo precio.

Definitivamente, la negociación no es una garantía para el cliente de obtener un buen negocio en muchos ámbitos del comercio. Aunado a lo anterior, cabe señalar que la negociación de cláusulas que den como fruto la celebración de un contrato con condiciones diferentes de las preformuladas, puede ser un acto constitutivo de competencia desleal por trato discriminatorio, según Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Sobre todo si el contrato se aparta del precio ofertado al público a favor de algún particular consumidor o grupo de consumidores, puesto que presupone el legislador que en el mercado actual, la contratación se debe desarrollar utilizando precios estandarizados<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, p. 936, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Baird.pdf> (consulta: 03/05/2014). A los empresarios en un comercio masificado, no le es posible distinguir entre clientes sofisticados y no sofisticados. Las ofertas van dirigidas a la generalidad (sofisticados o no). Por eso, BAIRD sostiene que los inexpertos e ignorantes sobre un producto, pueden confiar en los conocimientos de las elecciones que hacen los compradores expertos en la materia. Sostiene que: *Yo, como ignorante de ordenadores, siempre puedo ver si los expertos están comprando un particular modelo. Cuando un vendedor decide qué microprocesador utilizar en un nuevo ordenador, tiene que preocuparse que su decisión satisface no sólo a los compradores que no conocen sobre microprocesadores, sino también a los que sí saben. Mientras haya suficientes compradores sofisticados sabedores de la importancia de tener un buen microprocesador, el vendedor deberá tomar una buena decisión.* Por lo que, afirma dicho autor que: *(e)l consumidor sofisticado brinda protección a aquellos que son totalmente ignorantes.*

<sup>105</sup> Art. 16.1. *El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada.* La probable infracción a dicha ley ha sido advertida por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 68, nota 109.

#### 5.2.4. Sólo algunos aspectos de las ofertas contractuales son valorados. Prestaciones principales.

Sin embargo en el procedimiento de toma de decisión no se realiza ese estudio global de los aspectos que componen las ofertas contractuales. Sólo sobre algunos aspectos los clientes buscan información, los valoran y realizan *shopping*<sup>106</sup>. Por ejemplo, cuando un cliente se acerca a establecimientos comerciales o ingresa a páginas web con el propósito de monitorear las distintas ofertas de un bien o servicio, por regla general únicamente le interesan las prestaciones principales del contrato: precio y calidad del bien o servicio. Se basan en estos aspectos para tomar la decisión de celebrar el contrato con uno u otro empresario, y adquirir uno de los distintos bienes o servicios que oferta el propio empresario.

Para comprobar esto basta la experiencia personal, o basta con leer las ofertas que se publican en los distintos medios. Se habla de las bondades de tal vehículo por su bajo consumo de combustible, por su carácter deportivo, su comodidad, su lujo, por ser un auto duradero, que se devalúa poco al transcurrir el tiempo, su seguridad, su precio es el más bajo de los de su categoría, etc. En fin, todos estos aspectos son casi siempre sobre el precio, las características y cualidades del bien o servicio, y su relación calidad/precio. Los empresarios explotan publicitariamente estas cuestiones porque saben que con ello atraen clientes. Éstos encontrarán que son los mejores para sus necesidades e interés y procederán a adquirir los bienes o servicios promocionados.

Pese a que normalmente sólo son relevantes para los clientes las prestaciones principales, esto no obsta para que otros aspectos del contrato sean atractivos a los clientes medio en casos puntuales. Así por ejemplo, la garantía muchas veces forma parte de esos aspectos importantes para el cliente medio. Pero para que esto suceda habrá que estar frente a una situación excepcional en la que ka mayoría o un buen número de clientes la tome en cuenta en su decisión de contratar y que se esté presente ante una situación muy definida que haga propicia la existencia de competencia empresarial sobre estos aspectos<sup>107</sup>.

En conclusión, tal como señala ALFARO ÁGUILA-REAL refiriéndose únicamente a los precios: éstos *proporcionan información sobre la calidad de los productos y la competencia desapodera a los empresarios, constriñendo su conducta e impidiendo que exploten a los consumidores*<sup>108</sup>. Vemos de esta manera materializada la acción desapoderadora del mercado.

---

<sup>106</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1308.

<sup>107</sup> Esto se abordará en el apartado 3.1.3 del siguiente capítulo.

<sup>108</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Nota crítica. Protección de los...», *ADC*, 1994, p. 306. En igual sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1308, señala que si, como regla general, no se es necesario controlar precios es porque *nuestro sistema económico ese cometido queda encomendado a los mecanismos del mercado*. Agrega que *quien aplique precios elevados corre el riesgo de que la clientela le abandone en favor de quien venda más barato*.

### 5.2.5. Aspectos contractuales que no son leídos ni valorados por los adherentes. Condiciones generales.

Sin embargo, hay partes de la oferta (y por ende del contrato) que no son del interés de los individuos. Es decir que no son elementos relevantes para los clientes en su decisión de contratar. Nos resulta difícil pensar que alguna persona se incline por alguna de las ofertas basándose en la existencia de una cláusula de sumisión expresa de su agrado, o debido a que la cláusula penal en caso de incumplimiento es más baja que la de los demás ofertantes. Por ejemplo, toda persona que se acerca a adquirir algo, lo hace pensando en el objeto, sus cualidades y el precio que podría asumir, nunca llega pensando en las condiciones generales<sup>109</sup>.

Los estudios y la experiencia personal nos indican que no son aspectos en los que fijan la atención los clientes<sup>110</sup>. Así, por ejemplo la Corte Suprema de Oregon de los EUA en el caso *Best v. United States National Bank of Oregon*, 739 P.2d 554 (1987), reconoce esta circunstancia respecto de algunas partes del contrato de cuenta corriente<sup>111</sup>. En ella, al analizarse la validez de un aumento unilateral realizado por un banco de los recargos a un usuario por cada vez que la entidad financiera procese cheques de cuentas sin fondos suficientes, el tribunal sostuvo que: *Los registros demuestran que cuando un depositante abre una cuenta, si acaso alguna comisión o recargo es discutida, sería ordinariamente las que se refieren a recargos mensuales y recargos por pago de cada cheque.*

Estos aspectos que pasan desapercibidos para los clientes son precisamente a los que se les denominan condiciones generales<sup>112</sup>. Son aspectos hasta cierto punto secundarios en importancia respecto a las prestaciones principales y a las cláusulas que de manera excepcional toma relevancia (citamos al ejemplo de la garantía). Los individuos no actúan analizando y comparando las distintas ofertas del mercado, para decidirse a contratar basados en la que le parezca que ofrece mejores condiciones generales. Utilizando el término anglosajón, los individuos no realizan *shopping* sobre estos aspectos.

---

<sup>109</sup> Al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 107 y ss., agrega que no pueden equipararse, desde un punto de vista de la competencia, el precio y la calidad con las demás cláusulas contractuales. El precio posee una dimensión económica diferente a las demás cláusulas del contrato, puesto que *posee y desempeña una función de orientación macroeconómica* (p. 113), de la cual carecen las condiciones generales.

<sup>110</sup> Vid., una investigación empírica al respecto, HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit., passim*. En ella se demuestra que los clientes en el comercio electrónico, por regla general, ignoran a las condiciones generales y no se orientan en su decisión de contratar mediante el contenido de ellas. Entre los múltiples resultados que arroja, se encuentra que sólo el cuatro por ciento (4%) de los clientes asegura leer de forma general las condiciones estandarizadas.

<sup>111</sup> *Best v. United States National Bank of Oregon*, 739 P.2d 554 (1987), p. 559, disponible en: <http://law.justia.com/cases/oregon/supreme-court/1987/303-or-557.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>112</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1308.



La actuación normal del individuo para tomar su decisión de celebrar el contrato es leer los aspectos relevantes y no leer los demás aspectos. Las condiciones generales pasan desapercibidas. Incluso, los clientes no se toman la molestia de leerlas para enterarse de su contenido pese a saber de su existencia. Por tanto la Teoría de la Elección Racional falla en asegurar que los individuos aceptan únicamente ofertas favorables a sus intereses mediante un análisis y comparación de cada aspecto.

La falta de interés de los clientes sobre las condiciones generales es conocida por los empresarios. Saben que, producto de ello, mejorar dichas cláusulas dotándolas de contenido más favorable para los clientes no vuelve más atractiva su oferta. Es así como las ofertas que podemos ver publicadas en los distintos medios no pretenden resaltar las virtudes de que ofrecen buenas condiciones generales, sino que indican ofrecer buena calidad a buenos precios.

Lo anterior, produce la ausencia de competencia entre los empresarios con respecto a las condiciones generales<sup>113</sup>. No existe un mercado de condiciones generales, y por tanto, el

---

<sup>113</sup> La falta de competencia entre empresarios sobre las condiciones generales y sus efectos en la calidad de las mismas ha pretendido ser comprobada empíricamente por algunas de las investigaciones realizadas sobre ello. Uno de esos estudios es el realizado por MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality...», *op. cit.*, p. 5, quien al analizar 647 licencias de software de 598 empresas productoras de software (tanto empresas grandes como pequeñas), y que tratan sobre 114 distintos tipos de programas (antivirus, reconocimiento de voz, sistemas operativos, reproductores de música y video, etc.), ha concluido que la calidad de las cláusulas preformuladas (*standard terms*) que conforman la licencia de software no son correlativas con las circunstancias de competitividad presentes en el mercado. Los empresarios en mercados muy competitivos ofrecen similares cláusulas preformuladas que los que operan en mercados que no lo son. Se refiere con *competencia* a la presencia en el mercado de diferentes empresas que ofrecen productos y servicios similares, y que luchan entre sí presentando mejores ofertas para atraer más clientes que sus semejantes. Esto nos lleva a colegir que efectivamente las condiciones generales no se ven afectados por la competencia entre empresarios predominante en un mercado (como lo son normalmente las condiciones de uso y explotación de software), centrándose la competencia únicamente en otros aspectos de la contratación. En palabras de MAROTTA-WURGLER: *Contrary to those who view the presence of less competitive conditions in a market as likely to lead to more restrictive boilerplate, the results demonstrate that there is essentially no important relationship between competitiveness and the overall quality of standard terms* (p. 31, también p. 33), y sobre la relación entre empresarios con alta cuota de mercado y la calidad de las condiciones generales agrega que (...) *there is no important negative relationship between market share and contract terms, either. In particular, within a given market, it is not the case that firms with high market shares offer significantly worse terms* (p. 32, también p. 33). Para medir la calidad de las cláusulas dicha autora, en términos generales, utilizó como parámetro la normativa del art. 2 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EUA. Si la cláusula examinada reproducía lo dispuesto en dicho cuerpo normativo recibía un cero de puntaje. En cambio si se desviaba de él a favor del empresario productor le atribuía un -1, y recibía un +1 si lo hacía a favor del cliente. Cuanto mayor puntaje recibía un contrato, más favorable al cliente eran sus cláusulas. Las condiciones examinadas se agruparon en siete categorías: 1- aceptación de la licencia (alerta al cliente de sus opciones en caso que no acepta las condiciones de la licencia); 2- Alcance de la licencia (contiene las restricciones del cliente en el uso del software); 3- Transferencia de licencia (determina si el comprador puede vender o transferir la licencia); 4- Garantías y limitaciones de garantía (delimita el nivel y tipo de protección de la garantía ofrecida al cliente); 5- Limitación de responsabilidad (especifica la responsabilidad del empresario ante daños durante el uso del producto); 6- Mantenimiento y ayuda (se valora si el precio base incluye esos servicios); y, 7- Resolución de conflictos (cláusulas que limitan las alternativas del cliente sobre dónde demandar, si se somete a arbitraje, y cómo se distribuyen los gastos litigiosos).

mercado no ejerce un control de la calidad de ellas<sup>114</sup>. El mercado falla en su función de proveer las mejores condiciones generales posibles (no así sobre las prestaciones principales). La falta de interés y lectura de las condiciones generales, provoca que no exista un mercado de las mismas, y por tanto, el mercado no puede ejercer un control de la calidad de ellas<sup>115</sup>. Los clientes no se ven protegidos por el mercado al no existir variadas ofertas de condiciones generales en el mercado entre las cuales escoger<sup>116</sup>.

El desinterés del cliente medio en las condiciones generales incluso llega a ser pernicioso para el excepcional cliente al que sí le resulta relevante ese aspecto del contrato en su decisión de elegir alguna oferta del mercado. La tendencia de que no es relevante ese aspecto para la mayoría de los clientes, puede provocar que aquellos excepcionales clientes ignoren o ni siquiera lean esas condiciones generales, ya que pueden prever que todos los empresarios ofrecen condiciones de baja calidad<sup>117</sup>. Ese grupo excepcional, dado que constituyen minoría, no puede revertir la tendencia de que las condiciones generales formen parte de los aspectos que el empresario procura mejorar para atraer clientes<sup>118</sup>. Por ejemplo, un abogado que las lea, conocerá que

---

<sup>114</sup> Así lo reconoce THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 19, parágrafo 3.9, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>.

<sup>115</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1308; Id. *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Madrid, 1999, p. 112. También ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 70, quien afirma que *el mercado no controla las condiciones generales porque los adherentes, a diferencia de los que ocurre con las condiciones contractuales en contratos individuales no basan su decisión de contratar o no, en el contenido de las condiciones generales*.

<sup>116</sup> Vid. GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992, p. 201, además sostiene Gondra que debido a la falta de competencia relevante de condiciones generales y a la tendencia uniformadora del clausulado, las posibilidades de encontrar diferentes condiciones generales son escasas. Igualmente, HILLMAN, R. A. y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting in the electronic age», *New York University Law Review*, vol. 77, 2002, p. 436, disponible en: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-77-2-Hillman-Rachlinski.pdf> (consulta 03/05/2014), señala que esta es una de las realidades que el consumidor percibe acertadamente (*the business's competitors usually employ comparable terms*). También, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1237: *As other commentators have observed, it is typical in many industries that all sellers offer identical, or at least substantially similar, form contract terms*. Al respecto, MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality...», *op. cit.*, p. 5, posteriormente fue publicado en *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, No. 3, p. 407 y ss., al analizar 647 contratos de licencia de software ha comprobado mediante un estudio empírico que en los contratos de licencia de software, salvo pocas excepciones, las cláusulas preformuladas ofrecidas por los distintos productores son similares, sin importar si existe una gran competitividad en el mercado o si el mercado está concentrado en unos pocos productores de un tipo de software. Vid., para mayor ahondamiento sobre dicho estudio, nota 113 del presente capítulo.

Cabe matizar que la uniformidad de clausulado entre los empresarios no es *per se* un síntoma de falta de competencia. Ya que puede ser que se deba a que los empresarios han recogido del mercado algunas cláusulas que son deseadas por el común de los consumidores. Así, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 351.

<sup>117</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1237.

<sup>118</sup> Sobre este cliente excepcional, para quien son relevantes algunos aspectos de las condiciones generales que no lo son para el cliente medio, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1238 y 1239, afirma que aquellos lo constituyen los clientes que tienden a buscar defectos y problemas en los productos, clientes que tienen poca tolerancia hacia estos problemas, clientes inclinados

muchas de las cláusulas son desequilibradas en perjuicio suyo, pero debido a que las ofertas se hacen de acuerdo a las tendencias de las fuerzas del mercado imperante, no podrá modificar el sentido de esas cláusulas<sup>119</sup>. Las tendrá que aceptar (con resignación) si decide adquirir el bien o servicio.

Habría un resultado diferente, si un grupo de potenciales clientes lo suficientemente grande y atractivo para un empresario, lee y analiza esas cláusulas. El empresario, o los empresarios, pueden reparar en que están perdiendo un grupo importante de clientes que sí valoran las condiciones generales. En este caso, el empresario puede actuar diseccionando a los clientes por grupos. Así, el empresario mantiene la oferta dirigida a la mayoría de clientes, en la que las condiciones generales son desequilibradas a favor del predisponente, ya que para éstos no son elementos relevantes en su decisión de contratar. Pero por otro lado, crea una oferta dirigida a atraer a este grupo de clientes conocedor y cuidadoso, incluyendo condiciones generales favorables a estos clientes, en virtud de que éstos sí son aspectos relevantes para estos clientes. Sobre estas cláusulas recaerá un consentimiento *stricto sensu*. Son producto de la autodeterminación bilateral entre cliente y empresario.

En conclusión, el interés de los clientes, como presupuesto para el funcionamiento del mercado, no se presenta en las condiciones generales, por lo que la justicia contractual ya no puede ser asegurada por el mercado. Pero estas aseveraciones que son ciertas no nos resuelven el problema de fondo el cual es por qué los individuos no las leen, y por qué existe un desinterés respecto de ellas.

#### **5.2.6. Presupuesto para existencia de competencia empresarial: elección racional de ofertas.**

El modelo bajo el cual se pretende que el mercado regule el contenido de los contratos parte de la idea que los individuos toman decisiones sobre contratar aceptando una de las ofertas del mercado o, de no ser de su satisfacción ninguna, deciden no contratar. Esta decisión es producto de un proceso de análisis y comparación exhaustiva de todos los aspectos de todas las ofertas presentes en el mercado. Esto es lo que se denomina en economía Teoría de la Elección Racional (*Rational Choice Theory*). Y es sobre la que la legislación contractual ha sido edificada, es decir, partiendo de la idea que los

---

a invocar derechos legales (incluido defender en juicio sus derechos) en caso de conflicto, y clientes inclinados a no cumplir con sus obligaciones de la manera convencional deseada por el empresario. A este tipo de cliente le resultará extremadamente difícil encontrar un empresario que ofrezca esas relevantes para él, pero irrelevantes para la mayoría. Lo lógico es que los empresarios se guíen por la tendencia de la gran mayoría de clientes, y no se preocupen por estos clientes que constituyen casos marginales.

<sup>119</sup> Hemos citado el ejemplo del abogado, debido a que SLAWSON, W. D., «Standard form contracts...», *op. cit.*, p. 532, lo cita como una experiencia real y personal. Él manifiesta que (*a standard agreement signed recently by a colleague of the author who purchased a new automobile contained provisions disclaiming all representations and warranties of year, model, mileage, price or design-change prior to delivery (!)*), pese a lo desequilibrado de estas cláusulas *he signed it without thought*.

individuos son actores económicos racionales que eligen la oferta más óptima, por tanto autodeterminándose<sup>120</sup>. Por ello, es importante explicar brevemente los siguientes aspectos de la toma de decisión de contratar de los sujetos, ya que de ello deriva el ejercicio de la autonomía privada en los negocios que celebra.

Se considera que los individuos toman sus decisiones buscando siempre maximizar sus beneficios, y esto produce siempre decisiones acertadas en cuanto a elegir la que resulte mejor para su situación particular, tal como queda en evidencia en los ejemplos 1, 2 y 3 señalados en el apartado 5.2.1 del presente capítulo<sup>121</sup>. Según dicha teoría, cada individuo tiene objetivos específicos diferentes, pero todos intentarán lograr dichos objetivos al menor coste posible<sup>122</sup>.

Para tomar esa decisión de contratar el individuo debe realizar una búsqueda de toda la información existente sobre las ofertas del mercado. Se trata de una búsqueda exhaustiva de los atributos de cada oferta, es decir de las características y calidad del bien o servicio, del precio, de los términos bajo los cuales se cumplirán las obligaciones y se podrán exigir sus derechos, qué sucederá si se incumple una obligación, cuáles son las penalidades, etc.

Además, para la toma de decisión, los individuos deben realizar una serie de valoraciones de todos los aspectos que conforman las ofertas a fin de determinar cuál de ella le es globalmente más conveniente<sup>123</sup>. La cual es, en términos económicos, la oferta óptima (oferta con la que mayormente maximiza sus utilidades)<sup>124</sup>. Estas valoraciones se resumen en dos actividades que no guardan relación cronológica.

Primero, el individuo compara todos los aspectos de las ofertas a fin de decidir cuáles de esos aspectos son más importantes para él. Esto implica que el individuo comparará una

---

<sup>120</sup> En ese sentido, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 23, parágrafo 3.24, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>,

<sup>121</sup> Hemos demostrado en los ejemplos 1 y 2 antes descritos que la racionalidad económica se basa en esta maximización de utilidades o beneficios de los individuos. De forma resumida, BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *Journal of Consumer Research*, 1998, Vol. 25, No. 3, p. 187, disponible en: <https://faculty.fuqua.duke.edu/~jrb12/bio/Jim/48.pdf> (consulta: 03/05/2014), acota que la *Rational Choice Theory* asume que *a rational decision maker with welldefined preferences that do not depend on particular descriptions of the options or on the specific methods used to elicit those preferences. Each option in a choice set is assumed to have a utility, o subjective value, that depends only on the option. Finally, it is assumed that the consumer has ability or skill in computation that enables the calculation of which option will maximize his or her received value and selects accordingly.*

<sup>122</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1218.

<sup>123</sup> En palabras de BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 352: el mercado funcionará en el sentido de existir competencia por ofrecer mejores condiciones, *si los consumidores están adecuadamente informados, y toman en cuenta el contenido de las cláusulas a la hora de tomar sus decisiones en el mercado.*

<sup>124</sup> HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction between b2b and b2c? On consumer, commercial and general law after the Consumer Rights Directive», *ERPL*, No. 1, 2010, p. 95.

gran cantidad de atributos, entre ellos cada atributo del bien o servicio ofertado, precios y las diferentes cláusulas del contrato a suscribir. Realiza una comparación global y específica de cada aspecto, aunque estos aspectos sean totalmente heterogéneos<sup>125</sup>.

Segundo, el individuo debe de comparar los aspectos subjetivamente importantes que se encuentran en cada oferta y renunciar a obtener lo mejor de algunos aspectos importantes a cambio de otros (*trade-off*)<sup>126</sup>. Por ejemplo, si el individuo considera que los aspectos importantes de un ordenador son la capacidad de su disco duro y el precio, y entre las ofertas hay una que ofrece un precio muy bajo pero posee una capacidad de disco duro baja, y por otro lado hay una oferta de otro empresario con una capacidad de disco duro muy alta pero a la vez un precio muy alto, el individuo deberá decidir cuál de las dos ofertas le reportará mayores utilidades o, lo que es lo mismo, cuál de los aspectos importante está dispuesto a renunciar a cambio de obtener el otro aspecto importante. En el ejemplo, el individuo debe decidir si renuncia a obtener una mayor capacidad de disco duro a cambio de un ahorro del monto a pagar en concepto de precio, o si renuncia a su preferencia por precios bajos a cambio de una mayor capacidad de disco duro.

El interés de los individuos en analizar y comparar cada aspecto que conforman las ofertas es lo que los impulsa a los empresarios a mejorar sus ofertas y que por tanto hace funcionar la competencia. Por ejemplo, si una empresa fabricante de automóviles observa que un elemento importante en la decisión de contratar de sus clientes es el reproductor el sistema de sonido de reproducción de música, aquélla equipará a sus automóviles con reproductores de calidad, siempre y cuando el coste de equiparlos para el fabricante sea menor al valor que sus clientes le asignan a dichos reproductores. Si falta ese interés, no existen incentivos para los empresarios en mejorar sus ofertas sobre estos aspectos, el fabricante tratará de mejorar otros que sí les interesen a los individuos, debido a que el empresario igualmente tiene el deseo de maximizar sus beneficios atrayendo a clientes a través de ofertas que le son atractivas.

Pero el interés que conmina a los empresarios a satisfacer no es del cliente individualmente considerado, sino que de los clientes como grupo. Un solo individuo, es un sujeto marginal, que no es capaz de disciplinar al mercado. Es necesario la presencia de un interés de una cuota de clientes lo suficientemente atractivo para los empresarios. Es así como basándose en que los consumidores o clientes como clase, y no individualmente, es que se explica el hecho que algunos individuos que no buscan y

---

<sup>125</sup> A esto KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1220, lo denomina *Non-selective Strategy*.

<sup>126</sup> A esto KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1220, lo denomina *Compensatory Strategy*. También, BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 190, quienes lo definen así: *A compensatory strategy is one in which a good value on one attribute can compensate for a poor value on another*. Esta acción es lo que la doctrina estadounidense llama *trade-off*.

comparan las distintas ofertas igualmente están realizando un acto de autodeterminación.

No todos los individuos actúan buscando las distintas ofertas de los distintos empresarios, y comparan unas y otras (a estos se les denomina *shoppers*), sino que hay algunos que se dirigen directamente a un empresario en especial (tal vez la de su confianza), ven las ofertas de ese empresario sobre el bien o servicio que desea adquirir y únicamente con base a ellas decidirán si adquiere o no el producto (*non-shoppers*). En un mercado con competencia efectiva estos individuos son minoría y en consecuencia, serán igualmente beneficiados por el mercado al existir una gran cantidad de individuos que sí comparan y analizan las distintas ofertas de los distintos empresarios, tal como se beneficia el consumidor marginal desinformado e inexperto de la gran masa de consumidores que sí son informados y expertos de los bienes o servicios a adquirir.

### **5.2.7. Explicaciones a la falta de valoración y comparación. Altos costes de transacción y racionalidad limitada de los individuos.**

Es necesario analizar las razones por las que los individuos no analizan ni comparan todos los aspectos de la oferta o futuro contrato, incluso ni las leen<sup>127</sup>. La idea de que los

---

<sup>127</sup> En este tema nos apoyaremos de la herramienta denominada *Economía Conductual (Behavioral Economics)*, la cual demuestra los errores de la teoría tradicional sobre la elección económicamente racional de los individuos, tratando de identificar los efectos de los factores sociales, cognitivos y emocionales de los individuos al tomar decisiones económicas y las consecuencias de ello en el mercado. Esta herramienta no es ajena a los organismos comunitarios. Así por ejemplo, la Dirección General de Sanidad y Protección a Consumidores de la Comisión Europea posee un apartado en su página web sobre este punto, vid. [http://ec.europa.eu/consumers/behavioural\\_economics/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/behavioural_economics/index_en.htm) (consulta: 03/05/2014). Aseverando dicho organismo que han incorporado la aplicación de *Behavioural Economics* en su política de trabajo. También ha organizado un congreso en noviembre de 2008 denominado «How Can Behavioural Economics Improve Policies Affecting Consumers?», cuyas ponencias pueden encontrarse aquí: [http://ec.europa.eu/consumers/dyna/conference/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/dyna/conference/index_en.htm) (consulta: 03/05/2014), y en noviembre de 2010 organizó una conferencia denominada: «Behavioural Economics, so What: Should Policy-Makers Care? », cuyas ponencias pueden encontrarse acá: [http://ec.europa.eu/consumers/conferences/behavioural\\_economics2/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/conferences/behavioural_economics2/index_en.htm) (consulta: 03/05/2014). En ambas conferencias el Director General de Sanidad y Protección a Consumidores y el Comisario Europeo del Consumidor expresaron en su discurso inicial su agrado por la utilización de este tipo de análisis en el ámbito comunitario. De acuerdo al programa de ambos eventos, se explicaría a los asistentes la importancia de esta forma de análisis de la conducta humana, a fin de señalar su importancia en el análisis y creación de la normativa y política comunitaria, en este caso sobre protección a consumidores y sanidad. Además se resalta que este tipo de análisis ha empezado a ser incorporado en las políticas legislativas comunitarias y en la resolución de conflictos. Y se remarca que entes estatales reguladores extranjeros sobre consumidores y sanidad aplican este razonamiento en sus estudios y políticas. Así también, instituciones legislativas extranjeras han reconocido la utilidad de esta herramienta. En este sentido, encontramos que en el Reino Unido *The Law Commission and the Scottish Law Commission* (organismo independiente creado por el parlamento para el estudio permanente del ordenamiento jurídico y propuesta de reformas) ha indicado que para la elaboración de su proyecto de reforma de la normativa de cláusulas abusivas ha aplicado dicho herramienta, tal como se puede apreciar a lo largo dicho documento. Cita literatura sobre este aspecto, indicando la falta de racionalidad económica del consumidor en alguna toma de decisión y estudiando las consecuencias de ello para configurar una adecuada legislación. Por lo que la propuesta de normativa se encuentra impregnado de ese tipo de análisis. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres,

sujetos toman las decisiones que le son más óptimas falla al presupone la que el sujeto es *bien organizado y tiene un sistema estable de preferencias, y una capacidad computacional que le permite calcular, frente a las distintas alternativas de acción disponibles, con cuál de todas ellas podrá lograr el punto más alto alcanzable de su escala de preferencias*<sup>128</sup>. Además, parte de la premisa errónea que los sujetos poseen total y completa información de las ofertas en el mercado. Ello desemboca en una falta de autodeterminación en ciertos aspectos del negocio.

De manera más precisa podemos decir que la conducta de los sujetos por la que no se autodeterminan (no hacen *shopping*) sobre algunos aspectos de los negocios obedece básicamente a dos motivos<sup>129</sup>. Primero, los costes para la búsqueda, evaluación y comparación de las ofertas es demasiado alto comparados con las expectativas de beneficios a obtener mediante dicha actividad. Segundo, los individuos tienen racionalidad limitada (*bounded rationality*), y por ende no actúan como sujetos completamente racionales (*fully rational*)<sup>130</sup>.

---

2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>. Considera importante esta herramienta al punto que asevera que la Directiva 93/13/CEE se encuentra influenciado por ella (p. 25). Aunado a ello, siempre en el Reino Unido, la *Office of Fair Trading* (autoridad estatal administrativa encargada de la protección de consumidores y de la competencia), remarca la importancia de esta herramienta para sus estudios, incluidos los relativos a la protección de consumidores. Vid. <http://www.offt.gov.uk/OFTwork/research/economic-research/#.UP9n7WfVrMh> (consulta: 03/12/2013), en donde se justifica la utilización de esa herramienta, su importancia, y además se pueden encontrar los distintos estudios y reportes emitidos utilizándola. También, puede encontrarse acá algunos estudios gubernamentales sobre ello: <https://www.gov.uk/government/publications?departments%5B%5D=behavioural-insights-team> (consulta: 03/12/2013).

<sup>128</sup> SIMON, H. A., «A behavioral model of rational choice», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, 1955, p. 99.

<sup>129</sup> Motivos que contradicen los presupuestos que señala acertadamente CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, N° 224, enero 2011, pp. 4 y 5, versión utilizada es la disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), como pilares del derecho privado. Dicho autor señala que los incentivos para la búsqueda de información surtan efectos de maximización del bienestar colectivo que el derecho privado persigue, depende de que se den dos condiciones en el contexto contractual concreto sobre el que se aplican: la primera, que el acceso a la información sobre le bien que sea pueda hacerse a costes aceptables para ambas partes; la segunda, que los sujetos a los que incentiva estén en condiciones de reaccionar racionalmente a los incentivos que se les imponen. Claramente estas condiciones fallan respecto de estos aspectos contractuales, tal como se verá a continuación.

<sup>130</sup> La racionalidad limitada de los individuos y su repercusión en el funcionamiento del mercado fue originalmente desarrollado por SIMON, H. A., «A behavioral model...», *op. cit.*, p. 99. Autor que ostenta el Nóbel de Economía de 1978 por su *investigación pionera sobre el proceso de toma de decisiones en las organizaciones económicas*. El tema de la racionalidad limitada es de gran ayuda para fundamentar y explicar las medidas de protección a los individuos, sobre todo a los consumidores. Por ejemplo, es útil para la regulación de la publicidad y etiquetado el problema del *framing*. Esto significa que algunos productos o servicios causan aversión a algunos individuos, pero los empresario llegan a cambiar esto si modificando la forma en que son presentadas y ofertadas. Se logra una aceptación de estos mismos individuos. La racionalidad limitada les hace opinar de manera positiva lo que antes era negativo, siendo el mismo producto o servicio. No reparan en que son productos idénticos. El *framing* ha sido investigado tanto doctrinal como empíricamente. Vid. SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not an oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, N° 70, disponible en: [http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs\\_paternalism.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs_paternalism.pdf) (consulta: 03/05/2014). Otro ejemplo de cómo los sesgos cognitivos de los individuos forman parte importante en la decisión de contratar, y que por tanto se alejan de la idea del consumidor completamente racional que hace una fría evaluación de

O lo que es lo mismo, los individuos para la toma de decisión carecen de información completa de las ofertas (porque los altos costes no le permiten su búsqueda y comprensión), y carecen de la capacidad cognitiva necesaria para procesar toda la información que componen las ofertas (debido a su racionalidad limitada)<sup>131</sup>. La consecuencia es clara: los individuos no eligen la oferta óptima<sup>132</sup>. Prescinden de leer y valorar las condiciones generales<sup>133</sup>. Únicamente basan su decisión de contratar valorando parcialmente los aspectos del contrato, mayormente sobre las prestaciones principales<sup>134</sup>.

#### a) Asimetría de información. Altos costes de búsqueda.

El análisis tradicional de la conducta de los consumidores se basa en que recopilan, leen, analizan y comparan las distintas ofertas del mercado, por lo que la decisión de contratar es tomada con total y completa información (*full information* o *perfect*

---

costes y beneficios previo a celebrar un negocio, es el fenómeno denominado por la doctrina anglosajona como *pain of paying*. Dicho término se refiere al sufrimiento o pena que experimentan los sujetos al pagar, lo cual opaca el placer derivado del consumo. Es un mecanismo de autocontrol de los individuos sobre el consumo. La situación ideal es cuando el sujeto consume placenteramente sin que esto le evoque malas sensaciones por el pago realizado, ya que los beneficios derivados del consumo son mayores que los costes asumidos (precio). Esto tiene aplicación en estrategias empresariales que tratan de evitar por diversos medios que sus clientes sufran de ello, o que al menos que dicha sensación sea diferida en el tiempo y de esta manera adquieran productos sin pensar en la mala experiencia que consistirá pagar. Así, las tarjetas de crédito o las ofertas *compre hoy y pague dos meses después* generan la sensación de gratuidad a los consumidores, debido a que se difiere el pago. El *pain of paying* se experimenta en un momento posterior a la adquisición. Los consumidores salen de la tienda con productos nuevos, sin tener la sensación de haber pagado por ellos. Si se hubiese pagado en efectivo, probablemente hubiese habido un autocontrol al imaginar o recordar el *pain of paying* que experimentará, y evitará realizar una adquisición innecesaria o fuera de sus posibilidades económicas. Vid., sobre este tema, LOEWENSTEIN, G. y O'DONOGHUE, T., «"We can do this the easy way or the hard way": Negative emotions, self-regulation, and the law», *The University of Chicago Law Review*, N° 73, 2006, p. 183 y ss., disponible en: <https://lawreview.uchicago.edu/page/vol-73-issue-1-winter-2006> (consulta: 03/05/2014); PRELEC, D. y LOEWENSTEIN, G., «The red and the black: mental accounting of savings and debt», *Marketing Science*, 1998, N° 17, p. 4 y ss. También esto es citado por THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 24, parágrafo 3.28, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>

<sup>131</sup> Por ello, SIMON intenta en su trabajo «A behavioral model...», *op. cit.*, p. 99, modificar esa asunción del sujeto que maximiza sus utilidades a través de elección de oferta óptima, y por ende *reemplazar la racionalidad global del hombre económico con un tipo de comportamiento racional que es compatible con el acceso de información y habilidad computacional que en realidad son poseídos por los organismos, incluido el hombre, en los tipos de ambientes en los que esos organismos existen.*

<sup>132</sup> Esto es, que maximice sus utilidades.

<sup>133</sup> Conducta que se encuentra plenamente justificada. Por las razones que se expondrán a continuación, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the "opportunity to read" in contract law», *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 415, julio 2008, p. 17, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1162922](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922) (consulta 03/05/2014), afirma que la decisión de los clientes de no leer/conocer/importarle el contenido de las condiciones generales es una decisión inteligente, ya que *gastar esfuerzo en leer y procesar mentalmente esa información sería uno de los ejemplos más asombrosos de irracionalidad y conducta obsesiva del consumidor.*

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 17.



*information*) de las ofertas presentes en el mercado. De esta manera le es posible al consumidor identificar la mejor oferta. Sin embargo, la realidad demuestra que contar con esa información y analizarla genera costes a los sujetos<sup>135</sup>. Costes que no son necesariamente monetarios, sino que también de esfuerzo y tiempo<sup>136</sup>.

Por ejemplo, un sujeto que desea adquirir un televisor deberá acudir a las distintos almacenes (costes de transporte) y consultar las páginas web de las empresas que venden exclusivamente o no en línea, conversar con los empleados a fin de plantear preguntas y dudas sobre las condiciones generales, contratar un abogado que explique las condiciones generales de las ofertas recopiladas, etc<sup>137</sup>.

Muchas veces los contratos consisten en extensos documentos en los que los asesores jurídicos del empresario pretenden proteger a éste ante cualquier contingencia imaginable. Son documentos farragosos de difícil intelección para el consumidor, incluso para un empresario normal<sup>138</sup>. Dada su complejidad técnica requerirían de la contratación de un profesional para su comprensión y análisis<sup>139</sup>. Por lo que requieren un sobreesfuerzo de los adherentes para lograr la total y completa información en la que se basa el modelo económico expuesto *supra*.

Además, tomando en cuenta que las condiciones generales regulan aspectos que no corresponden al núcleo del contrato como son las prestaciones principales, tal actividad no le producirá ningún o poco beneficio porque igualmente le será indiferente el sentido de unas u otras condiciones generales, o al menos le serán no tan importantes en su decisión de contratar como sí son las cláusulas que se refieren a prestaciones principales. Usualmente regulan aspectos de escasa incidencia por lo que su importancia para los sujetos es menor<sup>140</sup>. Serán costes generados por una actividad que no se compensarán con beneficios<sup>141</sup>. En otras palabras, los costes de esa actividad serán mayores que sus beneficios<sup>142</sup>.

---

<sup>135</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>136</sup> EISENBERG, M. A., «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, p. 214, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016/> (consulta: 03/05/2014); BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 141.

<sup>137</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, p. 35.

<sup>138</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1222; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio...», *op. cit.*, p. 41. Así también, según ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 71, esta complejidad de comprensión de las condiciones generales es una de las razones por las que los costes de su lectura son mayores que los beneficios a obtener en caso de proceder a hacerlo.

<sup>139</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>142</sup> EISENBERG, M. A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 214; BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 441; PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1308. El mayor exponente de esta idea en la doctrina española es ALFARO ÁGUILA-REAL,

Aunado a ello, el cliente-tipo posee convicciones y hábitos que evitan o dificultan que tome en cuenta las condiciones generales para su decisión de contratar. Entre ellos se encuentran el hábito de no leer ni conocer el clausulado llamado a regir la vida del contrato<sup>143</sup>. Por tanto sólo se preocupa de leer los elementos esenciales, y, a veces, algunos otros elementos que ha hecho saber al público voluntariamente el propio empresario<sup>144</sup>. Agregan que existen, entre otras razones, una *indiferencia fatalista y confianza inmoderada* de los sujetos que *determinan su desinterés sobre el contenido de las condiciones generales del contrato*<sup>145</sup>.

También señala este sector de la doctrina que se genera un factor psicológico de inamovilidad y carácter definitivo del clausulado predispuesto por el sólo hecho de utilizarlo, lo cual produce *una sensación de igualdad de trato con toda la clientela, que con frecuencia se confunde con la idea de justicia*<sup>146</sup>. Consideran que la estandarización de los contratos es una actividad consuetudinaria del comercio y no un intento del empresario de aprovecharse de ellos<sup>147</sup>. Existen convicciones en los clientes como la de ser imposible encontrar mejores condiciones generales en alguna empresa competidora, y la de ser inútil intentar negociar el contenido contractual<sup>148</sup>. Por lo que no les resulta importante leerlas a fin conocer su contenido.

La idea generalizada entre los consumidores es que de intentar negociar alguna condición general resultaría infructuosa, entre otras razones, debido a la organización y división de tareas interna de la empresa. El agente vendedor respondería ante una petición de negociación de una condición general que no posee la autoridad suficiente para hacerlo. Por ello, para lograr regatear, el cliente debe de penetrar en la estructura jerárquica de la empresa con la esperanza de encontrar a alguien con quien hacerlo.

---

J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 70 y ss., quien ha seguido principalmente a la doctrina alemana para fundamentarlo. Pero también ha sido seguido en la doctrina española, aunque no con la misma amplitud y profundidad que ALFARO ÁGUILA-REAL por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 35 y 88.

<sup>143</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio...», *op. cit.*, p. 41.

<sup>144</sup> Sobre esta acción de informar al público sobre cláusulas accesorias GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I...*, *op. cit.*, p. 203, sostiene que se da especialmente en *mercados «de compradores»*, es decir, en los que éstos dominan y hay una intensa rivalidad entre oferentes.

<sup>145</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», *ADC*, 1949, p. 62; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», *RJN*, 2000, p. 10.

<sup>146</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 120.

<sup>147</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 446.

<sup>148</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio...», *op. cit.*, p. 41. Al respecto, HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 9, en su investigación sobre el comercio electrónico encontró que 42% de los encuestados manifestaron que no leían las condiciones generales por «*la carencia de diversidad de condiciones entre los competidores*».

Dando como resultado definitivo que no encontrará a nadie en ningún nivel jerárquico que lo desee ("*We cannot make an exception for one customer*")<sup>149</sup>.

Las condiciones generales son de difícil comprensión, aún cuando se redacten de manera clara. Son extensas y están redactadas en lenguaje complicado para el consumidor medio<sup>150</sup>. Tratan usualmente de contenido que parece puramente jurídico a la vista del cliente medio. El cliente-tipo no llega a conocer su alcance. Si decidiesen leer el clausulado que se les presenta, muchos de sus clientes no podrán comprender y conocer su alcance debido a su falta o escasa formación jurídica. Deberán contratar a un asesor jurídico para que las analice por él. Elevándose así los costes de la transacción, y que no será rentable con relación al precio del bien o servicio. Y vuelve aún menos rentable si se trata de una transacción que realizará el adherente tan solo una vez<sup>151</sup>. Cuestión que no sucede con los predisponentes. A ellos sí les es rentable contratar a asesores jurídicos para que le elaboren sus contratos estandarizados porque los utilizarán de forma masificada y porque se protegerán de eventuales hechos que se produzcan en sus relaciones con clientes<sup>152</sup>.

Los empresarios usualmente le presentan a sus clientes el contrato estandarizado en situaciones en que éstos se encuentran con prisa o cuando detenerse a leer y comprenderlo los hará sentir incómodos. Como lo son en situaciones en que otros clientes en una cola esperan ser atendidos<sup>153</sup>. O existe presión por parte de los agentes de ventas de los empresarios para suscribir rápidamente el contrato, lo cual puede hacer creer que los eventos descritos en las condiciones generales se producirán de manera tan remota que no vale la pena preocuparse por ellos<sup>154</sup>.

Algunas veces son ocultadas por el predisponente mediante argucias para evitar que el adherente lea las condiciones, lo cual acentúa su efecto sorpresa al surgir un eventual

---

<sup>149</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1225. De esta manera, *the language of standardization becomes a moral claim*.

<sup>150</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1231. También, VIGURI PEREA, A., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 10. Muchas veces se emplean términos técnicos de difícil comprensión de forma premeditada para provocar que el adherente se canse de leerlas y opte por no finalizar su lectura. El profesor POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 713, llama a esto el *principio de la complejidad y tecnicismo*, el cual es una de las características de los contratos de adhesión. Al respecto, HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 9, en su estudio empírico encontró que 13% de los encuestados manifestó no leer las condiciones generales porque no las entienden por ser lenguaje jurídico. Porcentaje bajo a comparación de los demás motivos externados por los encuestados, pero que coadyuva a la conducta de los individuos en no leerlas.

<sup>151</sup> EISENBERG, M. A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 243.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 243.

<sup>153</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 448.

<sup>154</sup> *Id.* p. 436, agrega este autor que la doctrina ilustra esta situación mediante el ejemplo de un viajero ocupado (*busy traveler*) en un aeropuerto que desea alquilar un automóvil. El agente de la empresa de alquiler le presenta un extenso e incomprensible documento contractual similar al que utilizan las demás empresas de alquiler. El cliente no tiene interés en leer y comprender sus cláusulas, él sólo desea marcharse con el automóvil (p. 437).

conflicto. Argucias como la utilización de letra microscópica o redacción oscura compleja y excesivamente larga para evitar que el adherente las lea<sup>155</sup>. Visto esto, desde un punto de vista del examen costes-beneficios, el resultado arroja que los costes son superiores que los eventuales beneficios<sup>156</sup>. En consecuencia es “racional” que los individuos pasen por alto las condiciones generales y les resulta poco o nada atractivo leerlas, y mucho menos realizar el esfuerzo de comprenderlas y compararlas<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *ADC*, 1949, p. 61. Como ejemplo de ello, MACAULAY, S., «Private Legislation and the Duty to Read—Business Run by IBM Machine the Law of Contracts and Credit Cards», *Vanderbilt Law Review*, num. 19, 1966, p. 1069-1074, citado por MANN, R. J., «“Contracting” for credit », *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Mann.pdf> (consulta: 03/05/2014), sugiere que para entonces en Estados Unidos de América las empresas emisoras de tarjetas de crédito utilizaban ciertas estrategias para responsabilizar a los tarjetahabientes ante robos de su tarjeta. Algunas de esas argucias consistían en omitir alguna palabra o frase sobre robo de tarjetas de crédito en la solicitud que presenta el cliente para que se le emita una, para después, en el reverso de la tarjeta incluir una cláusula en letra pequeña que hacía responsable al tarjetahabiente por cualquier transacción realizada con dicha tarjeta (aunque haya sido robada y utilizada por un ladrón). No obstante, es necesario resaltar que la normativa española establece requisitos formales y de transparencia que tratan de evitar estas situaciones

<sup>156</sup> Esto no es más que la aplicación del Teorema de Coase, formulado en COASE, R. H., «The problem of social cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, p. 7, disponible en <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> (consulta: 03/05/2014). Fue principalmente mediante este artículo que este autor fue galardonado con el Premio Nobel de Economía en 1991. Este advirtió la existencia de costes de transacción que no permiten la distribución óptima de los recursos. Por lo que, en palabras textuales del propio COASE, «Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about». Esta idea ha sido la base para los múltiples autores que, como ALFARO AGUILA-REAL, señalan a los costes de transacción como barrera para la búsqueda, análisis y comparación de condiciones generales. Para un estudio amplio, excelente, sencillo y en castellano de las implicaciones del teorema de Coase, puede consultarse el capítulo “Ronald Coase y el sistema jurídico”, de BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 97.

<sup>157</sup> Sobre este punto, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...”», *op. cit.*, p. 4, quien sostiene que en esta situación el adherente *es racional y, de largo, está actuando muy bien: ahorra costes de transacción y paga precios bajos*. Incluso no sólo califica como una *decisión inteligente* la de no leer, sino también señala que *gastar esfuerzo en leer y procesar el contenido de las condiciones generales sería una de los más sorprendentes ejemplos de irracionalidad de consumidor y comportamiento obsesivo* (resaltado es nuestro) (p. 18). Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 70 y ss. agrega que es razonable desde el punto de vista económico que el cliente no tome en cuenta las condiciones generales para su decisión de contratar. La actividad de buscar, leer, comprender, y comparar las cláusulas existentes en el mercado, produce costes que *supera las eventuales ventajas que [...] podrían derivarse en forma de mejores condiciones generales* (pp. 71 y 72). La falta de atención de los clientes en dichas cláusulas GÓMEZ POMAR la denomina *ignorancia racional*. Y justifica el actuar del cliente no solo a través del coste de obtener la información, sino de la imposibilidad de cambiar el clausulado predispuesto. De esta manera, dice, *si adquirir información es –aunque sea poco- costoso para el consumidor, pero tener la información no cambiaría ni los términos de la transacción ni su uso futuro, el consumidor puede racionalmente sacrificar la adquisición de información e ignorar la variable relevante*. GÓMEZ POMAR, F., «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», Barcelona, 2003, en: <http://www.indret.com/es/>.

Sobre esto resaltamos de la jurisprudencia estadounidense el caso *American General Finance, Inc. v. Branch*, 793 S2d 738 (2000), en el que la Corte Suprema de Alabama investiga el mercado financiero de Alabama con el propósito de determinar si el adherente poseía una alternativa razonable a contratar sin convenio arbitral un préstamo dinerario. Después de realizar la investigación, el tribunal determina que en la fecha que fue suscrito uno de los contratos controvertidos (noviembre de 1997), sólo una de las entidades financieras prestaba dinero sin requerir la inclusión de convenio arbitral. En consecuencia para

Entonces, no puede serle exigible que realice esa actividad cuando es demasiado costoso hacerlo<sup>158</sup>. Es así como el mercado no funciona con respecto a las condiciones generales de los contratos<sup>159</sup>. No les resulta beneficioso a los adherentes leer, comprender y comparar las condiciones generales.

Aun cuando un consumidor leyera y lograra comprender que ciertas condiciones generales le son desfavorables, se plantea el problema de qué es más razonable desde el punto de vista económico: o renunciar a contratar por considerar el cliente que una cláusula le es desfavorable, o aceptar contratar pese a la cláusula desfavorable. Visto lo expuesto *supra*, la respuesta a la interrogante dependerá del tipo de cláusula de que se trate. Así, si nos referimos a una condición general no será esperado razonablemente que renuncie a contratar, ya que dirigirse a otras empresas con el fin de comparar distintas ofertas y seleccionar la mejor no es económicamente razonable por los motivos arriba apuntados (evaluación costes-beneficios)<sup>160</sup>.

---

llegar a encontrar a ese único ente financiero, debía incurrir en un considerable gasto de tiempo y recursos, lo cual lleva a concluir al tribunal que el adherente no tenía alternativa razonable. Este precedente resulta criticable puesto que la falta de búsqueda de mejores cláusulas procesales judiciales o arbitrales no obedece a si existen uno o varios entes financieros que ofrecen convenios arbitrales o sometimiento al sistema jurisdiccional común, sino que obedece a que por el contenido de las cláusulas y/o por factores cognitivos propios del consumidor no seleccionará estas cláusulas, independientemente de la variedad existente en el mercado financiero. Este error judicial, no sólo es un problema teórico académico, sino trasciende negativamente a lo práctico ya que en la misma sentencia el tribunal sostiene que otros de los contratos controvertidos fueron firmados en el año 1995, fecha en la que habían varias entidades financieras que no incorporaban convenios arbitrales. El tribunal le reprocha al adherente no haber probado que buscó a otras entidades financieras para verificar si ofrecían contratos sin convenios arbitrales, además le reprocha haber confesado no haber leído el contrato. Todo esto lleva al tribunal a asegurar que el adherente no ha demostrado que no existían alternativas razonables a su disposición. Por lo que no invalida el convenio arbitral.

<sup>158</sup> De allí que no existe un deber de lectura (*duty to read*) con respecto a las condiciones generales. Vid., en palabras de BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity”», *op. cit.*, p. 8: (...) *when the cost of the precautionary step becomes excessive –when reading a contract requires a significant investment of resources- the cost benefit analysis changes. Moreover, when the benefit of reading –the information one acquires about the contingent terms of the deal- is minor, reading the fine terms is no longer a reasonable standard of care.* Y agrega: *why would we hold someone liable, the, for failing to take care measures that are recognized as excessively costly?*

<sup>159</sup> De allí que ALFARO ÁGUILA-REAL, basándose en los altos costes que acarrearía realizar esta actividad, desarrolló la idea de que es inexigible al adherente la renuncia a contratar por no encontrar condiciones generales de su agrado. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 129. Agrega dicho autor que la renuncia a contratar no es una *alternativa razonablemente disponible porque no puede dirigirse a otros empresarios «seleccionando» mejores condiciones.* No existe competencia de condiciones generales, por lo que las fuerzas del mercado no funcionan correctamente en el sentido de mejorar la calidad de las ofertas de condiciones generales. Esta idea fue seguida, entre otros, por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4947; Id. «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, pp. 10 y 11; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas...*, *op. cit.*, p. 270; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>160</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 76; CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 5; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4948, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 354. Y de cierta manera desarrolla esta idea PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 111. En la doctrina estadounidense ha tenido un enorme desarrollo, Vid. por citar a algunos, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...»», *op. cit.*, p. 8; GILLETTE, C. P., «Standard Form

Otro problema es que la toma de decisión de contratar es realizada con información parcial de la oferta, y no con información completa y total<sup>161</sup>. Sólo toma en cuenta ciertos aspectos, como lo son las prestaciones principales, dejando de lado el resto de aspectos. Los costes que implica informarse no permiten una toma de decisión de contratar óptima basada en un estudio integral de las ofertas.

En consecuencia, este procedimiento de toma de decisiones en el que se prescinde de la valoración a las condiciones generales es menos costoso, pero a la vez es menos certero en cuanto a asegurar que los sujetos acepten la oferta óptima (la que maximice sus beneficios). En otras palabras, los adherentes no identifican la oferta que posea las mejores condiciones generales según su propia consideración. No realizan el *shopping* de condiciones generales porque los costes lo limitan a hacerlo, lo cual genera, como ya se dijo, una ausencia de competencia empresarial respecto de las condiciones generales.

#### **b) Racionalidad limitada.**

Precisamente uno de los presupuestos del sistema es que los sujetos actúan de manera racional<sup>162</sup>. Tal como se ha expuesto, *comportarse de manera racional es llevar a cabo una conducta dirigida a maximizar los propios beneficios, y donde los actos que uno desarrolla son coherentes con tal fin*<sup>163</sup>. Sin embargo, los individuos actúan de manera (económicamente) irracional en cuanto a las condiciones generales de los contratos debido a diversos problemas cognitivos que poseen los cuales son inherentes a los seres humanos<sup>164</sup>. Aunque algunas veces son acentuadas por el empresario.

Debido a ellos, no los toman en cuenta en su decisión de contratar. Las ignoran independientemente del coste de su lectura, comprensión y comparación, debido a su racionalidad limitada. A continuación se expondrá algunos de estos factores que influyen en el comportamiento irracional señalado.<sup>165</sup>

---

Contracts», *New York University Law and Economics Working Papers*, N° 09-18, 2009, p. 5 y ss., [http://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/181/](http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/181/) (consulta: 03/05/2014). El sobreesfuerzo del adherente para informarse, tal como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 35, va más allá del que la buena fe permite exigir a un contratante.

<sup>161</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 5, considera que *el comportamiento de los consumidores se caracteriza, precisamente, por su información limitada sobre las características de los negocios que realizan – que es consecuencia del elevado coste del acceso a la misma--*

<sup>162</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 195.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 195.

<sup>164</sup> Así, CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 5, señala que los consumidores se caracterizan, junto a la información limitada con la que toman la decisión de contratar, por la *irracionalidad de su comportamiento –que es resultado de determinadas pautas psicológicas que apartan sus decisiones de las que cabría esperar de los sujetos racionales, que presupone la economía neoclásica--*.

<sup>165</sup> Al respecto, CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 5, afirma que *puede resumirse en que la toma de decisiones de las personas está afectada por sesgos, prejuicios de*

### **i. Capacidad de procesamiento de información limitada.**

Los costes superiores a los beneficios en la actividad de lectura, análisis y comparación de condiciones generales, explican de manera parcial los motivos por los que los individuos no las toman en cuenta en su decisión de contratar. En casos en los que los costes son muy bajos, los individuos igualmente no leen ni analizan ni comparan los aspectos de las ofertas. Se trata de un supuesto hipotético ya que a través de él se podrá comprender de mejor manera esto.

El ejemplo trata de un sujeto en Sevilla desea comprar automóvil. En la búsqueda de información para elegir la oferta óptima del mercado, se encuentra con que las condiciones generales (no incluyo en ellas a las cláusulas que describen las prestaciones principales) que los vendedores utilizan son dos y se encuentran fácilmente accesibles en su página web: *“en caso de incumplimiento del pago de las cuotas mensuales, el cliente deberá pagar al vendedor para compensar los daños causados una suma equivalente al 50% del precio del automóvil”*, y *“en caso de algún reclamo de parte del comprador al vendedor que no sea resuelto de manera amistosa por las partes, las partes acuerdan en este acto que la problema se resuelva en un arbitraje cuyo único árbitro sea la persona nombrada por el comprador dentro del listado de personas que le proporcionará el vendedor. La resolución de este árbitro tendrá la misma calidad que la de una sentencia de un juez estatal”*.

En este caso, los costes para encontrar, analizar y comparar las condiciones generales es bajo. El potencial comprador puede acceder a ellas fácilmente a través de un enlace plenamente visible en su página web. Su lenguaje no es complicado, ni ambiguo. Si no logra comprenderlas, el precio de un automóvil compensa los costes de un abogado que le explique las consecuencias de ambas cláusulas. Con todo esto podría decirse que los beneficios esperados de una elección correcta de la oferta más favorable compensarán los costes. Sin embargo a pesar de ellos los compradores de automóviles fallarán en tomar en cuenta estas condiciones generales en su toma de decisión de contratar. Se centrarán siempre en el color del automóvil, color, sistema de frenado, la presencia de airbags, consumo de combustible, precio, tamaño, comodidad, etc.

O, aún una hipótesis más real. En vez de encontrarse el individuo con que los vendedores utilizan únicamente dos condiciones generales, supongamos que utilizan, como así sucede, un extenso clausulado unilateralmente elaborado. Los vendedores consideran que la limitación de su responsabilidad por daños causados por averías de los vehículos (colisión con otros automóviles, contra otros objetos, arrollar a personas, etc.) es importante. Para ello, destacan la condición general que limita cuantitativamente estos daños. La ubican al principio del contrato, en caracteres más grandes que el resto,

---

*valoración y estrategias heurísticas que hacen de aquella un proceso bastante distinto del presumido por los modelos económicos ortodoxos y causan ciertas «desviaciones» en las previsiones de éstos. Sin embargo aclara que la comprensión de este fenómeno es muy intuitiva, pese al escaso estudio de modelos basados en los rasgos de la irracionalidad de la toma de decisiones humana.*

en negrita, en colores rojos, un símbolo de alerta y se redacta de forma concisa y sencilla. En este caso hipotético, si se parte del análisis costes-beneficios, se tendrá como resultado que en vista de los bajos costes de lectura, análisis y comparación los adherentes leen esta condición general, y la deben tomar en cuenta en su decisión de contratar.

Se generaría competencia sobre las cláusulas de limitación de responsabilidad. Y si no la toman en cuenta es por negligencia suya. No habría motivos para justificar la falta de lectura. Sería aplicable el deber de lectura (*duty to read*) y no será merecedor de protección. Pero, tal como se señaló en el caso hipotético anterior, no serían tomadas en cuenta en su toma de decisión de contratar. Igual sucede en los locales comerciales en los que al ingresar a sus instalaciones declaran mediante un rótulo visible que la empresa no será responsable por pérdida, extravío, robos, hurtos o daños a objetos personales. O cualquier rótulo que limite derechos de los clientes que se encuentre visible y legible en la entrada de sus instalaciones.

Adicionalmente, podría aseverarse que en los bienes o productos a adquirir con precios altos, debería el adherente asumir los costes de lectura, análisis y comparación de las condiciones generales de los contratos de las distintas ofertas del mercado. Se podría señalar que, por ejemplo, en la compra de una casa el comprador, es exigible a los adherentes realizar la actividad antedicha para elegir la oferta óptima<sup>166</sup>. Los beneficios en hacerlo superarían sus costes (esfuerzo, tiempo, incluso gastos monetarios en asesoría jurídica), por lo que, siguiendo la teoría anterior, no es racional que los individuos no realicen *shopping* de las condiciones generales junto con el precio y características del bien.

Por ello, la conclusión relativa a que las valoraciones de costes versus beneficios/utilidades influyen en la toma de decisión de contratar nos parece cierta pero incompleta<sup>167</sup>. Es necesario reconocer que hay aspectos de la psicología y cognición humana que repercuten en el procedimiento mental previo a la elección de las ofertas. Por ende, repercuten en el mercado y competencia, y en última instancia en la autodeterminación de los sujetos.

---

<sup>166</sup> En un estudio empírico realizado entre internautas compradores electrónicos, un 37% de los encuestados manifestaron que leen los contratos en sus compras electrónicas dependiendo del valor del producto. Un 36% dijo depende del vendedor que sea (el 100% de éstos dijo que lo haría cuando es un vendedor desconocido) y un 17% señaló que depende de qué tipo de condición se trate. Vid. HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, pp. 8 y 9. Entonces, si se extrapola estos resultados y se sigue la teoría antedicha, podría decirse que una gran parte de los compradores electrónicos leen sus contratos cuando el valor del bien es alto, por lo que sí han elegido reflexivamente la oferta tomando en cuenta todos los aspectos de la oferta (incluidas las condiciones generales). No serán entonces merecedores de protección estos sujetos porque el mercado les proveerá las mejores ofertas de condiciones generales.

<sup>167</sup> Sin embargo, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 71, parece reconocer algunas cuestiones que se desarrollarán a continuación sobre la imposibilidad de los adherentes de calibrar correctamente los riesgos cuya probabilidad de cumplimiento es baja. Pero no amplía esto, sino que siempre lo enmarca en el tema de los costes.



Es menester reconocer que la toma de decisión de contratar es un procedimiento complejo dado que los individuos deben determinar entre distintos aspectos de las ofertas que resulta más valioso para ellos, tales como decidir entre un bajo precio y un mejor sistema de seguridad de un automóvil, entre protección medioambiental y comodidad, y entre calidad de vida y longevidad en caso de asistencia y seguridad médica privada<sup>168</sup>. La complejidad no es causada sólo por el tipo de aspectos a valorar, sino también el número de aspectos y la cantidad de ofertas a analizar, las cuales usualmente son un gran número<sup>169</sup>. Requiere un esfuerzo grande y una muy buena memoria para realizar un estudio exhaustivo de cada aspecto y de cada oferta<sup>170</sup>.

Para poder procesar esta información y poder identificar la oferta óptima se necesitaría de individuos que posean racionalidad ilimitada. Que puedan valorar fríamente, y con una capacidad computacional y de memoria ilimitada. Sin embargo los seres humanos poseen racionalidad limitada (*bounded rationality*). Son limitaciones cognitivas que no le permiten ser el frío y perfecto maximizador de beneficios que supone el esquema de libertad económica<sup>171</sup>. Son factores endógenos de la cognición humana, aunque también

---

<sup>168</sup> BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 187.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 190. Así también, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 71, señala la alta inversión de tiempo y en dinero que supone leer las condiciones generales, *compararlas con las de la competencia y decidirse por una de ellas*.

<sup>171</sup> Son numerosos los autores modernos que cuestionan ese modelo de individuo que elige racionalmente la oferta óptima, tal como se expondrá en los siguientes apartados. Critican duramente al modelo al sostener que el análisis económico del derecho ha prescindido de estudiar la psicología del consumidor para comprender adecuadamente el comportamiento de éste y sus repercusiones en la celebración de contratos y el mercado. Vid., a manera de ejemplo, JACOBY, J., “Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory”, *New York University Center for Law and Business*, 2000, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=930174](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=930174) (consulta: 03/05/2014), quien desde el título de su trabajo denota su crítica: “¿Es racional asumir la racionalidad del consumidor? Algunas perspectivas psicológicas del consumidor sobre la teoría de elección racional”. Critica que en el pasado no se haya tomado en cuenta variables psicológicas, variables sociológicas, variables culturales, variables relativas al entorno del consumidor, etc. (p. 4); BLOCK-LIEB, S., y JANGER, E. J., «The myth of the rational borrower: rationality, behaviorism, and the misguided “reform” of Bankruptcy Law», *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 37*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=786427> (consulta: 03/05/2014), quien señala que experimentos demuestran las limitaciones prácticas a las que se enfrenta los individuos relativas a la cantidad de información a la que pueden acceder y recordar, y ponen en tela de juicio la utilidad de proveer mayor información (p. 1530); HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction...», *op. cit.*, p. 95, quien afirma que los *seres humanos reales frecuentemente se encuentran lejos de ser “racionales”*, ya que sus limitaciones cognitivas provoca que a veces cometan errores, como por ejemplo cuando son influidos por sus emociones o sentimientos (o en general sesgos cognitivos).

El tema de la racionalidad limitada es de gran ayuda para fundamentar y explicar las medidas de protección a los individuos, sobre todo a los consumidores. Por ejemplo, es útil para la regulación de la publicidad y etiquetado el problema del *framing*. Esto significa que algunos productos o servicios causan aversión a algunos individuos, pero los empresario llegan a cambiar esto si modificando la forma en que son presentadas y ofertadas. Se logra una aceptación de estos mismos individuos. La racionalidad limitada les hace opinar de manera positiva lo que antes era negativo, siendo el mismo producto o servicio. No reparan en que son productos idénticos. El *framing* ha sido investigado tanto doctrinal como

pueden ser influidos por factores externos. Esto provoca que los individuos, en una situación en la que deba de analizar diferentes elementos, y por tanto sea compleja la toma de decisión, actúen simplificando la estrategia para la toma de decisión. La estrategia simplificada consiste en ser selectivo en el número de ofertas, reduciéndolas a un número más fácilmente manejable<sup>172</sup>. De esta manera, los individuos descartan valorar muchos aspectos que integran la oferta.

A medida que aumenta el número de los aspectos a valorar, aumenta así también la complejidad en que debería realizarse el procedimiento mental de toma de decisión y se necesita un mayor esfuerzo cognitivo para elegir la oferta óptima. Pero la actitud de los individuos no es de volver más compleja su toma de decisión, sino de simplificarla sin llegar al extremo de elegir al azar. Se opta por la que se considere lo suficientemente buena, y no la óptima, seleccionando algunos aspectos relevantes (*salient terms*) e ignorando el resto (*non salient terms*).

Para que un aspecto de las ofertas sea tomado en cuenta, debe de captar la atención voluntaria o involuntaria de los individuos. Debe ser lo suficientemente atractivo para que la atención limitada de los individuos sea dirigida hacia el mismo. En definitiva la atención es dirigida a los aspectos que son útiles para los individuos en la obtención de sus objetivos<sup>173</sup>. Es así como generalmente son más importantes para los individuos el precio y las características del bien o servicio, y son menos importantes las condiciones

---

empíricamente. Vid. SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, *passim*.

<sup>172</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1227. También advierte este hecho, BLOCK-LIEB, S., y JANGER, E. J., «The myth of the rational...», *op. cit.*, p. 1531. Al respecto GREYER, D. M.; SCHWARTZ, A. y WILDE, L. L., «The irrelevance of information overload: an analysis of search and disclosure», *Southern California Law Review*, vol. 59, p. 300, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1123](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1123) (consulta: 03/05/2014), sostiene que el número final de atributos o aspectos con los que basan su decisión de contratar son a lo mucho 5. El número y cuáles de los aspectos son valorados dependerá de cada individuo, pero en todo caso es un número reducido. Los estudios lo demuestran, tal como lo señala KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1227, quien cita a algunos. Entre estas investigaciones citadas por el autor se encuentran: LUSSIER, D. A., y OLSHAVSKY, R. W., «Task Complexity and Contingent Processing in Brand Choice», *Journal of Consumer Research*, vol. 6, 1979, p. 150, quienes realizaron una investigación sobre la compra de máquinas de escribir, el resultado fue que los compradores valoraron finalmente 5 o menos aspectos después de haber descartado a varios otros aspectos.; OLSHAVSKY, R. W., «Task Complexity and Contingent Processing in Decision Making: A Replication and Extension», *Organizational Behavior and Human Performance*, 24, 1979, p. 305, realizó un estudio sobre el comportamiento en la toma de decisión de compradores de apartamentos y aparatos reproductores de música (estéreos). Cuando se enfrentaron a decidir entre 15 aspectos que componían la oferta, el resultado fue que casi todos los individuos (*nearly all subjects*) ignoraron ciertos aspectos. Cuando se enfrentaron a dos ofertas de cuatro aspectos cada una, tomaron en cuenta todos para su decisión de contratar; TIMMERMANS, D., «The impact of Task Complexity on Information Use in Multiattribute Decision Making», *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 6, 1993, p. 95, encontró en su investigación que entre 3.0 y 6.6 es el número de aspectos valorados.

<sup>173</sup> Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1229 y 1230, sostiene que (*Individuals devote voluntary attention to information when doing so will help them to obtain their goals*). Igualmente, BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 193.

generales<sup>174</sup>. Un sujeto que ingresa a una tienda minorista de electrodomésticos con el objetivo de comprar un bien específico de ciertas características fijará su atención únicamente en los aspectos de la oferta (o contrato) que regule los mismos. Los demás asuntos que las acompañan serán irrelevantes para el individuo. En consecuencia, aquéllos serán valorados, y comparados por los individuos. En cambio las condiciones generales no lo serán.

Por ejemplo, si un sujeto casado y con dos hijos decide comprar una casa y se encuentra con las siguientes ofertas (ejemplo 4): Oferta Casa A: casa en construcción de una sola planta, área de terreno de 160 metros cuadrados, con traspatio y tres habitaciones, precio X, ubicada sobre una calle principal y cerca de estación de trenes, escuela cercana, bien ventilada y con mucha luz, con plaza de estacionamiento para un coche, depósito de reserva de 10% del precio, cláusula penal por desistimiento corresponde a la suma del total entregado en depósito, cláusula de modificación unilateral al alza del precio por fluctuaciones en los costes de los materiales, sometimiento a tribunales de Barcelona, responsabilidad del empresario por defectos de un año, responsabilidad limitada por un monto equivalente al 5% del valor de la casa, cláusula que obliga al comprador a pagar la casa aún cuando no haya sido entregado el inmueble.

Por otro lado encuentra la Oferta Casa B, compuesta por las siguientes características: casa lista para habitar, de dos niveles, dos habitaciones cada una con baño, baño social en la primera planta, cabida de 120 metros cuadrados, precio superior al de la oferta anterior, ubicada en una zona cercana a su lugar de trabajo, estacionamiento privado para dos carros, parque privado para el barrio, depósito en concepto de reserva del 8% del valor de la casa, garantía de 10 años, cláusula de desistimiento unilateral del vendedor sin motivación y debiendo devolver únicamente lo recibido en depósito, cláusula de sometimiento a arbitraje distinto del de consumo con sede en Sevilla y cláusula de limitación por daños que pueda causar los defectos de construcción .

La toma de decisión es compleja por el gran número de aspectos que debe valorar. Este es un ejemplo apegado a la realidad que se enfrentan los adherentes. Decidir la compra de un producto implica la valoración de un alto número de variables. Y si se aúna a esto que en el mercado hay un sinnúmero de ofertas (no solo dos) de ventas de casas, el individuo se encuentra inundado de información (*information overload*). Por ello tomará el atajo mental de seleccionar sólo a algunos aspectos a valorar en su elección. Puede ser que el precio y su ubicación sean los aspectos que tendrán mayor importancia para ese sujeto, o que lo sea el área del terreno, o el número de habitaciones, etc. Otro sujeto que quiera comprar casa podrá decir que el precio, la suma del depósito y las plazas de estacionamiento privado sean los aspectos relevantes para él.

---

<sup>174</sup> Así, BECHER, S. I., Y ZARSKY, T. Z., «E-contract doctrine 2.0: standard form contracting in the age of online participation», *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 14, 2008, p. 350, disponible en [www.mttr.org/volfourteen/becher&zarsky.pdf](http://www.mttr.org/volfourteen/becher&zarsky.pdf) (consulta: 03/05/2014).

En fin, cada uno tiene en mente como relevantes para su toma de decisión aspectos distintos, pero ciertamente todos estos aspectos se pueden reducir a dos: el precio y la descripción de la casa para decidirse entre una u otra oferta. Buscarán, compararán las distintas ofertas y decidirán contratar con base a estos aspectos (*shopping*). Pero prescinden completamente de todas las condiciones generales en su valoración. No verificarán si la cláusula de sumisión expresa les es mejor que el convenio arbitral, ni apreciarán si les es mejor una cláusula limitativa de responsabilidad, etc. No identificarán la oferta óptima a sus intereses.

Tratan así de contrarrestar la complejidad, puesto que tienen limitaciones en su capacidad de procesar información<sup>175</sup>. Entonces, la selectividad de los aspectos a ser tomados en cuenta no es un capricho de los individuos, ni tampoco es negligencia de ellos, sino que se convierte en una necesidad para los individuos, debido a su limitada capacidad de procesamiento de la totalidad de información disponible<sup>176</sup>. Por lo que ni aún leyendo y comprendiendo estos aspectos irrelevantes para los individuos se convertirán en aspectos relevantes.

Relacionado con la racionalidad limitada, se encuentra el fenómeno conocido por la doctrina anglosajón como *satisficing*<sup>177</sup>. Los autores que defienden la existencia de este fenómeno consideran que, tal como lo hemos expuesto *supra*, las personas rara vez invierten en la búsqueda completa de información ni procesan completamente la información que reciben. Más aún cuando se posee un alto número de variables a tomar en cuenta. Por lo que los sujetos, previo a realizar el *shopping*, establecen un nivel de aspiración o satisfacción inicial que deben alcanzar las ofertas<sup>178</sup>. Inicia con ello la búsqueda de ofertas, y una vez haya encontrado una de ellas que logre alcanzar este nivel inicial, dejará de buscar y aceptará esta oferta. No proseguirá con la evaluación de los demás aspectos y ofertas. Por lo que escoge una oferta sin estar completamente informado de todos los datos de todas las ofertas<sup>179</sup>. En cambio los sujetos confían en la información casual y parcialmente obtenida que sea suficiente para sentirse cómodos en

---

<sup>175</sup> BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 187.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>177</sup> Vid., entre otros, HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 451; EISENBERG, M. A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 215; GREATHER, D. M.; SCHWARTZ, A. y WILDE, L. L., «The irrelevance of information...», *op. cit.*, p. 279. En palabra de estos autores: *Optimizar la elección supone valorar todo aspecto que conforma cada oferta del mercado, en cambio el satisfice consiste en hacerlo lo mejor que se pueda dadas las circunstancias* (traducción libre). Entonces *satisficing* no consiste en elegir la oferta óptima, sino una que sea lo suficientemente buena. *Satisficing* en vez de optimizar la elección, implica fallar en la elección de la oferta preferida (“la mejor”) de todas las que hay en el mercado (p. 287).

<sup>178</sup> GREATHER, D. M.; SCHWARTZ, A. y WILDE, L. L., «The irrelevance of information...», *op. cit.*, p. 279.

<sup>179</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 451.

su elección<sup>180</sup>. Por lo que es improbable que los individuos lleguen a evaluar datos secundarios de las ofertas y que usualmente no corresponderían al desarrollo normal del contrato, como lo son las condiciones generales<sup>181</sup>.

Además de lo antes expuesto, la doctrina ha señalado que por su naturaleza algunas cláusulas no son tomadas en cuenta. Explicaremos dos de estas razones adicionales que abonan la dificultad de que algún individuo fije su atención en ellas. Vale aclarar que esto no significa que las cláusulas o atributos de las ofertas que no cumplan con lo que se expondrá a continuación sí serán (o con mayor probabilidad serán) objeto de la atención de los individuos. Sino que únicamente se desea exponer otros motivos por los que algunas cláusulas no logran formar parte del número limitado de atributos que los individuos valoran antes de aceptar una oferta<sup>182</sup>.

## **ii. Las condiciones generales comprenden riesgos que son infravalorados. Sobreconfianza.**

Los clientes muchas veces no evalúan la probabilidad de que un suceso ocurra, de hecho, no saben calcular los riesgos<sup>183</sup>. Por ello, ante los riesgos plasmados en los contratos, los individuos pueden exagerar su preocupación en creer que el suceso puede ocurrir, o puede preocuparse muy poco por estos riesgos. Sin embargo, entre estos dos extremos, algunos estudios nos demuestran que los individuos actúan comúnmente preocupándose muy poco por la probabilidad de materializarse el riesgo<sup>184</sup>. Más aún sucede cuando se tratan de riesgos cuya probabilidad que ocurran es baja. La conducta

---

<sup>180</sup> Al respecto, GREYER, D. M.; SCHWARTZ, A. y WILDE, L. L., «The irrelevance of information...», *op. cit.*, p. 279, sostienen que *optimizar la elección supone valorar todo aspecto que conforma cada oferta del mercado, en cambio el satisfacer consiste en hacerlo lo mejor que se pueda dadas las circunstancias* (traducción libre).

<sup>181</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 451.

<sup>182</sup> Al respecto, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1230, no toma a estos motivos como verdades categóricas, sino que aclara que lo hace de manera especulativa.

<sup>183</sup> Es así como *The Law Commission And Scottish Law Commission* ejemplifica claramente este sesgo cognitivo señalando que los individuos adquieren membresías o abonos a gimnasios creyendo que irán más tiempo del que realmente acudirán. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 24, parágrafo 3.28., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>. Otros autores que resaltan este sesgo cognitivo son: HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 450, quienes aseveran que *(c)onsumers have limited cognitive resources with which to assess the risks associated with a contract*. También, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...”», *op. cit.*, p. 16; y, CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, pp. 5 y 6, al advertir sesgos cognitivos como el *sobreoptimismo* y *sobreconfianza* que afectan la toma de decisión, y que *acepte acríticamente aquello que se le propone*.

<sup>184</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 451. También lo señala, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 35, al aseverar que las condiciones generales *se refieren a aspectos de escasa incidencia económica para el adherente, generalmente contienen una descripción de riesgos que sólo ocasionalmente acaecerán durante la ejecución de un contrato particular*.

usual del individuo es de ignorar ese riesgo, y lo hacen debido a que confían en la probabilidad de evitar los daños<sup>185</sup>.

Precisamente muchas de las condiciones generales tratan comúnmente de situaciones de riesgo de poca probabilidad de acontecimiento: si el producto del empresario no funciona, si el cliente no paga a tiempo, si entre las partes surge un litigio, si el cliente sufre daños por el uso del bien adquirido, si el predisponente factura incorrectamente los servicios que presta, etc<sup>186</sup>.

Son cláusulas sobre riesgos que no suceden de manera normal, en el día a día del consumidor, o son cláusulas que se encuentran condicionadas a hechos que igualmente no suceden de manera ordinaria, por lo cual es razonable la actitud de los clientes de no prestarles atención<sup>187</sup>. Si llegan a leerlas, e incluso se tomen el tiempo de analizarlas, el

---

<sup>185</sup> Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p 1232, quien agrega que esto es consecuencia de la tendencia de los clientes a reducir las probabilidades de riesgos en valoraciones de ser “seguro” o “inseguro”. Señala KOROBKIN algunos estudios de campo que demuestran tales afirmaciones. A esta conducta de creer que no sucederá ese hecho riesgoso es denominada por MANN, R. J., «“Contracting” for credit», *op. cit.*, p. 912, como *optimistic bias*.

<sup>186</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p 1233. Existen otros individuos que no ignoran ese riesgo y deciden protegerse con medidas precautorias excesivas para el riesgo. Es decir, actúan de manera extrema si se compara con los que ignoran el riesgo. A esta conducta, MANN, R. J., «“Contracting” for credit», *op. cit.*, p. 912, la denomina *availability bias*. En la doctrina española de manera similar PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, pp. 116 y 117, señala que *desde el punto de vista psicológico los adherentes suelen tener a la vista sólo la necesidad (...) del bien a adquirir o del servicio a disfrutar, sin siquiera plantearse el eventual surgimiento de perturbaciones durante la ejecución de la relación trabada, perturbaciones de cuya resolución –en el sentido más favorable a la parte predisponente- se ocupan las condiciones generales.*

<sup>187</sup> MANN, R. J., «“Contracting” for credit», *op. cit.*, p. 906. Agrega este autor que debido a ello, el consumidor puede errar en comprender la probabilidad de que esas condiciones ocurran. El consumidor puede que no mida con exactitud la gravedad de las consecuencias que puede acarrearle si se cumplen los supuestos previstos en ellas. BLOCK-LIEB, S., y JANGER, E. J., «The myth of the rational...», *op. cit.*, p. 1540 y ss., señalan estudios que demuestran la actitud optimista de los individuos. Entre ellos se encuentra el que dio como resultado que los clientes que eligen la tarifa plana mensual o anual (la otra opción es el pago por cada día que se frecuenta y varía el precio dependiendo de que máquinas se utilizan) para asistir a gimnasios frecuentemente se equivocan en su elección sobreestimando el uso futuro de las instalaciones en más del 100 por ciento (estudio realizado por DELLAVIGNA, S., y MALMENDIER, U., «Overestimating Self-Control: Evidence from the Health Club Industry», *Nat'l Bureau of Economy Research, Working Paper No. 10819, 2004*, disponible en <http://www.nber.org/papers/w10819> consulta: 03/05/2014). Además citan un curioso estudio en el que los individuos que solicitaron licencia para contraer matrimonio en Virginia no lograron predecir que su relación finalizaría en divorcio, pese a que la mayoría sabían que cerca de la mitad de los matrimonios finalizan en esos términos (estudio realizado por BAKER, L. A. y EMERY, R., E. «When Every Relationship is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage», *Law and Human Behavior*, num. 17, 1993, pp. 439 y 440.). SUNSTEIN, C. R., «Boundedly rational borrowing », *The University of Chicago Law Review*, N° 73, 2006, p. 252, disponible en: [https://lawreview.sites.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73\\_1\\_Sunstein.pdf](https://lawreview.sites.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73_1_Sunstein.pdf) (consulta: 03/05/2014), entre los distintos factores que contribuyen al excesivo endeudamiento de los consumidores se encuentra a lo que él llama *optimismo no realista (unrealistic optimism)* del consumidor, y lo compara con el hecho extrajurídico que la mayoría de fumadores jóvenes creen erróneamente que en unos años ya no estarán fumando. Se podría decir entonces que muchos consumidores al solicitar créditos bancarios creen erróneamente que tendrán problemas de deudas como resultado de su conducta. En palabras del autor: *Unrealistic optimistic borrowers will make welfare reducing consumption choices, simply because they fail to appreciate the problems associated with their borrowing.* Agrega SUNSTEIN

resultado será el mismo: subestimar el riesgo contemplado en ellos, y no valorarlas en su decisión de contratar<sup>188</sup>.

Los individuos igualmente infravaloran los riesgos cuando su materialización depende en gran medida de su esfera de control, o cuando consideran que ellos pueden eludir que el suceso riesgoso ocurra<sup>189</sup>. Los riesgos únicamente llegan a ser relevantes cuando se produce el supuesto estipulado (se sufre efectivamente un daño, existe mora en el pago, etc), pero antes de la contratación no lo son. Si son eventos que no es probable que ocurran, los clientes, aun conociendo su existencia, fijarán su atención en otros aspectos del contrato de ejecución cierta, pese a que es posible (no probable a los ojos del

---

que también la miopía de algunos clientes en atender únicamente los asuntos a suceder en un corto plazo, obviando los de un futuro más lejano, ayuda al problema de sobreendeudamiento (p. 5). Prefieren el bienestar actual sin miramientos en el bienestar futuro. Ejemplificando la miopía de los consumidores en un ámbito distinto del contractual, LOEWENSTEIN, G. y O'DONOGHUE, T., «"We can do this the..."», *op. cit.*, p. 185, señala que los individuos que hacen dieta alimenticia, se ven en el problema de elegir entre actuar acordes a lo mejor para su salud, bienestar físico y apariencia física delgada, y actuar probando comida hasta experimentar la sensación placentera de llenura. Los beneficios de esta última actuación son inmediatos y tangibles, en cambio los beneficios de aquella actuación son mediatos y de alguna manera nebulosos, por lo que muchos individuos se inclinan más por comer. Si los consumidores valoraran correctamente los beneficios a largo plazo, aceptarían con mayor asuidad la opción de mantener el régimen de dieta. Sobre este ejemplo, cabe aclarar que es aplicable siempre y cuando nos refiramos a personas que carecen de patologías psicológicas que les provoca comer impulsivamente o abstenerse de alimentarse aún poniendo en un alto riesgo su salud. Mismo ejemplo que es citado por SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, pp. 1167 y 1168, agregando datos de la institución pública estadounidense Center for Disease Control que han sido obtenidos mediante estudios, en los que se llega a datos alarmantes por encontrarse cerca del 20% la población con obesidad, y estar por encima del 60% la población con sobrepeso u obesidad. Con estos resultados, dichos autores consideran que no siempre los individuos optan por la decisión más adecuada para su bienestar, en este caso para su salud. No actúan racionalmente frente a este problema. Debido a su miopía, los consumidores muchas veces se ven motivados para actuar por eventos recientes o próximos (p. 1179). Por ejemplo, las personas no contratan seguros contra inundaciones, pese a que se encuentran en zonas de riesgo, sino hasta que ocurre un desastre natural de ese tipo. Lo mismo sucede con los seguros contra terremotos. Una vez sucede uno de estos hechos naturales, la demanda de seguros contra ellos se dispara. Es decir, la miopía se produce incluso cuando la probabilidad de que ocurra ese hecho dañoso es alto. Visto lo anterior, se puede concluir, en lo que respecta al tema de las condiciones generales, que las cláusulas condicionadas a retrasos en el pago (cómo las cláusulas penales) no son factores relevantes para el cliente medio en el análisis de las distintas ofertas crediticias en el mercado.

<sup>188</sup> MANN, R. J., «"Contracting" for credit», *op. cit.*, p. 912. Tal como establece THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION la normativa sobre cláusulas abusivas ha tomado en cuenta estas consideraciones sobre la racionalidad limitada de los individuos. Vid. *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, p. 25, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>. Así, consideran que los subparágrafos (e) y (d) del parágrafo 1 del anexo 2 de la UTCC (equivalentes a los e) y d) del anexo de la Directiva 93/13/CEE) son remedios contra cláusulas con las que el empresario pretendía aprovecharse de la racionalidad limitada de sus clientes. Más claramente, dichas comisiones afirman que la introducción del literal e) sobre cláusulas con penalidades desproporcionadas por incumplimientos contractuales del consumidor es un reconocimiento que los consumidores son sobreoptimistas (*over-optimistic*) y que por ello le prestan poca atención a las consecuencias de un eventual incumplimiento. Respecto del literal d) sobre cláusulas que permiten al empresario retener sumas por renuncia a contratar o a ejecutar el contrato es un reconocimiento que los consumidores están más enfocados en sus propósitos o intenciones presentes, y le brindan poca atención a posibles cambios de parecer u opinión que le puedan ocurrir a futuro. De allí que el análisis de ambas comisiones legislativas del Reino Unido promueven reformas legales nacionales basándose en un análisis como el expuesto.

<sup>189</sup> Así, HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 454.

cliente) que aquéllos sucedan. Otro ejemplo de ello son las cláusulas de exclusión de responsabilidad. Intentar por cualquier medio que el adherente medio comprenda los riesgos que asume al aceptarlas, puede llegar a ser una tarea inútil<sup>190</sup>. En consecuencia, no puede entenderse, por regla general, consentida *stricto sensu* una cláusula de exclusión de responsabilidad por habersele dado la opción al adherente de adquirir adicionalmente un seguro a un bajo precio que cubra los riesgos excluidos.

En conclusión, los sujetos tienen la tendencia a creer que esos aspectos inciertos y calamitosos no sucederán<sup>191</sup>. Es un optimismo irracional que no permite un correcto análisis de las probabilidades de que suceda ese acontecimiento contemplado en esas cláusulas<sup>192</sup>. Aun cuando sean conocidos y comprendidos, estos aspectos no formarán parte de la toma de decisión de contratar.

### iii. Stress en la toma de decisión

Algunos individuos pueden experimentar una situación de estrés cuando deben de analizar y comparar aspectos disimilares de las ofertas. Y el estrés en la toma de decisión puede aumentar cuando deben de poner un precio a cuestiones que los individuos creen que no deben de ser tratadas como bienes comerciales<sup>193</sup>. Son aspectos que el individuo considera importantes, y por tanto, estando en una situación en la que debe de elegir entre uno u otro, el individuo no desea sacrificar alguno de ellos<sup>194</sup>.

Ejemplos de estas decisiones incómodas son: en el caso de la compra de un vehículo, elegir entre la seguridad de un automóvil o conciencia medioambiental, ya que los automóviles grandes soportan mejor los accidentes viales pero consumen mayor volumen de combustible; elegir entre riesgos de salud por la presencia de insectos en el

---

<sup>190</sup> Así, GILO, D. y PORAT, A., «The hidden roles...», *op. cit.*, p. 1015, sostienen que (*in reality, many consumers with potential damages would not be able to comprehend that the insurance option is worthwhile (...)*). Incluso estos autores van más allá, argumentando que las cláusulas pueden llegar a ser redactadas de manera muy técnica-jurídica para evitar su comprensión, y de esta manera no puedan ejercer los adherentes su derecho a adquirir el seguro, puesto que al predisponente lo que le interesa es no responder por los daños.

<sup>191</sup> Al respecto, HILLMAN, R. A., *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 838, sostiene que los consumidores son propensos a equiparar los riesgos de “baja probabilidad” como si fuese riesgos de “cero probabilidad”. Vid. los resultados de su investigación empírica HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 9. Uno de los resultados de la investigación es que 42% de los encuestados contestó que no leían las condiciones generales cuando compraban productos en línea debido a que consideran que “nada irá mal”, y 32% dijo que lo hacían bajo la creencia que las cláusulas serán justas.

<sup>192</sup> De esta manera, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 71, manifiesta que *los consumidores carecen de la formación adecuada para calibrar adecuadamente dichos riesgos («esto no me sucederá a mí»)*.

<sup>193</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1230.

<sup>194</sup> BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 196.



hogar o riesgos de salud por la utilizan de químicos para eliminarlos<sup>195</sup>. Por tanto causa un estrés en los individuos las cláusulas que regulan estos aspectos (riesgos a la seguridad personal, riesgos a la salud, limitación de responsabilidades, cláusulas que regulan aspectos que pudieran afectar el medioambiente, etc.).

Al estar presentes en una situación de estrés como la expuesta, los individuos pueden responder adoptando la decisión ignorándolos<sup>196</sup>. Lo harán cada vez que les sea posible hacerlo con el propósito de evitar el estrés que le provocaría su comparación y sobre todo la elección de uno de ellos, en detrimento del otro<sup>197</sup>. Por tanto, se convierten en no relevantes en la toma de decisión. No formarán parte del limitado número de elementos valorados y comparados por los individuos.

### **5.2.8. La reputación no compele a los predisponentes a mejorar condiciones generales. Inefectividad de *watchdog groups*.**

Se podría llegar a plantear que la reputación del empresario provocará en cierto modo que se generen mejores condiciones generales (de buena calidad). Sería una especie de sustituto a la lectura y comparación de las condiciones generales para el control no estatal de su contenido. En efecto, *en un mercado competitivo, a los empresarios les preocupa su reputación por su valor de empresa y sus productos e inducir a los consumidores a comprarles y a pagar, en su caso, un precio superior al que pagan por productos semejantes de empresas sin reputación*<sup>198</sup>.

Los empresarios estarían compelidos a evitar tratar injustamente a un cliente en aplicación de sus condiciones generales inequitativas, ya que de hacerlo, el cliente no deseará volver a celebrar contratos con él, y su círculo cercano de personas puedan ser que tampoco lo hagan cuando se enteren del trato dado por dicho empresario. Se divulgaría una mala reputación de boca en boca (*Word-to-mouth*) pernicioso para sus negocios<sup>199</sup>.

---

<sup>195</sup> Ejemplos aportados por BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 196 y 197.

<sup>196</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1231 y 1232.

<sup>197</sup> Así, BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *op. cit.*, p. 197, manifiestan: *We suggest that individuals may cope with emotion laden decisions by altering processing to escape negative emotion.*

<sup>198</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2008, p. 5, versión utilizada es la disponible en: [http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion\\_precio\\_prestacion\\_J\\_Alfaro.pdf](http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_precio_prestacion_J_Alfaro.pdf) (consulta: 03/05/2014).

<sup>199</sup> En palabras de ALFARO ÁGUILA-REAL *si una empresa incluye entre sus condiciones generales cláusulas abusivas, y sobre todo, si exige su cumplimiento judicialmente, su reputación se verá dañada.* Por ende, *un empresario reputado no incluirá o, en todo caso, no aplicará, condiciones abusivas.* *Ibid.*, p. 5.

Además de la experiencia de consumidores, podrá coadyuvar la publicación de informes de entidades públicas o privadas encargadas de velar por un correcto trato de los empresarios hacia los consumidores. Son los denominados *watchdog groups*<sup>200</sup>. Pueden ser organizaciones de protección a consumidores los que desempeñan esta función. Estos entes se encargan de dar seguimiento y permanecer en constante alerta de actividades abusivas de los empresarios hacia los consumidores, y denunciar públicamente estas injusticias. De resultar incluida una empresa en algunos de los informes o denuncias públicas, resultaría gravemente afectada en su reputación. Esto generaría entre los consumidores cierta repulsión o temor en contratar con ese particular empresario.

Asimismo la información que puede brindar revistas y periódicos especializados a través de investigaciones, rankings, evaluaciones independientes, etc., colaboran en ello. Realizan comparativas simplificadas de los diversos aspectos de los productos. Una de las páginas web líderes sobre ello es <http://www.toptenreviews.com/>.<sup>201</sup> O bien, mediante proyectos como el denominado ToS;DR (<http://tosdr.org>), el cual lleva varios años funcionando. Ha sido diseñado por personas voluntarias, y cuyo único propósito es analizar, clasificar y comparar las condiciones generales de diversas populares páginas webs tales como facebook, google, twitter, etc.<sup>202</sup>. El lema de dicho proyecto es: “He

---

<sup>200</sup> Ejemplo de estas entidades es la Electronic Frontier Foundation que se autodenomina como la entidad líder en la defensa de libertades civiles y los derechos de los usuarios en el mundo digital. Entre sus múltiples informes se encuentra el de las cláusulas peligrosas (*dangerous terms*) <http://w2.eff.org/wp/eula.php> (consulta: 03/05/2014). Otros *watchdog groups* son <http://www.consumerwatchdog.org>; <http://www.bbc.co.uk/watchdog/> (consulta: 03/05/2014). En España podría clasificarse de cierta manera como un *watchdog group*, al Instituto Nacional de Consumo. Aunque este organismo no realiza, como sí lo hacen los *watchdog groups* citados *supra*, denuncias públicas de prácticas de específicos empresarios o grupo de empresarios. Más bien su rol es de educación a consumidores y formulación de propuestas de regulación. Otros entes que sí encajan mejor en este tipo de organismos es, por citar a algunos, la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) <http://www.ausbanc.es>; la Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas de Ahorro y Seguros (ADICAE) <http://www.adicae.net/>; Asociación General de Consumidores (ASGECO) <http://www.asgeco.org/>; Asociación de Usuarios de la Comunicación (AUC) <http://www.auc.es/>; Confederación Española de Organizaciones de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios (CEACCU) <http://www.ceaccu.org/>. Todos los enlaces fueron consultados el 03/05/2014.

<sup>201</sup> Es una publicación independiente que realiza análisis y comparativas directas de un mismo tipo de producto o servicio. Para ello seleccionan a 10 principales productos o servicios, y analizan individualmente cada uno. Le otorgan puntaje a cada característica. Realizan comparativas directas entre los 10 productos o servicios. Señalan los pros y contras de cada uno. Y finalizan recomendando uno de ellos. Sus análisis son completos y sencillos para el conocimiento de cualquier sujeto interesado en la adquisición del producto. Definitivamente simplifica la toma de decisión de los consumidores. Otro ejemplo de estas publicaciones, pero especializada en automóviles se encuentran <http://www.cars.com/go/compare/index.jsp> y <http://www.whatcar.com/car-reviews>. Todos los enlaces fueron consultados el 03/05/2014.

<sup>202</sup> El lanzamiento de este proyecto fue reportado con entusiasmo por diversos periódicos y revistas a finales del año 2012. En la página web del proyecto (<http://tosdr.org/about.html>) se especifica que el título del mismo ha sido inspirado por el acrónimo utilizado en blogs y correos electrónicos cuando un texto es demasiado largo y se desea comunicar al autor que eso ha desincentivado su lectura. Este acrónimo es TL;DR el cual significa *Too Long; Didn't Read* (demasiado extenso, no lo leí). De esta manera el proyecto ha sido denominado ToS;DR que significa *Terms of Service; Didn't Read*. Esto puede traducirse como: *condiciones generales; no las leí*, (o bien, *términos del servicio; no los leí*).

*leído y aceptado los términos y condiciones” es la mentira más grande en la web. Nosotros pretendemos arreglar eso.*

La divulgación de la mala o buena fama se estimularía por la existencia de Internet<sup>203</sup>. Así los sujetos, de forma previa a la adquisición de un bien o servicio, pueden consultar comentarios de las experiencias de otras personas que pudieren estar ubicados en distintas sitios, como pueden ser *blogs*, redes sociales, espacios de revistas electrónicas, empresas minoristas, etc., que permiten introducir comentarios a los visitantes, asignarles nota a distintos aspectos de las ofertas, etc<sup>204</sup>. Aunque no se trate de ventas electrónicas, Internet colabora en gran medida a la propagación de comentarios y malas experiencias de antiguos consumidores.

Si se tratan de empresas cuyas ventas las realizan a través de internet, su buena imagen y la confianza de los consumidores hacia ellos son vitales para su éxito<sup>205</sup>. Por lo que éstas deberían tener mayores incentivos que los empresarios convencionales para proveer todo tipo de cláusulas favorables a los adherentes.

A consecuencia de todo lo expuesto, los empresarios, por la integridad de su reputación, tendrían los incentivos para introducir condiciones generales equitativas, a fin de no perder clientes, o, desde una perspectiva positiva, atraer clientes tratándolos de mejor manera mediante condiciones generales favorables a los clientes. Sin embargo, la efectividad de la reputación en la generación de condiciones generales equilibradas tiene varios reparos que demuestran su ineffectividad en este ámbito. Los costes para los adherentes para obtener la información sobre la reputación de los predisponentes es muy

---

<sup>203</sup> Son varios autores los que defienden esta postura, entre ellos, BECHER, S. I., Y ZARSKY, T. Z., «E-contract doctrine 2.0...», *op. cit.*, p. 303 y ss.; HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 429 y ss.

<sup>204</sup> Esto es una manifestación de la tendencia conocida como Web 2.0, en la que la navegación por internet es interactiva. El navegante no sólo recibe información de internet, sino que también aporta e interactúa. Por citar algunos de los innumerables ejemplos, se encuentra la empresa Amazon. <http://www.amazon.com/>, una de los más grandes vendedores minoristas del mundo que operan en internet. Al hacer click sobre un producto se puede leer los comentarios de consumidores, y el puntaje que le atribuyen (de una a cinco estrellas). Otro ejemplo es una de las empresas minoristas de productos electrónicos más grande de Estados Unidos de América que vende a través de su gran número de sucursales y también a través de su página web. Me refiero a Best Buy. En su página web ([www.bestbuy.com](http://www.bestbuy.com)) ella se puede buscar un producto bajo distintos parámetros, incluido el producto más vendido o el que ha recibido mejor puntuación por los consumidores. Asimismo posee una forma de puntuación más adecuada a cada tipo de producto. Por ejemplo, para las cámaras fotográficas permite a los visitantes de la página atribuirle una nota general del producto (entre una y cinco estrellas), así como atribuirle una nota individual a los atributos “precio”, “calidad de la imagen”, “facilidad de utilización” y “características”. Otro ejemplo es la página web [www.tripadvisor.com](http://www.tripadvisor.com) dirigida a viajeros y tursitas. En ella los visitantes valúan los hoteles, restaurantes, vuelos, alquiler de vehículos, etc., de cualquier parte del mundo con base a su propia experiencia del viaje. Califican individualmente los aspectos “habitaciones”, “trato”, “comidas”, “limpieza”, “localización” e “instalaciones”. Sobre libros puede se encuentra [www.casadellibro.com](http://www.casadellibro.com), en la que los lectores igualmente pueden expresar sus comentarios y valorar los libros. Todos los enlaces fueron consultados el 03/05/2014.

<sup>205</sup> Así, HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 469.

alto comparado con los beneficios que podrían obtenerse de tal actividad, tal como hemos expuesto anteriormente sobre ello<sup>206</sup>.

Estas medidas presuponen que los individuos publican sus comentarios y experiencias, y que los potenciales clientes las leen. Sin embargo, no todos los sujetos que adquieren los productos y servicios publican sus comentarios. Son una minoría lo que lo hacen. No tienen los suficientes incentivos para hacerlo. Es por ello que no todo producto o servicio recibe comentarios en estos medios<sup>207</sup>. Por tanto, la información allí disponible no es suficiente para formar una idea clara de las experiencias reales de antiguos consumidores. Pueden ser útiles como una orientación, pero no pueden tomarse como reflejo de la realidad.

Dada la eventualidad de los supuestos que regulan las condiciones generales, las pocas experiencias negativas divulgadas sobre las condiciones generales tendrían un efecto muy limitado en la generación de mala reputación. Tendría únicamente algún efecto cuando estos supuestos se cumplieran en un número alto. Basta con visitar las páginas web de las empresas minoristas para darnos cuenta que los comentarios publicados por los consumidores versan casi en su totalidad sobre experiencias relativas a las prestaciones principales. Si se trata de una cámara fotográfica se comentan qué tal les ha parecido la calidad de la imagen, el tamaño del aparato, el precio, la facilidad de utilización, etc.

En consecuencia la información disponible no es fiel reflejo de las experiencias y observaciones de antiguos clientes, y por tanto no es fiable para que sirva de guía en señalar qué empresarios ofertan mejores condiciones generales y cuyos clientes han recibido un trato justo.

Pese a ello, si partimos del supuesto irreal que todos o gran partes de los antiguos clientes sí publican sus comentarios para que los futuros clientes los tomen en cuenta, estos medios tienen poca eficacia. Los costes para los potenciales clientes derivados de la búsqueda de toda la información, análisis y comparación de las diversas fuentes de

---

<sup>206</sup> Unos de los autores más entusiastas en la reputación y en la transmisión de experiencias de antiguos consumidores a potenciales clientes para evitar abusos en la utilización de contratos preformulados son HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 469 y ss. Ellos aseguraban que en el comercio electrónico estos aspectos se catalizan y tienen como consecuencia que *the intense focus created by the e-businnesses environment diminishes the likelihood that e-businesses will offer inefficient terms in their standard forms* (p. 470). Sin embargo en trabajos posteriores el primero de los autores muestra su decepción por los resultados de una investigación empírica realizada por él. A los adherentes en el comercio electrónico aún les resultaba indiferentes el contenido de las condiciones generales, tal como sucede en el comercio ordinario. Vid. la investigación empírica HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit., passim*. Vid. el reconocimiento que hace el autor de la limitación de las medidas recomendadas en el primer trabajo señalado, pero sin dejar de apostar por ellas, HILLMAN, R. A., «Online boilerplate: would mandatory websites disclosure of e-standard terms backfires?», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 837, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Hillman.pdf> (consulta: 03/05/2014).

<sup>207</sup> Puede visitarse las páginas web antedichas para corroborar que no todos los productos reciben comentarios, y muchas de las que sí reciben, son pocos los comentarios publicados.

información (de los distintos *watchdog groups*, revistas, blogs, etc.) son altos. Sólo por señalar algunos costes adicionales que esta actividad generaría: Si se trata de revistas especializadas puede que se necesiten comprarlas, el acceso a Internet no es universal ni está al alcance todos si se trata de medios electrónicos por lo que se incurre en costes para acceder a ellas, si la cantidad de fuentes es numerosa y con resultados dispares será necesario procesar esta información. Aunado a esto, el esfuerzo y tiempo para realizar esta actividad nos da como resultado, al igual como se expuso en un apartado anterior, que los costes también son mayores que los beneficios a obtener<sup>208</sup>.

En consecuencia de todos los factores antedichos, no se generará una reputación significativa que conmine a los predisponentes a mejorar las condiciones generales. El número de clientes que se preocupan por publicar sus experiencias, y por otro lado, individuos que indagan sobre la experiencia de los distintos clientes sobre la justicia o injusticia de las condiciones generales de un empresario, es muy reducido<sup>209</sup>. El número de sujetos que no averiguan la reputación es mucho mayor. En consecuencia es más rentable al empresario mantener las condiciones generales desequilibradas a su favor que satisfacer las demandas de este pequeño grupo de clientes<sup>210</sup>. Los beneficios de la explotación de la ignorancia de la mayoría, hace que éstos sean mayores que los costes de pérdida de la clientela informada de la reputación<sup>211</sup>.

Por último, la reputación relativa al uso de condiciones generales injustas sólo podría tener algún efecto en la competencia cuando aquellas puedan causar un gran descontento o indignación entre consumidores. Esto es, que utilice condiciones generales desorbitadamente injustas<sup>212</sup>. Porque se ha comprobado que actualmente las que se encuentran presentes usualmente en el mercado no logran alcanzar este objetivo y no las toman en cuenta en su decisión de contratar. Únicamente son pocos los adherentes que lo hacen, por lo que son clientes marginales que no generan suficientes incentivos a los empresarios para ofrecer mejores condiciones generales. La mala o buena reputación generada por la calidad de éstas no es significativa.

#### **5.2.9. Existencia de libertad contractual y ausencia de autodeterminación en la adhesión a condiciones generales.**

De acuerdo a la concepción apegada al sistema económico de mercado y a la libertad económica, los adherentes sí poseen libertad contractual en cuanto a la celebración de contratos bajo condiciones generales. Ninguna autoridad coarta su libertad en el

---

<sup>208</sup> Hemos explicado anteriormente que los eventuales beneficios por la lectura, análisis y comparación de condiciones generales no compensan los costes derivados de esa actividad.

<sup>209</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 443.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 443.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 443; KOROBIKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1240.

<sup>212</sup> HILLMAN, R. A., «Online boilerplate: would...», *op. cit.*, p. 853.

mercado. Ni tampoco lo hace ningún particular, ni siquiera lo hace el predisponente. Los adherentes no tienen ninguna atadura de un tercero en cuanto a coartarle o anularle la libertad de elegir la oferta que considere óptima. El predisponente no realiza ninguna actividad que suponga un obstáculo en la toma de decisión de contratar. Los empresarios formulan sus ofertas con todos los aspectos que componen las mismas, a fin de que los adherentes elijan la que les parezca que maximizan sus utilidades. A partir de entonces, depende de los adherentes valorar, comparar y elegir la mejor.

La libertad contractual fue diseñada para que cada sujeto se autodetermine. Sin embargo con respecto a todos estos aspectos no relevantes en su toma de decisión (condiciones generales) el sujeto no se autodetermina. Tienen libertad para elegir de forma voluntaria la oferta que más le convenga. La libertad contractual que ha sido implícitamente reconocida por la Constitución, no logra su objetivo: que todos los agentes del comercio se autodeterminen, que cada sujeto ejerza su autonomía privada a través de la elección de la oferta óptima previo estudio reflexivo de cada aspecto. Es el adherente quien no lo hace. Y no puede decirse que ocurra por actuaciones maliciosas de los empresarios. No es producto de actuaciones contrarias a la buena fe de los predisponentes que pretenden evitar que los adherentes busquen, analicen y comparen cada oferta.

Se debe a los altos costes que le generaría a los adherentes el proceder a hacerlo. Y sobre todo, se debe a motivos de cognición humana. No tienen la capacidad para procesar el alto volumen información de cada oferta. Se encuentran limitados en su racionalidad. Como se puede apreciar, los predisponentes no realizan ninguna injerencia en las causas que originan la ausencia de autodeterminación de los adherentes. Son factores exógenos (costes), o endógenos (racionalidad humana), en los que no interfieren los predisponentes.

O si realizaran los predisponentes algún tipo de acto con el propósito de evitar que los adherentes lean, analicen o comparen alguna condición general, éste no tendrá ninguna repercusión en el resultado. La ocultación, redacción ambigua y general de condiciones generales, etc., no repercutirá en la conducta de los adherentes hacia ellas, puesto que haya o no actividades de este tipo, los adherentes no las tomarán en cuenta en su decisión de contratar. No leerán, ni analizarán ni compararán las distintas condiciones generales de las ofertas.

Por lo que siempre se generará el fallo del mercado respecto de las condiciones generales. Los actos del predisponente serán irrelevantes para evaluar si ha sido el motivo de la falla del mercado. Este problema de falta de autodeterminación que evita que el mercado a través de la competencia empresarial despliegue todos sus mecanismos de protección, justifican tomar medidas legales que palien los problemas que ello puede generar.

Cuestión diferente sucede cuando se trata de aspectos importantes o relevantes para los individuos en la toma de decisión. Nos referimos a las prestaciones principales y otros

aspectos que pudieran ser tomados en cuenta en la decisión de contratar. En caso de que exista algún tipo de barrera creada por los empresarios con el propósito de que sus clientes no logren identificar la mejor oferta sobre estos aspectos, sí habrá una violación a la libertad contractual. Pero esto requiere medidas asociadas al deber de información y transparencia. Este tema se verá más adelante, puesto que requiere de una explicación del deber de información y su efectividad para evitar abusos relativos a las prestaciones principales<sup>213</sup>.

#### 5.2.10. Adhesión es consentimiento.

Se puede llegar a plantear que, debido a esa falta de autodeterminación bilateral en el contenido contractual, la adhesión a condiciones generales no puede ser calificada de consentimiento, o, de calificarse como consentimiento, poseería algún tipo de vicio. Vale aclarar que nos referimos aquí únicamente a la aceptación de las condiciones generales, ya que sobre los demás aspectos del contrato (entre ellos las prestaciones principales del contrato), no existe duda si recae consentimiento sobre ellos.

Pese a la falta de una completa autodeterminación, no puede concluirse que de la congruencia entre el modelo legal del contrato (desde su perspectiva económica) y la realidad bajo la cual se desarrolla la celebración de contratos en el comercio, sobre todo la manera en que se acepta o adhiere a las cláusulas, depende el carácter contractual de las cláusulas<sup>214</sup>. Esta falta de concordancia no puede servir para extraer semejantes conclusiones<sup>215</sup>. Esta incongruencia, no nos puede llevar al extremo de afirmar que, el acto de adhesión no es equiparable al consentimiento. A ese extremo se llega, si se parte de la premisa que es necesario que se cumpla con el modelo ideal de formación del contrato que tenía en mente el legislador para que considerara que ha existido un

---

<sup>213</sup> Esto será abordado en el apartado 5 del Capítulo III.

<sup>214</sup> Fue ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 93 y ss., quien, al abordar el antiguo tema de la naturaleza jurídica de las condiciones generales, propuso que la adhesión no puede ser considerada consentimiento. Para ALFARO ÁGUILA-REAL dichas cláusulas contractuales no poseen eficacia *constitutiva* sino que *meramente declarativa* (p. 101). Sostiene que **la adhesión no constituye consentimiento sino, simplemente y de acuerdo con la significación objetiva que cabe atribuirle a la luz de la ley y la buena fe, autorización para formalizar reglas y principios legales** (p. 102) (el resaltado es nuestro). También vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, 2000, n° 1, p. 11; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1. Ámbito objetivo», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, p. 82 y ss., ya no atribuye el efecto meramente declarativo a las condiciones generales, pero afirma que *la adhesión a cláusulas predispuestas no tiene el mismo valor que el consentimiento contractual*.

<sup>215</sup> Así, GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I...*, *op. cit.*, p. 204 y ss., sostiene que no es correcto querer darle una vigencia normativa de esta correlación que el legislador nunca quiso; y que de aceptarse dicha tesis, *nos introduciría en un campo de inseguridad e imprevisibilidad jurídicas de alcance insospechado* (p. 206). En el mismo sentido PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 1343, nota 107, agrega que de ser cierto la tesis de ALFARO ÁGUILA-REAL no debería de limitarse a los contratos celebrados bajo condiciones generales, sino a toda contratación, lo cual provocaría tener que analizar caso por caso si se cumple la congruencia antes aludida a fin de ser calificado de verdadero contrato.

consentimiento de acuerdo a lo estipulado en el art. 1261 CC<sup>216</sup>. El legislador nunca quiso dicha consecuencia a las desviaciones del modelo ideal<sup>217</sup>.

Sin ninguna duda, la adhesión a las condiciones generales es consentimiento<sup>218</sup>. Lo es tanto para la contratación tradicional como la contratación electrónica<sup>219</sup>. No hay que preocuparse porque no se encuentre en estos contratos un puro y totalmente libre consentimiento, un consentimiento que preceda de un estudio reflexivo y concienzudo de las distintas opciones presentes en el mercado, puesto que el ordenamiento jurídico nunca lo ha requerido como presupuesto de validez. Con un vistazo a los casos que contempla el ordenamiento jurídico como vicios del consentimiento, se llega a comprender que únicamente es nulo el consentimiento en casos muy puntuales y excepcionales. En los demás casos en los que no existan vicios del consentimiento no significa que brille en todo su resplandor el libre y reflexivo consentimiento, y no obstante vinculan.

Cuestión distinta es que, por la peculiaridad de la formación del consentimiento, sea necesaria una regulación de las condiciones generales diferente a la tradicional de los contratos<sup>220</sup>. Sí es útil para comprender *el sentido y alcance de una ley de condiciones*

---

<sup>216</sup> Tómesese en cuenta que el modelo de contrato al que nos referimos no es únicamente al contrato negociado, sino, sobre todo, al que se celebra mediante la elección libre y voluntaria de una de las ofertas del mercado, previo un examen reflexivo de las opciones disponible en el contrato y habiendo competencia relevante.

<sup>217</sup> Vid. GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I...*, *op. cit.*, p. 203 y 204.

<sup>218</sup> Si se quiere, un consentimiento *matizado* por el cumplimiento de requisitos formales para la existencia de las condiciones generales que incorpora, pero en fin consentimiento. Vid. LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, *op. cit.*, pp. 53 y 54. Por otro lado, al apreciar las particularidades de la formación del consentimiento de los contratos de adhesión, OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática...», *op. cit.*, p. 1183, llega a afirmar que *es consustancial con tales negocios un cierto vicio del consentimiento que, sin embargo, no los invalida*. Vale aclarar que este autor emite dicha opinión desde la perspectiva de la ausencia de negociación como elemento caracterizador de los contratos de adhesión. En la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) se ha resuelto que esa aceptación es consentimiento, ya que el art. 1261.1º CC y el art. 5.1 LCGC exigen que recaiga consentimiento sobre las cláusulas para que vinculen a las partes (apartado 143). El carácter en principio vinculante de las condiciones generales proviene del consentimiento prestado, y no de cualquier otra fuente. Por ello, no nos parece acertado que ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 53, nota 64, atribuya su carácter vinculante a motivos metajurídicos como lo son las ventajas que supone la utilización de las condiciones generales: *el reconocimiento como legítimos de los intereses de las empresas en racionalizar su actividad contractual se produce de manera implícita en cuanto ningún autor se ha planteado la posibilidad de negar la validez de las condiciones generales*.

<sup>219</sup> No hemos abordado en el presente trabajo la contratación electrónica. Sin embargo, para un estudio de los requisitos de formalización del consentimiento en la contratación electrónica y en las comunicaciones comerciales a través de correo electrónico, así como la protección del consumidor en estos aspectos, vid. APARICIO VAQUERO, J. P., «Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico», *La Ley*, No. 4, 2005; Id. «Los consumidores y sus relaciones con los proveedores de servicios de la sociedad de la información», *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 89, 2008.

<sup>220</sup> Así, DÍEZ-PICAZO, L., «Contratos de consumo y...», *op. cit.*, pp. 15 y 16, quien sostiene que [no] *les priva del carácter contractual a las operaciones de consumo el hecho de que en algunos casos no pueda encontrarse en ellos la perfecta, impoluta, enteramente libre y virginal voluntad contractual*. Por ello, los vicios del consentimiento se refieren a la justicia de la vinculación contractual, y no tanto de búsqueda de la genuina voluntad en los contratos. Lo anterior lleva a concluir acertadamente a DÍEZ-



*generales de la contratación*<sup>221</sup> y las medidas que se pretendan adoptar en ella. Estas peculiaridades del consentimiento dado para las condiciones generales las convierten en objeto de una atención especial. Expondremos a continuación algunas de las medidas que han sido propuestas por sectores doctrinales para proteger a los adherentes, y analizaremos su utilidad para lograr ese fin. Se parte de la premisa de que lo último que se pretende es un control legal de contenido, siendo preferible cualquier otra medida que active el mercado para que haga desplegar sus fuerzas protectoras y los consumidores se autodeterminen.

#### **5.2.11. Vulnerabilidad de adherentes ante la falta de autodeterminación. Incorporación de cláusulas desequilibradas.**

La autonomía privada ha dejado de ser un garante de la justicia contractual. El ordenamiento jurídico confiaba en la voluntad de las partes para que éstos crearan la reglamentación contractual más acorde a sus intereses. Es decir confiaba en la existencia de una *libre autodeterminación bilateral*<sup>222</sup> en la contratación, como expresión del principio de la autonomía privada, y no una *heterodeterminación unilateral*<sup>223</sup>, como realmente sucede en las condiciones generales. Las fuerzas del mercado no controlan la calidad de las condiciones generales, y no es posible que lo hagan.

La falta de autodeterminación bilateral en las condiciones generales supone un peligro para los intereses de los adherentes. El diseño conjunto de las partes del contenido contractual, y el control que ejerce la competencia, eran las herramientas de todo contratante para obtener un contenido contractual justo, las cuales se encuentran ausentes en estos aspectos de los contratos. El predisponente en su empeño por reducir costes y aumentar beneficios en contra de la buena fe y equidad, refuerza su posición contractual mediante la limitación o exención de sus cargas y responsabilidades, y *arrogándose derechos y facultades excesivos, sin contrapartida alguna para el adherente*<sup>224</sup>. El predisponente incorpora condiciones generales exclusivamente a su

---

PICAZO que la libertad contractual, *lejos de ser pura y virginal, es una voluntad razonable dentro de un marco razonable de libertad*. Sobre los vicios del consentimiento y la justicia de la vinculación contractual vid. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I*, Navarra, 2007, p. 185 y ss. Asimismo, POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 715, fundamenta la necesidad de una regulación especial de los contratos de adhesión de la siguiente manera: (1) *la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento podrá motivar normas especiales y más cuidadosas de interpretación, (...) pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales*. Vale aclarar que también este autor parte de la premisa de la falta de negociación como elemento caracterizador de los contratos de adhesión.

<sup>221</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 134, nota 108.

<sup>222</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 131.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>224</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 36. Dicho autor llama a ello *función espuria de las condiciones generales de los contratos*, y es entendida como: *incrementar el beneficio contractual a obtener por el predisponente, asegurando además su posición de dominio en el*

favor, y rehusando a modificarlas en caso de que algún cliente marginal lo solicite mediante negociación. Así, aquél asegura una posición jurídicamente reforzada, incluso mayor que si se hubiese negociado el contenido contractual<sup>225</sup>.

Si bien los predisponentes también poseen racionalidad limitada, éstos se encuentran más cerca de ser completamente racionales (*fully rational*) o al menos se encuentran en una posición más ventajosa de corregir sus errores en evaluar las preferencias de sus clientes-adherentes<sup>226</sup>. Los predisponentes pueden analizar el mercado y responder ante los resultados<sup>227</sup>.

Los predisponentes realizan varias transacciones del mismo tipo (*repeat players*)<sup>228</sup>. En cambio los adherentes, sobre todo los consumidores, pueden no tener mucha experiencia en ese tipo de transacciones por ser la primera vez que lo celebra (*one-shot player*), o no celebrar ese tipo de transacciones con mucha frecuencia. Conocen mejor los verdaderos riesgos del negocio<sup>229</sup>. En consecuencia el predisponente al elaborar las condiciones generales conoce, por experiencia, cómo deben regularse estos aspectos del contrato a su favor<sup>230</sup>.

El ordenamiento jurídico parte de la premisa de que la estructura y organización del predisponente debe de asegurarle que sus negocios los realiza de manera racional y totalmente informado de cada aspecto<sup>231</sup>. Por ende, el ordenamiento jurídico le atribuye, en términos generales, la responsabilidad al propio predisponente de los negocios que haya celebrado actuando de manera irracional y el Estado se abstiene de actuar de manera paternalista evitando intervenir tanto en la celebración del mismo como en el contenido del negocio<sup>232</sup>.

---

*contrato y, más en general, en el mercado, introduciendo un claro desequilibrio entre los contratantes* (p.39). En contraposición a ella se encuentra la *función originaria* (p. 29). También, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1309, sostiene que las condiciones generales se convierten en un *instrumento óptimo para la perpetración de todo tipo de prácticas abusivas y de dudosa moralidad*.

<sup>225</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1205.

<sup>226</sup> STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium; The Return of Unconscionability analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2004, p. 845, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/228/> (consulta: 03/05/2014).

<sup>227</sup> STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, p. 845.

<sup>228</sup> HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction...», *op. cit.*, p. 94.

<sup>229</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 440. En terminos económicos dichos autores afirman: *la capacidad de los empresarios en identificar una distribución eficiente de riesgos también les da la oportunidad de explotar a los consumidores logrando que acepten términos contractuales que desplazan ineficientemente los riesgos a los consumidores*.

<sup>230</sup> STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, p. 845.

<sup>231</sup> HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction...», *op. cit.*, p. 95.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 95.

En otras palabras, el predisponente puede, como de hecho sucede, aprovecharse del desinterés o desconocimiento de los adherentes en esos aspectos del negocio y en la inoperancia de la competencia como ente contralor, para insertar cláusulas desequilibradas de los derechos y obligaciones en detrimento del adherente<sup>233</sup>. Introduce

---

<sup>233</sup> En palabras de ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», *ADC*, 1949, p. 55: *siempre fue grande y por lo mismo rara virtud en el poderoso la moderación espontánea en el uso de su poder, y en el inteligente, no aprovechar su sagacidad para obtener ventajas sobre los menos avisados*. Mas adelante Royo Martínez aclara que tipos de cláusulas se pueden encontrar en las condiciones generales [...] *en esa parte no leída o no entendida del contrato, se suelen ocultar, como el alacrán en su agujero, las estipulaciones de caducidad, los pactos comisorios, las exoneraciones de responsabilidad a favor de la compañía, las posibilidades de desistimiento unilateral y tantas otras asechanzas premeditadas contra los intereses del hombre sencillo e ingenuo* (p. 61). Ese temor al oportunismo del predisponente ante la ausencia de competencia no sólo se basa en la copiosa jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, sino también en estudios empíricos que lo demuestran. Tal es el caso del estudio sobre condiciones de licencia de software que ha realizado MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality...», *op. cit.*, p. 1 y ss., posteriormente publicado en *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, No. 3, p. 407 y ss. En él se examinan si las cláusulas de 647 licencias de software utilizadas por 598 empresas productoras de software (tanto empresas grandes como pequeñas), y que tratan sobre 114 distintos tipos de programas (antivirus, reconocimiento de voz, sistemas operativos, reproductores de música y video, etc.), son favorables al cliente, al empresario productor del software o si es neutral (no favorece a ninguno de los dos). En términos generales, para juzgarlos utilizó como parámetro la normativa del art. 2 del *Uniform Commercial Code* (UCC) de EUA. Si la cláusula examinada reproducía lo dispuesto en dicho cuerpo normativo recibía un cero de puntaje. En cambio si se desviaba de él a favor del empresario productor le atribuía un -1 (sería una cláusulas *pro seller*, esto es, favorable al vendedor), y recibía un +1 si lo hacía a favor del cliente. Una vez comprobado que las condiciones generales no son aspectos en los que existe competencia entre los empresarios, y visto el resultado de la sumatoria del puntaje de cada una de las cláusulas de cada empresario, una de las conclusiones que formula MAROTTA-WURGLER es que *the vast majority of the contracts in our sample are more pro-seller relative to the default rules of Article 2 of the UCC* (p. 34). Conclusiones diferentes extraen MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click:...», *op. cit.*, p. 984 y ss., en su investigación. El objeto principal de ésta es analizar de qué manera algunas empresas que operan en el comercio electrónico se aseguran que ha habido un consentimiento de los consumidores respecto a las condiciones generales. (si se necesita hacer click en un enlace para leerlas, si están redactadas antes de proceder al pago de los productos a comprar, si sólo se menciona que éstas existen, etc.). Sin embargo analiza otras cuestiones que tienen incidencia en lo planteado en el presente trabajo como se verá a continuación. La investigación se centra en el análisis de las 500 empresas minoristas (retailers) estadounidenses más importantes por su volumen de ventas por internet en el año 2005 según el documento «Top 500 Guide: Profiles and Statistics of America's 500 Largest Retail Web Sites Ranked by Annual Sales» publicado por Internet Retailer. Como se puede apreciar, la muestra utilizada se circunscribe a los más grandes empresarios minoristas (retailers) que operan en el comercio electrónico. Posteriormente de clasificar a los empresarios en tres categorías (volumen de ventas anuales, número de visitas mensuales recibidas en su página web, y número de usuarios, no visitas, recibidas mensualmente), calcular su cuota de mercado, y de determinar el nivel de aceptación que es requerido a los clientes para dar por conocidas las condiciones generales o suficientemente posibilitado su conocimiento, los autores investigaron la presencia de condiciones generales en sus páginas web que han sido señaladas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense como cláusulas *pro-seller*. Término éste que no es del total agrado de los autores, pero que manifiestan que lo utilizan por ausencia de un mejor término y definen a las cláusulas *pro-seller* como las que modifican las normas dispositivas del Uniform Commercial Code aparentemente en el sentido de favorecer al vendedor (p. 995). A continuación se señalan los resultados de la investigación, identificando las cláusulas favorables a los empresarios minoristas investigadas, el número de empresarios que las empleaban y el porcentaje que ese número de empresarios representa del universo de empresarios investigados: 1) Especificación y delimitación de garantías implícitas. 245 empresarios la incluyeron en sus contratos (49% del universo de empresarios), 2) Limitación de los daños a los que se obliga el empresario a reconocer (típicamente daños consecuenciales). 243 empresarios. (representa un 49%). 3) Elección del derecho aplicable. 201 (representa un 40%). 4) Elección del foro (tribunal). 159 empresarios (representa un 32 %). 5) Limitación de la cuantificación de eventuales daños indemnizables (máximo de daños indemnizable). 108 empresarios (representa un 22%), 6) Convenio arbitral. 44 empresarios (representa un 9%). 7) Renuncia a la interposición de *class actions* (acciones colectivas). 33 empresarios (representa un 7%). 8) Períodos

cláusulas que atienden únicamente a los intereses del predisponente<sup>234</sup>. A razón de lo anterior, es frecuente encontrar cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad del predisponente por incumplimiento, cláusulas penales desorbitadas que más bien parecería que al predisponente le interesa más que incumpla el adherente su obligación principal para hacer efectiva aquella, cláusulas de desistimiento unilateral del contrato, imposición de renunciaciones de derechos del adherente, cláusulas que someten al consumidor a la voluntad del empresario, etc<sup>235</sup>. El predisponente fácilmente puede incorporar cláusulas cuyo contenido sea excesivamente a su favor, sin que el adherente siquiera repare en ello<sup>236</sup>.

---

de prescripción. 28 empresarios (representa un 6%). 9) Renuncia a juicio con jurado. 6 empresarios (representa un 1%). Otro resultado relevante es que un poco más de la mitad de los empresarios (266 empresas) utilizaban contratos preformulados que contenían al menos una de las cláusulas antes mencionadas (p. 1005). Es decir, que 234 no utilizaban ninguna de ellas. Vistos estos datos concluyen los autores que por lo menos con respecto a los grandes empresarios minoristas, las cláusulas e interfaces de la contratación de empresarios minoristas que operan en Internet (en su mayoría) son sorprendentemente benignas (p. 1000). Sin embargo, no nos parece que puede extraerse semejante conclusión de dichos resultados. La investigación se ha centrado únicamente en la verificación de la existencia de las cláusulas descritas, pero no se ha llegado a analizar su contenido. Por ejemplo, la limitación de la cuantía reclamable por daños puede ser mayor o menor en cada empresa. Verificar únicamente la presencia de dicha cláusula no demuestra el nivel de desproporción de la limitación. Es decir, es un análisis superficial de los contratos preelaborados. Cabe agregar que la investigación es estrecha puesto que únicamente se han centrado a examinar la presencia de nueve cláusulas, sin examinar las demás. Además, la muestra examinada únicamente representa a los más grandes empresarios, y no han sido tomados en cuenta los pequeños y medianos empresarios que realizan ventas por internet. Fueron una gran cantidad las empresas investigadas (500), pero todas son grandes empresas. Por lo que no representa al universo de vendedores que operan en el comercio electrónico. En todo caso, estos resultados no nos pueden llevar a pensar que el peligro de la introducción de cláusulas desequilibradas a favor del predisponente no es real. Los resultados nos demuestran todo lo contrario. Las empresas efectivamente se aprovechan de la falta de interés de los adherentes en el contenido de las condiciones generales. Un poco más de la mitad de los empresarios lo hizo. El riesgo sigue latente, por lo que las empresas que no han introducido dichas cláusulas podrán hacerlo en un futuro sin que cargue con costes de pérdida de clientes por ello.

<sup>234</sup> Lo advierte CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 6, al afirmar que *no es aventurado suponer que muchos consumidores-adherentes no evalúan correctamente el contenido del contrato, y que, subsecuentemente, los predisponentes pueden sacar partido de su superior información, obteniendo de sus insofisticadas contrapartes más valor del que lograría de disponer las últimas la información adecuada.*

<sup>235</sup> Tal como lo señala HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 452, los empresarios se ven *tentados* en elaborar ofertas con prestaciones principales favorables y condiciones generales desfavorables.

<sup>236</sup> Podemos citar como nota curiosa la broma realizada por el popular sitio web británico Gamestation que vende productos sobre juegos electrónicos, aunque ello no deja de ser útil para demostrar el total desinterés de los adherentes en el texto contractual que permite la inclusión de cláusulas perjudiciales que pasan inadvertidas. Vid. <http://www.foxnews.com/tech/2010/04/15/online-shoppers-unknowingly-sold-souls/> (consulta: 03/05/2014). El día 1º de abril de 2010 (el equivalente al día de los inocentes en el Reino Unido), modificó sus condiciones generales. Incluyó una condición redactada en términos legales que en parte establecía lo siguiente: “Al realizar la compra vía este sitio web en el primer día del cuarto mes del año 2010 Anno Domini, usted acepta otorgarnos el derecho no transferible de reclamar, por hoy y por los siglos de los siglos, su alma inmortal”. En otra parte de la condición establecía: “si tu: a) no crees que tienes un alma inmortal, b) ya se la entregaste a un tercero; o, c) no deseas otorgarnos ese derecho, por favor haz click en el enlace de abajo para anular esta subcláusula y continuar con tu transacción”. La empresa Gamestation posteriormente informó que el 88% de los adquirentes de ese día no marcaron el cuadro que les permitía no aceptar la transferencia de su alma inmortal.

De hecho existen cláusulas como las penales sobre las que la doctrina mayoritariamente ha remarcado la necesidad de control ya que en ellas coinciden muchos de los motivos referentes a las limitaciones racionales del adherente que tornan en irrelevante dicha cláusula para la toma de decisión de contratar, imposibilidad de prever todos los supuestos posibles de incumplimiento, asimetría de información, optimismo irreal, costoso análisis de las mismas, etc<sup>237</sup>. Incluso, la doctrina ha señalado que la determinación exacta y valoración de las cláusulas penales excede de los límites racionales de ambas partes, es decir también del predisponente<sup>238</sup>.

Por lo que las mismas no obedecen tanto a una voluntad del predisponente de aprovecharse de la situación, sino que es producto de la limitación racional del predisponente al redactarlas y del adherente al aceptarlas<sup>239</sup>. Es decir, que el predisponente igualmente tiene racionalidad limitada y le será imposible prever todos los supuestos de incumplimiento y calcular con precisión el daño indemnizable para cada uno de ellos, y también está sujeto a las demás limitantes racionales<sup>240</sup>. Por ello, es muy probable que las cláusulas penales sean desorbitadas respecto del daño previsible, o que sean insuficientes respecto del daño previsible<sup>241</sup>. En razón de lo anterior, la doctrina afirma que se encuentra plenamente justificado el minucioso escrutinio judicial al que son sometidas las cláusulas penales<sup>242</sup>.

---

<sup>237</sup> HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages», *Cornell Law Review*, vol. 85, 2000, p. 729 y ss., disponible en: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Hillman.pdf> (consulta: 03/05/2014).

<sup>238</sup> EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 227.

<sup>239</sup> Así, *Ibid.*, p. 227, refiriéndose a las cláusulas penales (*liquidated damages*) sostiene; *in fact, however, the justification for the special scrutiny is not the liquidated damages provisions are specially amenable to advantage taking and oppression, but that such provisions are systematically more likely to be the products of the limits of cognition than performance terms, that is, terms that specify the performance each party is to render.*

<sup>240</sup> Al respecto, EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 227, afirma que *la inherente complejidad de configurar una cláusula de daños liquidados (cláusula penal) para cada escenario de incumplimiento es probablemente usual que exceda la capacidad de cálculo de los actores.* Agrega siempre refiriéndose a las cláusulas penales que, en vista de todas las limitaciones cognitivas, *es probablemente usual que las partes contractuales ni siquiera intenten sopesar las cláusulas de daños liquidados (cláusulas penales), y por eso es probable que no comprendan completamente las implicaciones de esas cláusulas.* Y, citando un caso judicial en el que se había pactado una cláusula penal global por todo tipo de incumplimiento que resultó ser desorbitante, sostuvo el autor que las partes *fallaron en considerar todos los escenarios bajo los cuales la cláusula sería aplicable*, por lo que fue correcta la decisión del tribunal de no ejecutar la misma.

<sup>241</sup> Estas limitaciones racionales pueden generar, para el tema que interesa al presente trabajo, una cláusula penal excesiva respecto del daño previsible por incumplimiento del adherente, o, todo lo contrario una cláusula penal por una cuantía mucho menor al daño previsible por incumplimiento del predisponente que se traduciría en una cláusula limitativa de responsabilidad.

<sup>242</sup> En este sentido, HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 732, sostiene que *este fenómeno cognitivo y las predicciones que genera sobre la toma de decisión de las partes contractuales, colaboran tanto para explicar la respuesta judicial hacia las cláusulas de daños liquidados y confirman que es apropiado el enfoque judicial agresivo contra las mismas.* Nótese que esta afirmación implica un reconocimiento de las limitaciones cognitivas de los empresarios que justifica un control judicial al menos de este tipo de cláusulas. Por lo que esta argumentación es también aplicable para justificar

Los abogados del empresario redactan los contratos pensando en protegerlo ante cualquier contingencia imaginable. Las verdaderas necesidades del empresario quedan atrás. Sus asesores jurídicos redactan los contratos incorporando las cláusulas más favorables posibles<sup>243</sup>. Aún cuando algunas empresas estén menos expuestas a riesgos que otras, y por tanto menor necesidad de ser protegidas en el contrato, sus asesores jurídicos igualmente elaboran textos contractuales que los protegen de cualquier riesgo posible. Entonces, la necesidad de protección contractual no guarda relación con la distribución de riesgos que se realiza efectivamente en los contratos<sup>244</sup>. Todo esto sin el temor de la pérdida de clientes.

De hecho, la mayoría de empresarios utilizan contratos predisuestos cuya redacción ha sido encargada a abogados internos o externos, los cuales tienen mayores incentivos para cumplir el encargo sobreprotegiendo al empresario<sup>245</sup>. Por ejemplo, es más probable que un abogado corporativo sea castigado por omitir redactar e incluir una cláusula que regula una contingencia remota que pueda provocar una eventual pérdida para la empresa, que ser premiado por el tiempo ahorrado en la redacción de una

---

intervenciones judiciales en cláusulas penales en contratos entre empresarios. Es decir, se ratifica la justificación de la moderación judicial prevista en el art. 1154 CC.

<sup>243</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1222.

<sup>244</sup> Esto pudieron comprobarlo MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click:...», *op. cit.*, pp. 1001 y 1002, quienes en su investigación tomaron como ejemplo a dos empresas minoristas líderes en ventas por Internet en Estados Unidos de América, y cuyas necesidades de protección contractual son diametralmente opuestas. Específicamente Amazon y Dell. La primera vende productos de diferente tipo, pero los principales son libros y música, y cuyas ventas anuales vía Internet ascendieron para el año 2005 a 8 mil 500 millones de dólares estadounidenses. La segunda vende productos informáticos, y sus ventas anuales vía Internet para el año 2005 ascendieron a 3 mil 780 millones de dólares estadounidenses. Dell posee mayor necesidad de protección puesto que sus productos son aparatos complicados que incluso el mejor fabricante producirá de tiempo en tiempo alguno que resulte defectuoso. Los daños que podrán causar son grandes puesto que, por ejemplo, pueden producir incendios y pérdida de información. En cambio, los productos principales de Amazon tienen una baja probabilidad de producir daños serios, y de gran cuantía. Las garantías que acompañan la venta, y la política de devolución de productos, reduce enormemente la posibilidad de litigios. Pese a la desigualdad de necesidad de protección por reclamos y demandas, ambas empresas incluyen en sus condiciones generales cláusulas que han sido identificadas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense como favorables únicamente al predisponente. Específicamente pudo encontrar que ambos utilizan las siguientes cláusulas: Especificación y delimitación de garantías implícitas, limitación de daños consecuenciales, elección de derecho aplicable, convenio arbitral y renuncia a acciones colectivas. Las cláusulas tradicionalmente señaladas como favorables para el predisponente que sólo uno de ellos la incluye en sus condiciones generales son: Dell incluye un límite de cuantía reclamable por daños, y Amazon incorpora una cláusula de sumisión a foro. Cabe aclarar que MANN y SIEBENEICHER sí pudieron encontrar una diferencia significativa en la forma en que se formaliza la aceptación del adherente a las condiciones generales. Dell requiere una participación activa, haciendo click sobre un cuadrado para formalizar la aceptación de las cláusulas precitadas. En cambio, Amazon únicamente incorpora una nota pequeña manifestando que la transacción se registrará por unas condiciones generales las cuales están disponibles en enlaces (no se describen en la misma página y no se requiere una participación activa que indique más claramente una aceptación).

<sup>245</sup> KATZ, A. W., «The economics of form and substance in contract interpretation», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, p. 533, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/4099302> (consulta: 03/05/2014).

cláusula que prevea esa contingencia remota y por tanto probablemente innecesaria<sup>246</sup>. Desde esta perspectiva los abogados les resulta más favorable redactar contratos extensos y que sobreprotejan al empresario<sup>247</sup>.

Si un empresario decide no aprovecharse de esa situación, es decir que desea emplear condiciones generales equilibradas, probablemente no le sería económicamente sostenible hacerlo<sup>248</sup>. Los demás competidores sí se aprovecharían y podrían asumir menos riesgos que aquél, todo sin temor de perder clientes. La presión del mercado le obligaría a adoptarlo, so pena de quedar fuera del mercado debido a que operará con riesgos mayores que los de su competencia.

A razón de ello, la competencia obra en perjuicio de los adherentes, puesto que paradójicamente existe una competencia entre empresarios por ofrecer las peores condiciones generales posibles. Son efectos perversos del mercado que obran en contra de lo que se pretende en un sistema de libertad económica, puesto que constriñen a los empresarios a empeorar las condiciones generales (desde la perspectiva de los adherentes)<sup>249</sup>. La utilización de cláusulas desequilibradas para los predisponente se vuelve no en una posibilidad, sino en una necesidad para su permanencia en el mercado y el aumento de su cuota de mercado<sup>250</sup>.

---

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 533.

<sup>247</sup> Agrega KATZ, A. W., «The economics of form...», *op. cit.*, pp. 533 y 534, que: *de manera similar, no es probable que el abogado sea premiado por crear cláusulas que aumentan el valor del contrato para los consumidores o incluso, si trabaja aisladamente del departamento de ventas, conocer qué resultará de la aplicación de dicha cláusula. Por esa razón el abogado probablemente elaborará condiciones que son ineficientemente favorables para la empresa, en los que se cambian los riesgos y deberes de los clientes que, desde un punto de vista empresarial, sería más barato que sean asumidos por la empresa* (traducción libre). Además señala el autor que, se suele entender que *ajustar el contrato a las necesidades de los consumidores y provocar en éstos el deseo de comprar, es una tarea usualmente dejada a los agentes de ventas y no a los abogados.*

<sup>248</sup> SLAWSON, W. D., «Standard form contracts...», *op. cit.*, p. 531.

<sup>249</sup> Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1234, sostiene que los *non-salient terms* (cláusulas no tomadas en cuenta en su decisión de contratar) son sujetas a *ineficiencias a causa de la estrategia de los empresarios en aumentar sus utilidades a expensas de los consumidores.* Agrega que *(l)ejos de operar como un mano invisible que promueve la eficiencia, las fuerzas del mercado combinadas con la presencia de atributos irrelevantes para los consumidores puede perversamente provocar un régimen de ineficiencia* (traducción libre). Esto es una aplicación de lo que es conocido por la doctrina económica anglosajona como el *lemon problem*: cuando los consumidores no pueden verificar la calidad, el mercado generará productos de baja calidad y desplazará a los de buena calidad. El autor pionero en la identificación con carácter general de este problema fue AKERLOF, G. A., «The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, 1970, p. 488 y ss., ensayo por el cual le fue otorgado el Premio Nobel de Economía en 2001. Y ha sido reproducido ya en el tema de condiciones generales por muchos autores para expresar la vulnerabilidad de los adherentes, entre ellos, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1235; RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1227, nota 194; EISENBERG, M. A. «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 244. Así como ha sido reproducido incluso por The Law Commission And Scottish Law Commission con el mismo fin en su trabajo: *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 18, parágrafo 3.4., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>.

<sup>250</sup> En un mercado competitivo los precios y la calidad de los bienes de las ofertas en el mercado mejoran, pero, por otro lado, la calidad de las condiciones generales existentes en el mercado empeoran. Los

En consecuencia la calidad de las condiciones generales no guarda relación con la existencia de distintos empresarios que ofrecen similares productos o servicios, puesto que la competencia se centra por regla general en las prestaciones principales<sup>251</sup>. Como se dijo, el mercado genera una competencia cuyos efectos son inversos a los deseados. Los predisponentes incorporan condiciones generales desequilibradas a su favor.

### **5.2.12. Doctrina que atribuye supuestos beneficios de cláusulas favorables a empresarios y que promueve la abstención del control legal del contenido.**

Algunos autores anglosajones promueven eliminar o aminorar cualquier control legal de contenido bajo el argumento de que es beneficioso para el tráfico comercial que existan cláusulas a favor del empresario<sup>252</sup>. Su razonamiento se basa en que es necesario para su

---

empresarios tratan de reducir los costes para poder ofrecer un precio más bajo o mejorar la oferta en los aspectos de interés para los clientes, incorporando a su vez condiciones generales más desequilibradas a su favor, a fin de asumir los menores riesgos posibles. Vid. RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion...», *op. cit.*, p. 1227: *Strong competition, far from ameliorating the situation, will only exacerbate it*; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 74.

<sup>251</sup> Así, MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality...», *op. cit.*, p. 33, extrae de su estudio empírico que *competitive conditions are essentially uncorrelated with the quality of standard terms*.

<sup>252</sup> Nos referimos principalmente a los trabajos de: JOHNSTON, J. S., «The return of bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Johnston.pdf> (consulta: 03/05/2014); BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*; y, GILLETTE, C. P., «Rolling contracts as an agency problem», *Wisconsin Law Review*, 2004, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=542642](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=542642) (consulta: 03/05/2014). Sin embargo, no han sido los únicos que rechazan la necesidad de un control de contenido. Por ejemplo, BARNETT, R. E., «Consenting to form contracts», *op. cit.*, p. 636, argumenta la validez de las condiciones generales al valorar que el desinterés de los clientes en leerlas al momento de celebrar los contratos, es similar a la actitud de una persona que le dice a un querido amigo: *cualquier cosa que quieras que yo haga, escríbelo en un papel y mételo en un sobre cerrado, y yo lo haré por ti*; o también cita el ejemplo de un soldado que se compromete al ingreso de la Fuerza Armada a obedecer las órdenes de sus superiores, cualesquiera que sean dichas órdenes. BARNETT no encuentra nada negativo en obligarse de algo que se desconoce, es decir, obligarse que sabrá de qué se trata tiempo después de haberse comprometido a hacerlo, para él esto constituye igualmente consentimiento. Ante la posibilidad que el adherente después de celebrar el contrato repare que ha aceptado cláusulas con las que no está de acuerdo por considerarlas injustas o contrarias a sus intereses, BARNETT dice que eso es un riesgo que debe ser asumido por el adherente y no por la ley (!), y que no solo en el ámbito jurídico se puede encontrar actitudes riesgosas. Ejemplo de ello son las personas que practican los deportes de *surf*, paracaidismo o montar bicicleta en carreteras. Por último, agrega este autor que éstos son riesgos innecesariamente asumidos, por tanto, las personas deben asumir con mucha más razón, el riesgo (mucho menor y más necesario que el de los deportes) de suscribir contratos cuyas cláusulas predispuestas pueden ser objeto de arrepentimiento. Sobre estos argumentos, no podemos más que asombrarnos por consistir en planteamientos tan pasivos y condescendientes hacia los abusos que los predisponentes. Aquí no se trata de si el adherente debe asumir riesgos de cláusulas injustas, sino de establecer la justicia contractual objetiva en ellas debido a los fallos del mercado que se presentan y que no hacen posible la presencia de la justicia contractual subjetiva. Es más, si se adopta la postura de que es un riesgo como cualquier otro riesgo que debe ser adoptado en la vida, lo que se estaría provocando a la larga es que ese riesgo se convierta en certidumbre de parte de los adherentes de que los empresarios abusen en perjuicio de aquél por la falta de mecanismos de control del mercado ni de la ley



actividad este tipo de cláusulas, que a la postre es beneficioso para los buenos clientes y pernicioso para los clientes que lo merecen (malos clientes). Se refiere a buenos clientes a aquellos que actúan de buena fe, sin tratar de aprovecharse dolosamente de los contratos. Los buenos clientes no deben preocuparse de que los empresarios exijan el cumplimiento al pie de la letra de dichas cláusulas, porque el temor de los empresarios de forjarse una mala reputación (fama mercantil) por ser severos y de actuar de manera injusta con ellos, lo inhibirá de hacerlo. De lo contrario, el empresario alejaría a los buenos clientes presentes, y futuros debido a la mala reputación boca a boca que se forjaría<sup>253</sup>. Lo hace de esta manera puesto que *ex ante* de celebrar el contrato no puede distinguir a los buenos de los malos clientes, por lo que lo debe hacer de esta manera *ex post*.

Los contratos preelaborados, según estos autores, sirven como un instrumento crucial para establecer y mantener sanas relaciones comerciales entre las empresas y sus clientes<sup>254</sup>. Las cláusulas son elaboradas de manera clara e incondicional no porque piensan las empresas exigir su cumplimiento al pie de la letra, sino debido a que las empresas les conceden a sus ejecutivos o empleados de nivel gerencial la facultad (no consignada en el contrato) de otorgar excepciones a lo estipulado en los contratos, para lo cual dichos empleados deben analizar caso por caso qué consumidor es merecedor de ello. Así, las empresas entregan a ciertos clientes más de lo que se han comprometido contractualmente<sup>255</sup>. De un empresario preocupado por su reputación se puede esperar que trate a los consumidores mejor que como sería si se cumple y exige el cumplimiento al pie de la letra del contrato. Ese contrato que de la lectura del documento es desequilibrado, en el desarrollo de la relación negocial puede ser ejecutado en la práctica de una forma equilibrada<sup>256</sup>.

---

sobre su contenido. Es decir, ya no se trataría de un riesgo, puesto que el riesgo supone la incertidumbre de recibir un daño, sino de una certidumbre de recibirlo, puesto que los predisponentes no tendrían ningún obstáculo ni resistencia para la imposición de cláusulas desequilibradas, y no dudarían en hacerlo. Sin embargo, BARNETT no excluye completamente la posibilidad de invalidez de condiciones generales. Él plantea la invalidez de cláusulas predisuestas no leídas por el adherente que razonablemente éste no pudo haber previsto, lo cual no es un control de contenido propiamente dicho (p. 638), sino más bien una herramienta muy limitada para el combate de los abusos en este ámbito contractual.

<sup>253</sup> JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, p. 886.

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 858.

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 865. Así también, BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, pp. 833 y 834, señala como ejemplos: empresarios hoteleros que no cobran a sus huéspedes la penalidad por retrasarse en la entrega de la habitación el día de salida (*check-out*) cuando la demora no es muy grande; una editorial que no rechaza la publicación de un artículo en una revista cuando el autor se ha demorado poco en la entrega según la fecha señalada por el editor; aerolíneas que dan doble millaje si el vuelo se ha retrasado; restaurantes que permiten sustituciones pese a que el menú señala claramente que no se pueden realizar sustituciones. También BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...”», *op. cit.*, pp. 21 y 22, señala este fenómeno del perdón otorgado por algunas empresas a algunos clientes, para argumentar que el estricto (nosotros diríamos desbalanceado) contenido de las condiciones generales puede llegar a ser favorable a los consumidores.

<sup>256</sup> Por ello, BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 830, sostienen que *seemingly one-sided terms may not be one-sided after all*.

Las empresas actúan de esta manera porque están interesadas en construir y mantener relaciones cooperativas, cordiales y beneficiosas con sus clientes, y vayan aumentando su valor por la confianza depositada en ellas<sup>257</sup>. Desean maximizar no sólo las ganancias a corto plazo (lo cual sucedería si exige el cumplimiento al pie de la letra), sino también a largo plazo manteniendo satisfechos a sus buenos clientes<sup>258</sup>. Es un reconocimiento de que existen algunos clientes con los que no vale la pena mantener relaciones negociales estrechas. Con respecto a éstos malos clientes la empresa evita mantener relaciones negociales o desea finalizar las relaciones existentes exigiendo el cumplimiento estricto del contrato<sup>259</sup>. En cambio, con los buenos clientes es con quienes la empresa puede aumentar sus beneficios a futuro, por tanto le conviene construir una leal y rentable base de clientes de este tipo<sup>260</sup>.

La forma de llegar a determinar quién es un buen cliente es precisamente a través del establecimiento de cláusulas estrictas que no permitan distintas interpretaciones, pero al momento de la ejecución del contrato se adopta la política de indulgencia discrecional antes apuntada<sup>261</sup>. Al operar las empresas en el comercio, desconoce que tipo de clientes se acercarán a contratar con ellas. Por ello, adopta un único contrato preformulado estricto para todo potencial cliente<sup>262</sup>. Una vez suscrito el contrato, podrá ir determinando a medida se desarrolla el negocio quién es buen cliente y quién no, ejerciendo los empleados la facultad discrecional antes apuntada<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, p. 858.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 877. Al respecto, BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 830, agrega que *the seller has little or no incentive to behave opportunistically because if he does, he will suffer a loss of reputation, which is a cost.*

<sup>259</sup> BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 829, señala que *(m)any one-sided contracts (esto es, desequilibrados a favor del empresario) are found in consumer markets that have the following characteristics: The seller side of the market consists of repeat players who have a sunk cost in a reputation for dealing "fairly" with consumers, in the sense of not taking advantage of one-sided terms as long as the consumer deals fairly with them.* (el resaltado es nuestro)

<sup>260</sup> Así, JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, 2006, p. 877 afirma que *(t)he strategy of allowing employees the discretion to grant case-specific benefits beyond those that are required by the standard-form contract can be seen to be a sophisticated way for the firm to grow its revenues by gaining the loyalty of existing customers and establishing a good reputation that will attract new customers.*

<sup>261</sup> Para JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, p.858 y ss., esos buenos clientes con los que desea reforzar sus relaciones comerciales son los que tienden a reclamar más. De esta manera, el empresario flexibilizará las obligaciones impuestas a éstos por las condiciones generales a fin de mantenerlos satisfechos atendiendo sus reclamos.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 879.

<sup>263</sup> Es citado como ejemplo que un buen cliente se demore en el pago de una mensualidad de un préstamo. Si la demora es considerable, y se debe a causas justificadas (como puede ser que el cliente se encuentre en paro laboral o se hay encontrado enfermo de gravedad), el empresario podrá perdonarlo, en el sentido de no pedir el cumplimiento exacto de las cláusulas relativas al cumplimiento de las obligaciones principales y las relativas al caso de mora, y estar dispuesto a renegociar la deuda. La ejecución de las cláusulas suscritas inicialmente sería la opción más rentable para el empresario a corto plazo, pero no a largo plazo, puesto que le conviene mantener y fortalecer las relaciones negociales con ese particular cliente. En caso de que la mora sea por un período corto de tiempo, el empresario ante esta situación, puede perdonar el retraso y no pedir la aceleración del pago de la totalidad de la deuda, y continuar con el desarrollo de la relación como si no hubiese habido retraso en el pago.

El cliente, a diferencia del empresario, no se ve impedido de actuar de manera oportunista o de manera desleal. Una conducta oportunista del consumidor en un negocio particular no será conocida por el mercado en general, en consecuencia no tiene ninguna reputación que perder<sup>264</sup>. Por lo que no sufre el daño al no tener reputación comercial, cuestión que sí sufre un empresario al actuar de manera oportunista<sup>265</sup>. Entonces el empresario se encuentra en desventaja porque él si tiene incentivos para actuar lealmente y de forma justa. Pero el consumidor no. Por lo que la utilización de contratos desequilibrados a favor del empresario es una forma de equilibrar las relaciones negociales con sus clientes aplicando la estrategia antedicha<sup>266</sup>.

Los clientes oportunistas o desleales no tendrán margen de maniobra si las cláusulas se encuentran inclinadas a favor del empresario plasmando en su texto cláusulas claras, expresas y concretas (no cláusulas generales), de tal manera que no permitan diversas interpretaciones judiciales que le den la oportunidad de presionar al empresario por mayores beneficios y ventajas que los que realmente se le quiso conceder contractualmente<sup>267</sup>. Se desincentiva de actuar de manera oportunista a este tipo de clientes al recibir estos un trato duro por parte del empresario en la exigencia de cumplimiento de texto literal del contrato<sup>268</sup>.

En cambio, si se incorporaran cláusulas abiertas (esto es, con conceptos indeterminados) al contrato, sería el juez a solicitud de estos clientes oportunistas, y no el empresario, quien en última instancia determine discrecionalmente en qué casos se aplica la consecuencia jurídica prevista en ella. Llegando el juez a otorgar beneficios y ventajas a clientes no merecedores de ello. Los derechos obtenidos por un contrato que no permita interpretaciones diversas, protegen al empresario frente a clientes malos y oportunistas, puesto que a ellos sí les exigirá el cumplimiento exacto del contrato en los casos que el empresario estime convenientes a sus intereses<sup>269</sup>.

Si por mandato legal se exige a los empresarios otorgar esos beneficios o indulgencias, como sucedería si se invalidan las cláusulas relativas al cumplimiento de las prestaciones principales o se promulgan normas imperativas generosas sobre este mismo aspecto, la situación de ambas partes empeoraría<sup>270</sup>. Se estaría dando a los

---

<sup>264</sup> BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 827.

<sup>265</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>266</sup> BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 827.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 827. Este autor aclara que el hecho de que un contrato se encuentre desequilibrado en favor del empresario, no significa que la *transacción* sea desequilibrada, sino que aquello implica una facultad discrecional de los empleados del empresario a conceder beneficios o indulgencias a favor de quienes lo merezcan.

<sup>268</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>269</sup> BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts...», *op. cit.*, p. 828.

<sup>270</sup> JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, p. 858.

malos clientes la misma ventaja que un buen cliente ha construido por sus buenas relaciones comerciales con la empresa<sup>271</sup>. Por lo que la empresa ya no tendría ningún incentivo en premiar a los buenos clientes.

La única razón por la que un tribunal debe intervenir en beneficio del cliente es en el caso empresas que fingen ser empresas indulgentes, que tienen la política de premiar con beneficios a los buenos clientes. Engañan a los clientes simulando ser buenas empresas, cuando realmente nunca otorgan esos beneficios<sup>272</sup>. Son empresas oportunistas que no tienen expectativas de crecimiento a largo plazo, y consolidar relaciones duraderas con buenos clientes.

Por otro lado, ha sido criticada por la doctrina anglosajona la intervención judicial en la configuración del contrato debido a que los *empresarios pueden identificar de mejor manera y más sensata de la distribución de los riesgos contractuales que los tribunales, la decisión judicial de no ejecutar las condiciones generales puede perjudicar tanto a los consumidores como a los empresarios*<sup>273</sup>.

Como se puede apreciar, el planteamiento de estos autores para rechazar el control de contenido en algunos aspectos del tráfico negocial se basa en el temor de los empresarios a mantener una buena reputación entre los clientes, lo cual no compartimos. Pensar en dejarles total libertad a los empresarios para que formulen cuanta cláusula desequilibrada deseen, sin que puedan ser impugnadas, significaría retroceder los avances dados hasta ahora en materia de cláusulas abusivas. La reputación del empresario no puede constituir un sustituto superior a los remedios legales. No hay indicios ed que el reconocimiento de buenos clientes y su trato favorable se produzca en un volumen de negocios tan alto que sea un fiel sustituto de cualquier medida legal general que se adopte<sup>274</sup>. Al contrario, parecería que unos cuantos clientes se verían beneficiados por la indulgencia de los empresarios, en detrimento de la gran mayoría de clientes que, sin necesariamente ser desleales o malos clientes, no son lo suficientemente atractivos para los empresarios para hacer excepciones a la rigidez del clausulado<sup>275</sup>.

---

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 884.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 887.

<sup>273</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 432. En efecto, tal como advierte ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 6, este esquema *depende críticamente de que los consumidores oportunistas puedan salirse con la suya y no sean identificados por los jueces*.

<sup>274</sup> Así, RAKOFF, T. D., «The law and sociology of boilerplate», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 1236, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Rakoff.pdf> (consulta: 03/05/2014), quien critica directamente los trabajos de estos autores.

<sup>275</sup> Adicionalmente, respecto de la aseveración de que los jueces no son los mejores posicionados para identificar las conductas oportunistas de los clientes, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 6, se muestra crítico al preguntarse *¿por qué los jueces no serían capaces de aplicar al consumidor oportunista correctamente las cláusulas conforme al derecho dispositivo y sí la*

Se ha demostrado que la reputación de los empresarios y la transmisión de malas experiencias de consumidores tienen una efectividad limitada para combatir abusos relativos a las condiciones generales. Difícilmente la reputación de un empresario permanecerá intacta por la ejecución de cláusulas abusivas a quienes supuestamente son merecedores de tal trato<sup>276</sup>. Porque para ello habría de partir de las siguientes dos premisas de difícil cumplimiento: a) *los consumidores que se enteran de la existencia de la cláusula se convencen de que a ellos no se les aplicará*, y, b) *que el vendedor es capaz de comunicar al mercado que cuando la ha aplicado ha sido porque el consumidor se estaba comportando oportunamente*<sup>277</sup>.

Adicionalmente, adoptar este esquema implicaría dejar en manos del empresario cuándo aplicar cláusulas desequilibradas y a qué clientes. Significaría depender de la benevolencia, y el arbitrio del empresario, en que se dé un trato justo y equilibrado a cada cliente. En palabras de RAKOFF, los autores precitados *no toman en cuenta el impacto en la libertad individual de los consumidores que supondría la práctica de darle a los empresarios un cheque en blanco tan blanco que, cuando las disputas posteriores a la celebración del contrato surjan, los consumidores se verán forzados a ser nada más que suplicantes* (la traducción es nuestra)<sup>278</sup>.

Una de las consecuencias perversas que se puede dar si se acepta fielmente lo propuesto por estos autores, es que muchos clientes cuya solicitud sea justa podrá ser rechazada por el empresario. En efecto, puede suceder que aún siendo buenos clientes el empresario concluya que los costes de perder ese cliente y generar mala reputación son menores si se comparan con los beneficios de rechazar esa petición justa<sup>279</sup>. Esto se puede explicar con respecto a los seguros médicos privados. Los asegurados pueden solicitar a la aseguradora que un siniestro ocurrido le sea cubierto por el servicio que ha

---

*cláusula abusiva?*. Y agrega a su crítica: *Más bien, habría que pensar lo contrario ya que los jueces son “especialistas” en descubrir contratantes oportunistas.*

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 6. En realidad, como señala ALFARO ÁGUILA-REAL no es un problema de cláusulas abusivas, sino de ejercicio abusivo del derecho.

<sup>278</sup> RAKOFF, T. D., «The law and sociology...», *op. cit.*, p. 1236. Además RAKOFF se muestra reacio a aceptar a la reputación como elemento limitador de injusticias en el mercado. Sostiene que BEBCHUK y POSNER no han tomado en cuenta los costes de transacción que se generarían en la identificación de los buenos clientes. En sus palabras: *(n)or do they consider whether the existing transaction costs of the legal system might allow firms to differentiate between merited and unmerited claims even if consumers are able to claim reasonable legal rights.* Así también RADIN, M. J., «Boilerplate today: the rise of modularity and the waning of consent», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 1228, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Radin.pdf> (consulta: 03/05/2014), explica su escepticismo respecto de la actitud que puedan tomar los empresarios ante clientes exigentes: *It is unclear to me that firms would find it useful to incentivize complainers, but perhaps there could be circumstances where that would be true.*

<sup>279</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1241. Además señala este autor que usualmente los que reclaman son sujetos difíciles de satisfacer, que reclaman por cualquier cosa. El empresario puede determinar que le resulta más beneficioso perder este cliente y la generar mala reputación, y así evitar tratar con clientes indeseados como éste, ya que se trata de clientes marginales.

contratado. Si el monto del servicio solicitado es demasiado alto, pueda que le resulte más beneficioso rechazar la solicitud bajo alguna causal de exclusión de cobertura incluida en las condiciones generales, y asumir los costes de la pérdida de ese cliente y de potenciales clientes por la mala fama generada. Entonces, la reputación no funcionaría como se espera en este ámbito, pese a que el cliente sea leal y honrado.

Puede darse la situación de que la estrategia de mantener y reforzar la buena clientela a través de la flexibilización caso por caso de las cláusulas desequilibradas sirva únicamente como fachada para encubrir conductas reprochables de discriminación, basándose en patrones raciales o cualquier otro patrón proscrito legal y moralmente. Podría adoptar la postura de mostrarse implacable en las exigencias contractuales ante personas de escasos recursos económicos, en cambio flexible con clientes adinerados<sup>280</sup>. Otorgar tal poder a los empresarios es peligroso puesto que es difícilmente fiscalizable la conducta que adopte frente a sus clientes.<sup>281</sup>

Cuando uno de estos autores se plantea el caso en que a un empresario le sea rentable tratar injustamente a todos sus clientes, debido a que no se ve por ello afectado en su reputación, es decir procede a cumplir y exigir el cumplimiento de las cláusulas desequilibradas al pie de la letra y de manera indiscriminada (sin diferenciar entre buenos y malos clientes), la respuesta de este autor no puede ser más desalentadora: no se le puede denominar oportunista a esa empresa<sup>282</sup>. Denominarla así, sería distorsionar el sentido del término *oportunismo*. Según él: después de todo, la empresa está sólo haciendo lo que por contrato tiene derecho a hacer y es de alguna manera un sujeto más sincero y transparente que la empresa que otorga efectivamente perdones y beneficios discrecionalmente<sup>283</sup>.

La inexistencia de un control de contenido específico de las condiciones generales, significaría dejar desprotegido al adherente. Es dejarlos *en manos de las fuerzas sociales con capacidad para imponerle su voluntad*<sup>284</sup>. Debido a dicha situación el

---

<sup>280</sup> RADIN, M. J., «Boilerplate today: the...», *op. cit.*, p. 1228. Esta autora formula dos preguntas que demuestran la peligrosidad de permitir dicha práctica, y en consecuencia su inconveniencia: *¿Exacerbará la implementación extendida de esta política empresarial la disparidad de riqueza? Si esto es así, ¿se debe tolerar esa práctica en nombre de la eficiencia empresarial?* (la traducción es nuestra).

<sup>281</sup> RADIN, M. J., «Boilerplate today: the...», *op. cit.*, p. 1228.

<sup>282</sup> JOHNSTON, J. S., «The return of bargain...», *op. cit.*, pp. 886 y 887. Según JOHNSTON una empresa que no se ve afectada en su reputación por su trato injusto, puede existir cuando ella oferta bienes o servicios que los consumidores adquieren de manera infrecuente y en pequeñas cantidades, y cuando la empresa realiza sus transacciones en lugares geográficamente diseminados que evite la propagación de boca en boca entre los clientes su forma injusta de actuar.

<sup>283</sup> *Ibid.*, p. 887.

<sup>284</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 48. Al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 116, es contundente al afirmar, después de un análisis de la diferencia de función entre ambos tipos de cláusulas, concluye que debido a ello *el control de condiciones generales no puede ni debe de ser transferido al juego del mecanismo concurrencial* (p. 116)

adherente no podría acudir a las instancias estatales para solicitar tutela de sus intereses, y corregir las injusticias que se producen en la contratación en masa. Sucedería todo lo contrario, el Estado serviría como un ente garante de los acuerdos abusivos introducidos en el contrato. Sería un instrumento a favor de la parte que ostenta una posición de predominio en el mercado para la ejecución coactiva de las cláusulas desequilibradas en detrimento del contratante débil.

Esto no significa que el empresario deba abstenerse de dar beneficios y ventajas a los buenos clientes. Nada impide para que adopte esa política para atraer a los clientes más valiosos. Pero esto no está reñido con la exigencia de elaboración de cláusulas equilibradas. Resultaría dudoso asegurar que las empresas cuyos contratos han sufrido nulidades en algunas de sus condiciones generales por ser abusivas, hayan desistido de mantener los incentivos y beneficios que otorga a sus buenos clientes. En fin, el Derecho no puede dar cobijo a situaciones de disparidad como lo es pretendido por estos autores al permitir que existan cláusulas onerosas y perjudiciales para los clientes, sean éstos buenos o malos, rentables o no rentables.

### **5.2.13. Conclusión. Necesidad de protección a los adherentes.**

En concordancia con lo expuesto *supra*, se debe colegir que el Estado debe de intervenir ante los fallos del mercado presentes sobre las condiciones generales de la contratación. Los sujetos no se autodeterminan en estos aspectos, por lo que las fuerzas del mercado no despliegan las bondades que se le atribuyen en una economía de mercado. Necesita de una protección especial dirigida a proteger a estos adherentes ya que ellos por sí mismos no logran hacerlo.

## **6. Medidas alternas al control legal de contenido.**

Debido a que la CE reconoce la existencia de economía de mercado, las medidas legales que se tomen deben de dirigirse a lograr que el mismo funcione. Debe de procurar que los particulares puedan por sí mismos de manera libre y voluntaria autodeterminarse. Muchas veces, debido a que los particulares no logran autodeterminarse óptimamente, el Estado actúa auxiliándolos en el sentido de brindarles herramientas adecuadas para que puedan ejercer de mejor manera su autonomía privada. En consecuencia, como última medida se debe de abogar por la intervención estatal en el contenido del contrato.

A continuación se expondrán algunas medidas que podrían plantearse como efectivas para no llegar a este extremo. Se iniciará explicando las reglas generales del Código Civil, posteriormente las medidas dirigidas a aumentar el deber de suministro de información o transparencia, y en seguida el derecho de arrepentimiento. Para finalmente concluir que los remedios antedichos no son suficientes ni adecuados para afrontar el problema

## 6.1. Reglas generales del Código Civil.

Como primer punto cabe plantearse, por qué las normas del cuerpo legal que está fundado en la idea de la celebración libre y voluntaria de los negocios jurídicos no resuelven el problema. Nos encontramos con que el análisis de los contratos celebrados bajo condiciones generales a la luz de una interpretación estricta y sin matices de la teoría general de los contratos da como resultado las siguientes consecuencias<sup>285</sup>:

- 1- La firma del adherente en un documento contractual que tuvo oportunidad de leer, demuestra su consentimiento y sirve de fundamento para respetar lo plasmado en él<sup>286</sup>.
- 2- Es legalmente irrelevante si el adherente en realidad leyó el contenido del documento, o comprendió su contenido, o las consintió.
- 3- El consentimiento (más bien dicho, adhesión) del adherente cubre todas las cláusulas del documento, y no sólo las hechas especialmente para ese contrato o las que han sido discutidas.
- 4- Las excepciones a estas pautas son pocas. En particular, la falta del empresario predisponente en señalar o explicar las cláusulas impresas no sirve para excusarse de su cumplimiento. En cambio, en ausencia de circunstancias extraordinarias, el adherente puede impugnar el contrato con sólo demostrar participación activa del empresario predisponente en causarle error en su interpretación.

Sin embargo, estas ideas doctrinales tradicionales frustran los intereses de los adherentes y su necesidad de protección ante los abusos de esta forma de contratación. Se basan en la regla de autorresponsabilidad, en el que quien firma un documento sin haber leído y comprendido las cláusulas queda vinculado como si en realidad lo hubiese hecho (*signing is binding*). En el ámbito de las condiciones generales, esta regla deja de tener cabida, puesto que, según parte de la doctrina, tiene su razón de ser cuando en la gran mayoría de contratos que se celebraban, la totalidad de sus cláusulas eran consentidas *stricto sensu* (leídas y comprendidas, incluso negociadas), siendo casos marginales los contratos en los que se presentaba una adhesión. Esa realidad, obligaba a establecer un deber de leer (*duty to read*) el contrato, deber que tiene como finalidad

---

<sup>285</sup> Son pautas señaladas por, RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1185, como respuestas dadas por la jurisprudencia de principios del siglo XX ante el problema de los contratos de adhesión.

<sup>286</sup> Es una manifestación del deber de leer el documento antes de firmarlo (*duty to read*) propio de la teoría tradicional, según lo expresado por RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1187: *Thus, the traditional treatment requires that adherents to form contracts be treated as if they had read and understood the document presented to them, even if that conclusion is false and known by the other party to be so.* Agrega que este deber implica un rechazo de imponer un deber al predisponente de determinar si las condiciones generales han sido conocidas y entendidas por el adherente.



evitar que alguna de las partes alegara ignorar *ex ante* el contenido del contrato, o incluso evitara leerlas maliciosamente, para posteriormente promover la nulidad del negocio<sup>287</sup>.

Dada la excepcionalidad de la adhesión, se debía adoptar una regla que establezca la vinculación en el mismo sentido que aquellos que sí leen. Pero cuando la adhesión se generaliza con la pujanza de la contratación en masa, la regla de autorresponsabilidad deja de tener razón de ser<sup>288</sup>. Según la teoría tradicional, la regla general es que cada quien debe de obtener la información necesaria para tomar la decisión de contratar, lo cual incluye la lectura del contrato. ¿Qué sucede si una parte falla en leerlo y sin embargo celebra el contrato? Este sujeto ha actuado negligentemente y debe de soportar sus consecuencias quedando vinculado al contrato como si lo hubiese leído y conocido su contenido con anterioridad. Esto es lo conocido como deber de lectura (*duty to read*), el cual no es más que una forma de presunción para vincular a sujetos que han fallado en tomar los pasos necesarios para dar un consentimiento informado. Es un deber de autorresponsabilidad por haber actuado sin la precaución debida.

Efectivamente, el deber de lectura tiene sentido cuando los costes de leer y analizar una cláusula no son muy altos, y en consecuencia hacerlo es una precaución razonable que debe adoptar toda persona<sup>289</sup>. Por ejemplo, si en el frasco de una medicina aparece en caracteres grandes y en color resaltado la siguiente leyenda: Precaución, no tomar más de 8 cápsulas en 24 horas<sup>290</sup>. Es una advertencia, corta, clara, y comprensible para toda persona, por lo que el coste de leerla y comprenderla es muy bajo, y los beneficios de leerlos son muy altos. Entonces es exigible al consumidor que tome la precaución de leerla. Cuestión que no sucede en las condiciones generales de la contratación, en cuanto los costes de lectura son más altos que los beneficios de hacerlo, lo cual repercute en el funcionamiento del mercado<sup>291</sup>.

En todo caso, el deber de lectura deja de tener razón de ser en materia de condiciones generales, no en cuanto que dejan de ser vinculantes las mismas, sino que no es

---

<sup>287</sup> Por ello, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1269, considera que el deber de leer (*duty to read*) *is an understandable judicial response to what otherwise could be an unmanageable moral hazard problem.*

<sup>288</sup> Así, RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, pp. 1188 y 1189, quien agrega que *(o)ver the last two decades, the perception has become both widespread and overt that rigorous application of the traditional doctrines to contracts of adhesion generates in modern circumstances so many unjust results that it can no longer be justified as the tolerable cost of applying a general system of rules.*

<sup>289</sup> Nos referimos únicamente acá a un análisis costes-beneficios, y prescindiendo en la explicación de las limitaciones cognitivas de los sujetos.

<sup>290</sup> BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...», *op. cit.*, pp. 7 y 8.

<sup>291</sup> En palabras de BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...», *op. cit.*, p. 8: *(...) when the cost of the precautionary step becomes excessive –when reading a contract requires a significant investment of resources- the cost benefit analysis changes. Moreover, when the benefit of reading –the information one acquires about the contingent terms of the deal- is minor, reading the fine terms is no longer a reasonable standard of care.*

aplicable las consecuencias de autorresponsabilidad por ausencia de lectura. Al contrario, motivan una protección especial a favor de los adherentes. Las distintas figuras contenidas en los códigos decimonónicos que pretenden resolver anomalías en la contratación, no son adecuadas para afrontar esta realidad<sup>292</sup>. Por ejemplo, si se aplica la nulidad por vicios del consentimiento, esto acarrearía más problemas que beneficios al adherente: la prueba es difícil y, de declararse nulo el contrato, el adherente se vería privado de la obtención del bien o servicio deseado. Como se señaló en el apartado anterior, la nulidad por vicios del consentimiento no es una vía adecuada ni deseada por el Derecho y el comercio.

En casos determinados y de corta aplicación existen, ya desde antes de la promulgación de la LGDCU, normas en el Código Civil que protegen al contratante que es considerado débil conforme a la doctrina tradicional. Entre ellas se encuentran<sup>293</sup>: la interpretación contra *proferentem* (art. 1288), y el equilibrio de elementos accidentales del contrato en caso de duda en la interpretación del contrato (art. 1288 par. 1º)<sup>294</sup>. Así también, existen desde entonces normas, que si bien no fueron creadas para la protección de la parte débil del contrato, permiten ser aplicadas en ese sentido. Entre estas normas legales se encuentran: la interpretación negativa del contrato (art. 1255), prohibición de dejar la efectividad de lo pactado al libre criterio de una de las partes (art. 1256), integración positiva del contrato (art. 1258), y formalización escrita del contrato (art. 1280)<sup>295</sup>. Sin embargo, éstas se muestran insuficientes por tener un ámbito de aplicación muy limitado, y son soluciones a problemas diferentes que el de la justicia contractual en las condiciones generales, por lo cual son inadecuadas para afrontarlo<sup>296</sup>.

En definitiva, los remedios del Código Civil su inútiles, o al menos insuficientes, para afrontar el nuevo fenómeno y problemática de las condiciones generales.

---

<sup>292</sup> Vid., un esfuerzo doctrinal por interpretar normas del Derecho civil y mercantil a favor de proteger a los consumidores, POLO, E., *La protección del consumidor...*, *op. cit.*, p. 54 y ss.

<sup>293</sup> No compartimos la opinión de OROZCO PARDO, G., «Protección de consumidores...», *op. cit.*, p. 2715 y ss., en considerar al art. 1281 del CC como una norma de protección de la parte débil del contrato, ya que esta regla es aplicable a favor de cualquiera de las partes un contrato, sin necesidad de ser un contratante débil. En consecuencia, puede beneficiarse tanto el contratante débil como el fuerte mediante la aplicación de esta regla.

<sup>294</sup> Vid. DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario a art. 1288» en *Comentarios al Código Civil* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2006, pp.1548 y 1549.

<sup>295</sup> Sobre el art. 1255 CC, vid. ORDUÑA MORENO, F. J., «Contratos concluidos mediante...», *op. cit.*, p. 256 sostiene que este artículo fue interpretado desde una perspectiva de la autonomía privada, y por tanto *relegando a los mecanismos de control previstos a una función meramente limitadora, que no delimitadora, y a una interpretación restrictiva de su respectivo alcance.*

<sup>296</sup> Sin embargo, el art. 1258 CC puede llegar a funcionar como una herramienta valiosa para el combate de cláusulas abusivas. Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 938 y 939.

## **6.2. Deber de suministro de información (*Disclosure*). Control de inclusión.**

Algunos autores consideran que si el problema se encuentra en que los adherentes no leen las condiciones generales ni mucho menos las toman en cuenta en su decisión de contratar, será necesario reforzar el deber de suministro de información (*disclosure*) y reforzar el deber de transparencia<sup>297</sup>.

### **6.2.1. Breve explicación sobre medidas que incrementan el deber de información.**

Se pretende que mediante la exigencia legal de unos requisitos formales mínimos de la forma de presentación de los contratos estandarizados se promueva su lectura y elección óptima. De esta manera se pretende evitar cualquier factor relativo a la redacción que dificulte su lectura y comprensión. Así como asegurar el conocimiento de la existencia y contenido de las condiciones generales.

Ejemplo de ello es la regulación con carácter general del tamaño de los caracteres, del color, legibilidad, entrega anticipada a la celebración del contrato o disponibilidad a través de un click del mismo en caso de comercio electrónico, exigencias de legibilidad, concreción, claridad y sencillez en la redacción, etc. Junto a esto se encuentran otros deberes de información aún más estrictos o fuertes. Buscan asegurar con mayor certeza que los adherentes han advertido y sobre todo leído ciertas cláusulas que el legislador ha considerado importantes para los intereses de los adherentes. Ejemplo: resaltado, subrayado, símbolos de alerta, e incluso firma individual de la cláusula en cuestión<sup>298</sup>.

Sea un deber de información débil o fuerte, se pretende mediante estas medidas que los clientes de las empresas puedan tener la oportunidad de elegir la oferta que posee las mejores condiciones generales. Es decir, se busca que los individuos se autodeterminen.

---

<sup>297</sup> Efectivamente esta es una de las propuestas usuales para proteger a los sujetos, haciendo más “barato” (menos dificultoso) obtener y comprender las características del bien o servicio a adquirir, o, en este caso de los términos del contrato. De esta manera se incentiva la comparación de los clientes o consumidores de estos aspectos entre los competidores, y se logra una elección racional. Algunas veces, la imposición de deberes de transparencia han sido impuestas estatalmente como políticas de protección a consumidores para desincentivar conductas nocivas a ellos. Así, por ejemplo, el deber de plasmar en los menús de los restaurantes de comida rápida y/o en sus productos la información nutricional, sobre todo la nociva para la salud (calorías, colesterol, sodio, etc.), ha tenido como consecuencia la reducción del promedio de consumo de calorías en los consumidores en algunas poblaciones de Estados Unidos de América. Esto lo reproducen las siguientes noticias que citan estudios científicos: <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390443884104577647400959492314.html?KEYWORDS=big+mac> (Wall Street Journal) (consulta: 03/05/2014).

<sup>298</sup> De hecho en el estudio realizado a través de encuestas a internautas que compran por Internet dio como resultado que la forma más efectiva para que los sujetos lean una cláusula es solicitando una aceptación individual de la misma, lo cual respaldaría las propuestas de aumento del deber de información a través de medidas como esa. Vid. HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 13 y ss. Esta conclusión se extrae del total de repuestas a la pregunta: “*es más probable que tú leas las condiciones en una compra en línea cuando:*”. El 49% seleccionó “*cundo se debe hacer click en “acepto” al final de cada condición*”.

Aparentemente esta idea del deber de información ha sido acogida por la legislación europea. La Directiva 93/13/CE establece en su art. 5 establece: *En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible (...)*. Y la Directiva 2011/83/UE ha reforzado los deberes de información y transparencia en los contratos con consumidores.

Asimismo en la legislación española se puede encontrar lo que ha sido denominado por la doctrina como el control de inclusión o incorporación. Según el cual, si alguna condición general no cumple ciertos requisitos, se entenderá como no incorporada al contrato (arts. 5 LCGC y el art. 80 TRLCU). Con base en el control de inclusión para que una cláusula pueda ser en principio válida debe de cumplir los siguientes requisitos<sup>299</sup>:

- Transparencia<sup>300</sup>, concreción<sup>301</sup>, claridad<sup>302</sup> y sencillez en la redacción<sup>303</sup>, con posibilidad de comprensión directa<sup>304</sup>.
- Accesibilidad y legibilidad para el conocimiento previo sobre su existencia y contenido<sup>305</sup>.
- Aceptación expresa de la incorporación de las condiciones generales al contrato por parte del adherente<sup>306</sup>.
- Firma<sup>307</sup>.
- Referencia de incorporación de condiciones generales al contrato<sup>308</sup>.
- Informar expresamente de existencia de condiciones generales y facilitación de un ejemplar de las mismas al adherente<sup>309</sup>.
- Cláusulas deben estar redactadas en un tamaño de la letra no inferior a un milímetro y medio<sup>310</sup>.

---

<sup>299</sup> Vid., para un estudio breve con citas jurisprudenciales de cada uno de estos requisitos de inclusión, MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión », en *Estudios sobre consumo* (dirigidos por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012, pp. 311 a 345.

<sup>300</sup> Art. 5.5 LCGC.

<sup>301</sup> Art. 5.5 LCGC y art. 80.1.a) TRLCU.

<sup>302</sup> Art. 5.5 LCGC y art. 80.1.a) TRLCU.

<sup>303</sup> Art. 5.5 LCGC y art. 80.1.a) TRLCU.

<sup>304</sup> Art. 80.1.a) TRLCU

<sup>305</sup> Art. 80.1.b) TRLCU.

<sup>306</sup> Art. 50.1 LCGC.

<sup>307</sup> Art. 50.1 LCGC.

<sup>308</sup> Art. 50.1 LCGC.

<sup>309</sup> Art. 50.1 LCGC.

<sup>310</sup> Art. 80.1.b) TRLCU.

- Cláusula deben ser plasmadas con suficiente contraste con el fondo a fin de no sea difícil su lectura<sup>311</sup>.
- En caso de no formalización escrita del contrato y de que el predisponente entregue resguardo justificativo del contrato, debe cumplir cualquiera de estas tres exigencias<sup>312</sup>:
  - Anuncio de las condiciones generales en un lugar visible de las instalaciones, lugar del negocio, o,
  - Inserción en la documentación que se entrega, o,
  - Cualquier otro medio que garantice la posibilidad efectiva de conocimiento de su existencia y contenido.

Además de los anteriores requisitos diseñados específicamente para condiciones generales, también se encuentran otros requisitos formales de transparencia o información aplicables a contratos celebrados con consumidores<sup>313</sup>. Así encontramos, entre otras disposiciones, que el art. 60 TRLCU prescribe que, previo a la celebración del contrato, el empresario debe facilitar a los consumidores de forma clara, comprensible, en castellano y gratuitamente *la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas*. Para los efectos de dicha disposición legal, en el art. 60.2 TRLCU el legislador enumera de manera ejemplificativa algunos aspectos que son considerados *información relevante*.

Un ejemplo representativo de un deber de información fuerte es el contemplado en el art. 60bis TRLCU, el cual requiere al empresario procurar obtener el *consentimiento expreso* previo del consumidor respecto de *todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal*<sup>314</sup>. Una norma emblemática sobre el deber de información fuerte es el del art. 1341.2 del Código Civil italiano, que da lugar al denominado *control de doble firma*, dicha disposición literalmente prescribe: *En cualquier caso no tendrán efecto, si no se aprueban específicamente por escrito, las condiciones que establecen a favor del que las dispuso, limitaciones de responsabilidad, facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, o bien sancionan a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o*

---

<sup>311</sup> Art. 80.1.b) TRLCU.

<sup>312</sup> Art. 50.3 LCGC.

<sup>313</sup> El art. 31.2 del PDDC 2008 establecía un deber un tanto ambiguo consistente en poner a disposición del consumidor las cláusulas contractuales *de forma que le permitan verdaderamente familiarizarse con ellas antes de celebrar el contrato, teniendo en cuenta los medios de comunicación utilizados* (art. 31.2). La frase: *verdaderamente familiarizarse* generaba muchas dudas sobre el alcance y contenido de este deber de información. Finalmente dicha disposición no fue incluida en la Directiva 2011/83/UE.

<sup>314</sup> No obstante, se trata de un deber de información exclusivo para condiciones generales. Es aplicable a toda cláusula de contratos con consumidores y ofertas.

*renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad Judicial*<sup>315</sup>.

Esta norma seguramente influyó en España en la creación del art. 3 apartado 1º *in fine* LCS, la cual prescribe: *Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito*<sup>316</sup>.

### **6.2.2. Crítica al deber de información o transparencia. Inutilidad.**

Estas normas son inútiles para la consecución del fin para el que han sido creadas. Esto se debe a que los deberes de información son inadecuados para que los adherentes conviertan en relevantes en su decisión de contratar a las condiciones generales.

Tal como ha sostenido parte de la doctrina, la efectividad de los deberes de información sobre condiciones generales es un mito para lograr la autodeterminación de esos aspectos que son irrelevantes para los consumidores. La gran mayoría no las leerá ni mucho menos las analizará aun cuando se le facilite mediante deberes legales de información. Los deberes de información presuponen que los sujetos desean saber la información para hacer una correcta elección de ofertas, pero se encuentran con barreras que les impiden obtener dicha información<sup>317</sup>. Estas barreras son costes que desincentivan la búsqueda de información. Entonces, mediante la instauración de un deber de información, se le provee de todos los datos que necesitaba. Los individuos procederán a leerla, analizarla y compararla, y en consecuencia realizará una elección reflexiva y óptima de ofertas.

Sin embargo proporcionarle la oportunidad de lectura a los adherentes y aclarar su redacción no estimula a los individuos para realizar esta actividad. Se muestran tan indiferentes hacia las condiciones generales como las personas a las que no se les dio la

---

<sup>315</sup> Traducción de DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión (a propósito del art. 22 del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación del Ministerio de Justicia de noviembre de 1991)», *AC*, N° 26, 1992, p. 380, nota 11.

<sup>316</sup> Y sigue siendo propuesta por la doctrina como un control preliminar de abusos de los predisponentes, ya que, por ejemplo, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía, disponible en <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/> (consulta: 03/05/2014), contempla una regla similar a la italiana. Su art. 30.4 prescribe: *Dentro de las condiciones generales del contrato, previstas en el art. 33, carecen de efecto, si no están expresamente aprobadas por escrito, las cláusulas que establecen a favor del que las ha preparado limitaciones de responsabilidad, facultad de desistir del contrato o de suspender su ejecución, o que prevén a cargo del otro contratante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con los terceros, prórroga o tácita reconducción del contrato, cláusulas compromisorias o exclusión de la competencia de la autoridad judicial que corresponda.*

<sup>317</sup> BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...», *op. cit.*, p. 17.

oportunidad de leerlas mediante la entrega o disponibilidad de las mismas antes de celebrar el contrato, tal como ha sido comprobado<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> Esto sucede aún en la contratación electrónica en la que no existe la presión de tiempo o del vendedor, y se puede pasar de una página web de una vendedora a otra para leer y comparar sus condiciones generales. Esta aseveración no está basada únicamente en la experiencia de los autores del presente trabajo, sino que está comprobado empíricamente. Se puede citar el estudio de MAROTTA-WURGLER, F., «Are “pay now, terms later” contracts worse for buyers? Evidence from software license agreements», *New York University School of Law, 2005, Working paper No. 05-10*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=799282> (consulta 03/05/2014), posteriormente fue publicado en *The Journal of Legal Studies*, Vol. 38 (2), 2009, disponible en [http://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/144](http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/144) (consulta: 03/05/2014) (consulta: 03/05/2014). La versión utilizada es la primera. Uno de los resultados más importantes obtenidos en esa investigación fue que las empresas que las entregan posteriormente no utilizan condiciones generales más desequilibradas a su favor que las que se las comunican o que las tienen a disposición de sus clientes con anterioridad a la celebración del contrato (p.5). Incluso, paradójicamente, éstas utilizan condiciones generales significativamente más desequilibradas a su favor que aquéllas (21 y ss.). En dicha investigación la autora analiza a 515 empresas grandes y pequeñas que venden programas informáticos vía Internet. Según la autora, se eligió este ámbito del comercio para realizar el estudio debido a su idoneidad para probar los efectos del deber de información, ya que, entre otras razones, las empresas presentan las condiciones generales de forma muy variada a sus clientes. Unos las presentan de forma prominente antes de la compra, otros solo las muestran después de materializada la compra y otros las tienen a disposición de sus clientes previo a la compra, pero las tienen escondidas en su página web. El valor total de las transacciones va en aumento. El año 2004 se calculó en \$69,2 mil millones. Para realizar su estudio, MAROTTA-WURGLER, utilizó básicamente la misma metodología de un trabajo anterior (vid. nota 113 del presente capítulo). Comparó las cláusulas de las empresas que hacen saber sus condiciones generales a sus clientes previo a la celebración del contrato (representa el 48% de la muestra) y las de las empresas que lo hacen en un momento posterior (52%). Los clientes de estas últimas las reciben físicamente junto con el producto (a veces dentro del paquete o envoltorio) o en un momento posterior a la perfeccionamiento del contrato (confirmación de la transacción vía correo electrónico, etc.). Otro trabajo realizado por la misma autora en la que realiza una investigación empírica es Id., «Does disclosure matter?», *New York University School of Law, Law and Economics Paper Series, Working Paper No. 10-54, 2010*, passim, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1713860> (consulta: 03/05/2014). En ese trabajo se realizó a raíz de las múltiples propuestas legislativas en EUA dirigidas a aumentar considerablemente los deberes de información en las compras por internet. La autora indaga si los deberes de información (*disclosure*) en las compras por internet produce los efectos deseados por el legislador: aumento de lectura de las condiciones generales. Para ello da seguimiento a 47.399 personas sobre su conducta en la navegación en la página web de 81 empresas minoritas en internet que venden licencias de software. La información estudiada es obtenida mediante la herramienta informática de *clickstream*. Es decir, una herramienta que registra la conducta de cada usuario al navegar en las páginas web de las empresas. Principalmente registra a qué hace click. Entre las conclusiones de su investigación se encuentra que la opción de mejorar la accesibilidad del contrato no se traduce en un aumento económicamente significativo de lectura (alrededor de 0,05% fue el aumento) (p. 30). Otra conclusión a la que llega es que los pocos usuarios que leen las condiciones generales no se ven influenciados en su decisión a contratar si éstas les son más favorables (p. 30). También puede consultarse el estudio empírico (a través de encuesta) de uno de los mayores del *disclosure* en el comercio electrónico en Estados Unidos de América: HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 4, quien obtuvo resultados adversos a los esperados en sus anteriores trabajos en los que promovía las bondades del deber de información como la mejor solución al problema. Los resultados de esta investigación respaldan aún más en demostrar la inutilidad de esta medida para los fines trazados, puesto que los sujetos que se utilizaron para realizar la encuesta eran alumnos de la facultad de Derecho de la Cornell University. Es decir, conocen las consecuencias negativas que podría acarrear la celebración de un contrato sin leer sus condiciones por lo que deberían ser más cuidadosos que el individuo promedio al navegar por Internet y sin embargo la mayoría confesó no leerlas. Debido a ello, muestra su decepción en contraste con el optimismo externado en sus anteriores trabajos, pero pese a ello sigue apostando por medidas que aseguren la oportunidad de lectura del contrato estandarizado (p. 20). Vid. Id., «Online boilerplate: would...», *op. cit.*, p. 837 y ss.

Consideramos que dichos autores obvian que existen factores cognitivos que no son superados mediante la reducción de los costes de transacción a través de deberes de información. Entonces, aún cuando algunos clientes (siempre marginales) llegasen a leer las condiciones generales, no dejarían de ser irrelevantes para éstos, tal como se ha comprobado *supra*. Ya que no debe confundirse lectura con tomar en cuenta en el procedimiento mental de toma de decisión.

Ni aún con deberes de información fuertes se logra superar estas limitaciones cognitivas de los seres humanos. Se ha señalado que (E)*sta forma de protección es absolutamente ilusoria para el adherente, al que todo se le convierte en firmar un número elevado de veces aceptando las cláusulas que sean*<sup>319</sup>. En términos económicos, la firma individual de condiciones generales no hace más que aumentar los costes de transacción (esfuerzo y tiempo), sin que esto se refleje en una mejora de los beneficios a obtener (no se vuelven en relevantes, y por tanto los predisponente no encuentran presión por mejorarlas)<sup>320</sup>.

No se logra que estos aspectos de los contratos se conviertan en relevantes para los consumidores y por tanto los tomen en cuenta en su procedimiento de toma de decisión de contratar<sup>321</sup>. La irrelevancia para los adherentes no es producto del formato del texto o de deficiencias en la redacción, sino que se debe a motivos cognitivos endógenos. Por ello las reglas que exigen redacción clara, comprensible, sencilla y transparente de los contratos igualmente no lograrán el objetivo de convertirlas en relevantes.

---

<sup>319</sup> Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 34, rechaza que con estas medidas se persiga garantizar el conocimiento efectivo de las condiciones generales antes de la celebración del contrato. En igual sentido pero refiriéndose al art. 1341 del Código Civil italiano, DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje...», *op. cit.*, p. 380, nota 11. Los autores señalaron prácticamente de manera unánime la ineficacia de lo ordenado en dicha disposición legal italiana y en general de los controles inclusión para afrontar el tema de las cláusulas abusivas. Vid., a manera de ejemplo, RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoles, 1994, p. 35 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., «El control de las condiciones generales de los contratos», *La Ley*, 1989, (denomina a este requisito como *sadismo jurídico*); Id. «La predisposición del contenido contractual», *RPD*, 1979, p. 686; EMPARANZA, A., «La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *RDM*, 1994, p. 486; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4943; SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, p. 1183, sugiere que en algunos ámbitos el deber de información es *fútil*.

<sup>320</sup> En palabras de ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 195, estos requisitos dificultan la celeridad de la celebración de los contratos. Para evitar estas molestias que representan los costes de transacción, los empresarios italianos, según DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje...», *op. cit.*, p. 380, nota 11, solicitaban a sus clientes la firma de una sola cláusula redactadas por aquéllos cuyo contenido consistía en un resumen de todas las condiciones generales que necesitaban firma individual y que iban incorporadas al contrato.

<sup>321</sup> Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1234, sostiene que *una implicación importante de esta idea* (la de limitaciones cognitivas de los adherentes) *es que una cláusula irrelevante no se convertirá automáticamente en relevante sólo porque es comunicada al consumidor*. Concluye de forma lapidaria el mismo autor afirmando que *“llamar la atención” es un prerrequisito para que una cláusula sea relevante, pero no es suficiente para que se convierta en relevante* (traducción libre).



Ni el legislador tanto comunitario como español han considerado que los deberes de información sobre condiciones generales lograrán dicho fin, ya que, pese a instaurar dicho deber a través del control de inclusión general y diversas normas específicas, ha creado un control legal de contenido. Es decir que consideran que no es suficiente el deber de información para afrontar la problemática.

Entonces, si no son tomadas en cuenta en su decisión de contratar ¿para que implementar medidas dirigidas a fomentar la lectura de las condiciones generales y exigir que en su redacción sean comprensibles para los adherentes?<sup>322</sup>. Este punto se abordará más adelante<sup>323</sup>.

### **6.2.3. Crítica al deber de información. Consecuencias perniciosas para adherentes.**

Incluso, se ha señalado que el aumento del deber de información sobre condiciones generales genera consecuencias negativas para quienes se pretende proteger (*backfires*). Las principales consecuencias negativas identificadas por la doctrina son la sobrecarga de información, la apariencia de autodeterminación, impracticidad en algunos sectores del comercio y generación de costes.

#### **a) Sobrecarga de información (*information overload*)**

Muchos sostienen que suministrar demasiada información a los consumidores no mejora la selección de ofertas, sino todo lo contrario, empeora la toma de decisión. Se produce lo que se denomina en la doctrina anglosajona como *information overload*, esto es, una sobrecarga de información<sup>324</sup>. Hemos señalado que hay parte de la doctrina que sugiere que cuanto más aspectos de las ofertas se les exija leer, examinar y comparar a los individuos será menor la cantidad de aspectos que en realidad valorará<sup>325</sup>. Los sujetos se ven abrumados o colmados de información irrelevante e innecesaria, lo cual provoca que la oferta elegida tenga menos posibilidades de ser la mejor oferta para sus intereses.

---

<sup>322</sup> Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 195 y 196, sostiene que le parece *un tanto sorprendente* que aún cuando la doctrina ha señalado que el control de inclusión no cambia el comportamiento de los adherentes hacia las condiciones generales, se han ido promulgando más normas de este corte juntamente con normas que atacan directamente el contenido de las mismas.

<sup>323</sup> En el punto 6.2.4 del presente capítulo.

<sup>324</sup> Vid., BECHER, S. I., Y ZARSKY, T. Z., «E-contract doctrine 2.0...», *op. cit.*, p. 350 y ss.; HILLMAN, R. A., «Online boilerplate: would...», *op. cit.*, p. 850; JACOBY, J., “Is it rational to assume...”, *op. cit.*, p. 67. También, parece compartir esta idea, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1226.

<sup>325</sup> A este fenómeno, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 39, lo denomina *efecto boomerang* generado por un *exceso de celo en la protección del consumidor*. Agrega que un exceso de información provoca una saturación informativa que *puede provocar en el adherente una sensación de desidia que desincentive su lectura*.

Sin embargo, esto no parece del todo cierto cuando se trata de suministro de información de condiciones generales. Los individuos por su racionalidad limitada únicamente leen, analizan y comparan algunos aspectos (usualmente las prestaciones principales), y desechan los demás aspectos en su valoración. Por lo que esta información irrelevante que les es suministrada (nos referimos a las condiciones generales), simplemente no es tomada en cuenta en su decisión de contratar, sin perjudicar su elección de ofertas<sup>326</sup>. Siempre que los aspectos relevantes de los contratos se separen adecuadamente, se redacten de manera clara y sencilla para que éstos sean analizados por los particulares, parece improbable que un extenso documento contractual que incorpore el resto de cláusula no relevantes (condiciones generales) perjudique la toma de decisión.

#### **b) Apariencia de autonomía privada.**

También sostienen que esto puede hacer incurrir en el error a los jueces y a la doctrina, que una vez el empresario cumpla con estos deberes, el adherente ha realizado un acto de autodeterminación<sup>327</sup>. El adherente tuvo la posibilidad de leer, y comparar las condiciones generales dada la facilitación de ello a través de estos deberes de información. Por lo que puede hacer presumir que ha consentido como si se tratara de las prestaciones principales, y por tanto se sustraería erróneamente del control de contenido a muchos aspectos del contrato<sup>328</sup>. El deber de suministro de información sobre condiciones generales, como el del control de inclusión, sería contraproducente puesto que *reduciría los derechos de los consumidores en vez de aumentarlos*<sup>329</sup>.

Efectivamente podemos corroborar esto en la jurisprudencia española, si bien minoritaria, que ha sostenido erróneamente esta postura. Ejemplo de ello es la STS 13 julio 2002 (RJ 2002/5910), en la que al analizar el requisito contemplado en el art. 3

---

<sup>326</sup> Así, GREYER, D. M.; SCHWARTZ, A., y WILDE, L. L., «The irrelevance of information...», *op. cit.*, p. 277 y ss. Sin embargo, hacen una salvedad estos autores. Sostienen que la sobrecarga de información sí es pernicioso cuando se trata de aspectos relevantes para los individuos. Es decir, sobre las prestaciones principales. Esto se abordará en el capítulo III. En un trabajo anterior, dos de estos autores expresaron su escepticismo sobre los efectos negativos de sobrecarga de información, puesto que no ha sido corroborado mediante investigaciones empíricas. Vid. SCHWARTZ, A., y WILDE, L. L., «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, p. 675 y ss., disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1117](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1117) (consulta: 03/05/2014).

<sup>327</sup> Así, HILLMAN, R. A., «Online boilerplate: would...», *op. cit.*, p. 839.

<sup>328</sup> Este temor ha sido señalado por diversos autores españoles, entre ellos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4943; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones...», *op. cit.*, p. 393; RIZZO, *Le «clausole abusive»...*, *op. cit.*, p. 35 y 36.

<sup>329</sup> HILLMAN, R. A., «Online boilerplate: would...», *op. cit.*, p. 854, aunque mantiene la esperanza de que su pensamiento pesimista sea exagerado y se pruebe que los beneficios de medidas como las expresadas sean superiores a sus costes con lo que se vuelvan atractivas las mismas para adoptarlas legalmente (p. 855). Por ello, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 36, es contundente al afirmar que *el adherente no tiene una obligación de conocer las condiciones generales, aunque el predisponente le haya dado una oportunidad de conocerlas*.

apartado 1º *in fine* LCS se afirma que *el espíritu que inspira dicho precepto no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado. A tal finalidad responde la exigencia de que determinadas cláusulas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito. A lo que agrega: Cuando estos requisitos se cumplan, se presume que existe un **conocimiento perfecto** de dichas cláusulas* (el resaltado es nuestro). Asimismo, la STS 20 septiembre 2004 (JUR 2004/277965), sostuvo que habiéndose cumplido los requisitos de inclusión de la LCGC, que debe estimarse *que aceptó las mismas* (las condiciones generales), *siendo enteramente imputable a su negligencia el desconocimiento ahora invocado, pues una elemental prudencia exige la previa lectura de aquello que se está aceptando con la firma (...)*<sup>330</sup>.

En cuanto a la doctrina, puede citarse a URÍA quien sostuvo en su momento, refiriéndose al art. 1.341 Código Civil italiano, que es un *precepto que conjuga sabiamente el principio de la voluntad con el de la responsabilidad: si el cliente presta su adhesión a condiciones conocidas significa que las ha querido (principio de la voluntad), y si no las ha conocido, pero debería conocerlas, las condiciones son igualmente eficaces porque el contratante no puede sustraerse al vínculo contractual invocando su propia negligencia (principio de la autoresponsabilidad)*<sup>331</sup>.

En vista de estos errores en atribuirle autonomía privada a la adhesión, los empresarios se pueden ver tentados en asegurar de forma indudable la aceptación de sus clientes con el propósito que los tribunales consideren que se encuentran fuera del ámbito objetivo de aplicación del control de contenido por haber sido consentidas<sup>332</sup>.

### **c) Es impracticable en algunos sectores del comercio.**

Incluso hay sectores de la contratación moderna que hacen imprácticas la implementación de estas medidas, sobre todo las medidas que buscan aumentar la oportunidad de lectura previa a la celebración del contrato. Por ello el legislador ha tenido que inventar presunciones para supuestamente asegurar la lectura previa sin perjudicar o volver inviable ese sector del comercio. Por ejemplo, el resguardo del

---

<sup>330</sup> Otros ejemplo de sentencia que desarrolló la idea de existir autonomía privada por haber conocido de la existencia de condiciones generales al momento de celebrar el contrato es la STS 21 marzo 2007 (RJ 2007/2619).

<sup>331</sup> URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación...», *op. cit.*, p. 238. Quien no duda en recomendar que se adopte en España un sistema como el italiano para combatir las cláusulas desequilibradas. En la actualidad la doctrina española es prácticamente unánime en señalar que la existencia de control de inclusión no inhibe al juzgador para aplicar el control de contenido. Entonces, más bien el problema se presenta en la práctica, específicamente en la jurisprudencia.

<sup>332</sup> Esta aseveración tiene fundamento empírico, ya que fue uno de los resultados de la investigación de MAROTTA-WURGLER, F., «Are “pay now,...”», *op. cit.*, p. 5. Dice que los empresarios que utilizan condiciones generales más favorables a sus intereses no las esconden con mayor cuidado para pasar inadvertidas a sus clientes, sino que estos *tienden a elaborar sus contratos de forma que sea más difícil que sea controvertida su validez requiriendo a sus compradores una aceptación inequívoca de los mismos* (p. 5) (traducción libre). Lo cual es contrario a la creencia generalizada.

pasaje de un autobús urbano es un documento pequeño en el que no puede transcribirse las condiciones generales del servicio de transporte. En consecuencia ha tenido que presumirse que si se pone en un rótulo visible en el autobús las mismas, se presume que los usuarios las han conocido o al menos han tenido la oportunidad de leerlas<sup>333</sup>.

Pero más problemático es una forma de contratación moderna actualmente polémica en EUA. Son los denominados *Rolling Contracts*, esto es, los contratos cuyas condiciones generales sólo son conocidas por el consumidor después de haber pagado por el producto, es decir después de perfeccionada la compra. Debido a esta peculiaridad son llamados también contratos *pague ahora, condiciones después* (*pay now, terms later*)<sup>334</sup>. Usualmente los empresarios establecen en este tipo de contratación un plazo corto contado a partir de la entrega del producto durante el cual el comprador tiene el derecho de devolver el mismo.

Los programas informáticos son un ejemplo de ello. Cuando son comprados físicamente en tiendas o almacenes, las condiciones de uso de los mismos se encuentran dentro del paquete o envoltorio. A veces en forma de manual impreso o un disco compacto o en un *pen drive*.

En todo caso, en estas condiciones se especifican las garantías de correcto funcionamiento, la forma de hacerlas efectivas, limitaciones de responsabilidad, prohibiciones de uso, procedimiento para efectuar reclamos, etc. Los compradores, sólo después de adquiridos los programas, podrán abrir el paquete para leerlas. En estos contratos es difícil cumplir con los requisitos de inclusión, sobre todo la de proveer la oportunidad de lectura previo a celebrar el contrato, dado que es complicado que en el envoltorio se reproduzcan todas las condiciones usualmente extensas.

Donde presenta mayor problema para lograr la ansiada lectura previa de los *Rolling Contracts* es en las compras por Internet o por teléfono. En ellas resulta difícil que se pueda comunicar las condiciones al comprador. Exigírselo a los vendedores implica convertir en inviable la contratación a través de estos medios<sup>335</sup>. Imaginemos que cada

---

<sup>333</sup> Art. 5.3. LCGC *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.*

<sup>334</sup> Vid., para un análisis más amplio de este tipo de contratos: HILLMAN, R. A., «Rolling contracts», *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, p. 743 y ss., disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss3/6> (consulta: 03/05/2014). Vid. un resumen del debate doctrinal en MAROTTA-WURGLER, F., «Are “pay now,...”», *op. cit.*, p. 6 y ss..

<sup>335</sup> Vid., las duras críticas que el juez estadounidense Easterbrook dirige contra la línea jurisprudencial que requiere un conocimiento o posibilidad de conocimiento previo de las condiciones generales para su validez en la compra de programas informáticos, sentencia del proceso *ProCD v. Zeidenberg* 86 F.3d 1447 (7th Circuit 1996), disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1405266.html> (consulta: 03/05/2014) y también sentencia del proceso *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 (7th Circuit 1997),

vez que se va a comprar un boleto aéreo por teléfono se tenga que enviar antes las condiciones, o el agente de ventas tenga que leerlas. En realidad nadie comprenderá las condiciones que le leen y explican por teléfono, y tal vez ni siquiera pondrá atención porque no quiere escucharlas<sup>336</sup>.

Por ello igualmente el legislador español ha tenido que inventar que si se publican las condiciones generales en la página web del vendedor, los adherentes las han leído o han tenido la oportunidad de leerlas. Lo cual es suficiente para tenerlas incorporadas a los contratos que se celebren. Resulta difícil pensar que el legislador creyó que con esto los adherentes (el que contrata servicio de transporte de autobús urbano, el que compra software, etc.) leerían realmente las condiciones generales previamente a la celebración de la transacción.

Éstas parecen medidas que tratan forzar una presunción de lectura previa de las condiciones generales, lo cual no corresponde con la realidad, tal como se ha reiterado en el presente trabajo.

#### **d) Aplicación del control indirecto o disimulado.**

El establecimiento de controles de inclusión estaría dando la oportunidad a los adherentes para que demanden por incumplimiento de los requisitos de inclusión o cualquier deber de información. La razón real detrás de estos litigios no será que el consumidor se siente afectado porque no tuvo oportunidad de leerlas. No será porque para él es importante conocer de antemano las cláusulas a fin de elegir las mejores condiciones generales. A la gran mayoría no les resultan importantes las cláusulas en ese momento previo a la celebración del contrato.

Las verdaderas razones que se encontrarían detrás de los litigios son otras<sup>337</sup>. Por ejemplo que la calidad del producto no era la esperada, que se atrasó alguna parte en el cumplimiento de algunas de sus obligaciones, que considera perjudicial alguna cláusula, etc. Por tanto se aumentaría la litigiosidad que gira en torno al cumplimiento de los deberes de información<sup>338</sup>. Lo correcto sería que el legislador procure que el verdadero motivo del litigio sea debatido en los procesos judiciales y las sentencias versen sobre

---

disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/105/1147/598523/> (consulta: 03/05/2014). Este voto del juez Eastbrook sentó un precedente que ha sido seguido por algunos tribunales estadounidenses para defender la validez de estas condiciones generales sobre las cuales no se le otorgó a los compradores la oportunidad de leerlas.

<sup>336</sup> HILLMAN, R. A., «Rolling contracts», *Fordham Law Review*, *op. cit.*, p. 755. Y así lo señaló el juez Easterbrook en *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 (7th Circuit 1997).

<sup>337</sup> Este problema también es señalado por SCHWARTZ, A., en carta dirigida a Lawrence J. Bugge, Presidente del Comité de Redacción del art. 2 del *Uniform Commercial Code*, 9 marzo de 2009, citada por MAROTTA-WURGLER, F., «Are “pay now,...”», *op. cit.*, p. 10.

<sup>338</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, 195.

ello dando satisfacción al interés verdadero del agraviado cuando el Derecho le asista. Debe de velar porque el fondo del asunto sea resuelto.

#### e) Generación de costes.

Adicionalmente se ha señalado que si se impone un deber de información demasiado exigente, se generarían más costes de transacción, lo cual repercute negativamente en el comercio<sup>339</sup>. Precisamente una de las grandes ventajas del uso de condiciones generales radica en que la contratación se realiza de forma celer, ahorrándose costes de transacción e incluso costes de oportunidad. Si se ralentiza la contratación se perderían estos beneficios.

#### 6.2.4. ¿Es mejor prescindir de deberes de información sobre condiciones generales?

La inutilidad y producción de efectos nocivos de las medidas antedichas, ha llevado a considerar a algunos autores que deberían ser suprimidos estos deberes de información de condiciones generales. Cabe destacar a BEN-SHAHAR quien invoca la realidad la cual demuestra la inutilidad e incluso perjuicio que causan estas medidas<sup>340</sup>. Además señala de forma categórica que para los individuos que *inteligentemente* optan por contratar ignorando el contenido de las condiciones generales es *absolutamente irrelevante si estas cláusulas desconocidas están disponibles antes o después de celebrar el negocio, dentro o fuera del envoltorio del producto, en letra pequeña o grande, en el encabezado o al pie de la página web, en un mismo documento o en un documento separado, a uno o “n” clicks de distancia de la página web de inicio del empresario, en lenguaje jurídico o lego, en la primera versión o en la última versión del folleto modificado de condiciones interminables que reciben por correo, etc. Ni siquiera le importa qué es lo que dicen estas cláusulas, (si posee un convenio arbitral a celebrarse en su hogar o en Timbuktú). ¿A quién le importa?*<sup>341</sup>. Y dirigiéndose al lector de su obra el autor pregunta *¿Cuándo fue la última vez que su satisfacción en la compra de un bien fue afectada por alguna condición general oculta?*<sup>342</sup>.

---

<sup>339</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 40; y ALFARO ÁGUILA-REAL, A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 195. Este problema de generación de costes, es también señalada de forma general refiriéndose a las posibles consecuencias negativas de la multiplicación de normas protectoras de consumidores, por BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1059.

<sup>340</sup> BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...»», *op. cit.*, p. 5. También expresa su desacuerdo sobre medidas dirigidas a que los tribunales revisen si los adherentes tuvieron la oportunidad de leer las condiciones generales previo a la celebración del contrato, GILLETTE, C. P., «Rolling contracts as an...», *op. cit., passim*. Asimismo, BARNETT, R. E., «Consenting to form contracts», *op. cit.*, p. 627, quien sostiene que todo este problema se origina por tratar de hacer encajar de forma forzada la contratación moderna en el modelo tradicional del contrato basado en el consentimiento. Cuando este modelo se abandona, todos los contratos en los que no se tuvo la oportunidad de leer previamente las condiciones generales serán menos problemáticos de tratar doctrinalmente.

<sup>341</sup> BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...»», *op. cit.*, p. 5.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 5. Sin embargo no compartimos la conclusión de este autor al apostar principalmente por medidas extralegales, dejando a un lado y de manera excepcional a las medidas legales como

Consideramos que si bien es inútil para lograr la lectura y comparación de los aspectos irrelevantes que regulan las condiciones generales, no debe olvidarse que sí cumplen otros propósitos más modestos pero importantes para los adherentes que justifican la existencia de estos deberes. Pero se justifican los propósitos que se expondrán a continuación, siempre y cuando las medidas no consistan en deberes de información desmesurados o estrictos. Las medidas que requieren firma individual de aspectos irrelevantes del negocio es una de las que debería abandonar su promoción<sup>343</sup>.

Los fines que cumplen los deberes de información moderados son:

- a) Permite al cliente marginal leer las condiciones generales antes de contratar. Siendo realistas el porcentaje de este tipo de clientes será muy bajo, tal como se ha visto en los estudios empíricos señalados a lo largo del presente trabajo<sup>344</sup>.
- b) Más importante aún, permite que los clientes puedan consultar sus derechos y obligaciones en la etapa de ejecución del contrato. Es decir, habilita a los clientes para saber con claridad qué hacer o a qué atenerse por incumplimientos de obligaciones de algunas de las dos partes, o por la aparición de acontecimientos imprevistos, etc. En otras palabras, estos requisitos sirven para orientar sin dificultades a los adherentes durante la vida del contrato<sup>345</sup>.

---

herramientas para aliviar el problema. También, MAROTTA-WURGLER, F., «Are “pay now,...”», *op. cit.*, en vista de los resultados de su investigación, sostiene que deben de replantearse las propuestas dirigadas al aumento del deber de información.

<sup>343</sup> No nos referimos a cláusulas cuyo contenido sí es del interés de los consumidores y por tanto deberían de ser conocidas de antemano por los mismos para que funcione correctamente el mercado. Cláusulas que normalmente tratarán sobre la descripción del bien o servicio y el precio. Este tema se tratará aparte en el capítulo III apartado 5 relativo a cláusulas abusivas por intransparentes.

<sup>344</sup> Siendo optimistas, dice BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...»», *op. cit.*, p. 4, este cliente sera uno de cada mil.

<sup>345</sup> Resaltan esta función, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4948. En similar sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, A., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 195, señala que este es el verdadero objetivo del control de inclusión junto con la finalidad de hacer saber la existencia, (no contenido) de condiciones generales. Ambas finalidades componen la función de publicidad del control de inclusión. Por otro lado, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 149, de forma ambigua atribuye esta función al control de inclusión. Cabe aclarar que, pese a que compartimos la idea señalada por ALFARO ÁGUILA- REAL relativa a que el control de inclusión cumple una función importante posterior a la celebración del contrato, no compartimos la conclusión que extrae relativa a que es inexistente el consentimiento del adherente en las condiciones generales, tal como lo expusimos el apartado 5.2.10 del presente capítulo. Al respecto, LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, *op. cit.*, p. 264, se manifiesta de forma contradictoria al comenzar asegurando que los requisitos de incorporación no pretenden garantizar el consentimiento, *porque la adhesión en sí ya lo es*. Pero finaliza alegando que dichos requisitos no se centran en evitar que se produzca un abuso de la autonomía privada, sino que garantizan que la otra parte (Adherente) pueda ejercitar la libertad contractual que le garantiza el art. 1.255 CC velando por sus intereses (p. 265). Por el contrario, compartimos lo expuesto por MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *op. cit.*, p. 4949, quien sostiene que *en último extremo puede*

- c) La entrega del contrato estandarizado sirve para constituir prueba de la existencia de la relación contractual y de las cláusulas que rigen a la misma. Principalmente servirá de prueba ante eventuales conflictos<sup>346</sup>.
- d) Deberes de sencillez, transparencia, claridad y concreción son importantes no para que todos los adherentes las puedan comprender previo a la celebración del contrato. Sino para conminar a los empresarios a redactar correctamente los contratos de adhesión, de lo contrario no poseerán validez. Recordemos que estas reglas han producido en la práctica que los empresarios redacten sin ambigüedades el contrato, y no se ha logrado que los adherentes las lean. A través de estos deberes de información y transparencia se logra que, ante un eventual conflicto con un adherente nacido a raíz de un contrato, estén delimitados claramente los derechos y obligaciones de las partes y pueda el juez resolver con mayor acierto la disputa.

### **6.3. Derecho de desistimiento o arrepentimiento (*cooling off period*).**

Este derecho consiste en un período usualmente corto otorgado por el ordenamiento jurídico a los consumidores posteriormente a la celebración del contrato, durante el cual puede dejar unilateralmente sin efecto el mismo. Tiene como finalidad que los consumidores reflexionen fríamente sobre la conveniencia del producto o servicio adquirido, una vez no se encuentren bajo la presión de tiempo, de *marketing*, acoso del vendedor, etc.

Hasta ahora en la Comunidad Europea y específicamente en España, se ha focalizado no de forma general, sino en relación a situaciones en que el consumidor debe lidiar con ventas agresivas o situaciones que no permiten una correcta valoración previa de los costes y beneficios de realizar el negocio, con la denominación de derecho de desistimiento. Ejemplo de ello son el art. 9 de la Directiva 2011/83/UE, el cual contempla el derecho de desistimiento en contratos a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento, y arts. 68 y ss. del TRLCU<sup>347</sup>.

---

*concederse que las reglas de inclusión traten también de apoyar en el consentimiento del adherente su vinculación a las cgc, pero es evidente que su consentimiento es sólo un consentimiento per relationem, muy diverso del que recae sobre una regla contractual creada conjuntamente por ambas partes o del consentimiento contractual en los contratos regidos por una regla contractual dispositiva. El consentimiento del adherente se refiere fundamentalmente a la existencia de cgc, no a su contenido, y a los elementos esenciales del contrato.*

<sup>346</sup> DURÁN RIVACOBÁ, R., «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un Código del Consumidor* (dirigido por Azparren Lucas, A.), Madrid, 2006, p. 251.

<sup>347</sup> El derecho de desistimiento ya se encontraba regulado en el art. 5 de la Directiva 1985/577/CEE relativa a la Protección de los Consumidores en el Caso de Contratos Negociados fuera de los Establecimientos Comerciales, y, Art. 6 Directiva 1997/7/CEE relativa a la Protección de los Consumidores en Materia de Contratos a Distancia. Con la promulgación de la Directiva 2011/83/UE se consolida su regulación en un mismo cuerpo legal comunitario.



Sin embargo el derecho de desistimiento o arrepentimiento posee una serie de desventajas que lo vuelven un remedio inadecuado para la problemática explicada sobre condiciones generales. Principalmente la crítica se dirige a que la gran mayoría de adherentes no leerán y analizarán las condiciones generales ni antes ni después de la celebración del contrato<sup>348</sup>. Efectivamente parece aún menos probable que lo haga una vez que el adherente haya realizado la búsqueda, análisis y comparación de los diferentes productos en el mercado y sus precios, y por fin se haya decidido por una de las ofertas basándose en esos aspectos relevantes.

No hay razones para pensar que los aspectos que fueron irrelevantes al momento de celebrar el contrato, se conviertan en relevantes inmediatamente después de ello. Los motivos que impulsan a los consumidores a desistir son tales como el que el precio les parece muy alto, que es un gasto innecesario, que no tienen la capacidad económica para asumir su coste, que prefieren otro modelo del producto, etc. Pero no desistirán porque han llegado a la conclusión que esos aspectos irrelevantes que regulan las condiciones generales les parecen contrarias a sus intereses o desbalanceadas o que han encontrado otro empresario que ofrecen mejores condiciones generales sobre ese aspecto.

Así por ejemplo, un consumidor que ha adquirido un producto que le gusta y necesita, y que considera haber comprado a un buen precio no le importará percatarse posteriormente de que existe una cláusula de sumisión expresa a una localidad lejana. Esta cláusula es de aplicación eventual y el usuario percibe como que no sucederá. Por lo que, desde su punto de vista, perderá más desistiendo del contrato por esa cláusula de sumisión expresa (dejará de disfrutar de ese producto adquirido a buen precio) de lo que terminará ganando mediante el desistimiento<sup>349</sup>. Serán casos marginales en que un consumidor tome la decisión de desistir basándose en una valoración de las condiciones generales. Esto demuestra que el derecho de desistimiento está dirigido a regular fenómenos distintos que el de las condiciones generales, por lo que es inadecuada esta medida para afrontar esta problemática.

Cabe señalar que el derecho de arrepentimiento es una de las medidas propuestas por un sector de la doctrina que pretende evitar la intervención estatal directa sobre el contenido contractual. Forma parte de la corriente doctrinal que en los Estados Unidos de América se denomina paternalismo débil (*soft paternalism*) o también llamado paternalismo liberal (*libertarian paternalism*). Esta corriente asume que la existen fallos

---

<sup>348</sup> HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 23.

<sup>349</sup> En términos económicos, HILLMAN afirma que, una vez recibido el producto, si el consumidor llega a reparar que existe una condición general injusta es poco probable que ejerza el derecho de arrepentimiento porque los beneficios netos de hacerlo son mayores que los beneficios netos en adaptarse a la condición general adversa. Vid. HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 23. Además señala este autor que los costes asociados a la falta de finalización o perfeccionamiento del contrato encarecerían enormemente la contratación.

del mercado que dejan desprotegidos a individuos y la insuficiencia de los deberes de información, por lo que necesitan de medidas legales que los protejan.

Pero estas medidas deben de preservar la libre elección de los individuos, y no coartarla mediante la imposición de reglas imperativas que intervienen en la configuración del contenido del contrato<sup>350</sup>. Por lo que desechan la instauración de un paternalismo fuerte (*Strong paternalism*), como lo son controles legales de contenido, promulgación de normas imperativas o deberes, o prohibiciones de conductas o de ciertas cláusulas, en favor de medidas que ayudan a los individuos a identificar la mejor oferta<sup>351</sup>. Estas medidas ayudan a los individuos en su toma de decisión para aumentar su bienestar, sin imponer estatalmente una opción<sup>352</sup>.

La apuesta por el reforzamiento de los deberes de información es sola una de las medidas a las que apuesta este paternalismo débil<sup>353</sup>. Las demás medidas no las

---

<sup>350</sup> También, una de las consecuencias negativas que se pretende combatir con esta idea de *soft paternalism* es el fomento de la asistencia constante y la actuación la mala fe del sujeto tutelado que posiblemente puede ocurrir con las legislaciones excesivamente paternanilistas que anulan la responsabilidad que todo sujeto debe tener de sus actos. Precisamente, BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1059, lo señala como uno de los peligros reales que acarrea la protección de consumidores. Por lo que clama por *acabar con el principio según el cual el consumidor se le presume irrefutablemente en estado de inferioridad*. Y agrega que *la presunción debe ser simple, pues la lealtad contractual debería ser bilateral y no solamente uniletral*.

<sup>351</sup> La SAP Islas Baleares 17 marzo 2003 (AC 2003/1624) parece referirse a esta corriente al analizar los deberes de información precontractual, manifestando que ello *se enmarca en la tendencia del Derecho contractual de los últimos tiempos dirigida a formalizar la celebración de los contratos con finalidad protectora de la libertad de decisión negocial de los consumidores*.

<sup>352</sup> Los defensores del paternalismo débil han propuesto muchas otras medidas que se señalarán en este apartado. Pero no están diseñados para el tema de las condiciones generales, sino más bien que están dirigidas para lograr que los consumidores elijan sus ofertas óptimamente en el sentido de identificar la oferta que posee, según su criterio, las mejores prestaciones principales y demás aspectos que pueden llegar a ser relevantes a éstos. Pero como hemos venido señalando, lograr identificar la oferta con mejores condiciones generales es demasiado costoso para los adherentes, y, sobre todo, poseen limitación cognitiva que no les permite hacerlo, por lo que estas otras medidas del paternalismo débil no lograrán esta elección óptima de condiciones generales. Sí serán útiles para las prestaciones principales, pero esto será abordado en el capítulo III sobre cláusulas abusivas por defecto de transparencia. Cita un ejemplo real de Estados Unidos de América SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, p. 1159 y ss.; las empresas han adoptado la siguiente estrategia para promover el ahorro entre los trabajadores. En vez de brindarles a los trabajadores la opción si cotizan o no en programas de ahorro para pensiones, los empleadores asumen que todos los trabajadores quieren cotizar, pero a la vez permiten que en cualquier momento puede cualquier trabajador optar por desinscribirse de ese plan. Esta forma de actuar, según dichos autores, ha dado resultados muy positivos en la promoción del ahorro, pero a la vez se preserva la libertad de decisión de los trabajadores. Este es un ejemplo en que las empresas han actuado sin ninguna orden legal para hacerlo. El paternalismo débil pretende que el Estado cree deberes legales con la misma filosofía de respeto a la libertad de elección.

<sup>353</sup> Vid., una de las obras más importantes sobre este tema, SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, *passim*. Vid. también a BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...”», *op. cit.*, *passim*, quien propone medidas novedosas sobre el tema de condiciones generales basadas en el *rating* (calificación hecha por los consumidores) y *labeling* (etiquetado). Pese al esfuerzo por mantener libre de injerencias estatales el contenido de los contratos, nos parece que todas estas medidas no son idóneas para afrontar la problemática abordada en el presente trabajo por las razones expuestas a lo largo del mismo. Un ejemplo de este paternalismo débil puede ser el informado en la siguiente noticia: <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/09/17/cronicasdesdeeeuu/1253171661.html>

abordamos puesto que están focalizadas a aspectos de las ofertas que sí son tomados en cuenta por los consumidores, por lo que resultan inútiles para el tema de los aspectos irrelevantes que son regulados por las condiciones generales.

#### **6.4. Conclusión: necesidad de control legal de contenido.**

En conclusión, se necesita de una regulación especial sobre condiciones generales que, entre otras medidas, posea control sobre los derechos y obligaciones diferentes de los controles que poseen las legislaciones tradicionales. Se necesita un control que actúe sobre el fondo de las condiciones generales, y no sólo en la forma. Uno que provea herramientas para invalidar las cláusulas abusivas que se encuentran presentes a menudo en las condiciones generales. Es decir, un control específico que tenga como fin asegurar objetivamente el equilibrio de todos esos aspectos que son típicamente irrelevantes a los sujetos en su toma de decisión de contratar, ya que los sujetos no ejercen su autonomía privada a plenitud. Debe ser una medida que no ralentice la contratación en masa, la cual es por definición célere.

En ese sentido puede asegurarse que la instauración del control legal de contenido obedece a la necesidad de desincentivar el regateo o negociación y lectura (del adherente), y simultáneamente desincentivar los excesos que pueda cometer el predisponente al elaborar las condiciones generales, por lo que es éstas son sus finalidades<sup>354</sup>. En fin, un control de contenido posterior a la celebración de contrato, que promueva la confianza del adherente en contratar sin preocuparse por la existencia de condiciones generales desequilibradas, porque, de existir éstas, no tendrán eficacia<sup>355</sup>.

---

(consulta: 03/05/2014). Con el propósito de evitar la obesidad entre los alumnos universitarios, el comedor ha mantenido su política all you can eat (todo lo que pueda comer), pero ha suprimido el uso de bandejas de manera que se desincentive a los alumnos a llevar varios platos repletos de comida. Solo podrán llevar a su mesa dos platos (uno en cada mano), y si desea servirse otro plato tendrá que hacer nuevamente cola. Con ello, se mantiene incólume la libertad de elección del alumno a comer todo lo que desee, pero la universidad desincentiva (no prohíbe) que se repitan o que se sirvan en grandes cantidades.

<sup>354</sup> De manera similar lo expresa LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 115, No.4, 1967, p. 504, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2823](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2823) (consulta: 03/05/2014), al afirmar: *The law's problem, therefore, is to discourage dickering and overreaching simultaneously.*

<sup>355</sup> De esta manera, la SAP Alicante 19 noviembre 2002 (JUR 2003/53559) visualiza acertadamente al control de contenido: *el ciudadano debe estar tranquilo en que podrá contratar bienes y servicios sin tener que sortear continuas trampas contractuales en las que se otorgan ventajas al predisponente o se impongan obligaciones al adherente que no sean razonablemente previsibles atendida la naturaleza del negocio, y que no le son fácilmente localizables por su general falta de formación jurídica, ya que lo contrario sería obligarle, cada vez que quiera contratar un bien o servicio, a realizar un recorrido general por todos los ofertantes de los mismos no ya para contratar la oferta más ventajosa en cuanto a calidad y precio, sino incluso para encontrar aquel oferente que ofreciera una regulación de la relación contractual respetuosa con los principios de la buena fe contractual, lo que se podría considerar a todas luces una carga injustificada.* En igual sentido, SAP Alicante 17 abril 2000 (AC 2000/1746).

La aplicación de este control específico que examina objetivamente el equilibrio de las condiciones generales no es un límite a la autonomía privada o a la libertad contractual, puesto que dicha libertad no es ejercida por los adherentes por los altos costes que ello implica o por sus limitaciones cognitivas. Por ello, a través de un régimen especial de la contratación celebrada bajo condiciones generales, no se limita la autonomía privada. Ésta sigue incólume en las situaciones en la que exista una verdadera autodeterminación bilateral y debe ser protegida por el Derecho. Prueba de ello es que la regulación especial deja fuera de su ámbito a los elementos esenciales<sup>356</sup> y cláusulas que hayan sido negociadas<sup>357</sup>.

*Otorgar la misma consideración a la regla contractual dispositiva o verdaderamente acordada que a la predispuesta por una sola de las partes, es lo que verdaderamente corrompe el significado de la libertad contractual*<sup>358</sup>. Como expone gráficamente GARCÍA AMIGO, no se trata de matar al enfermo -la institución contractual-, sino aplicar la medicina de las cláusulas abusivas -nulas-, haciendo pasar por encima de la «voluntad normativa» de las partes (...) el principio de equilibrio de las prestaciones en que se concreta la exigencia de la buena fe normativa (...)»<sup>359</sup>. Tampoco puede sostenerse que la regulación especial de las condiciones generales es un síntoma de crisis, agonía o muerte del contrato, y que, por tanto, debe de crearse una nueva teoría general del contrato<sup>360</sup>. Se trata simplemente de aplicar un control de validez más estricto para proteger a los adherentes ante el peligro de abusos en el contenido contractual. El control de contenido es *un garante del equilibrio contractual, tradicionalmente atribuido a la autonomía de la voluntad, frente a la falta de conocimiento y a la falta de libertad del acto de adhesión*<sup>361</sup>

---

<sup>356</sup> Art. 4.2. Directiva 93/13/CE *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.* (el resaltado en nuestro)

<sup>357</sup> Art. 3.1. Directiva 93/13/CE *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.* (el resaltado es nuestro)

<sup>358</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones...», *op. cit.*, p. 4947.

<sup>359</sup> GARCÍA AMIGO, M., «Idea del contrato: 50 años después (consideraciones previas a una definición del contrato)», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinados por Llamas Pombo, E.), Tomo I, 2006, p. 762. Agrega este autor, que *el mecanismo jurídico de las cláusulas abusivas es un «fármaco» que actúa sobre el aspecto normativo del contrato solamente, dejando intacto el aspecto constitutivo —la relación obligatoria contractual sigue existiendo—.*

<sup>360</sup> Nos referimos principalmente a la obra de GILMORE, *The death of contract*, 2ª edición, Columbus, 1974, en la que afirmaba que el contrato tal como lo concibe la teoría tradicional está muerto. Sin embargo, aún en su pesimismo mantenía las puertas abiertas a una resurrección del mismo: *Contract is dead—but who knows what unlikely resurrection the Easter-tide may bring?* (p. 112).

<sup>361</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 86.

## 7. Errores estatales en la identificación del problema y extralimitación en la aplicación de medidas legales no justifica no intervención estatal.

Antes de agotar el tema del fundamento del control de contenido agregamos un punto señalado por alguna doctrina estadounidense que expone la inconveniencia de adoptar medidas protectoras de este tipo. Esta sostiene que si los adherentes tienen problemas cognitivos por el sólo hecho de que son seres humanos, igualmente los legisladores que se encargan de promulgar leyes protectoras, los jueces que se encargan de aplicar éstas y demás autoridades que participan en la protección de adherentes, y consumidores y general poseen problemas cognitivos<sup>362</sup>. También son seres humanos por lo que tienen igualmente racionalidad limitada, miopía en la aplicación de remedios legales, optimismo irreal, etc.

Adicionalmente los jueces con probabilidad carecen de experiencia práctica empresarial que no les permite comprender la trascendencia del contrato bajo estudio y la práctica comercial. Con lo cual un juez al intervenir en el fondo del contrato, podrá distribuir de forma ineficiente los riesgos, encareciendo así la contratación. Aseguran con ello que es mejor que el predisponente diseñe el contrato y se sustraiga completamente de intervenciones estatales en el contenido del mismo, puesto que entre los jueces y los empresarios, quienes saben mejor distribuir los riesgos son éstos<sup>363</sup>.

Se señala que la gravedad de los errores estatales radica en que estos funcionarios pueden actuar buscando proteger a los adherentes cuando no son merecederos de protección, pueden errar en identificar el origen del problema, pueden aplicar remedios inadecuados para el problema al que se enfrentan, etc. Todos estos errores estatales producen costes a los empresarios porque los funcionarios distribuyen ineficientemente

---

<sup>362</sup> SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, p. 1165, quienes sostienen que *el escepticismo sobre el gobierno puede estar basado en el hecho que los gobiernos están menos disciplinados o tal vez nada disciplinados por las fuerzas del mercado*, por lo que pueden verse influidos por grupos de poder que exigen sin ninguna matización y fundamento la intervención estatal en pro de los consumidores. Vid. otros autores que advierten de este problema, SUNSTEIN, C. R., «Boundedly rational borrowing», *op. cit.*, p. 255. HILLMAN, R.A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 735 y ss.; GLAESER, E. L., «Paternalism and Psychology», *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, p. 151, disponible en: [https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73\\_1\\_Glaeser.pdf](https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73_1_Glaeser.pdf) (consulta: 03/05/2014); CHOI, S. J., y MITU GULATI, G., «Contract as statute», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, p. 1146 y ss., disponible en: [www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Choi\\_Gulati.pdf](http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Choi_Gulati.pdf) (consulta: 03/05/2014), quien cita ejemplos de errores judiciales por aplicación literal y formalista de los contratos.

<sup>363</sup> Vid., sobre el comercio electrónico aunque aplicable a todo el comercio, HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 19; *Id.*, «Rolling contracts», *op. cit.*, p. 751; GILLETTE, C. P., «Rolling contracts as an...», *op. cit.*, p. 44, quien advierte de los peligros de la intervención judicial al distribuir los riesgos de forma desproporcional en contra de los empresarios. Vid., también, *Id.*, «Pre-approved contracts for internet commerce», *Houston Law Review*, vol. 42, 2005, p. 982, disponible en: [http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/42-4\\_pdf/Gillette.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/42-4_pdf/Gillette.pdf) (consulta: 03/05/2014), sostiene que los tribunales no sabrán diferenciar cuando una cláusula distribuye de forma eficiente el riesgo y cuando es abusiva. Además, les puede resultar difícil comprender relación entre una renuncia o limitación hecha en una cláusula y un beneficio obtenido por ello en otra cláusula.

los riesgos en los contratos. Usualmente en su afán de proteger a los consumidores se extralimitan en la protección<sup>364</sup>. Difícilmente lo hacen en sentido contrario. Su juicio puede ser distorsionado por presiones de grupos de poder que exigen la actuación a ultranza en pro de los consumidores, sin reparar en los costes a corto y largo plazo de ello y su conveniencia<sup>365</sup>. Con base a lo anterior, se deduce que este sector de la doctrina sugiere que el Estado debe abstenerse de realizar cualquier intervención, sea en forma de implementación de controles de contenido de contratos o, incluso de algún tipo de deber de información. Los riesgos de error estatal existen y algunos tienen como consecuencia costes altos.

Consideramos que a esto hay que responder que es un riesgo que se debe asumir para la consecución de los valores de justicia y equidad que demandan los fallos del control de mercado. Si bien el Derecho no es infalible en proporcionar la solución adecuada, consideramos que peor es dejar en la situación de vulnerabilidad que se encuentran los adherentes ante la falta de medidas legales que los protejan.

No es correcto sostener que es mejor dejar a los empresarios la distribución de los riesgos y cargas en las relaciones contractuales cuando falla el mercado, ya que carecen de la presión que ejerce el mercado para proveer una distribución eficiente. Resulta difícil pensar que un empresario que al redactar las condiciones generales, deba elegir entre distribuir eficientemente los riesgos entre las partes o distribuirlas a favor de él mismo, elija la primera opción sabiendo que sus clientes le es indiferente el contenido de las mismas al momento de celebrar el contrato. Siendo el empresario un sujeto maximizador de utilidades, elegirá la opción que le genere menos costes y asuma menos riesgos, es decir la segunda opción. Es la actuación económicamente racional. De hecho, hemos sostenido *supra* que las fuerzas del mercado pueden obrar de forma perversa porque constriñen a los empresarios a utilizar condiciones generales desbalanceadas a su favor, porque de lo contrario estarían operando con costes que sus competidores no tienen<sup>366</sup>. Por lo que probablemente serán desequilibradas a favor de los empresarios.

Habría lugar a expresar temor a los errores estatales si no existieran normas claras en el ordenamiento jurídico en cuanto a la aplicación de las normas jurídicas protectoras por parte de funcionarios administrativos y sobre todo judiciales. Pero la LCGC y el TRLCU establecen su ámbito objetivo, ámbito subjetivo, los parámetros de control, etc. Es decir, que no se encuentra sujeta al arbitrio de los funcionarios judiciales y

---

<sup>364</sup> Refiriéndose al comercio electrónico, HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, p. 16, se cuestiona *si la presión del mercado no puede mantener en línea por sí sola a los empresarios, ¿qué es lo que la ley debe hacer?. La respuesta es nada si los costes de intervención sobrepasan sus beneficios*. Aplicando esta idea, si los costes de los errores en aplicación de medidas correctoras son mayores que sus beneficios, no debe de implementarse las mismas.

<sup>365</sup> SUNSTEIN, C. R., «Boundedly rational borrowing», *op. cit.*, p. 255.

<sup>366</sup> Así, RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1204.

administrativos la aplicación de medidas protectoras. Si no que deben actuar apegados a lo establecido en las normas.

Si pese a ello se producen fallos judiciales o administrativos, el ordenamiento jurídico establece recursos contra las decisiones de dichos funcionarios a fin de que sean enmendados los errores de juicio en que han incurrido. Las resoluciones son revisadas por los mismos sujetos que las emiten, o por otros que puedan revisar con imparcialidad lo ocurrido en el proceso y los fundamentos que los han llevado a resolver de esa manera la controversia. Por tanto, el riesgo se reduce debido a la posibilidad de revisión por un nuevo funcionario de las resoluciones adoptadas. Así también, el ordenamiento jurídico requiere que las decisiones judiciales deben ser motivadas (art. 120.3 CE) por lo que se reduce la probabilidad de errores en las actuaciones judiciales. La motivación de sentencia es una garantía para los particulares contra las arbitrariedades al exigir que los tribunales plasmen y desarrollen en sus providencias los fundamentos de hecho y de derecho que los condujeron a dictar un fallo.

En todo caso, la doctrina es en gran parte responsable de advertir errores judiciales, pero sobre todo de construir teorías coherentes y bien definidas sobre las medidas protectoras. Es tarea de la doctrina identificar correctamente el problema para que se conceptualicen óptimamente las medidas. De esta manera se coadyuvará a las autoridades estatales encargadas de adoptar medidas legales de protección o de aplicarlas, en alcanzar correctamente la finalidad perseguida.

Tal como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, *si el Estado dicta normas imperativas para regular las relaciones entre particulares, parece obvio que desconfió de la autodeterminación de los particulares para tomar la correspondiente decisión. No la remite, sino que la impone. Ha de justificar, pues, por qué*<sup>367</sup>. En la búsqueda del *por qué* es que participa la doctrina. Si no hay razones de peso para adoptar medidas de este tipo, como por ejemplo cuando el mercado funciona correctamente, debe de abstenerse de recomendar una medida que pudiera llegar a ser perjudicial para todos los actores del mercado.

## **8. Antecedentes normativos y legislación actual sobre control general de condiciones generales en el Derecho español**

La doctrina al darse cuenta del problema del desequilibrio contractual en las condiciones generales, debido a no contar en ese entonces con una regulación especial, propuso diversas soluciones al problema. Se basaban en instituciones propias de los códigos decimonónicos, las cuales no fueron creadas originalmente por el legislador para servir a este fin. Así se habló de 1) verificar el estricto cumplimiento de los

---

<sup>367</sup> ALFARO AGUILA-REAL, A., «Imperialismo económico y dogmática...», p. 33.

requisitos de existencia de los contratos: consentimiento, objeto y causa<sup>368</sup>; 2) recurrir a la ley como límite genérico de la autonomía privada (Art. 1255 CC.)<sup>369</sup>. Sobre todo se impulsó esta medida al atribuirle al Derecho dispositivo una función ordenadora, pudiendo únicamente pactarse en contra de él cuando existe un motivo suficientemente justificado<sup>370</sup>; recurrir a los otros límites genéricos: la moral y el orden público (art. 1255 CC.)<sup>371</sup>; e incluso ya se perfilaba la utilización de los principios de buena fe y lealtad en las relaciones, sobre todo con su inserción en el Título Preliminar del Código civil (Art. 7)<sup>372</sup>.

Sin embargo, la jurisprudencia no tuvo un desarrollo tan alto como el de la doctrina para solventar el problema. Mas bien la jurisprudencia fue tímida y vacilante en reaccionar ante la situación, salvo algunas sentencias ejemplares, en las que se realizó un control indirecto de las condiciones generales<sup>373</sup>. Este control indirecto o encubierto se realizaba muchas veces con argumentaciones ingeniosas, como lo es el de la STS de 10 diciembre 1959, en la cual se dice que [...] *al ser los efectos del contrato no sólo los queridos por las partes, sino, además, los derivados de la buena fe, del uso y de la ley (artículo 1.258), en la determinación de estos efectos podrá el Juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes*<sup>374</sup>. O incluso se llegó a aseverar que el ordenamiento jurídico les otorgaba a los tribunales *poder excepcional de interpretación [...] e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta*, tal

---

<sup>368</sup> BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *RAP*, 1978, pp. 276 y 277, proponía como medida de protección al consumidor, entre otras, la nulidad de consentimiento por error o dolo, al considerar que podían llegar a ser de fácil comprobación en el proceso. Si bien, es necesario mencionar que Bermejo Vera aclaró que estos medios convencionales seguían siendo útiles para la protección del consumidor, *aunque sólo sea como medio de sentar las futuras bases para una nueva metodología jurídica* (p. 274).

<sup>369</sup> Vid. GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 135 y ss.

<sup>370</sup> Vid. DE CASTRO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, p. 331 y ss., y «Notas sobre las limitaciones...», *op. cit.*, p. 1059 y ss., sobre todo p. 1061. Idea que fue seguida por varios autores, entre ellos CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982, p. 78 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., «La predisposición del contenido contractual», *RPD*, 1979, p. 682, quien considera la tesis de DE CASTRO *en líneas generales, aceptable*. En contra, GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la...*, *op. cit.*, p. 135 y ss. sostiene que el art. 1255 Civ al hacer alusión a *la ley* se refiere únicamente a *leyes imperativas, no a las dispositivas, las cuales, por definición son sustituibles por la voluntad concorde contraria de las partes*.

<sup>371</sup> Sobre el orden público económico con límites a las condiciones generales vid. GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de...*, *op. cit.*, p. 260 y ss. Algunos autores que han acogido esta idea vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., «La predisposición del...», *op. cit.*, p. 679 y ss.

<sup>372</sup> Así, GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III. vol. 1º, p. 285 y ss., asegura que el principio de buena fe funciona como límite de cláusulas de exoneración de responsabilidad, sobre todo en situaciones de monopolio de hecho. Sobre la buena fe como límite a la configuración del contenido contractual vid. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., «La predisposición del...», *op. cit.*, p. 678 y 679.

<sup>373</sup> Decimos *ejemplares* por la intención de los jueces de proteger al que consideran como contratante débil.

<sup>374</sup> STS 10 diciembre 1959, Jurisprudencia Civil, 1959, t. 84, num. 689.



como se sostuvo en la STS 12 marzo 1957<sup>375</sup>. Pero la mejor, y mas utilizada fórmula para realizar el control encubierto fue la aplicación de la regla de interpretación contra *proferentem* (art. 1288 CC). Muchas veces se inventaban oscuridades en las condiciones generales, para poder así, bajo el pretexto de buscar la real voluntad de las partes, aplicar la regla de interpretación y, de esta manera, depurar y modificar el contenido contractual en un sentido más favorable al contratante que consideran débil<sup>376</sup>.

En cuanto a la legislación, el primer antecedente relevante sobre la materia es la LCS (Ley 50/1980, de 8 de octubre). Está contempla requisitos de incorporación y de contenido de condiciones generales en contratos de seguros, además se establece un sistema de control administrativo y judicial con cierto efecto general<sup>377</sup>. A pesar de tener en vigor dicho cuerpo legal, los tribunales se mostraron celosos en declarar nulas a las cláusulas lesivas al asegurado, es decir, pocas veces se aplicó el control de contenido. Pero esto no significa que los tribunales no tuvieron un rol activo contra las cláusulas abusivas, puesto que se siguió realizando el control encubierto mediante la declaración de invalidez en aplicación de la regla de interpretación contra *proferentem* (art. 1288 CC), pero ahora apoyada también en el cumplimiento de los requisitos de incorporación del art. 3 LCS.

Posteriormente, en 1984, se promulga la LGDCU, con la cual se dio un gran avance en la materia a pesar de su limitado ámbito de aplicación: relaciones jurídicas entre empresarios y consumidores. Su gran aporte fue que por primera vez se cotemplaban normas sobre las condiciones generales, especialmente un control judicial de contenido. Pero a pesar de ello, los tribunales se encontraron renuentes a aplicar el control de contenido, incluso muchos se escudaron en planteamientos contractualistas que

---

<sup>375</sup> STS 12 marzo 1957, Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia, 1957, num. marginal 753.

<sup>376</sup> Tal como señala, MARTÍN PÉREZ, J.A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 314, *las reglas de interpretación no son propiamente un instrumento de control, pero son eficaces para realizar un control encubierto del contenido, pues permiten optar por una interpretación favorable al consumidor de las cláusulas oscuras y hacer una interpretación correctora de una cláusula lesiva, lo que equivale a modificar su contenido.*

<sup>377</sup> Los requisitos de incorporación los contempla el art. 3.1 LCS: [...]habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza de contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito

El control de contenido también lo contempla el art. 3.1. LCS [...]en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados[...]. Lastimosamente el control de contenido que establece es escueto e inacabado. Tal vez a ello se debió el fracaso de su aplicación en la práctica por parte de los tribunales.

El Art. 3.2. LCS establece el control administrativo: *Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos por la Ley.*

El Art. 3.3. LCS prescribe el control judicial: *Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.*

reflejaban un desconocimiento de la particularidad de la contratación en masa y las consecuencias que para el Derecho acarrea<sup>378</sup>.

Junto a todo ello, fueron varios los esfuerzos legislativos para la creación de un cuerpo normativo especial sobre condiciones generales que no se encontraría enmarcado en la normativa general de consumidores. Al menos se cuentan tres anteproyectos de ley previos a la aprobación de la Directiva 93/13/CEE, los cuales por diversas razones no fueron aprobados<sup>379</sup>. Cabe señalar que el anteproyecto de 1992 recibió elogios por parte de la doctrina por su *cuidada reflexión sobre los problemas que plantea la contratación en régimen de condiciones generales y calidad técnica que preside su redacción*<sup>380</sup>.

El paso final para la creación de una normativa general se dio en 1993 con la promulgación de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores<sup>381</sup>. Siendo la legislación nacional insuficiente para cumplir

---

<sup>378</sup> Así, por ejemplo la STS 31 mayo 1991 (RJ 1991/3955) considera que no es nula la cláusula de sumisión expresa bajo el argumento que [...] *la contratación por adhesión no es, por sí misma, una fuente automática de nulidades y su apreciación es en el fondo, no en el juicio de competencia que, forzosamente, debe ser previo y relativamente superficial*. Igual fundamento posee la STS 22 julio 1992 (RJ 1992/6449).

<sup>379</sup> Dicho anteproyectos fueron publicados en los años 1984, 1988 y 1992. El anteproyecto de 1988 puede ser encontrado en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento de 15 de enero de 1988; y el de 1992 puede ser consultado en LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo tercero. Contratos*, Madrid, 1994, p. 85 y ss.

Para un análisis y comparación detallados del contenido sustantivo de los mismos vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de ley», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000, p. 79 y ss.; sobre las razones que llevaron a que no fueron aprobados por el legislador los anteproyectos, y detalles sobre la elaboración de los mismos, vid. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por él mismo y Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 50 y ss.

<sup>380</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El proceso de elaboración...», *op. cit.*, p. 52.

<sup>381</sup> El Art. 1.1 y diversos considerandos de la Directiva 93/13/CEE ponen de relieve que uno de sus fines, aparte del de aumentar la protección de los consumidores al adquirir bienes y servicios, es la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros relativa a las cláusulas abusivas en contratos con consumidores para avanzar en la consecución del mercado común interior europeo. Fin que ha sido trazado en virtud de la disparidad en la reglamentación nacional de los distintos Estados miembros. Así, el considerando 2º afirma que las legislaciones de los Estados miembros *relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestaciones de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros*. Nótese el escaso cuidado en la redacción del considerando 2º al referirse únicamente a la venta de bienes y prestación de servicios, pese a que el ámbito de aplicación del cuerpo normativo no se limita a esos supuestos. El considerando 3º reafirma la existencia de *diferencias considerables* entre las legislaciones nacionales sobre cláusulas abusivas. Asimismo, el Art. 1.1 preceptúa que (e) *l propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*. En todo caso, el objetivo antes expuesto, es matizado por la misma Directiva en su considerando 12º, al reconocer que es únicamente posible una *armonización parcial*. Vid., sobre los fines de la Directiva 93/13/CEE, RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE: ámbito de aplicación», en *Cuadernos Jurídicos*, Nº 11, 1993, pp. 60 y 61;

con las exigencias de la normativa comunitaria, el Estado español se vio en la necesidad de reformar sus leyes antes del 31 de diciembre de 1994, fecha límite para la transposición de la Directiva (Art. 10.1 Directiva 93/13/CE). Esta situación daba una oportunidad única del legislador español para aprovechar el momento promulgando legislación que no se limitara a simplemente transponer la Directiva, sino que ir más allá estableciendo una ley general sobre condiciones generales que incorporara además las disposiciones exigidas por la Directiva 93/13/CEE.

Sin embargo esta oportunidad fue desaprovechada con la promulgación en el año 1998 de la LCGC, de 13 de abril, mediante la cual se transpone –tardíamente- la Directiva<sup>382</sup>. Si bien, de su nombre o título podría parecer que se trata de una primera ley que regula exhaustivamente el tema de las condiciones generales en España, esto no es así, puesto que la principal herramienta de protección ante los abusos por la utilización de condiciones generales no fue incluida en dicho cuerpo legal: el control de contenido frente a cláusulas abusivas. Esa figura fue insertada en el texto de la LGDCU, quedando el texto de la LCGC únicamente como herramientas de protección del adherente el control de inclusión y reglas de interpretación.

Entonces, a partir de la promulgación de la LCGC y reforma de la LGDCU, existen dos leyes que regulan un mismo tema o asunto –contratación bajo condiciones generales-, pero poseen ámbitos de aplicación diferentes. Esto es un problema, si se toma en cuenta que la LGDCU es más restrictiva en su ámbito subjetivo de aplicación, es decir, que con el establecimiento del control de contenido en la LGDCU deja fuera del análisis de abusividad a auténticas condiciones generales, como lo son las que forman parte de contratos de adhesión entre empresarios<sup>383</sup>. En otras palabras, no se llegó a alcanzar la anhelada regulación general de condiciones generales que incluyera todos los remedios generales de los problemas que éstas generan, sino que con la LCGC se logró únicamente la promulgación de una regulación parcial. La ausencia del control de contenido en la LCGC dejó vacío en su aspecto sustancial a ese cuerpo legal.

Como era de esperar, esto generó muchas reacciones en contra por parte de la doctrina. Se remarcó que esta duplicidad normativa se genera problemas de intelección y claridad, lo cual repercute al momento de ser aplicada y estudiada. Sin embargo, no fue la única crítica formulada. También fue remarcada la tardanza de la transposición, y la

---

y, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 17, 1993, pp. 42 y 43.

<sup>382</sup> La LCGC es fruto de la aprobación de del Anteproyecto de Ley de 6 de mayo de 1997, el cual denota una gran influencia del borrador de anteproyecto de 1992. No obstante, fueron elaborados otros anteproyectos para la transposición de la Directiva.

<sup>383</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentarios al art. 10», en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por Llamas Pombo, E.), Madrid, 2005, pp. 223 y 224. Este tema es abordado más adelante con mayor amplitud.

falta de técnica legislativa del texto legal, las cuales se abordarán a lo largo del presente trabajo<sup>384</sup>.

Posteriormente se promulgó la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, la cual, en lo que atañe al presente trabajo, realiza reformas de la LGDCU de poca relevancia práctica de la definición de cláusula abusiva general y de la integración del contrato en el que se haya declarado nula por abusiva una de sus cláusulas (Art. 10 bis LGDCU). Se introduce el concepto de prácticas abusivas, para lo cual se utilizan los mismos parámetros que el que se emplea para la determinación del carácter abusivo de una cláusula. Además se agregan dos nuevas cláusulas (7 bis y 17 bis) en la lista de la disposición adicional primera, y se modifican la cláusula número 22. También se reforma completamente el art. 12 LGDCU, introduciéndose la obligación de *constar de manera inequívoca su voluntad* (del consumidor) *de contratar*.

En 2007 se adiciona el supuesto 19 bis en la lista de cláusulas abusivas específicas de la disposición adicional primera de la LGDCU, mediante la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicio Financieros. Por último, el Gobierno da cumplimiento a lo ordenado en la disposición final de Ley 44/2006, en el sentido de refundir en un solo cuerpo legal diversas leyes sobre aspectos de consumo, entre ellos la LGDCU<sup>385</sup>. Es así como se promulga el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLUCU)<sup>386</sup>. Ella reorganiza, y clarifica algunos aspectos como lo es la definición de consumidor. Además, esta ley realiza algunos cambios en el régimen de cláusulas abusivas, sobre todo en el listado de cláusulas prohibidas, ahora ubicado en los artículos del 85 al 90 del TRLUCU. Cambios que se analizarán oportunamente para determinar si son producto de un exceso en el ejercicio de la potestad legislativa delegada refundidora otorgada al Gobierno. De lo anterior se puede concluir que las tres principales leyes que

---

<sup>384</sup> MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El proceso de elaboración...», *op. cit.*, p. 55.

<sup>385</sup> Cuestión que era demandada por la doctrina, por ejemplo BERCOVITZ, A., «Marco histórico de la protección al consumidor: de los orígenes al siglo XXI», *EC*, num. 65, 2003, p. 76, sostuvo que la LGDCU constituía *un conjunto de normas absolutamente heterogéneas, que además no agotan, como no podía ser de otra manera, la protección legal de los consumidores y usuarios*, por ello, la recopilación de leyes de protección de consumidores hecha por la LGDCU, es de carácter parcial, reducido *básicamente a un texto enunciador de principios generales y programático*. Acentuada por la diversidad de leyes especiales creadas para la transposición de directivas europeas sobre la materia, lo cual *opera totalmente en contra de los intereses de los consumidores y de los operadores en general* (p.78). Por ello, el reto del siglo XXI, es la *sistematización adecuada de las disposiciones legales de protección a los consumidores*, sobre todo en lo que respecta al Derecho privado.

<sup>386</sup> El Órgano Legislativo anteriormente había habilitado al Gobierno para realizar esta tarea, pero éste no logró ejecutar la refundición en el plazo señalado. Nos referimos a la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que prescribía: *Se habilita al Gobierno para que en el plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*.

conforman el marco general de control de las condiciones generales son: la LCS, TRLCU y LCDC.

En 2008 la Comisión de las Comunidades Europeas elaboró la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, la cual es citada en el presente trabajo como PDDC 2008<sup>387</sup>. El objetivo de la propuesta era simplificar y completar diversas directivas sobre protección de los consumidores vigentes, entre ellas la Directiva 93/13/CEE. Se reunirían en un solo texto armónico diversas directivas. En la motivación de la propuesta se argumenta que *(e)l objetivo de la propuesta es contribuir a un mejor funcionamiento del mercado interior entre empresas y consumidores mediante un aumento de la confianza del consumidor en el mercado interior y la reducción de las reticencias de las empresas a realizar transacciones transfronterizas (p. 2). Y para cumplir con ello es preciso disminuir la fragmentación, reforzar el marco regulador y ofrecer un elevado nivel común de protección a los consumidores, así como información adecuada sobre derechos y sobre la forma de ejercerlos.*

En lo que respecta al tema del presente trabajo, la PDDC 2008 pretendía realizar diversas modificaciones al régimen de la Directiva 93/13/CEE. En los artículos del 30 al 39 PDDC 2008 (todo el capítulo V) contemplaba el régimen sobre contratos de adhesión. Así como diversas disposiciones de la PDDC 2008 afectarían indirectamente este régimen, incluido el ámbito subjetivo de aplicación. Por lo que, de haber aprobado el legislador comunitario la PDDC 2008 respetando su texto, habría supuesto un cambio sustancial en el régimen general de contratos de adhesión, especialmente respecto de cláusulas abusivas.

Sin embargo, el legislador comunitario promulgó la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, sin incluir las reformas propuestas a la Directiva 93/13/CEE. Derogó diversas directivas comunitarias protectoras de los consumidores a fin de incorporar sus normas en un solo texto armónico. Pero respecto de la Directiva 93/13/CEE, se limitó a prescribir la adición de un art. 8.bis en la que establece el deber de los Estados miembros de informar a la Comisión Europea en caso que decidan ampliar el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y en caso que adopten listas de supuestos de cláusulas abusivas en la legislación interna. Así como incluyó en la misma disposición el deber de la Comisión Europea de permitir el fácil y libre acceso a los consumidores a la información antes descrita que proporcionen los Estados miembros. Es decir, no se produjeron las reformas sustanciales que habían sido propuestas en la PDDC 2008 para el tema de las reglas generales sobre contratos de adhesión, en particular respecto de las cláusulas abusivas.

El legislador español, a fin de trasponer la Directiva 2011/83/UE promulgó la Ley 3/2014, de 27 marzo, que reformó la TRLCU y diversas leyes protectoras de

---

<sup>387</sup> Disponible en <http://europa.eu/!cj39fv> (consulta: 03/05/2014).

consumidores. Respecto del Título II Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas del Libro II Contratos y Garantías TRLCU no se realizaron modificaciones sustanciales. Probablemente la más importante es la que reforma del art. 83 TRLCU que regula los efectos de las cláusulas que se invaliden por abusivas<sup>388</sup>. Antes de la reforma legal, el efecto consistía en que se integraba el contrato. Se encomendaba al tribunal integrarlo, y tenía competencia moderadora de los derechos y obligaciones y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor. A partir de la reforma legal, la cláusula abusiva es invalidada sin que el juez tenga competencia para integrar el contrato o moderar las consecuencias de la invalidación de la cláusula.

Otro aspecto a destacar es que, en consonancia con la Directiva 2011/83/UE, se refuerzan los deberes de información contemplados en el TRLCU aplicables a todo contrato con consumidores. Entre ellos, se introduce el deber de obtener el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración acordada (Art. 60.bis TRLCU). Así como se derogó el art. 5 apartado 4 LCGC por haber considerado el legislador que era incompatible con los deberes de transparencia exigidos por la Directiva 2011/83/UE. Otro punto a destacar es que se reformó el concepto de consumidor y empresario del TRLCU. Aunque cabe matizar que no modificó sustancialmente el ámbito subjetivo de aplicación del régimen de cláusulas abusivas.

Hemos detallado la normativa más importante sobre las cláusulas abusivas. No obstante, es importante resaltar que existen abundantes normas dispersas aplicables a sectores o ámbitos específicos de contratos con consumidores<sup>389</sup>. Éstas pueden llegar a tener relevancia en la contratación bajo condiciones generales. Usualmente versan sobre deberes de información. Pero, al no formar parte del régimen general de las condiciones generales, no las hemos identificado en el presente apartado. Esto no obsta para que puedan llegar a ser citadas en algunos apartados del presente trabajo según sea necesario para el desarrollo de algún tema.

---

<sup>388</sup> La reforma a esta disposición legal obedeció al pronunciamiento de la STJUE 14 junio 2012 (TJCE 2012/143) asunto C-618/10. En ella el tribunal resolvió que el art. 6 apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a lo dispuesto en el art. 83 TRLCU.

<sup>389</sup> Ejemplo de ello son: Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; Ley 7/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 148, 554), de Ordenación del Comercio Minorista; Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

## CAPÍTULO II

### ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONTENIDO

#### 1. Introducción

Habiendo establecido en el capítulo I el fundamento del control de contenido, resulta menos complicado determinar el ámbito en el que éste es aplicable. Efectivamente, las normas jurídicas que desarrollan el ámbito de aplicación deben de ser examinadas bajo la perspectiva que fundamenta el control. De no hacerlo se corre el riesgo de realizar intervenciones judiciales innecesarias e incluso inconstitucionales por no respetar, entre otros, a la libertad contractual. O por el contrario, podría suceder que se inaplique el control de contenido por considerar erróneamente que el caso *sub judice* se encuentra fuera del ámbito de aplicación, dejando desprotegidos a sujetos que realmente merecen esta tutela especial. Una y otra situación resulta nociva para el adherente y el mercado en general.

Es necesario vincular correctamente el fundamento y su ámbito de aplicación especialmente en el denominado como control de contenido de las condiciones generales, puesto que en el entorno denominado como Derecho de consumo, la doctrina y jurisprudencia son muy propensas a asumir criterios tendentes a proteger a la considerada como parte débil de la relación contractual fundamentándolo vagamente en el carácter social del Derecho de consumo.

Se tiende a actuar con frecuencia extendiendo el ámbito de control de contenido, más que aplicarlo adoptando criterios reduccionistas. Se pretende con ello *proteger* a ese particular contratante sin detenerse a valorar si sobre la cláusula que se anula por abusiva recae realmente un consentimiento reflexivo, es decir, que es producto de la autonomía privada del supuesto adherente. El propósito del presente capítulo es entonces, pretender esclarecer este tema que es tan crucial para la correcta aplicación del control de contenido.

Tal como ya se ha manifestado, el legislador, con el propósito de implementar la Directiva 93/13/CE al Derecho español, decidió instaurar los controles exigidos por dicho cuerpo legal comunitario en dos leyes, la LGDCU (ahora TRLCU) y la LCGC. El control de contenido, pieza fundamental en la protección de los adherentes, fue incorporado únicamente en la LGDCU (ahora TRLCU). Ésta ya poseía desde su promulgación en 1984, un control de contenido de condiciones generales, aunque su redacción era muy escueta y defectuosa.

La implementación de dicho control en el TRLCU tiene consecuencias de enorme trascendencia en el ámbito de aplicación de dicho control, puesto que el TRLCU posee un ámbito subjetivo más restringido que lo que es deseado por la doctrina para tan importante

control<sup>1</sup>. Únicamente están comprendidos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores. Y, por otro lado, el ámbito de aplicación objetivo no se limita a las condiciones generales de la contratación, sino que se refiere a las cláusulas predispuestas, noción claramente más amplia que aquéllas.

En cambio, la LCGC tiene un ámbito objetivo más restringido, sometiendo a su régimen únicamente a las condiciones generales de la contratación. Pero es más amplio subjetivamente al incluir a cualquier relación contractual, no importando qué condición poseen ambos contratantes, dentro de su ámbito de aplicación.

Sin duda, esta duplicidad normativa genera el problema de determinar si se aplica una u otra al contrato que se analice, o ambas ya que no son excluyentes. Pero, de manera resumida y de forma muy generalizada, se podría decir que las normas de la LCGC se aplicarán en todo caso a las cláusulas no negociadas individualmente a las que se refiere el art. 80.1 y 82 TRLCU<sup>2</sup>. Por otro lado, el control de contenido establecido en la TRLCU, podrá aplicarse a las condiciones generales sujetas a la LCGC, siempre y cuando hayan sido incorporadas a un contrato con consumidores<sup>3</sup>.

Esta explicación quedará más clara con el análisis del ámbito de aplicación de ambos cuerpos normativos, con lo cual se delimitarán las cláusulas sometidas al examen de abusividad.

## 2. Ámbito objetivo

Como hemos indicado, existe duplicidad de regímenes legales al haberse promulgado dos leyes (TRLCU y LCGC) que regulan y establecen remedios a los problemas que acarrea un mismo fenómeno: la ausencia de ejercicio de autonomía privada sobre ciertas cláusulas en la contratación en masa. Por ello es necesario diferenciar tres conceptos que son utilizados en dichos cuerpos normativos<sup>4</sup>. El primero es el de condiciones generales de la

---

<sup>1</sup> Vid., entre otros, MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales. (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales)», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (editadas por Espiau Espiau, S., y Vaquer Aloy, A.), Valencia, 2003, p. 136; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 134; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 174 y ss.; MIQUEL, J. M., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 446; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Navarra, 1996, p. 24; EMPARANZA, A., «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *RDM*, 1994, p 490 y 191; PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», *RDM*, 1996, p. 81. Sin embargo el ámbito objetivo del TRLCU es más amplio al exigido por la Directiva, tal como se verá adelante.

<sup>2</sup> El art. 59.3 TRLCU se remite a la LCGC.

<sup>3</sup> El art. 8.2 LCGC se remite al régimen de cláusulas abusivas del TRCLU.

<sup>4</sup> Respecto del ámbito objetivo de proyectos de normativas, el PDDC 2008 señalaba a las *cláusulas contractuales, redactadas previamente por el comerciante o por un tercero, que el consumidor acepta sin*



contratación contemplado en la LCGC. Se analizarán los 4 elementos o requisitos legales para que sea calificada una cláusula como tal. Este análisis será útil también para hablar de las *cláusulas no negociadas individualmente* de las que trata el TRLCU, ya que 3 de los 4 requisitos anteriormente señalados son exigidos por el TRLCU para calificar como tal a las cláusulas. Posteriormente se abordarán brevemente *las prácticas no consentidas expresamente*, la cual constituye una noción inédita en este ámbito de contratación que fue introducida en la LGDCU (actual TRLCU) por la Ley 44/2006.

La razón por la que se analiza la noción de *condiciones generales de la contratación* de la LCGC, y no únicamente se analiza la noción de *cláusulas no negociadas individualmente* del TRLCU (noción más amplia que aquélla), pese a que en este último cuerpo legal es en el que se contempla el control de contenido, es debido a que, como se explicará más adelante, en la práctica la gran mayoría de cláusulas sometidas a control serán condiciones generales. Por lo que las condiciones generales de los contratos usualmente están sometidas ambos regímenes: el de la LCGC y TRLCU<sup>5</sup>.

---

*poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión* (art. 30.1). Sin embargo, la Directiva 2011/83/UE no incorporó esa disposición. Los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando señala a las *cláusulas no negociadas individualmente* como objeto de control de contenido (art. 2:104 y art. 4:110). Vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 266. Por otro lado, el art. 33 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía contiene una definición de condiciones generales del contrato: [...] *preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas [...]*. Dicha norma recoge expresamente los elementos de contractualidad, predisposición y pluralidad. El requisito de la imposición, al no estar contemplado expresamente, podría inferirse de su texto. A las condiciones generales le serán aplicados el control de inclusión (art. 30.4); la regla de prevalencia relativa a condiciones generales contenidas en formularios (art. 38.1), así como sería útil para la nulidad de cláusulas penales (por demás sorprendente art. 170.5 *En los contratos en que toma parte un consumidor las cláusulas penales a cargo de éste, contenidas en las condiciones generales del contrato, son, en todo caso, ineficaces.*). El control de contenido es aplicable a todas las cláusulas *que no sean objeto de negociación* incorporadas a contratos celebrados entre consumidor y empresario (art. 30.5). Respecto a la propuesta legislativa del Reino Unido formulada por THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>), todas las cláusulas contempladas en contratos con consumidores serían susceptibles de control de contenido, salvo las relativas al precio y al objeto principal del contrato. Por lo que, por regla general, no sería necesario examinar elemento alguno para entenderlas comprendidas en su ámbito objetivo. No obstante, el art. 9 de dicha propuesta contempla un control de contenido de *written standard terms* de contratos entre empresarios. Así como en la regulación de contratos: entre empresarios en el que uno de ellos es un pequeño empresario (art. 11), y de contratos laborales (art. 12), se menciona la frase *written standard terms*. Por tanto podría aseverarse que para estos casos en que se mencionan las *written standard terms* serán aplicables estos elementos o requisitos doctrinales, ya que son una referencia al fenómeno de las cláusulas estandarizadas. Sin embargo, The Law Commission and Scottish Law Commission ha sido clara en aseverar y justificar que su propuesta establece que toda cláusula que no sea relativa al precio y al objeto principal del contrato debe ser sometida a control. Aspecto que no ha sido modificado en la reforma que dichas comisiones han formulado en 2013 a su propuesta original de 2005.

<sup>5</sup> De hecho, ambos cuerpos normativa se remiten recíprocamente su aplicación. Así, el art. 59.3 TRCLU prescribe que (l)os *contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación, están sometidos, además, a la Ley 7/992, de 13 abril, sobre condiciones generales*. Y el art. 8.2. LCGC indica: *En particular, serán nulas las condiciones generales 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*.

Posteriormente, se analizará a quién corresponde la carga de la prueba, cuestión que ha suscitado opiniones contradictorias en la doctrina en la interpretación del art. 82.2 párrafo 2 TRLCU. Y por último, se examinarán algunas cláusulas que se encuentran excluidas de control.

## 2.1. Condiciones generales de la contratación

La LCGC recoge la noción de condiciones generales de la contratación para delimitar su ámbito objetivo de aplicación. Esta noción se basa en cuatro elementos que la doctrina ya había identificado para definirlos, así como la antigua redacción del Art. 10.2 párr. 1º LGDCU lo hacía, aunque de una forma un tanto desafortunada<sup>6</sup>. Estos elementos son: contractualidad, predisposición, imposición y generalidad<sup>7</sup>.

### 2.1.1. Contractualidad

El primer requisito a analizar es el de contractualidad. Por éste, inicialmente, se debe entender que las condiciones generales deben ser *reglas destinadas a formar parte del contenido de un contrato, actuando como reglamentación contractual, sin ser meros ruegos o reglas legales*<sup>8</sup>, y cuya validez derive de su propia incorporación al contrato. Este requisito se infiere a lo largo de la LCGC, pero especialmente de su art. 1, ya que habla de *incorporación al contrato y de la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> El antiguo art. 10.2 párr. 1º LGDCU disponía: *A los efectos de esta Ley, se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.*

<sup>7</sup> Requisitos que han sido reproducidos por la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) aseverando que *las condiciones generales que define el art. 1.1. Ley de Condiciones Generales de la Contratación, ya se ha indicado que deben reunir los requisitos de contractualidad, predisposición, añadiéndose a continuación el elemento de la generalidad o uniformidad (...).* Vid. en el mismo sentido, SAP Madrid 2 marzo 2006 (AC 2007/64).

<sup>8</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentarios al art. 10», *op. cit.*, p. 226.

<sup>9</sup> En los proyectos de normativa es claro también que el objeto de regulación son las cláusulas contractuales. Así, el PDDC 2008 era claro al continuar pretendiendo tener como objeto de regulación las *cláusulas contractuales* (art. 30.1 y art. 32.1). El proyecto de ley de 2005 del Reino Unido, en su art. 4 contempla el control de contenido para *terms* (condiciones) de *consumer contracts* (contratos con consumidores), vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, p. 153, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>; los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando señala a los *contract terms* (2:104 y 4:110). Vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 266; El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía, recoge expresamente este elemento al señalar que son condiciones generales las diseñadas para reglamentar (...) *relaciones contractuales* (...) (art. 33).

También se deduce del texto normativo y de su exposición de motivos. Aunado a ello, si se interpreta a *contrario sensu* el art. 4 LCGC se inferirá el requisito de la contractualidad. Esta disposición legal excluye del ámbito de aplicación de la ley a algunos tipos puntuales de contratos. Entonces, si excluye a esos contratos, significa que los demás contratos no mencionados en la norma están incluidos en el ámbito objetivo<sup>10</sup>.

El problema de este requisito se presenta ante situaciones en las que un sujeto realiza una declaración unilateral de voluntad del cliente mediante la suscripción de un documento predispuerto. Ejemplos de ello son documentos prerredactados que contienen: una solicitud para el ingreso en calidad de socio a un club, declaraciones de conformidad con reconocimientos médicos, autorizaciones para la realización de intervenciones quirúrgicas, declaraciones de conocimiento o aceptación de hechos, declaración de renuncia de algún derecho, o por medio de los cuales se suscriben a periódicos o revistas, formularios para ingresar en calidad de socio a un club, oferta para la emisión de una tarjeta de crédito, etc. En principio pareciera que al no ser estrictamente un contrato, por lo que no podrían considerarse sus estipulaciones como condiciones generales.

Durante la tramitación parlamentaria se suprimió del Anteproyecto de la LCGC de 1992 una parte del art. 1.1, la cual comprendía en la noción de condiciones generales a las destinadas a ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sino también a las *declaraciones jurídicamente relevantes*. Dicha parte, de haberse mantenido en el texto legal promulgado, habría dejado clara la inclusión de las declaraciones unilaterales.

Pese a ello, no existe razón para pensar que se encuentran excluidas del ámbito de control. No puede obviarse que son elaboradas para regular una relación contractual. La autorización para una intervención quirúrgica es una forma de brindar el consentimiento para perfeccionar el contrato consistente en la intervención quirúrgica. El formulario para suscribirse a revistas, periódicos o clubes es igualmente un consentimiento para celebrar el contrato de suministro de los productos o servicios. En este sentido, pueden considerarse ofertas contractuales del suscriptor o paciente dirigidas al predisponente. Éste podrá verificar si reúne los requisitos y si es de su interés aceptar la oferta.

Una vez aceptada la *oferta* por parte del predisponente, se celebra un contrato. Por tanto, estando pendiente la aceptación del predisponente y al haber sido predispuertos sus términos con la finalidad de ser incorporados a contratos, están sometidas al régimen legal de condiciones generales<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación», en *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril* (editado por Espiau Espiau, S.), Madrid, 1999, pp. 58 y 59.

<sup>11</sup> De hecho, esta fue la razón de la supresión de la frase *declaraciones jurídicas relevantes* del Anteproyecto de LCGC de 1992 en el trámite legislativo: una vez es aceptada la oferta se convierte en contrato. Por lo que su supresión del texto, no obedeció a pretensiones de excluirlas de su ámbito, sino que se consideraban incluidas. Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1337, nota 64.

O bien, en sentido inverso, y a nuestro punto de vista más acertado, pueden interpretarse estas situaciones de la siguiente manera: el predisponente emite oferta de sus bienes o servicios al público. El cliente interesado en ello, de acuerdo a las políticas del predisponente, para celebrar el contrato deberá expresar su consentimiento en formato de declaración unilateral con términos previamente elaborados por aquél. Incluso, puede que el predisponente requiera al cliente antes de la celebración del contrato o durante la ejecución del mismo, para la suscripción de documentos previamente elaborados por aquél en formato de declaraciones unilaterales de autorización, conocimiento, reconocimiento y aceptación de hechos (como por ejemplo: reconocer haber sido negociada una cláusula o el contrato mismo). En cualquier caso, queda claro que dichas declaraciones tienen por objeto formar parte del contrato o afectarlo, ya sea para dar nacimiento al contrato como podría ser en el caso de formularios de suscripción a revistas, o ya sea para incidir en algún aspecto de la relación contractual como puede ser la declaración unilateral de reconocimiento de los riesgos de una operación quirúrgica y liberación del médico de responsabilidad por *mala praxis*.

De todo lo anterior se extrae que no es necesario que las cláusulas tengan como fin inmediato la regulación de los derechos y obligaciones contractuales, *sino que basta con que puedan influir, incluso de forma meramente indirecta, sobre unos y otros*<sup>12</sup>. Razón por la cual cumplen dicho requisito las situaciones antedichas (solicitudes de suscripción, autorizaciones para intervención quirúrgica, etc.), así como cláusulas en las que el predisponente se reserva el derecho de aceptar la oferta del adherente<sup>13</sup>, cláusulas en las que el adherente declara haber conocido y aceptado la reglamentación contractual<sup>14</sup>, avisos colocados en establecimientos, o cláusulas penales y arras penitenciales contenidas en promesas de contrato en las que el adherente autoriza al predisponente a retener las cantidades abonadas si aquél renuncia a celebrar el contrato<sup>15</sup>.

En igual sentido debe considerarse que cumplen el requisito de contractualidad los avisos o rótulos ubicados en los establecimientos del predisponente que contienen reglas a aplicar a las relaciones con sus clientes<sup>16</sup>. Parecerían a primera vista declaraciones unilaterales del predisponente pero son auténticas cláusulas contractuales con pretensiones de regir la prestación de los servicios o adquisición de los bienes. Así por ejemplo, los rótulos: *la*

---

<sup>12</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1338, e, *Id.*, *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 237.

<sup>13</sup> Art. 85.1 TRLLCU *Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual [...]*

<sup>14</sup> Art. 89.1 TRLCU *Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Así también letra i) del apartado 1, del Anexo de la Directiva 93/13/CE.*

<sup>15</sup> Art. 87.2 TRLCU *La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario. En similar sentido la letra d) del apartado 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CE.*

<sup>16</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1339.

*empresa no se hace responsable de daños de los vehículos estacionados ni de las pertenencias dejados en su interior ubicados en aparcamientos; la empresa no se hará responsable de extravíos y pérdidas de objetos personales ocurridos en este establecimiento ubicados en un almacén; la empresa no responderá por objetos de valor que se dejen en las habitaciones encontrados usualmente en los hoteles en los que se promueve el uso de caja fuerte; a la cuenta final se agregará el diez por ciento en concepto de propina utilizado en restaurantes; se prohíbe el ingreso de cámaras de videos y armas o también no se venderán más de 3 entradas por personas colocados en recintos en que se realizan espectáculos públicos; únicamente se permite el ingreso de alimentos y bebidas adquiridos en este establecimiento usualmente ubicados a la entrada de cines o parques de atracción. Dichos avisos tienen como propósito regular la relación contractual entre el empresario y sus clientes. Por tanto, son auténticas cláusulas contractuales<sup>17</sup>.*

De manera conclusiva, citando a PAGADOR LÓPEZ, consideramos que para la existencia del requisito de contractualidad *basta con que se trate de cláusulas destinadas a incluirse en un contrato en un momento posterior, o, simplemente, a formar parte del contenido de un negocio jurídico unilateral íntimamente relacionado con un contrato a celebrar más tarde entre las partes, de tal modo que el primero contribuya a determinar de forma directa o indirecta los derechos y obligaciones de las partes resultantes de la relación contractual<sup>18</sup>.*

En caso que sea necesaria la aprobación de las condiciones generales por parte de la Administración Pública para la validez de las mismas, la intervención estatal no hace peligrar su carácter contractual. La aprobación administrativa es un primer filtro, pero no definitivo, de cláusulas ilícitas. Con ello se intenta persuadir a los predisponentes para que eliminen las cláusulas ilícitas de sus condiciones generales, porque de lo contrario serán rechazadas por la Administración al ser presentadas para su aprobación<sup>19</sup>. Por ello, la aprobación significa que la Administración no ha encontrado, a su criterio, cláusulas ilícitas. Pero esto no vincula al juez cuando someta las condiciones generales a los controles previstos por la LCGC y TRLCU, en virtud de que la aprobación administrativa no trasciende del ámbito administrativo, es decir que no incide en el ámbito jurídico privado<sup>20</sup>. De hecho, eso se infiere del art. 81.1 que serán sometidas a aprobación y control

---

<sup>17</sup> En cambio, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, p. 90, ha estimado en su propuesta de 2013 de reforma de la normativa sobre cláusulas abusivas del Reino Unido que debe incluirse expresamente que son objeto de control los avisos (*notices*) que *no son de naturaleza contractual y que pretenden eximir o limitar la responsabilidad del empresario* (apartado 7.38). Además, considera que debe continuar siendo utilizada la definición de aviso (*notice*) que se encuentra vigente actualmente en la normativa de Escocia: *announcement, wheter or not in writing, and any other communication or pretended communication*. Sin embargo, bajo la perspectiva del ordenamiento jurídico español, esto no es necesario puesto que tales avisos ya se encuentran comprendidas en el ámbito objetivo de control por tratarse de cláusulas contractuales.

<sup>18</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1342.

<sup>19</sup> GARCÍA-AMIGO, M., *Condiciones generales de...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 216 y PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1343. Como señala MARTÍN PÉREZ, J.A., «Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas

administrativo *sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma*. Es decir, el legislador claramente ha indicado que no obstante la aprobación y control administrativo, las cláusulas son sometidas al resto de normas del TRLCU, incluidas las relativas al control de contenido.

Por otro lado, aun cuando puedan considerarse *contratos* en un sentido amplio por consistir en acuerdos de voluntad encaminados directa y reflexivamente a la producción de derechos y obligaciones, el legislador mediante la aplicación del art. 4.1 LCGC ha decidido excluir *a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios*. Motivos distintos se encuentran en la exclusión de los contratos administrativos (Art. 4.1. LCGC)<sup>21</sup>. No son realmente contratos en el sentido jurídico privado. Se rigen por el Derecho administrativo, ya que el Estado actúa como ente público con su poder de imperio sustraído de las normas jurídicas privadas<sup>22</sup>.

Por último, hemos señalado al inicio del presente apartado que el requisito de contractualidad exige que la validez de la cláusula sea producto de su incorporación al contrato. Es decir, que la vinculatoriedad de la cláusula se origine por el acuerdo de voluntades de los particulares. Esto es importante a raíz que las cláusulas que reproducen normas dispositivas o imperativas vinculan a los particulares en razón de esas normas, por lo que no vinculan en razón de un acto voluntario de las partes de incorporación de esas cláusulas al contrato<sup>23</sup>. Así lo deja entrever el TS en su sentencia de 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) en la que define que el requisito de contractualidad de la LCGC exige que se trate de *cláusulas contractuales*, y que *su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión*.

### 2.1.2. Predisposición

La base legal del segundo requisito no admite dudas. El art. 1.1 LCGC establece que condiciones generales de la contratación son *las cláusulas predisuestas [...]*. Dicho elemento consiste en que las cláusulas han sido elaboradas unilateralmente y con anterioridad a la fase de tratos previos<sup>24</sup>. Así pues, el autor de las cláusulas no toma en

---

abusivas en los contratos de adhesión», en *Estudios sobre consumo* (dirigidos por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012, p. 330, *la previa aprobación administrativa es sólo un requisito o control más, pero no las hace invulnerables*.

<sup>21</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, pp. 1344 y 1345.

<sup>22</sup> Las cláusulas declarativas señaladas como excluidas del ámbito de aplicación por el art. 4.2 LCGC serán objeto de estudio más adelante en el presente trabajo.

<sup>23</sup> De hecho, éstas se encuentran excluidas del ámbito de la normativa de cláusulas abusiva a tenor del art. 4 párr. 2 LCGC.

<sup>24</sup> Al respecto, LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002, pp. 114 y 115, sostiene que el art. 1.1 no exige que la elaboración sea unilateral, sino que la incorporación al contrato sea unilateral. Argumento que no compartimos debido a que la predisposición no debe ser confundida con su incorporación al contrato, aquélla se da en un momento anterior a ésta: se predisponen cláusulas con la finalidad de ser incorporadas a

cuenta con quién concretamente celebrará los contratos, sino que formula el clausulado de una forma abstracta, sin tomar en cuenta peculiaridades individuales y concretas de cada uno de los futuros clientes<sup>25</sup>. En dicho sentido, la SAP Cáceres 24 abril 2012 (JUR 2012/154622) sostiene que el requisito de predisposición de la LCGC consiste en que la cláusulas *ha sido redactada antes de la fase de negociación o celebración del contrato*<sup>26</sup>.

Cabe señalar que es en este momento crucial en el que, dependiendo la situación del mercado, las condiciones generales tendrán uno u otro contenido y se legitimará o no la aplicación del control legal. De esta manera, si el funcionamiento del mercado es correcto (nos referimos a ausencia de fallos en el sentido expuesto en el capítulo I) el empresario redactará unilateralmente las cláusulas pero bajo la presión de las fuerzas del mercado, es decir, que buscará satisfacer las necesidades, intereses y gustos de sus potenciales clientes.

En cambio, si el mercado posee fallos, el empresario no se encuentra presionado por las fuerzas del mercado en el sentido de mejorar las cláusulas ofrecidas. Como se ha dicho, el desinterés de los individuos hacia estos aspectos contractuales produce este fallo. Los empresarios se encuentran sin el obstáculo que supondría el descontento de sus clientes por ofertas que no toman en cuenta sus deseos e intereses. No temen a la pérdida de clientes, puesto que esto no sucederá de manera significativa. Situación ésta que fundamenta el control legal de contenido.

Es irrelevante en quién recae la autoría de la formulación de las cláusulas<sup>27</sup>. Pueden haber sido confeccionadas por el mismo contratante empresario que las utiliza en sus negocios, por un tercero por encargo de aquél, o pudieron haber sido extraído de libros, copiadas de

---

contratos. La incorporación unilateral al contrato corresponde al elemento de la imposición. Por tanto no cabe mezclar ambos hechos, y deben analizarse por separado.

<sup>25</sup> Respecto de los proyectos de normativa de condiciones generales se aprecia que recogen el requisito de la predisposición. Así, el PDDC 2008 señalaba que se encontrarían sometidas las cláusulas contractuales *redactadas previamente por el comerciante o por un tercero* (Art. 30.1), pero dicha disposición no fue incluida en la Directiva 2011/83/UE. En el art. 2:104 de los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando que establece el concepto de cláusulas no negociadas individualmente no se hace referencia directa a la prelaboración, pero en los comentarios de dicha disposición se refiere a las cláusulas estandarizadas como objeto de regulación lo cual refleja la redacción previa del clausulado, vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 2:104: Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 149. El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía, recoge expresamente este elemento al señalar que son *preparadas por una de las partes* (art. 33).

<sup>26</sup> La STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) señala que el requisito consiste en que *la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.* (apartado 137).

<sup>27</sup> Justamente el art. 1.1 LCGC prescribe que *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 [...]* (el resaltado es nuestro). La redacción de dicho precepto es criticada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinado por el mismo), Navarra, 2000, p. 25 y 26, quien preferiría que dijera autoría a secas. La redacción actual, sostiene el autor, puede inducir a error, en virtud que *autoría material* pareciera exigir que las cláusulas estén plasmadas físicamente en un documento, cuando en realidad no necesitan estarlo para ser catalogadas como condiciones generales.

otro empresario, recomendadas por una entidad, etc<sup>28</sup>. Lo importante es el hecho de haber sido preelaboradas.

Esto es reconocido por la SAP Madrid 2 marzo 2006 (AC 2007/64) al indicar que la predisposición *implica que la condición ha sido previamente redactada al momento de la negociación del contrato, por el propio profesional o un tercero* (el resaltado es nuestro)<sup>29</sup>. También lo señala el SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) al indicar que *no reviste de importancia la autoría material de las condiciones generales a efectos de poder controlarlas con vistas a su contenido*.

Por ello, paradójicamente, el sujeto que predispone no necesariamente será el sujeto denominado legalmente como predisponente en la relación contractual, sino que lo será a quien se atribuya la incorporación de las cláusulas predispuestas al contrato. Esto obedece a que si la ley exigiera que, para poder aplicar la normativa protectora, el predisponente deba ser el autor material del contenido contractual, a éste le sería fácil eludir el régimen legal de condiciones generales encargándole unilateralmente a un tercero parcial que lo redacte. El fin de la normativa es proteger frente a cláusulas abusivas insertadas en condiciones generales, por tanto lo relevante es quién impone su incorporación al contrato, es decir, quién las emplea<sup>30</sup>.

Por otra parte, el precepto bajo estudio aclara que no es relevante la *apariencia externa* de las cláusulas. Entonces, serán condiciones generales tanto las que están impresas en documentos, han sido plasmadas en escrituras públicas o incluso las que tenga almacenadas el predisponente en la cabeza<sup>31</sup>. Tampoco importa, como lo señala la ley, la *extensión y cualesquiera otras circunstancias*.

---

<sup>28</sup> Situación que es prevista por el régimen legal de las acciones colectivas, al establecer el art. 12.1 LCGC la acción de retractación contra *la recomendación de utilización de condiciones generales que resulten contrarias a lo dispuesto en esta Ley, o en otras leyes imperativas o prohibitivas*, y el art. 12.3 LCGC aclara que el sujeto que recomienda la utilización de las condiciones puede ser o no quien las incorpora a sus contratos. Es decir que la autoría material puede recaer en otra persona distinta a quien las incorpora en sus contratos con sus adherentes.

<sup>29</sup> Similarmente el PDDC 2008 señalaba que podían haber sido elaboradas por el *comerciante* o por *un tercero* (art. 30.1), pero dicha disposición no fue incluida en la Directiva 2011/83/UE.

<sup>30</sup> Así lo sostiene LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», *RGLJ*, 1987, pp. 628 y 629, al comentar que si se interpretaba de manera literal el original Art. 10.2 párrafo 1º LGDCU, podría llegar a concluirse que la autoría material debía recaer en el mismo contratante que las utiliza en sus relaciones comerciales para poder calificarlas como condiciones generales. Es por ello que COCA PAYERAS, «Comentario al Art. 10.2 de la LGDCU», en *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 1992, p. 318, afirma que *lo decisivo no es quien ha preconfigurado el contenido contractual, sino quien lo dota de eficacia vinculante y normativa insertándolo en un concreto contrato*.

<sup>31</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1. Ámbito objetivo», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 114, quien cita jurisprudencia alemana. También, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 257, quien por ello sugiere la utilización del término *preconcebir* en vez de *prerredactar*.



Precisamente el elemento de la *predisposición* es uno de los elementos caracterizadores de las condiciones generales, pero no es un elemento suficiente para definir el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales<sup>32</sup>. Piénsese en una situación en la que un empresario, elabora unilateralmente las cláusulas con el propósito de utilizarlas como una guía en las negociaciones que entablará con otro individuo. En este caso, a pesar de haber predisposición no se está frente a condiciones generales<sup>33</sup>. Por tanto, se necesita de los demás elementos, pero sobre todo de la imposición. No obstante, la existencia de predisposición sirve como indicio de que se está en presencia de condiciones generales<sup>34</sup>.

### 2.1.3. Imposición, rigidez o inevitabilidad.

Como ha sido expuesto al inicio del presente capítulo, el fundamento de la instauración de un control de contenido debe guiar la interpretación de las distintas normas que la regulan, lo cual comprende las que se refieren al ámbito de aplicación. Uno de los elementos cruciales para comprobar que se está frente a una condición general es el elemento de la imposición, también conocido como rigidez e inevitabilidad<sup>35</sup>.

El art. 1.1 LCGC requiere este requisito expresamente: *cláusulas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes*. No basta con la predisposición y reunir el elemento de contractualidad para estar frente a condiciones generales. La STS de 30 mayo 1998 (RJ 1998/4076) lo ha puesto de relieve al sostener que no es de adhesión el contrato objeto del litigio, *aunque su reglamentación la hubiera confeccionado una de las partes, pues esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual de*

---

<sup>32</sup> Como señala en la STS 24 octubre 2007 (RJ 2007/8258): (...) *la circunstancia de que el contenido del contrato haya sido establecido por una sola de las partes no menoscaba su validez siempre que la otra lo haya aceptado prestando libremente su consentimiento*, por lo que el tribunal rechaza la demanda entre las entidades mercantiles en litigio en la que ella impugnaba el contrato de adhesión suscrito.

<sup>33</sup> En palabras de RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion: an essay in reconstruction», *Harvard Law Review*, Vol. 96, num. 6, 1983, p. 1176 y 1177, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1341009> (consulta: 03/05/2014): *uno de los factores que intuitivamente se encuentran en el núcleo del concepto (se refiere a los contratos de adhesión) es el uso de documentos estandarizados. Pero ese elemento ciertamente no es suficiente, ambas partes pueden emplear documentos preformulados que sirvan como base para sesiones de negociación, y ninguno de ellos estaría preocupado* (traducción libre).

<sup>34</sup> Más bien, sirve como un indicio de la existencia de los demás elementos necesarios para poder ser considerado condición general, y sobre todo la existencia de la imposición. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>35</sup> Este requisito ha sido contemplado y redactado de diversas formas en los proyectos o propuestas legislativas, seguramente influidos sus autores en cada caso por la visión de cuál es el fundamento de la creación de normativa sobre estos aspectos. Así por ejemplo el PDDC 2008 señalaba que las cláusulas *que el consumidor aceptan poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión*. Sin embargo, tal disposición no fue incluida en la Directiva 2011/83/UE. Asimismo, el art. 2:104 y art. 4:110 de los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando habla de cláusulas *no negociadas individualmente*, vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 2:104: Terms not Individually Negotiated» y «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, pp. 149 y 266; El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía señala que el objeto de control de contenido son *las cláusulas que no han sido objeto de una negociación* entre un profesional y un consumidor (art. 30.5).

*negocio convenido libremente, al darse la concurrencia de consentimientos mutuos, que hace eficaz el negocio y no concurrir las circunstancias que determinarían su nulidad (artículo 1265 del Código Civil), por ser bien expresivo de decididas voluntades, dentro de los términos del artículo civil 1255, que generan el vínculo contractual que se alcanzó con total libertad de obrar y decidir*<sup>36</sup>.

El problema se centra en determinar qué se entiende por imposición. Tradicionalmente ha sido identificada exclusivamente como falta de negociación en el sentido de regatear o debatir, o incluso ha sido identificada como un ejercicio de la posición dominante en el mercado de los empresarios. A continuación se analizan ambos supuestos.

### **Falta de regateo o negociación no constituye *per se* imposición. Hecho decisivo: déficit de autonomía privada.**

En el capítulo I del presente trabajo se señaló una corriente doctrinal que señala como fundamento de protección especial la falta de negociación o posibilidad de negociación de las cláusulas. La imposibilidad de regatear o debatir el consumidor con el empresario o el contenido del contrato es el aspecto clave. En atención a ello, igualmente un sector de la doctrina identifica a la imposición con esta situación<sup>37</sup>. Se señala que la desigualdad económica o jurídica de las partes posibilita que el empresario imponga sus cláusulas, y no permite al adherente negociar una a una cada cláusula del contrato, tal como sucedía antes de la aparición de la contratación en masa. Dicha falta de negociación es la que caracteriza a esta forma de contratación. Ahora el empresario presenta a sus clientes un formulario contractual prerredactado ante el cual éstos sólo poseen dos opciones: aceptarlo en su totalidad (adhesión al contrato), o renunciar a contratar. La única forma de adquirir los bienes o servicios que ofrece el empresario es adhiriéndose a sus condiciones<sup>38</sup>. Es un formulario rígido o inamovible. De allí que se popularizó la frase *tómalo o déjalo* (*take it*

---

<sup>36</sup> Igualmente, la STS 8 noviembre 1995 (RJ 1995/8637), sostuvo que *por el mero hecho de que haya sido redactado por una de las partes, no se está dentro de la gama más o menos patológica, de los llamados contratos de adhesión. Agrega que el dato formal de que haya sido, en su caso -aunque no se haya acreditado-, redactado por la concedente de la exclusiva no implica que el voluntarismo rector de la independencia de una de las partes no hubiera estado presente.* Es necesario señalar que se trataba de un contrato de concesión o distribución exclusiva, en los cuales ninguna de las partes poseía la calidad de consumidor, quedando, por tanto, absolutamente excluido dicho contrato del ámbito de aplicación subjetiva de la LGDCU.

<sup>37</sup> Entre los autores que defienden esta posición podemos encontrar: O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril)», *EC*, 2000, nº 54, p. 81, *cláusulas impuestas* (son las que se presentan al contratante sin darle lugar a negociación o discusión (p. 82); SANZ VIOLA, A. M., «Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril», *AC*, 1999, Nº 29, p. 884; POLO, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942», *RDP*, 1942, p. 713.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, A., y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, 1987, p. 192; LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, op. cit., p. 120.

<sup>38</sup> STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), al mencionar el requisito de imposición expresa que *el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

*or leave it*), para caracterizar a los contratos celebrados bajo condiciones generales. Debido a esta inamovilidad de la voluntad de negociar o modificar las condiciones por parte del predisponente ha sido denominado este requisito como *rigidez*.

Gran parte de la jurisprudencia española ha adoptado esa premisa como cierta y se ha utilizado para fundamentar sus decisiones. Así, por ejemplo, la SAP Sevilla 30 abril 2008 (AC 2008/2252), aseveró que *(e)n toda relación contractual se estima indispensable que las partes han de estar en posición de igualdad, de modo que las cláusulas han de negociarse, no admitiéndose que sean impuestas por una de ellas. Lo cual, no impide que se admita en nuestro sistema el contrato de adhesión, entendiendo como tal aquél que sus cláusulas son elaboradas por una de las partes e impuesta a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, sino simplemente de aceptarlas o no. En este tipo de contrato se mantiene la libertad de contratar, es decir, de celebrarlo o no, pero no la libertad contractual, en el sentido que ambas partes han negociado y han tenido la libertad de establecer las cláusulas.*

Consideramos que, en efecto, los predisponentes por regla general son inflexibles en cuanto a proveerle a sus clientes la posibilidad de negociar las condiciones generales. No cabe duda que esto es así. Son contratos que únicamente se pueden aceptar en bloque o rechazar celebrar el contrato, siendo imposible negociar o debatir alguna de las cláusulas debido a la voluntad rígida de los predisponentes. El empresario prerredacta las cláusulas debido a las múltiples ventajas que ello le acarrea y carecería de sentido permitir posteriormente modificarlas mediante un procedimiento de negociación con sus clientes. Se perdería con ello las ventajas de la predisposición. Por tanto, esta inflexibilidad es una consecuencia económicamente racional de la empresa.

Pero ello no nos puede llevar a asegurar que la ausencia de posibilidad de negociar es constitutivo de una violación a la libertad contractual, y que basta ello para comprender que existe un déficit de autonomía privada que justifica el control de contenido. Es necesario recordar que hemos manifestado *supra* que aun cuando no exista la posibilidad de negociar, las fuerzas del mercado son agentes protectores de los sujetos contra abusos de los empresarios. Sólo cuando existe un fallo del mercado en el sentido de no generarse los suficientes incentivos que conminen a los empresarios a mejorar sus cláusulas a favor de sus clientes, es cuando se perfila el déficit de autonomía privada que justifica el control estatal en este aspecto de la contratación. Estos incentivos son generados por los propios clientes al analizar y comparar las distintas ofertas del mercado, o, si se quiere, en seleccionar entre distintas ofertas. Sin embargo, por las razones ya expuestas, los clientes no realizan esta acción en cuanto a las condiciones generales. Como hemos explicado antes, esta idea no implica una desprotección de los consumidores, sino que implica una perspectiva distinta a la tradicional bajo la cual analizar el control de contenido, y más específicamente este requisito<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Hemos rechazado en el Capítulo I de este trabajo adherirnos a la idea de algunos autores, principalmente estadounidenses, relativa a que el Estado debe omitir intervenir juzgando el contenido de las cláusulas en contratos con consumidores. Consideramos que la intervención es necesaria para proteger a los

En consecuencia la imposición o inflexibilidad o rigidez de la voluntad de los empresarios-predisponentes de no negociar las condiciones generales no es un elemento que justifique *per se* el control de contenido, sino que debe ir acompañado de la ausencia de selección por parte del consumidor. Es decir, el consumidor no debe haber analizado, comparado y finalmente seleccionado esas cláusulas<sup>40</sup>. Esta imprecisión de la doctrina tradicional al abordar el requisito de la *imposición* ha sido advertida por algunos autores, quienes, a consecuencia de ello, lo han interpretado variando dicha concepción levemente. Así, ALFARO ÁGUILA-REAL considera que el elemento de la imposición evoca la idea de que *es posible considerar a una de las partes como responsable exclusivo de la incorporación de las condiciones generales al contrato*<sup>41</sup>.

Siguiendo dicho criterio, a PAGADOR LÓPEZ no le parece dudoso aseverar *que el elemento de la imposición supone, simplemente que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato a iniciativa, exclusivamente, de una de las partes*<sup>42</sup>. En virtud de ello, el primero de los autores, atribuye al elemento de la imposición una función negativa: descartar del sometimiento al control de contenido algunas cláusulas<sup>43</sup>. Es decir, que no es propiamente un requisito positivo necesario para calificar de condición general a la cláusula. Esta función negativa consiste en *evitar la aplicación de la ley en aquellos casos en los que pueda afirmarse que la incorporación de unas cláusulas determinadas a un*

---

consumidores. Es por ello, que la existencia de normativa que prohíbe las cláusulas abusivas es indispensable en cualquier ordenamiento jurídico. El análisis de este tema lo hemos realizado en el capítulo I, por lo que nos remitimos a las consideraciones señaladas en dicho capítulo.

<sup>40</sup> De allí que se generan los fallos del mercado antes apuntados sobre esos aspectos del negocio jurídico.

Así cabe destacar que la presencia de distintos empresarios en el mercado que ofrecen bienes o servicios iguales o similares no afecta el análisis sobre el cumplimiento de este requisito en casos concretos, ya que los adherentes no toman en cuenta en su decisión de contratar los aspectos que forman las condiciones generales (por muy variadas que sean las ofertas presentes). Es por ello que compartimos el criterio de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) en cuanto manifiesta que *no puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo; y que tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios* (apartado 165). Efectivamente, aun cuando existan distintas ofertas en el mercado, los adherentes no analizan, comparan y seleccionan los aspectos del negocio que componen las condiciones generales.

<sup>41</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 126. También *Id.*, «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 117 y ss. Dicho autor cita como ejemplo la evolución doctrinaria alemana en interpretar el verbo *stellen* del § 1 AGBG (actual § 305(1) del BGB) no en el sentido fuerte o violento de *imposición* (*aufserlegen*), sino que cumple una función de determinar a cuál de las partes contractuales le es atribuible su incorporación. Para un análisis más amplio sobre el debate suscitado en la doctrina alemana sobre el sentido del verbo *stellen* contenida en su momento en el § 1 AGBG, vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 266 y 267, nota 93. Este problema al parecer fue heredado en el ordenamiento jurídico español al utilizar el vocablo *imposición* para identificar a este requisito, en vez de adoptar una postura más matizada y acorde a la corriente doctrinal alemana más avanzada.

<sup>42</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 263.

<sup>43</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 129 y 130.

*contrato por iniciativa exclusiva de una de las partes es imputable a la voluntad de ambas partes, y, por tanto, ambas partes las han consentido en sentido estricto*<sup>44</sup>.

Consideramos que esta interpretación de la imposición es acertada, en cuanto refleja con mayor fidelidad el fenómeno de las condiciones generales<sup>45</sup>. No puede interpretarse el término *imposición* en el sentido más fuerte o violento de la palabra: Un sujeto, en uso de su posición preponderante, establece las condiciones bajo las cuales se regirá el negocio. El otro sujeto no puede contener la autoridad o poderío del predisponente emanado de su situación económica o jurídica ventajosa, por lo que se pliega a la voluntad de aquél y no puede más que aceptar sus condiciones. Se hace ver que prácticamente al adherente se le conmina a aceptarlas. Este sentido, tal como ha sido advertido por ALFARO ÁGUILA-REAL, no es posible en un sistema en que los contratos se realizan de forma voluntaria, y que, para tener validez jurídica, deben de respetar la libertad contractual. Imposición (en su sentido más violento) y contrato son dos sustantivos cuya coexistencia no es posible bajo el ordenamiento jurídico español.

No es acertado señalar que un predisponente, contra la voluntad del adherente, incorpora las condiciones generales. El comprador ha aceptado de forma libre que las condiciones generales que le presenta el vendedor formen parte del contrato. Por tanto, la noción más fuerte y violenta de la *imposición* a la cual parecen ser partidarios algunos autores de la doctrina tradicional, no describe a plenitud el fenómeno. En vista de ello, el requisito de la imposición debe ser interpretado de la forma atenuada en que los autores antes citados lo plantean.

Es más acertado interpretarlo de una forma matizada y menos violenta, y más acorde con el fundamento de control: el déficit de autonomía privada. Se debe entender que se impone cuando la incorporación de las cláusulas al contrato es atribuible únicamente a uno de los sujetos<sup>46</sup>. Así lo declaraba acertadamente el apartado 6 de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de LCGC de 1992: *El ámbito de aplicación material de la Ley se circunscribe a aquellos supuestos en que cabe esperar la existencia del **déficit de funcionamiento de la autonomía privada**, que ocasionará la asimetría de la información que tienen predisponentes y adherentes, que son cabalmente aquellos en que las cláusulas contractuales cumplen estos dos requisitos: **primero, haber sido redactadas de antemano***

---

<sup>44</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 117; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, pp. 263, 275 y 276. Ambos autores le atribuyen además la función de identificación del sujeto que posee la calidad de *predisponente*. El segundo de los autores le atribuye adicionalmente una función probatoria.

<sup>45</sup> La STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), apartados 147 y 148, señala que para interpretar el requisito de imposición del art. 1 LCGC debe ser útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE. Consideramos que de aplicarse tal disposición comunitaria se llegaría a la misma conclusión, tal como se analizará más adelante en el tema de *cláusulas no negociadas individualmente*. Por lo que la interpretación del requisito de imposición de la LCGC aquí planteada es conforme al art. 3.2 Directiva 93/13/CEE.

<sup>46</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1345, quien afirma que este requisito supone que las cláusulas deben haberse incorporado al contrato por obra o a iniciativa de un solo contratantes, el predisponente. Por lo que considera que el sustantivo *imposición* es un *concepto normativo*, cuyo significado no coincide con el que usualmente se le atribuye en lenguaje común.

*con la finalidad de servir de regulación a una pluralidad de contratos; y, segundo, ser exclusivamente imputable a una de las partes (predisponente) la incorporación de las mismas al contrato (el resaltado es nuestro).*

De esta manera se refleja fielmente lo que sucede en la contratación: la voluntad reflexiva del adherente únicamente va dirigida típicamente hacia los aspectos relativos al precio, y las características y calidad del bien o servicio. Éstos aspectos, al haber sido seleccionados, sí le es imputable a ambas partes su incorporación al contrato. El resto de cláusulas usualmente sólo le es imputable al predisponente su incorporación, por lo que son *impuestas*.

Como se señaló en su momento, el cliente marginal que desea leer, comprender y comparar las condiciones generales no puede hacer nada por mejorar la calidad de las mismas. La inexistencia de competencia por el desinterés de la gran mayoría de clientes, no permiten que suceda dicha mejora<sup>47</sup>. Pero el predisponente exige a todos sus clientes que desean adquirir ese bien o servicio, que deben de aceptar las condiciones previamente establecidas por él. El adherente (en realidad la gran mayoría de clientes) ante esto, acepta celebrar el contrato, al cual viene unido el clausulado predispuesto. Su propósito es el de obtener el bien o servicio con las características y calidad examinadas, y bajo el precio analizado. Entonces, la incorporación al contrato de las cláusulas que regulan éstos aspectos es atribuible a ambas partes (ambas han deseado que se incorporen)<sup>48</sup>. En cambio, la incorporación del resto de cláusulas es atribuible únicamente al empresario predisponente (sólo él ha deseado su incorporación al contrato). En aquéllas no hay imposición, y en éstas sí la hay.

Como se puede apreciar, no es el adherente quien desea incorporar cláusulas adicionales a las que describen las características del bien o servicios, su calidad y el precio, sino que es el predisponente el que lo desea y exige para acceder a celebrar del contrato. Es al predisponente a quien se le atribuye su inclusión en el contrato. Sólo a él le es imputable su incorporación contractual<sup>49</sup>. Con esta explicación se incluye en el ámbito de control las cláusulas que no han sido o han podido ser negociadas, pero que a la vez no han podido ser seleccionadas por el adherente (en palabras de la doctrina anglosajona: no ha existido *shopping* sobre ellas).

---

<sup>47</sup> En palabras de RAKOFF esta es una de las siete características propias de los contratos de adhesión. vid. RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1228: *el adherente individual poco puede hacer para mejorar su posición (...). Una vez la práctica (de no leer y comprender los contratos) se generaliza, el hecho de que un adherente en particular lea y comprenda el particular formulario contractual que firma es irrelevante* (la traducción es nuestra). También, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>48</sup> Así, RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1177, refiriéndose al hecho que los contratos son presentados a los clientes en la forma de *tómalo o déjalo*, señala que *ello también, analizado de forma aislada, no es suficiente* (para caracterizar el fenómeno de las condiciones generales); *los vendedores ofrecen los precios de manera innegociable en muchos contextos inobjetable*.

<sup>49</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1345.

De esta manera, en caso en que el cliente y el empresario entablen un proceso de negociación (en el sentido de debatir o regatear) habrá lugar a excluir del control a las cláusulas objeto de dicho proceso por carecer el requisito de imposición<sup>50</sup>. Así también, el cliente que no le es posible negociar ciertas cláusulas, pero que a su vez ha tomado su decisión de contratar basándose en un particular aspecto del contrato, no podrá entenderse que este aspecto ha sido impuesto<sup>51</sup>. Nos referimos principalmente, pero no únicamente, al precio, características y calidad del bien o servicio. El empresario desea vender a ese precio y el bien con esas características y calidad, y por el otro lado el cliente desea comprar bajo esas circunstancias (por eso eligió o seleccionó esa oferta). Se puede concluir entonces, que la inclusión de las cláusulas que regulan estos aspectos al contrato es atribuible a ambas partes. No se cumple en ellas el requisito de la imposición. De allí que, contrario a lo que podría parecer, esta perspectiva de análisis del requisito de *imposición* no implica un cambio drástico en el ámbito objetivo de aplicación del control de contenido en comparación con la perspectiva tradicional.

Pese a lo expuesto, no podemos compartir el criterio de los autores antes mencionados en el sentido de no atribuirle la calidad de requisito para calificar como condición general una cláusula y rebajarlo a un simple elemento que cumple una función negativa<sup>52</sup>. En términos generales un requisito legal, es la *circunstancia o condición necesaria para la existencia o el ejercicio de un derecho o una facultad, para la validez y eficacia de un acto jurídico y para exigencia de obligaciones y deberes*<sup>53</sup>. Atendiendo a esta noción, un requisito de cualquier cuerpo normativo posee dos funciones: una positiva y otra negativa. La positiva significa que únicamente cuando se cumple ese requisito se generarán las consecuencias jurídicas establecidas. La negativa consiste en que si no se cumple el requisito no se generarán las consecuencias jurídicas contempladas en el cuerpo normativo.

Aplicando lo anterior al presente caso, tanto la contractualidad, la predisposición y la generalidad poseen esa función negativa que ALFARO ÁGUILA-REAL y PAGADOR LÓPEZ atribuyen únicamente a la imposición. Como se verá más adelante, existen cláusulas que no cumplen con el requisito de la predisposición o de la generalidad, y por lo tanto no es aplicable la LCGC por encontrarse fuera de su ámbito objetivo de aplicación.

Y es que la imposición es un requisito como el de contractualidad, predisposición y generalidad. Una vez se cumplan los cuatro requisitos, incluida la imposición, se deben aplicar las normas protectoras de la LCGC (función positiva). A contrario sensu, si no se cumple alguno de los cuatro requisitos no es posible aplicar la LCGC (función negativa).

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 1346.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 1346.

<sup>52</sup> Esta disminución de la importancia del requisito es señalada expresamente por PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 263, al manifestar que *en el sistema establecido por la nueva LCGC el elemento de la imposición no posee excesiva trascendencia*.

<sup>53</sup> CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, 24ª edición, Buenos Aires, 1996, p. 171.

### **Imposición no implica presión del predisponente. Ni implica actividad de resistencia o de intentos de modificar el clausulado de parte del adherente.**

Por otro lado, la imposición no implica que el predisponente realice una presión sobre el adherente para que acepte las cláusulas predispuestas<sup>54</sup>. Basta con que el mismo sea el responsable o sea imputable exclusivamente a él la incorporación de las cláusulas al contrato<sup>55</sup>. No es exigible al adherente que lea, comprenda y compare las condiciones generales, puesto que, o es económicamente irracional hacerlo debido a los altos costes en comparación con las expectativas de beneficios, o al adherente no le es posible comprender su contenido y alcance debido a su racionalidad limitada<sup>56</sup>. En definitiva, si no le es exigible al adherente su lectura, mucho menos se le puede exigir intentar discutir o negociarlas, u oponerse a las mismas.

Resultan sorprendentes criterios judiciales como el de la STS 7 junio 2005 (RJ 2005/4424) en la que el tribunal afirma que no es aplicable el control de contenido a la cláusula que establece una facultad a la empresa inmobiliaria vendedora de gestionar a favor del comprador un préstamo hipotecario, obligándose a su vez éste a subrogarse en el préstamo que eventualmente se celebre o el pago de gastos por cancelación de hipoteca en caso de no subrogarse. Afirma la STS: *el consumidor ha podido eludir fácilmente su aplicación. Los compradores eran plenamente libres de firmar la cláusula adicional o no firmarla, pues bastaba que se personaran en la Notaría con el resto del precio para obtener el bien objeto del contrato de compraventa.*

Es perverso este criterio, puesto que bajo ese supuesto cualquier cláusula penal no sería susceptible de control porque el deudor moroso pudo haberla evitado pagando a tiempo sus deudas. Aún más, la totalidad de los contratos que implican algún tipo de crédito pueden ser eludidos *fácilmente* pagando al contado al momento de celebrarlos. Olvida el tribunal que la imposición o inevitabilidad no implica que el adherente deba tratar de evitar su inclusión en el contrato, ya sea de forma activa mediante intentar negociar o mediante alguna actividad más pasiva como la que señala la sentencia. Lo importante es verificar a quién es atribuible la incorporación de dicha cláusula al contrato.

Resulta obvio que es el predisponente quien requirió su incorporación, puesto que, como es usual en este sector del comercio, el adherente iba a subrogarse del crédito con el que fue financiada la construcción del inmueble. En todo caso, esta cláusula no forma de ese núcleo de cláusulas en las que los clientes fijan su atención al momento de contratar. Por lo que, su inclusión al contrato es atribuible exclusivamente al predisponente, y por tanto debe ser considerada impuesta.

---

<sup>54</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 267.

<sup>55</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 126.

<sup>56</sup> Por ello, la STS de 31 enero 1998 (RJ 1998/121) resulta criticable, entre otros motivos, al reprochar que el adherente no se tomó *la más mínima molestia en leerlos* (los formularios impresos).



Por las mismas razones expuestas, debe rechazarse exigir que los adherentes deban actuar tratando de evitar la inclusión de las condiciones generales al contrato para comprender que le han sido impuestas. Esta idea tomó auge con el pronunciamiento de la STS 20 noviembre 1996 (RJ 1996/8371) que consideraba, al analizar el art. 10.2.1º LGDCU, la exigencia de requerir algún tipo de resistencia de parte del adherente. Idea que fue seguida por sentencias como la STS de 31 enero 1998 (RJ 1998/121)<sup>57</sup>, con pronunciamientos como el que señala que *no es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva*. Y reprocha al adherente su actitud, debido a que *firmó los impresos correspondientes sin tomarse la más mínima molestia, en leerlos o discutir su contenido, aunque fuese en una mínima parte*<sup>58</sup>. Esta línea jurisprudencial fue, en su momento duramente criticada por la doctrina<sup>59</sup>.

Afortunadamente, en la actualidad se ha abandonado dicha concepción del elemento de la imposición por parte de la doctrina y jurisprudencia<sup>60</sup>. Así por ejemplo, la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) señala expresamente que, para cumplir con el requisito de imposición, *ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar* (apartado 148)<sup>61</sup>.

### **La existencia de posición dominante en el mercado es irrelevante para la existencia de imposición.**

Nos hemos encontrado con que algunas sentencias mencionan la existencia o inexistencia de monopolios (o, en general, posición dominante en el mercado) para legitimar la aplicación o inaplicación del control de contenido de condiciones generales. Analizan a la luz de estas situaciones el requisito de imposición. Entre ellas nos encontramos con la sentencia dictada por la AP Madrid 21 febrero 1994 (AC 1994/302), en la que se discute el

---

<sup>57</sup> Dicha sentencia fue comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS de 31 de enero de 1998», *CCJC*, 1998, nº 47, p. 725 y ss.

<sup>58</sup> Vid., otras sentencias que siguieron el mismo criterio interpretativo del requisito de imposición o inevitabilidad, STS 28 febrero 2002 (RJ 2002/2102), SAP Castellón 25 abril 2000 (AC 2000/1096), SAP de Córdoba de 4 marzo 1998 (AC 1998/409), SAP Castellón 18 enero de 2000 (AC 2000/2664) y SAP de Madrid 1 junio 1998 (AC 1998/1515).

<sup>59</sup> Vid. EMPARANZA, A., «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato», *RDBB*, 1997, 1307 y ss., y PETIT LAVALL, M. V., «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales [Comentario a la STS 31 enero 1998 (RJ 1998, 121)]», *RDPT*, 1999, num. 2. Y autores más recientes continuando citándolo como ejemplo negativo, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas. Capítulo I Cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2009, pp. 899 y 900.

<sup>60</sup> Aunque se ha abandonado jurisprudencialmente la exigencia de una actitud activa del adherente para considerar cumplido el requisito de imposición, hay algunas sentencias que todavía en la actualidad mencionan como rasgo característico la imposibilidad de resistencia del adherente frente a ellas. Ejemplo de ello es la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501).

<sup>61</sup> Citando a esa sentencia, reproduce esa idea la SAP Barcelona 9 mayo 2014 (AC 2014/697).

carácter abusivo de una cláusula limitativa de responsabilidad por pérdida o daño de la película fotográfica, a favor de una empresa de revelado de fotografías.

Dicha sentencia resuelve este punto, sosteniendo que *en el mercado del revelado de fotografías y películas la entidad demandada no ostenta condición de monopolio alguna, ni siquiera de oligopolio, sino que existen múltiples establecimientos dedicados a este servicio, con los que podría contratar la demandante si no le convenían las condiciones pretendidas por la demandada* (el resaltado es nuestro). En igual sentido la SAP Almería 31 mayo 2006 (JUR 2006/279943) analizando una cláusula de desistimiento unilateral, señala que *(e)n este caso, además, como hemos dicho, no puede hablarse de un contrato de adhesión, pues la promotora demandada no ha actuado en régimen de monopolio o similar, sino que la suscripción del referido documento se ha realizado en el marco de la libre competencia, con posibilidad por parte del demandante de acudir a otras promotoras, firmándose, en consecuencia, el documento en virtud del principio de libre autonomía de la voluntad, sin situación predominante de una parte frente a otra*<sup>62</sup>.

Estas sentencias nos recuerdan la idea que sostuvieron algunos de los primeros autores que analizaron el tema de las condiciones generales y cláusulas abusivas en España. En términos generales, aseguraron que a los predisponentes les es posible *imponer* su formulario contractual únicamente cuando se encuentran en situación de posición dominante en el mercado, especialmente monopolios, siendo entonces las cláusulas abusivas un resultado de abusos de posición dominante en el mercado<sup>63</sup>. Es decir, que para estos autores, cuando existen diferentes competidores, sin que alguno ostente una posición dominante, no puede calificarse de condiciones generales las que utilicen éstos en la contratación. El cliente se puede dirigir a cualquier otro oferente si no son de su gusto cualquiera de las cláusulas. Igualmente, en una situación en la que existe un empresario con posición dominante, el resto de empresarios que no poseen dicha posición y que son competidores, no les es posible *imponer* sus cláusulas. Entonces, los clientes de éstos no poseen necesidad de protección legal.

En caso de monopolios, el fallo del mercado es más grave, ya que el mercado no genera distintas ofertas entre las cuales los clientes podrían seleccionar la mejor. Los potenciales

---

<sup>62</sup> En la misma línea la SAP Málaga 6 marzo 2008 (AC 2008/1274) declara que: *La carencia de negociación individual no puede confundirse con la presentación impresa o normalizada de un formulario de contrato, sino que exige la imposición de ciertas condiciones contractuales desde la posición de fuerza que otorga una situación de monopolio, o al menos de una situación privilegiada en el oferente del servicio, que restrinja la libertad de elección o de negociación del consumidor, de forma que éste se vea obligado a aceptar determinada condición gravosa como factor necesario a obtener la prestación del servicio.*

<sup>63</sup> Los primeros autores que abordaron el tema de las cláusulas abusivas la enfocaron en este sentido. Entre ellos podemos encontrar a POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 711 y ss.; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de...*, *op. cit.*, p. 169 y ss., quien señala que, cuando existe libre competencia, la diversidad de alternativas de contratación evita que las cláusulas que se utilicen sean impuestas. En cambio, *las condiciones generales de contrato monopolísticas o de una empresa que goce de una posición dominante en el mercado son realmente impuestas a la clientela de los propios productos o servicios, la cual deberá aceptar las ofertas en las condiciones deseadas por la empresa —y ésta deseará las que sean más favorables para ella y más onerosas para el cliente— o tendrá que renunciar a la cosa o servicio de que se trate, ya que dicha empresa controla el mercado en virtud del monopolio* (p. 170).

clientes no pueden seleccionar la oferta óptima, debido a la carencia absoluta de competencia. El único oferente es el empresario monopólico, por lo que, en principio, carece de incentivos para mejorar sus condiciones generales. No tienen temor el o los empresarios a perder clientes. Esto nos podría llevar a considerar que sus cláusulas son *impuestas* o son *inevitables*.

En España, esta idea asociativa de ambos elementos era impulsada, en cierta parte, por la redacción original del art.10.2 calificaba de condiciones generales aquellas cláusulas *cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate*. De allí que el requisito bajo comento fuese llamado por parte de la doctrina como *inevitabilidad*<sup>64</sup>.

La doctrina debatió si el art. 10.2 LGDCU requería la existencia de monopolio o una posición dominante para calificar de condiciones generales en sentido legal las cláusulas que utiliza el empresario. Es decir, que en el mercado existe un solo empresario con el cual contratar para obtener ciertos bienes o servicios. Él es el único que los oferta<sup>65</sup>. De aceptarse esta interpretación, bastaba con demostrar que existían otros empresarios que ofertan los mismos o similares bienes o servicios, para evitar la calificación como condiciones generales las incorporadas al contrato.

Cabe citar de manera ejemplificativa de este pensamiento reduccionista a DUQUE, quien asegura que había *inevitabilidad* en casos de monopolio u oligopolio, así como en otros casos en que los predisponentes gozan de una situación de mercado semejante, como lo son los concesionarios o titulares de marca<sup>66</sup>. Por lo que consideraba que debe interpretarse este requisito teniendo siempre en cuenta *las aportaciones de la doctrina del derecho de la competencia para la determinación del mercado relevante, desde el punto de vista objetivo, temporal y espacial*<sup>67</sup>.

Sin embargo, el inicio de esta asociación de las condiciones generales con las situaciones de monopolio se puede encontrar por la influencia de la primitiva jurisprudencia alemana de principios del siglo pasado. La *Reichsgericht* (Corte Imperial) sólo procedía a valorar la validez de cláusulas impuestas por abuso de posición monopólica. Se invalidaban cuando eran contrarias a la moral (*contra bonos mores*), en aplicación del § 138 I BGB. Pero para que fuese aplicado dicho precepto legal, era necesario que se tratara de un negocio *indispensable* para el adherente, y, de cierta manera, que el predisponente fuese monopolista<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Por todos, COCA PAYERAS, M., «Comentario al Art. 10.2...», *op. cit.*, p. 320.

<sup>65</sup> COCA PAYERAS, M., «Comentario al Art. 10.2...», *op. cit.*, p. 320.

<sup>66</sup> DUQUE «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», *EC*, N° 3, 1984, p. 65.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>68</sup> ZIMMERMANN, R., *The German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, pp. 174 y 175. Agrega este autor, que posteriormente, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) siguió esa misma línea jurisprudencial hasta el año 1956, momento en el que se amplía el ámbito de

Afortunadamente este planteamiento que asocia *imposición* o *inevitabilidad* con situaciones de posición dominante en el mercado, ha dejado de ser defendida por la doctrina y es descartada por la jurisprudencia mayoritaria (o al menos no la mencionan)<sup>69</sup>. El uso de las condiciones generales, y la protección legal que conlleva, no guarda ninguna relación con la posición dominante del predisponente. Y es que el carácter impuesto de las condiciones generales deriva de su misma naturaleza. Como vimos anteriormente, los costes de su lectura, análisis y comparación son demasiado altos, y, asimismo, los adherentes no logran comprender el contenido de las condiciones generales debido a su racionalidad limitada. Estos factores son independientes de la posición en el mercado de los predisponentes.

Es irrelevante si el predisponente es una empresa con posición dominante, o es una empresa con una cuota de mercado pequeña, o si existe competencia altamente efectiva, o si no la hay, el resultado es el mismo: las condiciones generales no atraerán la atención de los adherentes y no serán valoradas en su decisión de contratar. Los adherentes no ejercerán su autonomía privada, pese a que gozan materialmente de entera libertad para hacerlo a través del *shopping*. Entonces, no debe asociarse el carácter impuesto del contenido contractual con situaciones monopólicas, oligopólicas o posición dominante del mercado<sup>70</sup>.

---

la invalidez de las condiciones generales mediante la aplicación del principio de la buena fe contenido en el § 242 BGB, en detrimento del § 138 I BGB. También habla sobre este desarrollo jurisprudencial alemana PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 93, nota 22.

<sup>69</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 900.

<sup>70</sup> Así lo ha señalado BALLESTEROS GARRIDO, «Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», *La Ley*, 1999, Ref. D-211, Tomo 5, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), al señalar que es irrelevante que existan otros operadores que ofrezcan productos similares. Agrega que *lo relevante no es que el predisponente pueda imponer sus condiciones generales porque se encuentre en una situación de monopolio de hecho o de derecho, sino que puede imponerlas de facto porque no existe competencia respecto al contenido de las condiciones, según ha sido demostrado*. Vid., también, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, num. 3, otoño 2003, p. 1259 y ss., disponible en: <http://ssrn.com/abstract=367172> (consulta: 03/05/2014), quien además realiza una crítica de algunas sentencias de tribunales estadounidenses que fundamentan la aplicación del control de contenido en la situación de monopolio u oligopolio, y en general cualquier situación de desigualdad de poder negocial entre las partes (*unequal bargaining power*) sin necesidad de encontrarse en situación de monopolio u oligopolio, tales como en caso de diferencia considerable entre el tamaño de las empresas que suscriben el contrato (contrato entre una gran empresa y una pequeña empresa), o en caso de que el bien o servicio ofertado es de particular importancia para el cliente, o cuando el empresario, una vez cerrado el negocio y pagado el precio, exige al cliente que suscriba un clausulado que éste desconocía por completo, viéndose forzado a firmarlo, so pena de sufrir un perjuicio económico importante. Ésta última situación es la única que KOROBKIN considera merecedora de control, y la denomina *situation-specific monopoly*. El ejemplo que plantea es el de un empresario que oferta públicamente un producto a un precio y anima a los potenciales clientes a invertir tiempo y dinero en planificación y organización para comprar el producto. Una vez el cliente ha realizado esa inversión, el empresario le presenta un documento contractual que debe suscribir o de lo contrario perderá su inversión inicial. Más concretamente, señala un caso el que una persona reserva anticipadamente un hotel a través de Internet. Una vez llega al hotel en las Bahamas, se le requiere al individuo que firme un contrato que incluye una cláusula de sumisión expresa. En esa situación el individuo se vio constreñido a firmarlo debido a que la búsqueda, comparación y elección entre las diferentes ofertas de hoteles de esa zona de las Bahamas acarrea altos costes. Estando ya en el hotel cuya habitación había

Siendo consecuentes con esta idea, la doctrina se decantó prácticamente de forma unánime por separar la interpretación del art. 10.2 LGDCU de situaciones como la posición dominante del predisponente, superando así la visión reduccionista del ámbito objetivo de aplicación del control de contenido<sup>71</sup>. La frase *cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate* debía entenderse entonces *en sentido específico, esto es, como la prestación concreta objeto del contrato concreto (no una lavadora o un préstamo, sino la lavadora o el préstamo). De esta forma la ley será aplicable con independencia de la posición que en el mercado ostente el predisponente, lo que, además es coherente con la inexistencia de relación entre utilización de condiciones generales y posición dominante o monopolista en el mercado*<sup>72</sup>.

En todo caso, en la actualidad no existen dudas al respecto. El art. 82.1 TRLCU no exige la presencia de monopolio u oligopolio, ni posee alguna ambigüedad que lleve a interpretarlo de esa manera. Por lo que actualmente la doctrina y la jurisprudencia (mayoritariamente)

---

reservado, el individuo desea cuanto antes descansar del viaje o dejar su equipaje en la habitación y partir a realizar las actividades que había programado. Además que el rechazo a suscribir el contrato implica la pérdida de la inversión inicial realizado en la reserva de ese hotel. Por lo que, en esa situación la persona se ve constreñida a aceptar el formulario contractual independientemente si existe alguna cláusula que de haber sabido su existencia antes de realizar la reserva, habría buscado otro hotel.

En el Derecho español no constituiría mayor problema los casos de *situation-specific monopoly*. El contrato presentado se invalidaría en aplicación del control de inclusión del art. 5.1 LCGC, 60, 63, 80.1.a) y 80.1.b) TRLCU y 3 Real Decreto 1906/1999. La presentación y suscripción del clausulado posteriormente al perfeccionamiento del contrato es un caso típico de invalidez por incumplimiento del requisito de incorporación. Las condiciones generales deben entregarse, o, de tratarse contratación electrónica, ponerse a disposición del cliente a través de la página web del empresario, previa o simultánea a la suscripción del contrato. Por tanto, no tiene sentido discutir si debe someterse a control de contenido por provocar el empresario un correcto funcionamiento del mercado.

<sup>71</sup> De forma ambigua LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, pp. 629 y 630, asegura que *parece injustificada* una interpretación a la luz de situaciones monopólicas, debiendo mejor interpretarse que las cláusulas son el *resultado de un acto de imposición del predisponente sobre el consumidor*. Pero a continuación señala que sí es útil como *indicio o sospecha del eventual carácter abusivo del condicionado general impuesto por el monopolista, amparándose en su condición de único oferente de unos determinados bienes o servicios*. Esto, como ya lo hemos expuesto, tiene ningún sustento puesto que tanto un empresario que se encuentra en un mercado competitivo o u no en que existe monopolio, el empresario no tiene los incentivos para mejorar la calidad de las condiciones generales debido a la indiferencia de sus clientes hacia ellas. A fin de cuentas, LÓPEZ SÁNCHEZ es partidario de agregar al examen del estudio de las condiciones generales la posición en el mercado del empresario.

<sup>72</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 130. En sentido similar, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del...», *op. cit.*, pp. 191 y 192, señaló varias razones por las que no debía interpretarse en el sentido de *valorar, si, de acuerdo con las circunstancias de mercado, desde un punto de vista objetivo el consumidor tiene o no la posibilidad de obtener, en su caso, el servicio o el producto de otro empresario que no utilice las condiciones generales en cuestión*. Las razones son las siguientes: a) Ningun texto legal extranjero requiere de un requisito semejante; b) Había que *plantearse la dificultad de determinar cuándo se puede obtener el mismo servicio o producto en el mercado*. Implicaría obligar al consumidor a realizar una búsqueda exhaustiva en el mercado; c) Había que *suponer que la alternativa, si se considera en términos reales, (...) tenía (...) que relacionarse con la obtención del producto o servicio por un coste (precio), igual o similar al ofrecido por el empresario cuyas condiciones generales se trata de evitar*; d) Se preguntaba el autor *¿cómo decir que las condiciones generales dejan de ser tales cuando se tiene la posibilidad de optar por otras quizá tan onerosas o más? Además, ¿cómo valorar cuando las condiciones generales distintas son básicamente igual de onerosas?*.

abordan el tema excluyendo de su análisis la posición del predisponente en el mercado relevante (incluida la existencia o no de monopolio).

Podemos citar a manera de ejemplo a la SAP Madrid 6 junio 2008 (AC 2008/1540), en la que resuelve negativamente el punto alegado por el predisponente relativo a que él no es monopolista por lo que el consumidor pudo dirigirse a otra empresa para adquirir el bien y en consecuencia la disputa ha sido originada por un contrato que no es de adhesión, excluyéndose así de aplicársele el control de contenido. El tribunal resuelve acertadamente: *para que exista un contrato integrado por condiciones generales de la contratación basta con que concurran las notas de predisposición e imposición, sin que sea precisa una situación de monopolio de la entidad predisponente ni ausencia de libertad contratación ni pertenencia de la empresa predisponente a un determinado sector de la contratación ni que el contrato proceda de la Administración.*

En el mismo sentido, la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) afirmó que *si el servicio no se presta en régimen de monopolio y, al contrario, está presidido por el principio de la libre competencia, dependiente siempre de la iniciativa del cliente que demanda un servicio determinado, o proponiendo cierto contrato a la entidad de que se trate, dentro de las condiciones ofertadas por estas entidades, en todo caso deciden con plena libertad obtener el mismo servicio en la entidad cuya oferta de contratación mejor convenga a sus intereses particulares.*

Esta aclaración no presenta ninguna duda cuando se trata de aquellos aspectos de los contratos que no son valorados por los clientes en la toma de decisión de contratar. Pero ¿qué sucede con todos los demás aspectos que sí son valorados o debían ser valorados (precio, características del bien o servicio, calidad, etc.)? Se ha asegurado que la competencia empresarial permite que los clientes puedan analizar y comparar las distintas ofertas, y que por ello la selección de una de las ofertas constituye un ejercicio de la autonomía privada. ¿Será entonces esto una imposición de las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato y por tanto susceptible de control legal?

Consideramos que pese a ello, no es susceptible de control. La duda parte de la siguiente premisa equivocada: el empresario monopolista no tiene ningún incentivo para satisfacer las necesidades, gustos y preferencias de sus clientes. Se ha demostrado que incluso en estos casos sí posee el empresario monopolístico mejorar las características de sus bienes o servicios, pero a un precio elevado<sup>73</sup>. En términos económicos, el empresario ofrecerá

---

<sup>73</sup> Así, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2003, pp. 658 y 659, sostiene que la única diferencia esperable entre los términos de ofertas de una empresa monopolista y una que opera en un mercado competitivo es que el *precio bajo el monopolio será más elevado*. Las razones de esto son dos: 1) *el monopolista tiene un incentivo, si es que quiere maximizar beneficios, de colocarse en la curva de demanda más alta posible*. Explica que *éste quiere dar al consumidor exactamente lo que el consumidor quiere*, a fin de maximizar sus beneficios (aumentar ventas, captar nuevos clientes, etc.), y, 2) *El monopolista tiene un cierto interés en negociar el contrato, pues eso le permite conocer las preferencias particulares de cada uno de los consumidores, y, por esa vía, llevar a cabo prácticas de discriminación de precios que maximicen su utilidad.*

bienes o servicios eficientes, a un precio ineficiente. Pero independientemente de ello, esto es un tema que debe ser tratado estrictamente por el Derecho de competencia a fin de que, o bien se promueva el ingreso de competidores al mercado. O bien, deberá regularse estatalmente la actividad de esa empresa monopólica si ello lo amerita.

#### **2.1.4. Generalidad o uniformidad.**

El requisito de generalidad es contemplado únicamente por la LCGC, puesto que es un elemento imprescindible para la determinación de las condiciones generales<sup>74</sup>. Así su art. 1.1 dispone: [...] *habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Efectivamente, si el predisponente ha elaborado previamente las condiciones que pretende utilizar en sus operaciones de mercado, lo hace con el objeto de utilizarlo de manera generalizada por las ventajas que ello le acarrea. De lo contrario no tendría sentido la predisposición de las cláusulas.

En el mismo sentido, la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) ha explicado este elemento indicando que *las condiciones generales se redactan con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, los de una misma clase que celebre el predisponente en el desarrollo de su actividad negocial*. La STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) agrega que este requisito obedece a que *se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse*.

El primitivo Art. 10.2 párrafo 1º LGDCU que contenía dicho requisito, debido a su deficiente redacción presentó problemas de interpretación en cuanto al requisito de generalidad. Dicha disposición legal requería que el clausulado fuese elaborado para aplicarlo *a todos los contratos* que el predisponente celebre. Básicamente el problema radicaba en si debía entenderse de manera literal o teleológica el requisito<sup>75</sup>. Si se interpretaba en el primer sentido, implicaría que si era redactado el clausulado de manera previa pero con el propósito de utilizarlo en un número limitado de contratos o tan sólo por

---

<sup>74</sup> Respecto de los distintos proyectos y propuestas legislativas, podemos encontrar que la PDDC 2008 no señalaba a este elemento en su ámbito objetivo sobre la materia, simplemente hacía una referencia final que se aplicará ese capítulo *en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión*, lo cual evidencia que sus autores tienen en mente a los contratos estandarizados de aplicación generalizada por los empresarios. Sin embargo, el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 93/13/CEE se mantuvo sin modificaciones al aprobarse la Directiva 2011/83/UE. Por otro lado, en el art. 2:104 de los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando que establece el concepto de cláusulas no negociadas individualmente no se hace referencia directa al elemento de la generalidad, pero en los comentarios de dicha disposición se refiere a las cláusulas estandarizadas como objeto de regulación, vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 2:104: Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 149; El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía señala en su definición a este requisito al señalar que son condiciones generales las (...) *preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas* (...).

<sup>75</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 629.

un período de tiempo, no podía cumplirse con el requisito de generalidad porque ya no se utilizaría en *todos* los contratos.

Si se interpretaba de esta manera, bastaba con demostrar que el predisponente celebró una tan sola vez un contrato con un clausulado diferente del preelaborado para eludir la aplicación del régimen legal de las condiciones generales. Los contratos de empresarios que utilizan dos o más formularios, quedarían fuera del ámbito objetivo de aplicación<sup>76</sup>. Es por ello, que fue común que este requisito fuera denominado como *uniformidad*, en cuanto requería que se incorporara el clausulado predispuesto a la totalidad de contratos que celebre el empresario.

En cambio, una interpretación teleológica del precepto, consistía en entender sus palabras no de una forma *prescriptiva*, sino de manera *descriptiva*. De manera que el legislador quiso poner de relieve que *las cláusulas negociales suelen ser prerredactadas para un número, en principio indefinido, de contratos; es decir, para una pluralidad de negocios jurídicos*<sup>77</sup>. O, lo que es lo mismo, mediante el requisito de generalidad quiso comunicar que las condiciones *se aplican «con carácter general», es decir, en general o normalmente*<sup>78</sup>. No importaría que celebre otros contratos cuyo contenido sea diferente del esquema contractual prerredactado, ni que lo utilice sólo por un período de tiempo. El hecho de utilizar diversos formularios para distintos tipos contractuales, no deja de entenderse que el empresario utiliza un formulario para una pluralidad de contratos. En todos estos casos se calificaría ese esquema contractual prerredactado como condiciones generales. Resulta obvio que esta interpretación era la más adecuada y razonable, así también era la más acorde con la finalidad protectora de la norma. La doctrina prácticamente de forma unánime se inclinó por interpretarla en este sentido<sup>79</sup>.

Ahora, con la promulgación de la LCGC, el requisito de generalidad no presenta problemas de interpretación. La generalidad pone de relieve que las cláusulas son elaboradas previamente con el propósito de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, es decir que no importa en qué cantidad de contratos serán utilizadas. Lo importante es la intención de ser utilizados para una pluralidad de contratos, así sea para una cantidad

---

<sup>76</sup> COCA PAYERAS, M., «Comentario al Art. 10.2...», *op. cit.*, p. 320. Este riesgo fue advertido por la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) al señalar que la redacción de dicha disposición legal podía provocar un *notorio fraude de ley*.

<sup>77</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 629.

<sup>78</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del...», *op. cit.*, p. 190.

<sup>79</sup> Vid. LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 629; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del...», *op. cit.*, p. 190; COCA PAYERAS, M., «Comentario al Art. 10.2...», *op. cit.*, p. 320. Por las razones antes expuestas, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 124 y ss., afirmó que la antigua redacción de dicho precepto legal facilitaba el fraude a la ley por las razones expuestas. Además advertía del peligro que de no interpretarse dicho requisito con relación al ámbito subjetivo de la LGDCU el supuesto de hecho sería prácticamente irrealizable. El empresario cuando celebra contratos con otros empresarios en plano de igualdad, no utilizará contratos de adhesión sino que son negociados, y por tanto el empresario nunca utilizaría un mismo formulario contractual para todos sus contratos. Por ello, en principio, debía presumirse que el empresario utiliza un mismo formulario para los contratos que celebra con consumidores.



determinada o indeterminada de contratos, un mismo tipo o varios tipos de relaciones que se pretenden regular con ese clausulado<sup>80</sup>. Al ser la finalidad de la ley la regulación de las condiciones generales como fenómeno de la contratación en masa es necesario este requisito para identificar la figura que se regula<sup>81</sup>.

No importa la intención del autor material del clausulado, sino únicamente la de quién las utiliza o pretende utilizarlas en sus negocios<sup>82</sup>. Esto se desprende de la finalidad de la norma: proteger a adherentes frente a condiciones generales *con independencia de la autoría material de las mismas* (art. 1.2. LCGC). Aclaremos esto, en virtud de que una lectura poco cuidadosa de la norma puede llevarnos a pensar que lo importante es el ánimo del autor material, y no de quién las utiliza. La norma dice que deben haber sido *redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos*. Parecería que quien las redacta es quién tiene el ánimo de utilizarlas en una pluralidad de contratos, lo cual, como se ha expuesto, no corresponde con la finalidad de la norma ni con el propio texto del precepto legal<sup>83</sup>.

---

<sup>80</sup> No compartimos que en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía se señala que son condiciones generales las (...) *preparadas por una de las partes con la finalidad de reglamentar de una manera uniforme una pluralidad de relaciones contractuales determinadas* (...) (el resaltado es nuestro). El predisponente usualmente formula previamente un clausulado para utilizarlos en contratos indeterminados, siendo probablemente la excepción cuando lo hace para contratos determinados.

<sup>81</sup> En contra de la importancia de la intención como elemento necesario para atribuir la calidad de condición general a una cláusula, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación», *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (dirigido por Ubaldo Nieto, C.), Valladolid, 2000, pp. 137 y 138, sostiene que la finalidad es un *motivo puramente subjetivo que ni siquiera tiene por qué trascender al exterior [...] sino que lo importante es que efectivamente haga uso de ellas en el tráfico jurídico*. En este sentido, considera este autor, que se cumple con el requisito “pluralidad de contratos” con haber utilizado al menos dos veces las cláusulas predisuestas. No podemos compartir dicha opinión, puesto que la ley es clara al exigir ese elemento subjetivo de la *finalidad* para la que han sido preelaboradas. Pero la razón principal es que de interpretarse de esa manera la ley, dejaría fuera del ámbito de aplicación de la LCGC a casos como el del cliente que celebra un contrato con un empresario cuyo clausulado ha sido preelaborado e impuesto y con la **intención** de utilizarlas de forma general, pero que fue utilizado únicamente por el empresario en ese contrato o en pocos contratos. El cliente que se encuentra en tal situación necesita de igual protección que los individuos que celebren contratos cuyas condiciones generales han sido efectivamente utilizadas de forma masificada.

<sup>82</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, 1991, p. 125. Incluso, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 64, sostiene que ni siquiera es necesario que haya sido incorporado a un contrato para que cumplan con este requisito. Sin embargo, esto es útil para el control abstracto, y no para el concreto, tal como lo manifiesta el mismo autor. En contra, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dirigido por el mismo), Navarra, 2000, p. 29, para quien *no basta con la incorporación a un solo contrato de los otorgados por el empresario predisponente*.

<sup>83</sup> Al respecto RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 64; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 336; afirman que la intención del autor es importante para determinar la concurrencia del requisito de generalidad. Cuestión que no compartimos, en virtud que, no es posible establecer con acierto la presencia de dicho elemento subjetivo en una persona desconocida en la relación entre predisponente y adherente. Lo relevante es que el predisponente tenga por finalidad su utilización masificada con sus clientes, sin importar si el autor tuvo la intención al elaborarlas de utilizarlas en un solo contrato o de forma masificada. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (dirigido por el mismo), Navarra, 2000, p. 26, quien sostiene acertadamente que lo que importa es únicamente la intención del predisponente, y no del autor en caso de ser éste un tercero, ya que muchas veces los autores de las cláusulas preelaboradas son anónimas. Razón por la cual debe de hacerse una interpretación de la ley apegada a su teleología en el sentido de

## 2.2. Cláusulas no negociadas individualmente

El art. 82.1 TRLCU utiliza la noción de *cláusulas no negociadas individualmente* para circunscribir el ámbito objetivo de aplicación del control de contenido<sup>84</sup>. De este modo, el legislador español se separa de los precedentes legislativos que regulaban el control de contenido respecto de *condiciones generales* (art. 10.2 de la primitiva LGDCU). La doctrina española había analizado el tema refiriéndose principalmente a condiciones generales, debido a la influencia del AGBG sobre este tema<sup>85</sup>, y también debido a que la LGDCU primitiva regulaba el control de contenido respecto de condiciones generales. Así también, aunque en menor medida, se hablaba en la doctrina de *contratos de adhesión*<sup>86</sup>.

Pero debido a las exigencias comunitarias mínimas de protección, no podía reducir el ámbito de aplicación a condiciones generales de la contratación, por lo que se tuvo que adoptar internamente la noción de *cláusulas no negociadas individualmente*<sup>87</sup>. Como se expuso *supra*, actualmente las condiciones generales poseen un cuerpo legal especial que las regula pero que carece de un control de contenido, lo cual no obsta para que sea aplicado el del TRLCU cuando las condiciones generales encajen en la noción de *cláusulas no negociadas individualmente*.

---

entender que son utilizadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, en vez de *habiendo sido redactadas con la finalidad*.

<sup>84</sup> En los PECL, al igual que en la Directiva 93/13/CE y en parte por el TRLCU, el objeto del control de contenido son las cláusulas no negociadas individualmente. Art. 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated (1) *A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded.* (el resaltado es nuestro). Con respecto al Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía, su art. 30.5, el cual sí posee un control de contenido al que se someten cláusulas en contratos concluidos entre empresarios y consumidores, y lo circunscribe a *cláusulas que no han sido objeto de una negociación*. Norma que parece exigir que para poder aplicar una cláusula a dicho control basta con que no haya sido discutida, y no, como lo Directiva 93/13/CE, que haya sido predispuesta y que no haya podido influir el consumidor en el contenido de la cláusula.

<sup>85</sup> Vid. POLO, A., «Comentario a la sentencia...», *op. cit.*, p. 708 y ss.; URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *RDM*, 1956, p. 221 y ss.; CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, p. 295 y ss.; GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., «La predisposición del contenido contractual», *RPD*, 1979, p. 667 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 609 y ss.

<sup>86</sup> Vid. ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *ADC*, 1949, p. 54 y ss.; OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática del contrato», *ADC*, 1952, p. 1181 y ss.

<sup>87</sup> Así, BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I. Contratos con los consumidores y usuarios. Capítulo. Disposiciones generales. Comentarios a los artículos 59, 62 y 63», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1089, afirma que *el cuarto elemento exigido por el art. 1.1 de la LCGC, la generalidad, no es tenido en consideración por los Arts. 80 y 82 del TRLGDCU, lo que obedece a las exigencias de la Directiva sobre cláusulas abusivas.*

La mayoría de Estados miembros de la Unión Europea al transponer la Directiva 93/13/CEE han respetado su ámbito objetivo, pese a que estaban facultados para ampliar la protección y someter a control toda cláusula, negociada individualmente o no<sup>88</sup>. Entre los países que sí ampliaron el ámbito objetivo al transponer la directiva a su ordenamiento jurídico interno, se encuentran Dinamarca, Finlandia, Francia, Bélgica y Suecia<sup>89</sup>.

El Reino Unido mediante la UTCCR implementó la Directiva 93/13/CEE, siendo aquélla casi una transcripción de ésta<sup>90</sup>. En ella se mantuvo el ámbito objetivo de la normativa comunitaria. Pero en 2005 se presentó una propuesta de ley, que pretende extender el control a toda cláusula, a excepción de las que contienen los elementos esenciales<sup>91</sup>. En

---

<sup>88</sup> Así lo prevé el art. 8 Directiva 93/13/CEE: *Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.* La COMISIÓN EUROPEA, en su *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 27.04.2000 COM(2000) 248 final, p. 14, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/uct03\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_es.pdf) (consulta: 03/05/2014), abogó por esta ampliación del ámbito objetivo, ya que considera que *es ilusorio pensar que los contratos de consumo de masa puedan contener verdaderamente cláusulas negociadas individualmente que no sean las relativas a las características del producto (color, modelo, etc.), al precio o a la fecha de entrega del bien o de prestación del servicio, cláusulas todas con respecto a las cuales raramente se plantean cuestiones sobre su posible carácter abusivo. Por el contrario, el mantenimiento de esta exclusión en el texto de la Directiva no aporta nada en términos de claridad y plantea en cambio dificultades de interpretación que podrían hacer confundir los términos «negociado» y «expresamente aceptado».* Cuestión que no compartimos, debido a que el control de contenido se justifica únicamente cuando existe un déficit de autonomía privada. No sólo en los elementos esenciales existe una auténtica autonomía privada (como parece aseverarse en el informe), sino que puede manifestarse en otras cláusulas, tal como se verá en el apartado de esta tesis denominado: Cláusulas no sometidas a control de contenido.

<sup>89</sup> Además, Luxemburgo, República Checa, Letonia, Malta y Eslovenia. Aunque es necesario matizar que para algunos de estos Estados, la calidad de ser una cláusula negociada individualmente o no, se toma en cuenta para la valoración de su abusividad (no para determinar si es objeto de control). SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium –Comparative Analysis–*, prepared for the European Commission, 2006, pp. 364 y 365, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf) (consulta: 03/05/2014).

<sup>90</sup> Primeramente lo hizo en 1994. Posteriormente, en 1999, se sustituyó ese cuerpo legal por otro en el que se otorga al *Claimant Consumers' Association* el derecho a litigar, dando lugar a la actual UTCCR.

<sup>91</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, parágrafo 3.55 (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>): *We recommend that any term in a consumer contract, with the exception of a “core” term, should be subject to the “fair and reasonable” test, whether or not the term was individually negotiated.* El parágrafo 3.52, señala tres razones para ello: 1) existe una incertidumbre considerable en la determinación de cuándo una condición ha sido negociada individualmente, 2) el consumidor no percibe las implicaciones de negociar, y, 3) hará más fácil la aplicación de la normativa. Esta última razón es debida a que con estas propuestas de reformas legales se desea suprimir la duplicidad legal imperante en el Reino Unido, reuniendo en un solo texto a la UCTA y la UTCCR. Existían varias fórmulas para tal fin, entre ellas, mantener en la nueva ley los ámbitos objetivos y controles de ambas leyes. Es decir, que las cláusulas de exclusión y limitativas de responsabilidad se someterían al control de *fairness*, sean negociadas o no (tal como sucede actualmente con la UTCA); y por otro lado, las demás cláusulas serían sometidas al control de contenido que describe la Directiva 93/13/CEE, siempre y cuando no hayan sido negociadas individualmente (tal como ocurre con la UTCCR). La simplicidad pretendida con las reformas legales se borrarían con semejante fórmula. Es así como se prefirió la fórmula de someter a todas las cláusulas, negociadas o no, al control de contenido de la directiva. Vid. también, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper* (consultation paper n° 166, discussion paper n° 119, respectivamente), Londres, 3 julio 2002, parágrafo del

2013 se presentó unas reformas a la propuesta de ley a fin de mejorarlas y actualizarla respecto de la jurisprudencia nacional reciente sobre el tema pero manteniendo la idea central de la propuesta de reforma de 2005 en el sentido de ampliar el ámbito objetivo de aplicación a toda cláusula negociada o no, salvo las relativas a elementos esenciales<sup>92</sup>.

En el ordenamiento jurídico español, a simple vista, se puede pensar que TRLCU únicamente requiere de un requisito para someter a control de contenido: ausencia de discusión o negociación, independientemente de la presencia o ausencia de otros elementos. La falta de trasposición de un párrafo de la Directiva 93/13/CE que definía lo que debía entenderse por cláusulas no negociadas individualmente, puede llevar a esa conclusión. Nos referimos al art. 3.2.1º: *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no hay podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

Este párrafo explica jurídicamente el término *cláusula no negociada individualmente*, y deja en evidencia que no guarda relación con la noción vulgar de negociación individual entendida como discusión, debate o regateo de la cláusula. La noción jurídica comunitaria de este término es más compleja en cuanto requiere haber sido redactada previamente y no haber podido influir en su contenido. Bajo la concepción vulgar de dicho término, quedarían incluidas en el ámbito de aplicación cláusulas que han sido seleccionadas reflexivamente por los individuos pero que no han sido regateadas, tales como las cláusulas sobre precios. O podría pensarse que no es necesario que hayan sido elaboradas previamente las cláusulas para entender que las cláusulas que se analicen se encuentran comprendidas en el ámbito objetivo. Casos como estos sin duda contradirían la intención del legislador comunitario y español, así como el fundamento constitucional y doctrinal que justifica la intervención estatal en el contenido de los contratos. Su ámbito de aplicación debe estar determinado por el fundamento doctrinal que justifica su instauración<sup>93</sup>.

Sin embargo, la falta de trasposición del art. 3.2.1º Directiva 93/13/CE no debe llevar a la conclusión de que la intención del legislador español era descartar los requisitos en él contemplados para adoptar la noción vulgar de cláusulas no negociadas individualmente en la legislación española. Máxime cuando la falta de trasposición de ese artículo no radica en una decisión consciente del legislador español de la cual se pueda inferir que se quiera

---

4.42 al 4.54, (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>), en las que se hacen otras consideraciones al respecto.

<sup>92</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

<sup>93</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 901, sostiene que el término *cláusulas no negociadas individualmente* del TRLCU, *puede asociarse preferentemente al fenómeno de la contratación en masa, a la utilización de condiciones generales y a la justificación dogmática de su específico control por no ser el contenido contractual producto de la autonomía de ambas partes, así como a la ausencia de un «mercado competitivo» en este ámbito.*

modificar el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva. En la discusión parlamentaria se propusieron enmiendas a fin de adicionar este apartado a la futura ley española. Así podemos encontrar la enmienda n° 38 propuesta por el Grupo Socialista bajo el motivo textual de brindar *mayor seguridad jurídica*<sup>94</sup>.

En el Senado, también se volvió a formular. La propuesta n° 69 el Grupo Parlamentario Socialista solicitaba la adición de dicho párrafo a la legislación española, señalando como justificación: *Mayor seguridad jurídica y transcripción del artículo 3, apartado 2, párrafo primero de la Directiva*<sup>95</sup>. Efectivamente, si se hubiese traspuesto el art. 3.2.1° de la Directiva 93/13/CE, se habría mejorado la redacción del art. 10 y 10 bis LGDCU (actuales arts. 82.1 y 80.1 del TRLCU). Habría quedado claro, para cualquier sujeto que consulte la ley, que únicamente cuando existe déficit de autonomía privada es aplicable la normativa, y no sólo por el hecho de falta de negociación en su sentido vulgar: regateo o discusión. Con ello, se hubiese ganado en seguridad jurídica, tal como se fundamentaron las enmiendas propuestas en el trámite parlamentario. Sin embargo, no fueron atendidas las mismas, ni se discutió su conveniencia. Simplemente fue ignorada en todas las etapas del procedimiento de creación de la ley.

Más bien la falta de trasposición parece un descuido (grave) del legislador español en no advertir durante su tramitación parlamentaria la falta de trasposición de dicho párrafo. Además, como se ha señalado reiteradas veces, la falta de negociación o discusión *per se* no legitima la aplicación del control de contenido. Por tanto, el art. 80.1 y art. 82.1 TRLCU deben ser interpretados a la luz de la Directiva ante este descuido legislativo<sup>96</sup>. El término *cláusula no negociada individualmente* al que se refieren los arts. 82.1 y 80.1 TRLCU, no debe de interpretarse en el sentido literal y vulgar como ausencia de discusión o regateo, sino que debe de interpretarse en el sentido amplio que la propia Directiva

---

<sup>94</sup> BOCG, *Congreso de los Diputados*, n° 78, de 23 de octubre de 1997, p. 31, disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A\\_078-06.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/BOCG/A/A_078-06.PDF) (consulta: 03/05/2014).

<sup>95</sup> BOCG, *Senado*, n° 69, de 3 de marzo de 1998, pp. 30 y 31, disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/SEN/BOCG/II/II0069C.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/SEN/BOCG/II/II0069C.PDF) (consulta: 03/05/2014).

<sup>96</sup> En esta línea, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 264, consideró necesario interpretar los arts. 10 y 10 bis de la LGDCU a la luz del art. 3.2.1° de la Directiva 93/13/CE, y así lo reitera respecto de los art. 80 y 82 TRLCU en, Id., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1394 y ss. También, BOTANA GARCÍA, G. A., «Comentario al nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Práctica de Derecho de Daños*, n° 70, 2009, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es); RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 68 y ss.; siguiendo a éste, PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid, 2004, p. 119; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a la disposición adicional primera. Dos: Art. 10.1 a) y b) LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 675. Esta última sostiene además que se arriba a esta conclusión por la lectura de varios apartados de la Exposición de Motivos de la LCGC (ley que reforma la LGDCU). Por tanto, sostiene esta autora que *permite concluir que las cláusulas «no negociadas individualmente» son cláusulas contractuales predispuestas (lo que se entiende como de redacción previa a la celebración del contrato) e impuestas, en el sentido de no haber podido el consumidor influir sobre su contenido.* Al respecto, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 142 y ss., inicia sosteniendo que no es exigible la presencia de predisposición, imposición y contractualidad, pero a continuación analiza la LGDCU (actual TRLCU), conforme ala Directiva 93/13/CE. Esto lo lleva a la conclusión que sí es necesaria la presencia de esos tres elementos.

93/13/CE le atribuye: cláusulas redactadas previamente y en las que el consumidor no ha podido influir en su contenido<sup>97</sup>.

La PDDC 2008 prescindía completamente referirse al término *cláusulas no negociadas individualmente* como objeto de control. El art. 30 señala que *el presente capítulo se aplicará a las cláusulas contractuales, redactadas previamente por el comerciante o por un tercero, que el consumidor acepta sin poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión*. Párrafo que es muy similar al art. 3.2.1º de la Directiva 93/13/CE que se omitió trasponer en la legislación española. Con el art. 30 de la PDDC 2008 se habría evitado incurrir en los errores de interpretación del ámbito objetivo antes señalados. Sin embargo, al aprobarse la Directiva 2011/83/UE no se incluyó dicha disposición de la PDC 2008.

Interpretando los art. 80.1 y 82.1 TRLCU a la luz de la normativa comunitaria que motivó su adopción en la legislación española, específicamente el art. 3.2.1º de la Directiva 93/13/CE<sup>98</sup>, lleva a la conclusión correcta que se requieren tres de los cuatro elementos que han sido expuestos en el apartado anterior sobre condiciones generales para estar frente a *cláusulas no negociadas individualmente* (en el sentido de la normativa comunitaria)<sup>99</sup>. Específicamente requiere de la contractualidad, predisposición e imposición, no así de la generalidad, por lo que es aplicable en términos generales lo expresado en apartados anteriores respecto a estos tres elementos<sup>100</sup>. Estos tres elementos se encuentran presentes, con mayor o menor esfuerzo interpretativo, en los arts. 80.1 y 82.1 TRLCU tal como se verá a continuación<sup>101</sup>.

Primero el requisito de contractualidad. Esto es, que deben tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato<sup>102</sup>, y cuya validez derive de su incorporación al contrato. La presencia del requisito de la contractualidad se puede inferir sin mayor

---

<sup>97</sup> Interpretar de forma literal el término *cláusulas no negociadas individualmente* sería un error, tal como lo señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 72. Este autor advierte contundentemente que debe verificarse si se cumplen los requisitos de predisposición y de ausencia de influencia en el contenido contractual, ya que *de otra forma, someter a control simplemente las “cláusulas no negociadas individualmente” podría implicar la desaparición de la libertad contractual*. De forma no muy clara, MIQUEL, J. A., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 895, parece apoyar el criterio de interpretar el ámbito del control de contenido a través de la predisposición e imposición.

<sup>98</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1394 y ss.

<sup>99</sup> En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 893.

<sup>100</sup> Vid., *Id.*, p. 893. En la jurisprudencia ha encontrado acogida este pensamiento. Así podemos encontrar a la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501). También la SAP Madrid 2 marzo 2006 (AC 2007/64) que así lo reconoce al advertir que las cláusulas bajo estudio son producto de una relación contractual con un consumidor, por lo que *habrá que estar en primer lugar a las previsiones de la LGDCU, que prescinde de las notas de generalidad o uniformidad, bastando las características de predisposición e imposición*.

<sup>101</sup> Vid. BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, pp. 1086 y 1087.

<sup>102</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1395.

esfuerzo<sup>103</sup>. La normativa menciona reiteradamente los vocablos *contrato*, *cláusula*, y similares que indican como objeto de control a cláusulas contractuales<sup>104</sup>. El art. 59 TRLCU prescribe el ámbito de aplicación del Título: Contratos con los Consumidores y Usuarios que regula, entre otras cosas, el control de contenido. Dicha disposición legal señala que este título del TRLCU es aplicable a los contratos con consumidores (Art. 59.2 TRLCU). El art. 80.1 TRLCU menciona a los *contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente* como objeto de sus requerimientos legales<sup>105</sup>. Y el listado del art. 85 al 90 TRLCU menciona reiteradamente dichas palabras.

En realidad, la existencia de este requisito resulta obvia en cuanto la directiva comunitaria (Directiva 93/13/CEE) que obligó al legislador español a reformar su régimen de este tema es una normativa sobre *las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*, tal como lo indica su propio título. Así como lo indican diferentes disposiciones de dicha directiva, entre ellas los arts. 1.2, 4.1 y 7.2, y especialmente en su art. 3.1, así como en sus considerandos (por ejemplo el 12º).

Segundo, si bien el requisito de la predisposición no se encuentra mencionado expresamente en el TRLCU, debe de interpretarse la disposición legal conforme a la normativa comunitaria que motivó su adopción en la legislación española<sup>106</sup>. Como señala la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) sobre este punto en específico de la ausencia del elemento del elemento de *predisposición* en el texto normativo español: (...) *aceptar semejante solución no es sino seguir el criterio de la interpretación del Derecho nacional a la luz de Directiva objeto de transposición, el cual constituye un principio del Derecho comunitario de especial relevancia cuando se trata de Directivas que tienen por objeto relaciones horizontales*. En ese sentido, el tribunal acertadamente señala que debe de atenderse el criterio del art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE que establece que una cláusula no se ha negociado individualmente *cuando haya sido redactada previamente*<sup>107</sup>. Es decir, que haya sido predispuesta.

---

<sup>103</sup> La doctrina que analizó la LGDCU también infería este requisito. Vid. por todos, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, pp. 143 y 144.

<sup>104</sup> Es necesario advertir, que no sólo se puede tratar de una cláusula contractual, sino de partes de una cláusula. Así se desprende del art. 82.2 párrafo 1º TRLCU, al disponer que *(e)l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato* (el resaltado es nuestro). Es decir que si una parte de la cláusula está excluida del control de contenido por haberse negociado individualmente, el resto de la cláusula que no ha sido negociado posee el carácter de condición general, y podrá ser sometida a control de contenido.

<sup>105</sup> La norma equivalente a ésta en la LGDCU antes de la refundición legal, era el art. 10.1 LGDCU. En ella se señalaba como objeto de regulación a las *cláusulas, condiciones y estipulaciones*. Esto acertadamente fue considerado por la doctrina como una repetición innecesaria de términos sinónimos. Vid. RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 68 y ss., y DUQUE, J., «La protección de los derechos...», *op. cit.*, p. 63.

<sup>106</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, pp. 1396 y 1397; y, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 893.

<sup>107</sup> El art. 30.1 PDDC 2008 sí lo contemplaba al mencionar cláusulas contractuales *redactadas previamente*. Pero dicha disposición no fue incorporada en la Directiva 2011/83/UE. Esto no es ningún problema, puesto que la Directiva 93/13/CEE ya contemplaba este requisito.

Así también, sin necesidad de recurrir a la normativa comunitaria, se puede inferir que el legislador español tuvo en mente la predisposición al determinar el objeto de control de contenido. Específicamente el párrafo 7º del preámbulo de la LCGC señala: *El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. (...)* (el resaltado es nuestro)<sup>108</sup>.

Tercero, respecto del requisito de imposición, el art. 80.1 y 82.1 TRLCU lo contemplan al hablar de cláusulas o estipulaciones *no negociadas individualmente*. Si bien, el legislador no definió detalladamente esta expresión, ésta debe de interpretarse a la luz de la normativa comunitaria que provocó su adopción en la legislación española<sup>109</sup>. La Directiva 93/13/CEE señala que una cláusula *no negociada individualmente* es aquella en la que *el consumidor no hay podido influir sobre su contenido*, con lo que se infiere que es necesario el elemento de la imposición<sup>110 111</sup>.

La imposibilidad de influir en las cláusulas predispuestas para ser sometidas a control de contenido, ha sido expresada por la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121) al indicar que la contratación estandarizada: (...) *ha llevado a hablar de la "unilateralización" del mercado, ya que es evidente la falta de capacidad fáctica de una de las partes contratantes, el adherente, para influir en el contenido del convenio ya predispuesto por la otra parte, o predisponente*. Y agrega que *la intervención del contratante adherente queda reducida a la aceptación de la reglamentación contractual predispuesta por el empresario o profesional, sobre la que carece de toda influencia y capacidad de decisión*.

---

<sup>108</sup> No hay que olvidar que con la promulgación de LCGC se reformó la LGDCU para transponer la Directiva 93/13/CEE. Por lo que el preámbulo de LCGC menciona justificaciones útiles sobre el control de contenido contemplado en la LGDCU, en este caso específicamente de su ámbito objetivo.

<sup>109</sup> Así, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 893. También, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1397, e, *Id.*, *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 274 y ss., sosteniendo además que este requisito, al igual que lo hace este requisito en el ámbito de las condiciones generales, cumple dos funciones: probatoria y negativa

<sup>110</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ, J., «Comentario a la disposición adicional tercera de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por él mismo y ARROYO MARTÍNEZ, I.), Madrid, 1999, p. 284, considera que, pese a que no tienen en principio un mismo significado, *para evitar formalismos innecesarios*, deben de tenerse por equivalentes las expresiones *no negociación e imposición*. Consideramos que no es necesario recurrir a estos argumentos para lograr dicho fin. Basta, como lo hemos hecho en este capítulo, con citar el art. 3.2.1º de la Directiva 93/13/CE y la libertad contractual como guías de interpretación de la norma.

<sup>111</sup> Un argumento más a favor de la imposición como requisito para la aplicación del control de contenido es que en varias de las cláusulas abusivas que poseen los arts. 85 al 90 TRLCU en su disposición adicional primera aparece el vocablo *imposición o imponga* (cláusulas de los arts. 85.6, 86.6, 86.7, 87.1, 87.6, 88.1, 88.2 y 88.3 TRLCU). Quedando así en evidencia que el legislador siempre tuvo en mente el carácter impuesto de las cláusulas sometidas a control, y no simplemente las cláusulas que no hayan sido negociadas individualmente en su sentido literal o vulgar.



Nuevamente nos encontramos con un problema: cuál es el sentido de la frase *imposibilidad de influir*. Sin embargo, siguiendo lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas son impuestas cuando *el consumidor no ha podido influir sobre su contenido porque su incorporación al contrato es imputable únicamente a la otra parte*<sup>112</sup>. A *contrario sensu*, si la incorporación de cierta cláusula al contrato es imputable a ambas partes, no es impuesta, tal como sucede usualmente con las prestaciones principales del negocio. Por lo que para la explicación y comprender los alcances de este elemento nos remitimos a lo ya expuesto sobre la *imposición* sobre las condiciones generales de la LCGC, debido a que coincide con la noción de *imposición* de las cláusulas no negociadas individualmente del TRLCU.

El hecho que la LCGC hable directamente de *imposición* respecto de las condiciones generales del contrato, y en el TRLCU se habla de *imposibilidad de influir* en las cláusulas no negociadas individualmente, no significa que ambos requisitos sean diferentes o tenga distintos matices. Hemos visto que en ambos casos se reduce a lo mismo: si el único a quien se puede atribuir la incorporación de las cláusulas al contrato es al predisponente, entonces se habrá cumplido con el requisito<sup>113</sup>.

El único requisito ausente es el de la generalidad o uniformidad<sup>114</sup>. Ni el TRLCU ni la Directiva 93/13/CE requieren que las cláusulas hayan sido redactadas para una pluralidad de contratos. Esto responde a que, como lo señalan los párrafos 5º y 7º de la Exposición de

---

<sup>112</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 893.

<sup>113</sup> Esto lo podemos comprobar en casos como el de la sentencia del Reino Unido en el caso *Bryen & Langley Limited v. Martin Boston* [2005] EWCA Civ 973, parágrafo 46: el consumidor contrata a una empresa de arquitectos para que supervisara y gestionara el desarrollo de obras de remodelación en un apartamento a adquirir por aquél. El arquitecto designado envió invitación a ofertar dirigidas a varias empresas constructoras detallando el proyecto a ejecutarse y las condiciones generales y especiales bajo las cuales se iba a regir el contrato. Una vez iniciada la ejecución de las obras con la constructora ganadora, surge un problema que es sometido a arbitraje porque las condiciones generales así lo establecía. Posteriormente el consumidor pide la anulación del laudo arbitral incluido en el contrato de construcción porque, de acuerdo a la Directiva 93/13/CEE y la UTCC del Reino Unido que la traspone, la legislación tipifica expresamente como cláusula abusiva los convenios arbitrales de ese tipo. Sin embargo, la Court of Appeal de la Supreme Court of Justice dispuso que el consumidor sí pudo influir en el contenido porque fue él quien propuso esas cláusulas, o fue el arquitecto contratado quien requirió a las contratistas oferentes que se incorporaran dichas cláusulas al contrato. El consumidor pudo haberle indicado a su arquitecto que se suprimiera el convenio arbitral, a lo cual obedecería el arquitecto porque a fin de cuentas quien sería el obligado por el contrato de construcción sería el consumidor, y no el arquitecto. Por tanto no se cumplía con el requisito de imposición. En palabras de la LCGC no ha sido impuesta porque no le es atribuible al empresario su incorporación al contrato (lo es al consumidor). O, si se quiere utilizar la terminología del TRLCU: el consumidor pudo en todo momento antes de celebrar el contrato, influir en el contenido de la cláusula. El tribunal señala que en todo caso fue el consumidor quien se la impuso al empresario porque en las invitaciones a ofertar fue el contratante quien determinó las condiciones del contrato. Un precedente similar Del Reino Unido es la sentencia en el caso *Lovell Projects Ltd v. Legg and Carver* [2003] 1 BLR 487, parágrafo 29. Sin embargo en éste no se discute si cumple con los requisitos del ámbito objetivo, sino que descarta como abusivo el convenio arbitral porque, entre otras cosas, no se ha faltado a la buena fe al haber sido diseñado el contrato por el arquitecto del consumidor contratante y requerida su suscripción íntegra a las empresas constructoras a las que se invitó participar. No hubo ocultación o aprovechamiento de una situación de inferioridad por inexperiencia, o indigencia.

<sup>114</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 893.

Motivos de la LCGC, puede haber cláusulas predisuestas para un solo contrato<sup>115</sup>. En palabras del legislador español: (una cláusula abusiva) *puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse* (párrafo 7º de la Exposición de Motivos de la LCGC). Esto podría suceder cuando un predisponente no pretenda utilizar de forma masificada un clausulado prerredactado, sino que la creación del mismo es *ad hoc*. A estos contratos la LCGC los llamados *contratos de adhesión particulares* (párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la LCGC)<sup>116</sup>.

Y es que son tan merecedores de protección tanto un adherente a condiciones generales o uno que se adhiere a un contrato elaborado *ad hoc* por el predisponente. Lo importante es que los adherentes no se autodeterminan respecto de ciertas cláusulas, y que esto los ubica en una situación de vulnerabilidad en la que los predisponentes pueden aprovecharse incorporando cláusulas desequilibradas y contrarias a la buena fe.

En consecuencia, ante la ausencia del requisito de generalidad en la TRLCU, se puede aseverar que encajan en su ámbito objetivo dos tipos de cláusulas: a) los *contratos de adhesión particulares*, o más bien cláusulas predisuestas e impuestas para un solo contrato, las cuales carecen del elemento de generalidad, y, b) las condiciones generales de contratación definidas conforme a la LCGC, ya que, pese a la presencia del elemento de generalidad, ello es irrelevante para el ámbito objetivo del control de contenido del TRLCU.

Desde otra perspectiva, puede decirse que toda condición general conforme a la LCGC, será siempre una cláusula no negociada individualmente conforme al control de contenido del TRLCU, ya que aquella siempre reunirá los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición, y la presencia de la generalidad no es necesaria para la aplicación del TRLCU<sup>117</sup>.

Si bien, la existencia de ambos tipos de cláusulas es teóricamente posible, la realidad demuestra que lo usual será la presencia de condiciones generales de la contratación. Es necesario recordar que la regulación de éstas se debe a la aparición de la contratación en masa, la predisposición de cláusulas tiene sentido únicamente en vista de ser utilizadas en

---

<sup>115</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1399, al parecer atribuye una utilidad a la ausencia de ese elemento en el TRLCU: no complicar la aplicación de la normativa a supuestos en que la presencia de dicho elemento sea dudosa.

<sup>116</sup> Este término (*contratos de adhesión particulares*) ha sido criticado por la doctrina. Un contrato de adhesión es diseñado para ser utilizado de forma generalizada, por lo que no cabe que uno de estos contratos sea *particular*. Vid. por todos, BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, pp. 1087 y 1088, y. Id. «Comentario al nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Práctica de Derecho de Daños*, nº 70, 2009, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es). Sin embargo, se comprende la intención del legislador de expresar que existen otras cláusulas predisuestas e impuestas que no son condiciones generales.

<sup>117</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predisuestas», *RJC*, 2000, p. 15.

una pluralidad de contratos<sup>118</sup>. Resulta difícil pensar que un empresario predisponga el contenido contractual para un solo contrato, sin que exista disposición de entablar negociaciones con el cliente o que esa cláusula sea producto de una negociación<sup>119</sup>. La predisposición para un contrato para un solo consumidor carece de racionalidad económica, ya que desaparecen con ello todas las ventajas para el empresario de la utilización de un clausulado prerredactado.

En efecto, la predisposición para un solo contrato sucede muchas veces en situaciones en que el predisponente está en disposición de negociar y regatear su contenido, y no en situaciones de imposición de las cláusulas<sup>120</sup>. Típicamente sucede en relaciones jurídicas entre empresarios, en los que una de las partes, usualmente su asesor jurídico, elabora un borrador de contrato elaborado *ad hoc*, el cual es propuesto a la otra parte. De esta manera el contrato elaborado especialmente sirve como un documento base para iniciar la negociación, quienes enmendarán, sugerirán modificaciones, hasta llegar a un consenso de su texto completo. Queda en evidencia en estos negocios la disposición de ambas partes de negociar el contenido preelaborado, por ende carecen sus cláusulas del requisito de imposición<sup>121</sup>.

En consecuencia, en la práctica, todas o al menos casi todas las cláusulas *no negociadas individualmente* serán condiciones generales, debido a que habrán sido prerredactados para ser incorporadas a una pluralidad de contratos<sup>122</sup>. O, más bien, ambas figuras *tienen un enorme común denominador y muy leve y transitorio numerador diverso*<sup>123</sup>.

Esta idea incluso se puede inferir del texto de la Directiva 93/13/CEE. El legislador comunitario al definir *cláusulas no negociadas individualmente* en el art. 3.2.1º de la Directiva 93/13/CE expresó en su parte final: (...) *en particular en el caso de los contratos de adhesión*. Con ello enfatiza el legislador comunitario que los negocios en los que se encontrará mayormente la problemática que justifica esa normativa especial es en los

---

<sup>118</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 320.

<sup>119</sup> En este sentido, BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, pp. 1087 y 1088; e, Id., «Comentario al nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Práctica de Derecho de Daños*, n° 70, 2009, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), sostiene que *no tiene mucho sentido la redacción por una empresa de un clausulado para un solo consumidor en cuanto que desaparecen los beneficios de esta modalidad de contratación*.

<sup>120</sup> Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1998, N° 4, p. 61, nota 16.

<sup>121</sup> En estos casos, los elementos esenciales son negociados o discutidos libre y directamente por los empresarios.

<sup>122</sup> La doctrina había advertido esto para criticar la duplicidad normativa creada por el legislador español, así BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1084, afirma *ambos cuerpos legales regulaban supuestos muy próximos y en muchos aspectos coincidentes*; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 894, quien indica que la inmensa mayoría de casos se tratarán de condiciones generales, *siendo casi excepcional un contrato configurado unilateralmente ad hoc por el empresario*.

<sup>123</sup> DURAN RIVACOBIA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 2008, p. 669.

contratos que han sido elaborados previamente para una generalidad de negocios, es decir, en los contratos de adhesión. Es en estos casos en los que se requiere un *particular* cuidado, puesto que las cláusulas predisuestas para un contrato particular no representan un problema significativo en la práctica.

No debe llegar a crear confusión el nombre del Título II de la TRLCU: ***Condiciones generales y cláusulas abusivas*** (el resaltado es nuestro). Este título nombrado por el legislador delegado no es congruente con todas sus disposiciones, las cuales circunscriben su ámbito a las *cláusulas no negociadas individualmente*, tal como lo hacía la LGDCU antes de su refundición<sup>124</sup>. No nos parece que fue un cambio meditado del legislador delegado, puesto que en la exposición de motivos no se llega a justificar este cambio. A pesar de la denominación de este título, no nos parece relevante jurídicamente el cambio del mismo por varias razones. Primero, el nombre del título carece de valor normativo, sólo sirven para orientar al intérprete y para comprender el sentido de algunas disposiciones legales en caso de que existan dudas de interpretación. Los artículos que comprenden el Título II son claros al circunscribir el ámbito a las cláusulas no negociadas individualmente, por lo que es irrelevante la incongruencia del título y las normas legales, porque prevalecen éstas.

Segundo, en la práctica, las cláusulas no negociadas individualmente serán en su gran mayoría, condiciones generales, tal como ya lo hemos señalado. Es decir que esta denominación simplemente viene a reforzar que las cláusulas no negociadas individualmente, pese a que les falta el requisito de la generalidad, en la práctica serán siempre, o casi siempre, condiciones generales. Tercero, una disminución del ámbito de aplicación del control de contenido de la LGDCU anterior a la refundición, se encuentra fuera de la competencia del legislador delegado. Y por último, disminuir el ámbito de aplicación de la directiva, al requerir que posean el requisito de la “generalidad” para que sea aplicado el control de contenido, sería una infracción a las normas comunitarias por haber disminuido el nivel de protección de los consumidores (art. 8 Directiva 93/13/CEE).

No obstante, es necesario reconocer, que era preferible que el título guardara correspondencia con la figura que se regula (cláusulas no negociadas individualmente). La incongruencia entre título y contenido de los artículos, puede generar confusiones que desemboquen en interpretaciones erróneas como el creer que se aplica a toda condición general el control de contenido regulado en el Título II del TRLCU, sin importar si se cumple con el ámbito subjetivo delimitado por el TRLCU. Puede creerse que se trata de una ampliación del ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido del TRLCU, al poder aplicarse a cualquier condición general, se encuentre o no en un contrato entre empresario y consumidor, porque la LCGC, texto legal que regula las condiciones

---

<sup>124</sup> Cuestión que también fue advertida por CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *ArC*, num. 1, 2008, p. 22, la versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es), y que el PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1399, califica de *chocante*.

generales, no posee un límite subjetivo de aplicación. Pero, como ya se aclaró, una interpretación de ese tipo sería ilegal.

### 2.3. Prácticas no consentidas expresamente.

El legislador español decidió con la promulgación de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, entre otras medidas, aumentar el ámbito de aplicación del control de abusividad del art. 10 bis.1 LGDCU (actual art. 82.1 TRLCU) al introducir el concepto de *prácticas no consentidas expresamente*. Según se manifiesta en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, con ello se equiparan las cláusulas abusivas con las prácticas<sup>125</sup>. Este tema será analizado a continuación de forma breve puesto que no es nuestro afán desviarnos del tema principal: cláusulas, no prácticas, abusivas.

La noción de prácticas no consentidas expresamente tiene su inspiración de la Directiva 2005/29/CEE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales, según lo manifiesta el apartado VI, párr. 3º de la EM de la ley 44/2006<sup>126</sup>. Pero el legislador no intentó trasponer la Directiva a través de esta reforma legal, sino que intenta dar mayor protección a los consumidores dotando a las prácticas desleales del carácter de abusivas con el fin de que la normativa produzca efectos en el ámbito contractual<sup>127</sup>. Es decir parecería que el legislador ha aprovechado el momento en que se discutía la trasposición de dicha Directiva a la legislación española, para intentar reforzar la protección a los consumidores mediante la introducción de la prohibición de prácticas no consentidas expresamente que en contra de la buena fe ocasionen, en perjuicio del consumidor, desequilibrio de derechos y obligaciones.

No obstante, la Directiva 2005/29/CEE no es completamente ajena al ámbito contractual. Tiene como uno de sus fines evitar prácticas que sean *directamente perjudiciales para los intereses económicos de los consumidores y, por ende, indirectamente perjudiciales para los de los competidores legítimos*<sup>128</sup>. Más claramente, la cláusula general de prohibición de prácticas desleales contenida en su art. 5 tiene como propósito *fomentar la confianza del*

---

<sup>125</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, el cual fue publicado en *EC*, n.º 77, 2006, 101.

<sup>126</sup> Apartado VI, párr. 3º de la Exposición de Motivos de la ley 44/2006: *Para evitar la imposición a los consumidores de obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos en el contrato y en coherencia con lo previsto en la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre prácticas comerciales desleales [...]*. Además el CONSEJO DE ESTADO, « Dictamen del Consejo de Estado sobre Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios », *EC*, N° 77, p. 102, así lo pone de manifiesto, pero no sin ciertas reservas.

<sup>127</sup> La Directiva 2005/29/CEE fue traspuesta posteriormente en el ordenamiento jurídico español mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que Modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios.

<sup>128</sup> Considerando (9) de la Directiva 2005/29/CE. Tal inspiración es puesta de manifiesto en el apartado VI, párr. 3º de la Exposición de Motivos de la ley 44/2006.

consumidor, y para ello *debe aplicarse también a las prácticas comerciales desleales que se produzcan fuera de cualesquiera relaciones contractuales existentes entre un comerciante y un consumidor o tras la celebración de un contrato y durante su ejecución*<sup>129</sup>. En este sentido, la ley 44/2006 persigue precisamente erradicar prácticas realizadas *tras la celebración de un contrato y durante su ejecución*, así como al momento de celebrar el contrato o en los tratos previos, tal como se demostrará a continuación.

Pese a ello, la plasmación de las prácticas no consentidas expresamente en la legislación nacional española dista mucho de la regulación comunitaria de prácticas desleales. Así, en primer lugar el ámbito objetivo de aplicación de la directiva son *las prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores* y las define como: *todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores* (Art. 2.d Directiva 2005/29/CEE). En cambio, la Ley 44/2006 establece como ámbito de aplicación *las prácticas no consentidas expresamente*, sin determinar un concepto o definición sobre las mismas. Evidentemente el ámbito de la directiva comunitaria es mucho más amplio.

En cuanto a los elementos para determinar cuándo una de esas prácticas es ilícita, igualmente ambos cuerpos normativos se distancian. De esta manera, el art. 5 de la Directiva 2005/29/CE contempla dos situaciones alternativas en las que el empresario puede incurrir a través de prácticas comerciales: 1) *violación de los requisitos de la diligencia profesional* y 2) *distorsión o posibilidad de distorsión de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*.

En cambio, el art. 82.1 TRLCU, cuyos parámetros para la consideración de cláusulas abusivas son igualmente aplicables a las prácticas no consentidas expresamente, establece como elementos para dicho fin: 1) *violación a la buena fe* (objetiva), 2) *ocasionar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*.

Estas marcadas diferencias entre la normativa comunitaria sobre competencia desleal y las prácticas no consentidas expresamente contempladas en el TRLCU, convierten en poco útil a la Directiva 2005/29/CEE para interpretar a éstas, pese a la manifestación de legislador del que la directiva comunitaria es su fuente inspiracional.

Continuando la búsqueda de Derecho comparado que brinde algún elemento útil para interpretación de esta figura, podemos pensar que, debido a que se trata de una norma prohibitiva de prácticas de empresarios frente a consumidores, y en atención a que se enmarca en la disposición de cláusulas abusivas, el legislador español pretendió incluir la

---

<sup>129</sup> Considerando (13) de la Directiva 2005/29/CE.

figura conocida en otras legislaciones como *prácticas abusivas*<sup>130</sup>. Sin embargo, las legislaciones que contemplan dicha figura no han establecido un concepto general de las mismas ni se ha construido un fundamento doctrinal común de las mismas, encerrándose usualmente en dicha figura un amplio catálogo de supuestos que únicamente tiene en común que el legislador ha considerado a dichas prácticas como perjudiciales para los

---

<sup>130</sup> Las legislaciones que las contemplan no son unívocos en determinar cuáles son esas prácticas, o al menos extraer rasgos comunes o cláusulas generales que las definan. Más bien encierran en ella una serie de prácticas o conductas de lo más variopintas. Así, la legislación más cercana a incluir un concepto general de prácticas abusivas es la argentina al determinar que lo son las conductas vejatorias, vergonzantes o intimidatorias (art. 8° bis de la Ley 24.240 de Defensa al Consumidor de Argentina). La mayoría sólo incluyen catálogos de práctica abusivas. En este sentido, el art. 25 bis párrafo final de la Ley Federal de Protección al Consumidor de México prescribe como *conductas o prácticas comerciales abusivas* de manera ejemplificativa: *el incumplimiento de precios o tarifas exhibidos; el condicionamiento de la venta de bienes o de servicios; el incumplimiento de ofertas y promociones; por conductas discriminatorias y por publicidad o información engañosa.* El art. 22 de la Ley de Relaciones de Consumo (17.250) de Uruguay, prescribe: *Son consideradas prácticas abusivas, entre otras: A) Negar la provisión de productos o servicios al consumidor, mientras exista disponibilidad de lo ofrecido según los usos y costumbres y la posibilidad de cumplir el servicio, excepto cuando se haya limitado la oferta y lo haya informado previamente al consumidor, sin perjuicio de la revocación que deberá ser difundida por los mismos medios empleados para hacerla conocer. B) Hacer circular información que desprestigie al consumidor, a causa de las acciones realizadas por éste, en ejercicio de sus derechos. C) Fijar el plazo, o los plazos para el cumplimiento de las obligaciones de manera manifiestamente desproporcionada en perjuicio del consumidor. D) Enviar o entregar al consumidor, cualquier producto o proveer cualquier servicio, que no haya sido previamente solicitado. Los servicios prestados o los productos remitidos o entregados al consumidor, en esta hipótesis, no conllevan obligación de pago ni de devolución, equiparándose por lo tanto a las muestras gratis. Se aplicará, en lo que corresponda, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 16 de la presente ley. E) Hacer aparecer al consumidor como proponente de la adquisición de bienes o servicios, cuando ello no corresponda. El art. 18 de la Ley de Protección al Consumidor de la República de El Salvador establece un catálogo aún más extenso de prácticas abusivas. Así el art. 18 establece: *Se prohíbe a todo proveedor: a) Condicionar la venta de un bien o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que por la naturaleza de los mismos sean complementarios, que sean parte de las ofertas comerciales o que por los usos y costumbres sean ofrecidos en conjunto; b) Condicionar la contratación a que el consumidor firme en blanco letras de cambio, pagarés, facturas o cualquier otro documento de obligación, u otro considerado como anexo del contrato; salvo que, tratándose de títulosvalores, los requisitos omitidos los presuma expresamente la ley. Para los efectos de este literal, las letras de cambio y pagarés deberán contener como mínimo el nombre del deudor, el monto de la deuda, la fecha y lugar de emisión. c) Efectuar cobros indebidos, tales como cargos directos a cuenta de bienes o servicios que no hayan sido previamente autorizados o solicitados por el consumidor. En ningún caso el silencio podrá ser interpretado por el proveedor como señal de aceptación del cargo de parte del consumidor; d) Negar al consumidor servicios de mantenimiento o de repuestos de piezas de un bien, solamente por no haberlo adquirido en ese establecimiento; e) Discriminar al consumidor por motivos de discapacidad, sexo, raza, religión, edad, condición económica, social o política; f) Realizar gestiones de cobro difamatorias o injuriantes en perjuicio del deudor y su familia, así como la utilización de medidas de coacción físicas o morales para tales efectos; g) Compartir información personal y crediticia del consumidor, ya sea entre proveedores o a través de entidades especializadas en la prestación de servicios de información, sin la debida autorización del consumidor. h) La utilización de cualquier maniobra o artificio para la consecución de alza de precios o acaparamiento de alimentos o artículos de primera necesidad; e i) Negarse a detallar el destino de todo pago que efectúe el consumidor. Cuando se formalicen contratos en los cuales se utilicen letras de cambio, pagarés o cualquier otro documento de obligación, como una facilidad para reclamar el pago que deba efectuar el consumidor, deberá hacerse constar tal circunstancia en el instrumento respectivo. En estos casos, si el consumidor pagare no estando vencido el documento, el proveedor deberá deducir de su importe el descuento calculado al tipo de interés pactado en éste o al tipo de interés legal, en su caso. El art. 32 lit. e) de la Ley 7472 sobre la Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor de Costa Rica prescribe como derecho de los consumidores a ser protegidos contra las **prácticas y las cláusulas abusivas**, así como los **métodos comerciales desleales** o que restrinjan la libre elección, pero no define qué son *prácticas abusivas*. El art. 83 de la Ley 358-05 General de Protección del Consumidor o Usuario de República Dominicana en su enunciado habla de *cláusulas y prácticas abusivas en contratos de adhesión*, pero a continuación, en la parte normativa de la disposición legal, regulan los contratos de adhesión y las cláusulas nulas por abusivas obviando definir y regular las *prácticas abusivas*.**

consumidores y que no necesariamente se presentan en un ámbito contractual como sí lo hacen las prácticas reguladas en el art. 82.1 TRLCU.

En todo caso, el análisis de las prácticas no consentidas expresamente del TRLCU es aún más difícil, tomando en cuenta la escasa técnica legislativa con la que fue creada. Ejemplo de ello es que en el art. 82.1 TRLCU se consideran *cláusula abusiva* las *prácticas no consentidas expresamente* que en contra de la buena fe, causen un desequilibrio de los derechos y obligaciones contractuales, en perjuicio del consumidor. Lo correcto hubiese sido que se consideraran como *prácticas abusivas* las *prácticas no consentidas expresamente*, a fin de evitar confundir las nociones de una cláusula contractual con la de una práctica<sup>131</sup>. Las prácticas son comportamientos y no cláusulas contractuales<sup>132</sup>.

El Consejo de Estado al rendir el informe sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios que provocó la inclusión de esta figura en el TRLCU advertía ese error, al indicar que la consideración técnica de calificarlas como cláusulas abusivas no era *excesivamente afortunada*, debido a que, junto a otra razón, *las prácticas contractuales no son cláusulas, sino, como mucho, usos que se observan en el seno de una relación convencional*<sup>133</sup>. En efecto, el régimen de control de contenido establecido principalmente en el art. 82 TRLCU ha sido diseñado para regular cláusulas, por lo que es imposible de aplicar a un comportamiento por sí solo<sup>134</sup>.

También, la doctrina ha advertido una situación ilógica en esta regulación: una declaración de ineficacia de prácticas. Cuestión que es inviable porque carece de sentido que se invalide una práctica, no pueden *tenerse por no puestas*<sup>135</sup>. Podrían aplicarse otros efectos jurídicos a las prácticas en sí mismas, pero no su invalidez. Así por ejemplo podrían haberse prohibido legalmente, articulando medio jurídicos de reacción adecuados para llevar a cabo esta prohibición, tales como acciones de cesación, de retractación, multas, etc.<sup>136</sup>. O bien, podrán ser removidos los efectos de esas prácticas ya realizadas<sup>137</sup>.

---

<sup>131</sup> Como señala de manera crítica, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008, pp. 26 y 51, una cosa es reprimir esas prácticas, y otra cosa es, como lo hace erróneamente el legislador, reputarlas cláusulas.

<sup>132</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 887. También advierten de este evidente error, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo: cláusulas abusivas», *Grandes Tratados*, 2008, p. 5, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es), quienes agregan en sus observaciones que *una «práctica» (sea lo que sea) no puede ser una disposición incluida por las partes en la reglamentación contractual (entre otras cosas, esa cuestión ya estaba regulada sin necesidad del nuevo inciso)*.

<sup>133</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, el cual fue publicado en *EC*, n.º 77, 2006, pp. 89 y ss.

<sup>134</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, 887; BUSTO LAGO, J. M., ÁLVAREZ NATA, N., y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 7.

<sup>135</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1394, nota 176.; BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 7.

<sup>136</sup> BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo: cláusulas abusivas», *Grandes Tratados*, 2008, versión utilizada es la que se encuentra disponible en formato pdf en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es), p. 7.



Pese a estas evidentes deficiencias técnicas, la incorporación de esta figura puede ser útil en dos momentos de una relación contractual con cláusulas predisuestas: en los tratos previos y durante la celebración del negocio, y durante la ejecución del contrato. En lo que respecta a los tratos previos y durante la celebración del contrato, es evidente que el legislador ha deseado que se tome en cuenta la conducta de los empresarios en esa etapa para valorar la validez de los negocios. Puede extraerse de esta reforma que el legislador ha considerado que la conducta de los empresarios incide en el examen de abusividad de las cláusulas. Más específicamente, es tomada en cuenta al valorar el elemento de la buena fe, el cual es uno de los elementos de abusividad.

El comportamiento o conducta desleal del empresario-predisponente es importante para este examen<sup>138</sup>. Por ejemplo, es aplicable al caso en que el predisponente introduce furtivamente condiciones generales en el contrato que contradicen las características esenciales del bien o servicio o del precio ofertado al consumidor en los tratos previos, generándose así un desequilibrio contractual<sup>139</sup>.

Nótese que no se anula la conducta en sí misma, sino que se anula el efecto de dicha conducta: la celebración de un contrato bajo condiciones generales que contradicen el esquema del negocio que ha sido diseñado mentalmente por el consumidor en los tratos previos debido a las ofertas y publicidad del empresario<sup>140</sup>. Si esa práctica es consentida expresamente por el consumidor, se tornará en una cláusula incorporada al contrato con plena validez y arropada por la autonomía privada, ya que habrá consentido con total conocimiento de las características del bien o servicios y el verdadero precio. Esto será oportunamente ampliado en el presente trabajo cuando se aborde el tema de las cláusulas abusivas por defectos de transparencia<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1394, nota 176.

<sup>138</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 888.

<sup>139</sup> Así, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 7, quienes en principio rechazan la aplicación de las nociones de prácticas desleales y cláusulas abusivas, sosteniendo que *nada tiene que ver el equilibrio contractual con la distorsión de hecho del comportamiento del consumidor, desde un punto de vista conceptual*. Pero posteriormente reconsideran su postura, afirmando que las prácticas comerciales pueden dar lugar también a un desequilibrio contractual.

<sup>140</sup> En palabras de GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, pp. 888 y 889: *si bien no es imposible aplicar el régimen jurídico desarrollado en el Capítulo II a las prácticas como simples comportamientos en la fase previa y coetánea a la conclusión del contrato, la previsión permite estimar abusivas las cláusulas cuya presencia en el contrato traiga causa de aquella conducta*. Aunque advierte que lo lógico habría sido incluir esta idea en el art. 82.3 TRLCU, y que además ya puede entenderse incluida cuando se refiere dicha disposición a *todas las circunstancias concurrentes*. También, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 8, quienes analizando desde el punto de vista de la incidencia de las prácticas desleales contempladas en la Directiva 2005/29/CEE, advierten que podría aplicarse la figura de prácticas de carácter abusivo cuando existan *prácticas que han provocado que el consumidor preste su consentimiento a un contrato desequilibrado, por ejemplo, a conductas de comercialización engañosa o agresiva que han determinado la adquisición de un producto distinto del que se creía adquirir o de un servicio en unas condiciones jurídica totalmente desfavorables para el consumidor*.

<sup>141</sup> Vid. Capítulo III apartado 5 del presente trabajo.

Por otro lado, también la figura de prácticas no consentidas expresamente contemplada en el art. 82.1 TRLCU puede ser útil para el momento de ejecución del contrato. De hecho, es en este momento cuando podría aplicarse más directamente la figura, y no servir únicamente como fuente de interpretación teleológica de otra figura<sup>142</sup>. Para ello, es necesario comprender que el desequilibrio contractual no sólo puede ser producto de una condición general incorporada al contrato, sino también de conductas del predisponente que *persiguen distorsionar la decisión del consumidor sobre el ejercicio de sus derechos*<sup>143</sup>. El legislador pretendió que esa conducta no sea legitimada por la pasividad o inactividad del consumidor cuando ellas ocurran, evitando que ello se considere como aceptación o consentimiento<sup>144</sup>. La práctica no tiene asidero contractual. Pero si efectivamente son consentidas expresamente, esa práctica pasará a ser una cláusula del contrato que no será sometida a control de contenido por ser producto de la autonomía privada.

En consecuencia, puede aseverarse que las prácticas no consentidas expresamente son las que en una relación contractual el empresario realiza sin haberlas consentido *stricto sensu* el consumidor, pero produciendo efectos como si estuvieran contempladas en una cláusula contractual. Efectivamente, podría decirse que esa fue la intención de incluir esta figura en la legislación, ya que el Consejo de Estado expresó en su dictamen del anteproyecto de ley que: *se pretende equiparar el tratamiento de las cláusulas –estipulaciones- abusivas con las prácticas que, sin figurar en el documento contractual, tienen idéntico alcance, posibilitando con ello su prevención mediante el ejercicio de las correspondientes acciones judiciales*<sup>145</sup>.

En definitiva, la figura va dirigida a las prácticas que no tienen reflejo en el documento contractual, pero el empresario exige su cumplimiento como si lo tuvieran<sup>146</sup>. Por tanto para determinar el carácter abusivo de una práctica se debe realizar el siguiente ejercicio: si

---

<sup>142</sup> Al respecto, «Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 6, considera que *la exclusión de la consideración de la práctica como abusiva por el hecho de que el consumidor haya consentido en la misma, reafirma la idea de que son este tipo de conductas en la fase de ejecución del negocios las que tratan de regularse..*

<sup>143</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 890.

<sup>144</sup> Así se señaló expresamente en el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, el cual fue publicado en *EC*, n.º 77, 2006, p. 101, al aseverar que se pretende evitar *que la inactividad del consumidor acabe vinculándole*.

<sup>145</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, publicado en *EC*, n.º 77, 2006, p. 101.

<sup>146</sup> En ese sentido, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...», op. cit.*, p. 6, afirman que es posible intuir que la intención del legislador era aplicar la normativa sobre cláusulas abusivas *a las prácticas contractuales realizadas por el empresario, que no se hayan plasmado en cláusulas integrantes del contrato de consumo, pero que produzcan los mismos efectos que ellas*. Agregan que la intención del legislador era desarrollar la prohibición de *obstáculos no contractuales* reguladas en la Directiva 2005/29/CEE, intención que se puede entrever del apartado VII de la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (p.6).

una específica práctica no consentida expresamente de haber sido plasmada en una cláusula habría sido considerada cláusula abusiva, ergo la práctica es abusiva<sup>147</sup>.

Un ejemplo ilustrará mejor este punto. Contratos de préstamo bancario que no incorporan condición general del redondeo al alza, pero el banco suele redondear al alza las cantidades relativas a dichos préstamos. En ese caso, la aplicación del redondeo al alza no se encuentra plasmado en el contrato, ni ha sido consentido expresamente. El cobro rutinario a todos o a muchos de sus clientes aplicando redondeo al alza no legitima esta práctica porque no ha sido consentido expresamente por ellos. El pago de sumas redondeadas al alza sin haber el consumidor formulado objeciones por ello no implica un consentimiento expreso de esa práctica.

Definido que tal redondeo es producto de una práctica no consentida expresamente, el siguiente paso es determinar si es abusiva. En ese sentido, aplicando el razonamiento anterior, habría sido una cláusula abusiva si se hubiese incluido como condición general en un contrato ya que el art. 87.5 TRLCU así la califica. En consecuencia, esa práctica es abusiva.

Otro ejemplo es el sucedido en el marco de un contrato de seguro de vida cuya contratación había sido condicionada por una entidad bancaria para otorgar un crédito y requiriendo además que la beneficiaria del seguro fuese dicha entidad bancaria a fin de asegurar el pago de deuda por fallecimiento del deudor<sup>148</sup>. Usualmente el consumidor debe cumplir dicha exigencia adhiriéndose a las condiciones de un contrato de seguro colectivo celebrado entre la entidad bancaria y una aseguradora, y a veces incluso éstas son empresas filiales. La práctica controvertida es cuando, estando pendiente el pago de capital de la deuda fallece el deudor o éste incurre en situación de invalidez, el banco decide libremente si satisface la suma restante adeudada haciendo efectivo el seguro, o bien, no hacer efectivo el seguro pero cobrar la deuda insoluta al cónyuge viudo o al propio deudor inválido.

A esto, la SAP Las Palmas 6 mayo 2005 (JUR 2005/157026) señala que *la entidad financiera debe agotar la vía de reclamación frente a la entidad aseguradora como beneficiaria del contrato de seguro (art. 88 LCS), y solo cuando no pueda hacer efectivo su crédito podrá reclamar frente al prestatario ejercitando la acción derivada del préstamo*<sup>149</sup>. Partiendo de la premisa que dicha facultad de elección no está contemplada en una cláusula de los contratos, la elección de exigir el cobro al cónyuge viudo sería una

---

<sup>147</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla contra proferentem», *RDNT*, num. 14, 2007, p. 23. También, MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 322, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 890, quien expresa esta idea señalando que *como si acaso pudiera decirse que debe ser rechazada como pretensión o alegación abusiva aquella que, de haber descansado sobre el tenor del contrato, merecería tal calificación*.

<sup>148</sup> Ejemplo citado por «Comentario a Título II...», *op. cit.*, pp. 890 y 891.

<sup>149</sup> A dicha conclusión llega aplicando la línea jurisprudencial de la STS 30 noviembre 2001 (RJ 2002/9693).

práctica no consentida expresamente de carácter abusivo. Y es que en la hipótesis que una condición general estipulara la libertad de la entidad acreedora de hacer efectiva la garantía o cobrar el resto del crédito al cónyuge viudo, o que primero intentaría el cobro a éste, seguramente sería cláusula abusiva conforme al art. 82.1 TRLCU. En consecuencia, la práctica, no plasmada en una cláusula, será abusiva.

Como señala MARTÍN PÉREZ, otros ejemplos los podemos encontrar en la propia Ley 24/2006 que introdujo esta figura de las prácticas no consentidas expresamente en la legislación española y particularmente en la LGDCU<sup>150</sup>. Así, el legislador dispuso prohibir la creación de obstáculos desproporcionados a cargo del consumidor para el ejercicio de sus derechos y las demoras injustificadas del empresario para proceder a la baja de servicio solicitada por el consumidor<sup>151</sup>. Naturalmente las condiciones generales que incorporen al contrato tales obstáculos o causen tales demoras serán abusivas, o podrán reputarse nulas por contradecir disposiciones generales imperativas<sup>152</sup>. Si el contrato no incorpora estas condiciones generales, pero el empresario realiza tal obstaculización o demora prohibida por el legislador, se tratará de una práctica que podrá reputarse como abusiva a la luz del art. 82.1 TRLCU. A esta conclusión se llega debido a que, como hemos indicado, si esa práctica es plasmada a manera de cláusula en un contrato será declarada nula por abusiva, principalmente aplicando el art. 87.6 TRLCU.

Pese a la aparente importante utilidad de esta figura en la etapa de ejecución de los contratos, en realidad la utilidad no es de gran magnitud. Las prácticas que realice el predisponente no modificarán en modo alguno las cláusulas contempladas en el contrato, las cuales tendrán plena vigencia manteniéndose incólumes sus derechos y obligaciones contractuales<sup>153</sup>. Incluso, dichas prácticas que pretendan desconocer los derechos contractuales del consumidor, *pertenece normalmente a la órbita de las normas sobre cumplimiento e incumplimiento del contrato (o de la ley) y no al plano de la validez o invalidez del mismo (al pertenece la normativa sobre cláusulas abusivas)*<sup>154</sup>.

Así, en el ejemplo del redondeo al alza el predisponente estaría incumpliendo el contrato cobrando más de lo que contractualmente tiene derecho. Por ello, algunos autores acertadamente han señalado que usualmente la práctica que se analice, *no es otra cosa, que un incumplimiento contractual del predisponente, a lo sumo, revestido de una interpretación en perjuicio del consumidor o de una modificación del contrato, también perjudicial para el mismo*<sup>155</sup>. O bien, se tratará de conductas *que directamente pueden*

---

<sup>150</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 322.

<sup>151</sup> La prohibición de este tipo de obstáculos o demoras se encuentra reguladas en diversas disposiciones, tales como los arts. 49.1.j), 62 y 87.6 TRLCU.

<sup>152</sup> Se podrán declarar nulas por contradecir normas imperativas como el art. 62 TRLCU que prohíbe la incorporación al contrato de estas cláusulas. Se podrán calificar abusivas conforme al art. 87.6 TRLCU.

<sup>153</sup> BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo...*, *op. cit.*, p. 6.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>155</sup> BALLUGERA GÓMEZ, C., «Prácticas abusivas, información...», *op. cit.*, 2007, p. 24.

*constituir incumplimiento contractual (o legal), o que pretenden obstaculizar la reacción del consumidor frente a ese incumplimiento*<sup>156</sup>.

#### **2.4. Carga de la prueba de las condiciones generales.**

Sobre la carga de la prueba de la calidad de condición general en acciones individuales, el único precepto que contiene una mención de ese aspecto, es el art. 82.2 párrafo 2 TRLCU (antiguo art. 10.bis.1 párrafo 3 LGDCU) que dice: *(e)l empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba*<sup>157</sup>. Esta disposición deriva del art. 3.2 párrafo 3 de la Directiva 93/13/CEE, que ordena de manera similar que *(e)l profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO ha sostenido que el legislador ha establecido en dicha disposición legal una presunción de falta de negociación individual de las cláusulas a favor del adherente<sup>158</sup>. Es una inversión de la carga de la prueba. Normalmente, con base en el art. 217 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, quien alega un hecho debe de probarlo. Si se trasladara esta regla general a los contratos con consumidores, sería: el adherente que desee aprovecharse de la protección que le brindan la normativa sobre condiciones generales debe de probar el carácter predispuesto e impuesto de las cláusulas.

El TRLCU en este ámbito establece la presunción de que todas las cláusulas han sido predispuestas e impuestas al adherente, y que si el empresario pretende que no se aplique la normativa protectora, deberá probar que no se cumple con alguno de los tres requisitos de las cláusulas *no negociadas individualmente*. Esto no representa mayor problema de interpretación, puesto que claramente el legislador ha establecido que, tratándose de contratos con consumidores, existe una inversión de la carga de la prueba<sup>159</sup>. No será el consumidor quien deba probar que las cláusulas del contrato cumplen con los requisitos para ser considerada *no negociada individualmente*, sino que corresponderá al empresario probar que no se cumple con alguno de los requisitos para aplicar las normas protectoras.

---

<sup>156</sup> Reclamaciones de consumo...», *op. cit.*, p. 6

<sup>157</sup> El art. 33 PDDC 2008 establece una regla igual: *Si el comerciante afirma que una cláusula contractual se ha negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba*.

<sup>158</sup> Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la disposición adicional primera. Tres: Art. 10.bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por el mismo autor), Navarra, 1999, p. 765. Y así parece también entenderlo, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 82 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (Coordinados por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 753. En contra, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1398, quien sostiene que la carga de probar que se trata de una cláusula predispuesta corresponde al adherente, y que el art. 82.2 párrafo 2º TRLCU lo que establece es que en esa situación al predispuesto le correspondería probar que no han sido especialmente negociadas para evitar la aplicación del TRLCU. Por lo que dicha disposición legal no es más que una expresión de las reglas generales de la distribución de la carga de la prueba.

<sup>159</sup> Así, LAWSON, R., *Unfair clauses and unfair contract terms*, 2005, Londres, p. 215.

Ello es una ampliación de la presunción que establecía el art. 3.2 párrafo 3 de la Directiva, puesto que éste únicamente se refería a *contratos tipos*, y no a toda cláusula *no negociada individualmente*. La Directiva parece establecer que si se trata de un contrato impreso en formularios, folletos, o cualquier documento preimpreso que evidencie que se trata de un contrato utilizado para una serie de negocios, el consumidor no deberá probar que concurren todos los requisitos para calificar como cláusulas *no negociadas individualmente* las que se encuentren preimpresas en dicho documento<sup>160</sup>. Bastará ese indicio de predisposición (formar parte de un contrato tipo) para que se invierta la carga de la prueba en contra del empresario. Pero si no se trata de un contrato tipo, sino que, por ejemplo se encuentra plasmado en una escritura pública o cualquier otro documento del que su aspecto físico no se pueda inferir que se trata de un contrato elaborado para utilizarse en una pluralidad de negocios jurídicos, serían aplicables las normas generales en materia probatoria: el consumidor debe probar la existencia de los tres requisitos (predisposición, imposición y contractualidad) para beneficiarse de la normativa protectora.

Como puede observarse, la normativa comunitaria no innovaba en nada en el tema probatorio, ya que aún cuando no se hubiese traspuesto a la legislación española una norma similar, es claro que si un juez tiene bajo su conocimiento un contrato formulario celebrado entre un empresario y un consumidor bastará para probar que se trata de un contrato con cláusulas *no negociadas individualmente*. Sin embargo, el legislador español, atinadamente ha ampliado el ámbito de aplicación de la norma comunitaria invirtiendo la carga de la prueba en todo contrato con consumidores, sean contratos tipos o no. De este modo, facilita el acceso a la protección legislativa a aquéllos sujetos que en principio les resultaría más difícil probar que se está en presencia de cláusulas *no negociadas individualmente*.

Por otro lado, el problema se presenta cuando se pretende aplicar la LCGC, es decir, que se trata de una condición general. Es necesario aclarar que este es un tema que carece de relevancia para la aplicación del control de contenido del TRLCU, puesto que toda condición general será una cláusula *no negociada individualmente*. Se aplicará el control en aquéllas por su calidad de cláusula *no negociada individualmente*, y no por ser condición general. Es relevante entonces este tema si se pretende aplicar el control de

---

<sup>160</sup> Sin embargo, BRUDER, F., «Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive», *ERPL*, num. 2, 2007, p. 220, mantiene una interpretación diferente de la normativa comunitaria. Considera que el consumidor posee tres alternativas para probar que una cláusula se encuentra dentro del ámbito objetivo de la directiva: 1) probar los hechos que demuestren que han sido negociadas individualmente (art. 3.1); 2) aprovecharse de la presunción de falta de negociación del art. 3.2 párrafo 1º, probando que ha sido redactada previamente y el consumidor no ha podido influir sobre su contenido; y, 3) Probar que se trata de un *contrato tipo*, para que, en virtud del art. 3.2 párrafo 3º, el empresario tenga la carga de probar que ha sido negociada individualmente. Interpretación que no compartimos, debido a que no es una presunción de falta de negociación individual la que establece el art. 3.2 párrafo 1, sino que, por el contrario, determina el alcance de lo que denomina la directiva en su art. 3.1 como cláusula no negociada individualmente. Es decir, si se quiere probar la falta de negociación, será demostrando sus elementos constitutivos: predisposición (...*haya sido redactada previamente*...), e imposición (...*el consumidor no haya podido influir sobre su contenido*). En cuanto a la tercera opción, el hecho de formar parte de un contrato tipo, es una prueba de que se cumplen con esos elementos constitutivos, por tanto, es lógico que recaiga al empresario en estos casos probar que se trata de una cláusula negociada individualmente. En conclusión, las tres alternativas se reducen a mostrar la predisposición e imposición, elementos necesarios para considerar no negociada individualmente la cláusula, y así aplicar las normas protectoras.

inclusión y reglas de interpretación que contiene la LCGC. Pese a que no es un tema que atañe al objeto del presente trabajo, cabe señalar que es aplicable la regla general en materia probatoria: el adherente que desee la aplicación de dicho cuerpo normativo, deberá probar la concurrencia de los cuatro requisitos (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad) con el propósito de demostrar que se trata de condiciones generales<sup>161</sup>.

No implica una desventaja para estos sujetos, ni se produce un efecto perverso que no permita la aplicación efectiva de la protección legal (prueba diabólica)<sup>162</sup>. Lo sería si se pretende encontrar el requisito de imposición en su sentido violento o desde una perspectiva errada (imposibilidad de discusión, intentar activamente modificar la cláusula, inexistencia de otros competidores a quienes dirigirse para obtener un bien o servicio similar, etc.). Pero, el requisito de imposición concurre en una cláusula cuando es imputable únicamente al empresario su incorporación al contrato, o, lo que es lo mismo, cuando el adherente no ha podido influir en su contenido. Desde este punto de vista la prueba del requisito de imposición es mucho más flexible y no una pesada carga para el adherente.

De esta manera, pueden suceder dos situaciones en casos concretos: el adherente alega que se trata de una condición general y el predisponente no niega ese hecho, ante lo cual queda probado ese extremo al ser asumido por éste<sup>163</sup>. La otra situación es la negación del predisponente del carácter de condición general. El adherente, pese a ello, puede fácilmente probarlo. Basta con la presentación del documento contractual impreso en formulario<sup>164</sup>. Así lo ha interpretado la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS 30 mayo 1998 (RJ 1998/4077), afirma que el examen del documento contractual, *evidencia por su*

---

<sup>161</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, pp. 127 y 128.

<sup>162</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 1. Ámbito objetivo», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por el mismo autor), Navarra, 1999, p. 28, señala que el deber de probar recae siempre en el predisponente pese a la falta de una norma similar al art. 82.2 TRLCU en la LCGC. Según él esto se debe a que es imposible o es demasiado difícil para el adherente probar la falta de negociación, siendo más fácil al predisponente probar que ha habido negociación. Obedece entonces a la *imposibilidad de exigir una prueba directa de la imposición al adherente*. Aduce el autor que por ello no es una inversión de la carga de la prueba, sino que es un deber lógico (a quien le sea más fácil probar, debe de poseer la carga probatoria). En consecuencia agrega que no se echa de menos que en la versión final de la LCGC se suprimió el art. 1.3 del Proyecto de ley, el cual disponía: *El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*.

<sup>163</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», p. 128.

<sup>164</sup> *Ibid.*, p. 128. En esto concuerda BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la STS de 31 de enero de 1998», *CCJC*, n° 47, 1998, p. 733, ya que *la mera existencia del impreso debe determinar una inversión de la carga de la prueba*. Agrega que (1) *o que ciertamente se corresponde con la conducta normal de las empresas que utilizan tales contratos de adhesión impresos. La previa reproducción impresa de las cláusulas del contrato permite presumir que se pretende imponer las mismas a todos quienes quieran contratar con la empresa predisponente*. En el mismo sentido, EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1329, afirma que *las condiciones de un contrato se consideran prima facie que han sido predispuestas cuando están recogidas en un formulario impreso. Y, en cuanto a la imposición, como se ha puesto suficientemente de relieve, basta con que el clausulado presentado por el predisponente no haya sido modificado, para presumir que la inclusión de las condiciones generales en el contrato ha sido imputable exclusivamente a aquél*.

*formato y texto impreso que se trata de un típico contrato de adhesión; y, la SAP Sevilla 30 abril 2008 (AC 2008/2252) señala que es evidente la calidad de contrato de adhesión del documento objeto del litigio, ya que se trata de un documento impreso, idéntico al utilizado en supuesto similares, como se deduce de determinados hechos, entre ellos, emplear términos tanto en singular como en plural, como cuando se refiere a la descripción de los posibles inmuebles que se venden.*

En el caso que no se encuentren plasmados en formularios o que del propio aspecto físico o redacción del contrato se pueda inferir que se trata de condiciones generales, bastará con aportar *tres o cuatro contratos que contengan cláusulas idénticas*<sup>165</sup>.

### **3. Cláusulas no sometidas control de contenido.**

A continuación se analizan las razones por las que entendemos que algunas cláusulas no cumplen con alguno de los requisitos para quedar comprendidas en el ámbito objetivo de aplicación del control de contenido. La razón principal es la ausencia de imposición, elemento imprescindible y caracterizador de la problemática que la utilización de condiciones generales acarrea<sup>166</sup>. Sin embargo, algunos autores abordan este tema de manera diferente. Consideran que sí son condiciones generales, pero que no son sometidas al control debido a prohibiciones legales que obedecen a razones de inconstitucionalidad o incompatibilidad con el sistema de Derecho privado o incluso motivos de conveniencia, debiendo muchas veces hacer interpretaciones legales forzadas para lograr tal fin. Pero como se verá, mediante la verificación de la ausencia de los requisitos legales, principalmente de predisposición o imposición, se cumple con el mismo fin y, sobre todo, de una forma más acorde con el concepto mismo de condiciones generales y el de cláusulas no negociadas individualmente en el sentido del art. 82.1 TRLCU, así como de su fundamento.

El análisis del presente apartado se dividirá de acuerdo a las dos formas de autodeterminación que hemos expuesto a lo largo del trabajo: cláusulas que han sido seleccionadas y cláusulas que han sido discutidas (o han podido ser discutidas o regateadas). Por último se expondrá la exclusión de las cláusulas elaboradas por terceros y cláusulas declarativas.

#### **3.1. Cláusulas seleccionadas. Prestaciones principales y otros aspectos del contrato.**

Hemos dado por sentado que cuando son seleccionadas las cláusulas por los adherentes o consumidores como grupo, no puede decirse que haya habido imposición de las mismas.

---

<sup>165</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 128.

<sup>166</sup> Esta es la función *negativa* del requisito de imposición que es señalado entre otros por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 130 y 131.



No puede sostenerse que es imputable exclusivamente al predisponente su inclusión al contrato. En estos casos la dinámica protectora del mercado funciona, y vuelve ineficiente una intervención estatal.

Veremos a continuación los aspectos de las ofertas o contratos que usualmente son seleccionadas por los consumidores. Nos referimos a las prestaciones principales o, también denominadas como elementos esenciales. Se expondrá la opinión de una parte de la doctrina que afirma la posibilidad legal de que a través del control de contenido de las condiciones generales puede llegar a revisarse el equilibrio objetivo de las prestaciones. Esta postura doctrinal será denominada como tesis positiva. Asimismo se expondrá la opinión contraria (se denominará tesis negativa), a la cual nos adherimos.

A continuación se analizará un problema que ha suscitado controversia y que no se ha podido zanjar ni creemos que sea posible con certeza esclarecer para todo caso que se presente: cómo determinar si un aspecto forma parte o no de las prestaciones principales. Posteriormente se expondrán algunas otras cláusulas en que usualmente funciona el mercado, en virtud de que son seleccionadas por los clientes, pero que no forman parte de las prestaciones principales.

### **3.1.1. Cláusulas que regulan prestaciones principales o elementos esenciales.**

En los tiempos actuales resulta difícil pensar que cada vez que se celebran contratos se debe discutir o regatear el precio o los demás elementos esenciales<sup>167</sup>. Es inimaginable cómo subsistirían las empresas si tuvieran que negociar con sus clientes el precio por minuto llamado por teléfono móvil, el precio del periódico, tasas de interés de préstamos, etc. De allí que es necesario que las empresas elaboren las cláusulas previamente, para poder organizarse, estructurarse y ser rentables. Entonces, las cláusulas mencionadas son predisuestas, así como también son generales, y obviamente contractuales, pero ¿son impuestos los precios, y demás prestaciones principales de los contratos por el hecho de haber sido fijados previamente y unilateralmente por el empresario? De ser afirmativa la respuesta se estaría dando un paso importante hacia la aplicación del examen de abusividad como un control general de precios, al menos en contratos con consumidores.

Cabe aclarar que nos referiremos en el presente trabajo como *control de las prestaciones principales* al control que pretenda examinar objetivamente precios de los contratos, a fin

---

<sup>167</sup> Cuando existe regateo o discusión de las prestaciones principales no cabe duda que se excluyen de control. Igualmente en los casos en que éstas han sido fijadas por el consumidor, y no por el profesional o empresario, tal como sucedió en el caso resuelto en SAP Barcelona 30 marzo 2002 (AC 2002/996) en la que la alumna del centro de aprendizaje de idiomas confiesa *haber sido ella la que definió los elementos esenciales del contrato, como el número de niveles didácticos a realizar, el plazo máximo de duración del contrato y la forma de pago del precio*. Dicho tribunal utilizó este argumento tanto para rechazar la existencia de vicios del consentimiento como para rechazar que se trata de un contrato de adhesión.

de ajustar los que sean excesivos o injustos en detrimento del consumidor<sup>168</sup>. Se busca determinar objetivamente si las prestaciones principales son equilibradas (equilibrio objetivo)<sup>169</sup>. Para simplificar la exposición denominaremos a ello como *control de precios* o *control de prestaciones principales* o *control objetivo de prestaciones principales*.

No obstante, aclaramos que este tipo de control del que hablaremos no se reduce al examen judicial del precio del negocio encaminado a determinar si se aproxima al *justo precio* o bien verificar si es equilibrado el precio en relación con el bien o servicio. Estas sólo son algunas de las manifestaciones del control de prestaciones principales. Igualmente encajarán en este término otros controles estatales que, invocando el régimen de cláusulas abusivas, pretendan controlar o examinar objetivamente estos aspectos de los negocios. Así, un juez puede que no pretenda disminuir un precio fundamentando que la calidad del bien no corresponde al alto precio pagado, sino que prefiera ordenar que se entregue un bien de mejor calidad que la entregada dejando intacto el precio contractual. Como se puede apreciar, siempre el juez está analizando si el precio corresponde a la calidad del bien o servicio. Determinar qué características o calidad debe de poseer un bien o servicio, o analizar si es equilibrado o justo que algún aspecto forme parte de la descripción del objeto principal de contrato, también es un *control de las prestaciones principales*, o, para efectos del presente trabajo, un *control de precios*.

Por otro lado, es usual que la doctrina y jurisprudencia se refiera como *elementos esenciales* del contrato a estos aspectos excluidos de control<sup>170</sup>. Sin embargo, preferentemente utilizaremos el término *prestaciones principales* en vez de *elementos esenciales* para referirnos a estos aspectos centrales de cada negocio. Consideramos que la figura de los elementos esenciales puede conducir a equívocos. Identificarlas como elementos esenciales significaría que su ausencia tendría como resultado la inexistencia del contrato<sup>171</sup>. Sin embargo, tal como lo señala la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), los intereses remuneratorios en un contrato de préstamo dinerario no son esenciales, puesto que el contrato se forma válidamente aún sin ellos conforme art. 1755 CC. Aún en el

---

<sup>168</sup> La aclaración realizada en el párrafo anterior es necesaria debido a que, como se verá en el capítulo III apartado 5, las cláusulas que regulan las prestaciones principales sí pueden ser sometidas a un tipo de control de abusos pero que es distinto al control de precios. Este otro tipo de control no radica en el equilibrio objetivo o búsqueda del justo precio, sino en algo completamente distinto lo cual es la prohibición de alteración subrepticia del equilibrio subjetivo de las prestaciones principales. Es decir, es un control bajo la perspectiva de cumplimiento de deberes de transparencia.

<sup>169</sup> En contraposición con la determinación subjetiva del equilibrio de las prestaciones, la cual es realizada por las partes al momento de contratar y se materializa mediante el consentimiento.

<sup>170</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 82 TRLCU», *op. cit.*, p. 712 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, 2006, *passim*; ALFARO AGÚILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 133 y ss.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 277 y ss. Entre la jurisprudencia podemos citar a manera de ejemplo los siguientes: STJUE 15 marzo 2012 (TJUE 2012/55); STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162); STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088); SAP Asturias 25 febrero 2014 (AC 2014/345); SAP Zamora 22 enero 2013 (JUR 2013/87420); y, SAP Sevilla 7 octubre 2011 (AC 2011/1569).

<sup>171</sup> Vid., sobre la diferencia entre elementos esenciales, accidentales y naturales de los contratos, ALBALADEJO, M., *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, 2002, p. 572 y ss.

préstamo mercantil se perfecciona válidamente el contrato sin pactarse intereses remuneratorios (art. 315 CCom). Por lo que, si se siguiera esta idea, sí serían sometidos a control los intereses remuneratorios en vista que no son elementos esenciales del contrato de préstamo.

En consecuencia, consideramos más acertado denominar como *prestaciones principales* a las cláusulas que encarnan el interés de las partes, la intención negocial o el móvil esencial para la celebración del contrato. Es decir, las cláusulas que las partes, principalmente el consumidor, ha tomado en cuenta para su decisión de contratar. En el caso del préstamo, el interés remuneratorio es el aspecto que motiva a la entidad bancaria o financiera a celebrar el contrato y, es uno de los aspectos que el prestatario ha consentido al seleccionar las ofertas de préstamos presentes en el mercado. Y por ende, se encuentra excluido de control de cláusulas abusivas por ser una de las prestaciones principales del contrato.

La idea de los elementos esenciales del contrato tiene como objeto determinar cuáles son los requisitos mínimos que debe reunir cualquier negocio para su perfeccionamiento. Por lo que su lógica es totalmente ajena al ámbito del control de cláusulas abusivas, especialmente para identificar los aspectos excluidos de sometimiento al examen de abusividad. La idea de los elementos esenciales obedece a determinar los requisitos fundamentales o más básicos de todo acto jurídico para su existencia. En cambio el propósito del presente apartado es totalmente distinto, esto es, identificar cuáles son los aspectos de un negocio sobre los que recae un consentimiento *stricto sensu* para así considerarlos excluidos de control. Al sostener que una cláusula no debe ser sometida a examen de abusividad debido a que una hipotética ausencia de dicha cláusula ocasionaría la inexistencia del contrato (o viceversa), se están mezclando figuras distintas y ajenas al campo en el que operan. Por ello, hemos preferido denominarlas como *prestaciones principales* en vez de *elementos esenciales*.

A continuación expondremos las vertientes jurídicas sobre el control de prestaciones principales. La tesis que denominaremos como positiva, justifica la legalidad de dicho control. En cambio la tesis que denominaremos negativa, lo considera ilegal, e incluso inconstitucional.

### **Tesis favorable al control de las prestaciones principales. (Tesis positiva).**

Parte de la doctrina considera que el alcance del control llega a abarcar a las prestaciones principales. Posición doctrinal que no es nueva. Ya con la promulgación de la LGDCU de 1984 había surgido polémica similar, la cual fue originada principalmente por la deficiente redacción del art. 10.1.c) LGDCU. Éste determinaba que la *buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones* eran los requisitos que debían cumplir las *cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general*.

Se pensó que era un control similar al de la rescisión por lesión debido a que hablaba de *justo equilibrio de contraprestaciones*<sup>172</sup>. La redacción de la ley sugería que se deseaba instaurar un control de las prestaciones principales y que junto al control jurídico se establecía un control económico de los contratos de adhesión. Permitía a los tribunales verificar si la relación calidad/precio era justa. Un precio demasiado alto para el tipo y calidad de bien o servicio adquirido podía ser nulo o ajustado por el tribunal<sup>173</sup>. Incluso, se sugirió que se establecía una rescisión por lesión más estricta que la *ultra dimidium*, puesto que no permite un mínimo de variación del precio contratado con respecto al precio de mercado. Cualquier exceso por mínimo que sea al precio de mercado sería abusivo<sup>174</sup>.

Reconocen que en la economía de mercado (art. 38 CE), uno de los principios fundamentales es la libre fijación de precios<sup>175</sup>. Pero en un Estado social este principio sufre de restricciones como la del art. 10 LGDCU 1984, por lo que es legítimo un control de precios y, en general, de las prestaciones principales.

Respecto a la legislación actual, nos encontramos con que no fue transpuesto el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE<sup>176</sup> al ordenamiento jurídico español, el cual excluye del ámbito de

---

<sup>172</sup> Esta idea puede ser reforzada por la discusión parlamentaria para la aprobación de la LGDCU de 1984. El Grupo Popular se opuso a la redacción de la 10.1.c) LGDCU, por considerar que los conceptos bajo los cuales se anularían las cláusulas abusivas eran demasiado generales y atentaban contra el sistema de economía de mercado. El portavoz de dicho grupo, según él, para solventar esto propuso una enmienda que decía: *El contenido de las condiciones generales no será contrario al principio de la buena fe contractual, siendo nulas las cláusulas relativas al bien o servicio, al precio y sus diversas formas, al crédito correspondiente, a la responsabilidad contractual o a la eficacia o ineficacia del contrato* (el resaltado es nuestro). A todas luces esta propuesta era mucho más nociva que el texto criticado del proyecto puesto que permitía expresamente un control de precios y de las prestaciones principales, lo cual sí habría sido contrario al sistema de economía de mercado. Vid. resumen de la propuesta de enmienda en GARCÍA AMIGO, M., «La defensa de los consumidores desde el derecho privado», *RD*, 1985, p. 409.

<sup>173</sup> En este sentido, MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995, p. 401 y ss., afirmó que el control de contenido constituye una de las fórmulas *parar evitar o, en su caso, reprimir los abusos sobre la parte débil. Y permite ejercer un control judicial sobre la justicia del intercambio contractual*. Y aseguró que el hecho de que el art. 10.1.c) LGDCU haga clara mención a las «contraprestaciones» y de que exista otra cláusula (...) que al definir las condiciones abusivas alude a ese genérico equilibrio entre posiciones, permite concluir que el control de contenido se refiere al estricto ámbito del valor económico de las prestaciones contractuales. Igualmente, LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª Edición, 1987, p. 41, sugiere que es aplicable a las prestaciones principales el control de contenido de las condiciones generales dada la amplitud de sus términos.

<sup>174</sup> Así sostuvo en su momento, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del...», *op. cit.*, p. 200, que en la lesión *ultra dimidium* el efecto rescisorio (...) se prevé normalmente a partir de un tope mínimo de lo que se considera excesivo. Por el contrario, en principio un justo equilibrio admite un margen escaso de fluctuación. Será contrario al mismo todo precio que exceda al habitual dentro del mercado. En igual sentido, MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato...*, *op. cit.*, p. 403, sostuvo que la norma impone una deseable proporción entre el valor del producto o servicio realizado y el precio que el consumidor satisface por él, y crea un control judicial con un alcance más amplio que tenía la *laesio ultra dimidium*. También, LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996, p. 92.

<sup>175</sup> LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información...*, Madrid, 1996, p. 92.

<sup>176</sup> Art. 4.2 Directiva 93/13/CEE *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas*

aplicación del control de contenido a los elementos esenciales de los contratos<sup>177</sup>. Es una prohibición expresa de controlar la relación calidad/precio, puesto que corresponde a los clientes realizar el juicio de valoración de forma previa a la celebración del contrato. Son valoraciones personales en las que el Estado no puede intervenir para determinar *a posteriori* si es justa dicha relación.

Pero al trasponerse dicha normativa al ordenamiento jurídico español, se omitió incluir en el texto de la LGDCU una disposición legal equivalente. Omisión que ha sido mantenida al promulgarse el TRLCU y sus posteriores reformas. Esta ausencia avivó la discusión doctrinal sobre si en el ordenamiento español se excluye del control de contenido las prestaciones principales. La justificación alegada es sencilla: La Directiva es de mínimos, por lo que permite a los Estados aumentar la protección a los consumidores adoptando normas más estrictas<sup>178</sup>. El legislador español pudo haber traspuesto esta exclusión del ámbito de aplicación pero omitió hacerlo. El silencio legislativo sobre este punto debe de interpretarse como una decisión del mismo de aumentar el grado de protección mínimo que establecía la normativa comunitaria.

A través de la LCGC el legislador se propuso *no disminuir el grado de protección de los consumidores que ya se había alcanzado con la LGDCU y normas concomitantes, con anterior a la trasposición de la Directiva*<sup>179</sup>. Precisamente la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 se adhiere a esta idea al manifestar que la falta de trasposición del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE en el ordenamiento interno español implica una habilitación para que *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* (apartado 42)<sup>180</sup>.

---

*cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.* Dicha prohibición ha sido explicada brevemente en el considerando 19 de dicha normativa comunitaria.

<sup>177</sup> Otros países que no lo hicieron fueron: Dinamarca, Grecia, Letonia, Luxemburgo, Eslovenia y Suecia. SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium –Comparative Analysis–*, prepared for the European Commission, 2006, p. 374, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf)

<sup>178</sup> Art. 8 de la Directiva 93/13/CEE. *Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.*

<sup>179</sup> LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por el mismo), Madrid, 2005, p. 314. .

<sup>180</sup> Dicha sentencia fue motivada por petición de prejudicialidad del TS español. Fue originada por un litigio en el que la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc) impugnó cláusulas de redondeo al alza de intereses de contratos de préstamo a tipo de interés variables destinados a la adquisición de viviendas utilizadas por una entidad financiera. El tribunal español se advirtió que esa cláusula forma parte del objeto principal del contrato: los intereses. Se trata de una prestación principal del contrato. Debido a ello le surgió la duda si en el marco de la Directiva 93/13/CEE los Estados pueden establecer legalmente un control de contenido del objeto principal del contrato, aun cuando las cláusulas que lo definan sean claras y

En consecuencia, el ámbito de aplicación del art. 82 TRLCU es más amplio que el de la Directiva (no posee dicha exclusión), aumentando así el nivel de protección de los consumidores. Dicho incremento *no está en contradicción ni con el derecho comunitario de la Directiva 93/13 ni con el derecho español*<sup>181</sup>. Refiriéndose al proceso legislativo de trasposición de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español que dio como resultado la promulgación de la LCGC y reforma de la LGDCU, LLAMAS POMBO comenta que *las enmiendas introducidas en el Proyecto en este punto se orientaron justamente hacia la inclusión de tales estipulaciones en el control de contenido, pues tanto el objeto como el precio pueden ser perfectamente abusivos*<sup>182</sup>. Sostiene el argumento que defiende su exclusión basados en la economía de mercado se vuelve contra sus mismos defensores, puesto que dicha economía *se basa en la libre fijación de precios, y las condiciones predispuestas reflejan precios impuestos*<sup>183</sup>. Por último, según dicho autor, el silencio legislativo debe interpretarse a la luz del *principio general del Derecho denominado protección del consumidor*<sup>184</sup>. En consecuencia la interpretación contraria, es decir, la que excluye de control dichos aspectos, es una interpretación *contra legem*, al violar dicho principio.

Algunas sentencias de tribunales españoles anteriores a la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) parecían aceptar la teoría positiva, aunque es necesario reconocer que fueron muy pocas las sentencias que se pronunciaron y las que lo hicieron no se pronunciaron de una forma clara o contundente. Entre ellas se encuentran la SAP Barcelona 18 enero 2002 (JUR 2002/110887) y SAP Barcelona 27 diciembre 2002 (JUR 2003/165775). Éstas en su fundamentación afirman que el art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE prohibía su control estatal, y que el anteproyecto de la LCGC de 1992 reproducía esta prohibición, por lo que

---

comprensibles. Como se puede apreciar, el TJCE resolvió que la instauración de un control de contenido de las prestaciones principales no vulnera la Directiva 93/13/CEE en virtud que esta es una directiva de mínimos (Art. 8).

<sup>181</sup> DUQUE, J., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, p. 486. En contra, LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo...*, *op. cit.*, p. 142, sostiene que la falta de trasposición constituye una infracción al Derecho comunitario, puesto que *la normativa interna de trasposición no se ajusta a lo dispuesto en la Directiva*. Sin embargo, este conflicto es salvable, según la autora, por la aplicación del *principio de la interpretación conforme* a la normativa comunitaria. El TRLCU debe ser interpretado a la luz de la Directiva. Por tanto, los tribunales españoles deben de excluir de control a las prestaciones principales. Este planteamiento es criticable, debido a que parte de la premisa de un conflicto entre normas comunitarias y normas internas, lo cual no ha sucedido en el presente caso. Aún cuando se admitiera (erróneamente) que hay un conflicto, nos llevaría a afirmar lo opuesto: conforme a la Directiva (art. 8), el legislador español ha aumentado el nivel de protección. Aun con todo ello, la autora parece abandonar esta idea de restringir el ámbito de aplicación, para finalmente decantarse por permitir una aplicación del control a las prestaciones principales siguiendo a DUQUE (p. 143).

La SJM Alicante 3 enero 2005 (AC 2005/36) al analizar la cláusula *hora o fracción* en los contratos de aparcamiento afirma inicialmente que *la exención de control derivado del hecho de que el ordenamiento jurídico no consagra el derecho a un precio justo al ser el precio libre por ser consustancial al sistema económico de mercado consagrado en el art. 38 de la Constitución, y de forma concreta en materia de aparcamientos públicos en el art. 3.1.d de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre*.

<sup>182</sup> LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», *op. cit.*, p. 314.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 314. Por ende, según este autor, el legislador se propuso incluir un control sobre estos aspectos que va más allá del tradicional mecanismo de la *laessio enormis*.

<sup>184</sup> *Ibid.*, p. 315.

*no parecía dable para los jueces modificar el contrato en sus prestaciones esenciales como las relativas al precio por falta de equivalencia. Pero a partir de las reformas legales internas promovidas para la trasposición de dicha normativa europea es viable su control atendiendo el nuevo art. 10 bis de la LGDCU (actual art. 82.1 TRLCU).*

La SAP Asturias 9 julio 2004 (AC 2004/1163) parece ser más clara al dejar entrever que el legislador nacional ha aumentado el grado de protección de la Directiva 93/13/CEE y que, por ende, es aplicable el control de contenido a las prestaciones principales. Así, señala: *con independencia de las dudas que pueden surgir acerca de si en este apartado (se refiere al art. 4.2. de la Directiva) debe o no incluirse el pacto sobre intereses (remuneratorios) en un contrato de préstamo bancario, lo que debe resaltarse es que la citada Directiva, como expresamente señala en su exposición de motivos, deja a salvo la posibilidad de que los Estados miembros garanticen «una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva».*

Alguna jurisprudencia menor parece sostener esta tesis positiva, aunque no es del todo clara su postura. Así, la SJPI Madrid 25 octubre 2002 (AC 2003/263)<sup>185</sup> afirmó en su fundamentación que *esta exclusión (la del 4.2. Directiva 93/13/CEE) se suprimió durante la tramitación en el Congreso de la LCGC, al aceptarse la enmienda 71 (...) y si con ello se pretendía otorgar protección frente a los intereses previstos en el contrato con más razón han de considerarse incluidas en el ámbito de protección de la LCGC las cláusulas que inciden indirectamente (en la contraprestación)*<sup>186</sup>.

Posteriormente a la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162), los tribunales españoles se han pronunciado con mayor contundencia en ese sentido. Entre la jurisprudencia que parece adoptar el control de elementos esenciales se encuentran las STS 2 marzo 2011 (RJ 2011/1833) y STS 1 julio 2010 (RJ 2010/6554)<sup>187</sup>.

Por último, puede mencionarse como argumento a favor de la tesis positiva que el Estado finlandés incluyó una norma expresa que permite ajustar judicialmente precios<sup>188</sup>.

### **Tesis contrarias al control de prestaciones principales (Tesis negativa).**

Por otro lado, ha sido mayor el número de autores que se ha opuesto a dicho control, algunos lo han expresado antes de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE refiriéndose al

---

<sup>185</sup> Esta sentencia analizaba si las cláusulas de redondeo al alza en contratos de préstamo con garantía hipotecaria con tipo de interés variable. El tribunal acaba por considerar que esta es una cláusula accesoria a una prestación principal (interés remuneratorio). La discusión sobre si este tipo de cláusulas forma parte de las prestaciones principales, y por tanto deben ser excluidas del control, será abordado más adelante.

<sup>186</sup> En igual sentido en un caso similar SJPI Palma de Mallorca 27 noviembre 2002 (AC 2003/361).

<sup>187</sup> El criterio señalado por el tribunal es sencillo: la Directiva 93/13/CEE excluye de control las prestaciones principales que sean claras y comprensibles, pero que en España sí es posible porque: la Directiva es de mínimos, y porque el art. 4.2 no se traspuso en el ordenamiento español.

<sup>188</sup> WILHELMSSON, T., «The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland», *ERPL*, 1997, num. 2, p. 156.

texto de la LGDCU primitiva. Algunas de las razones alegadas para oponerse a ello son las siguientes:

**a) Vulneración de la Directiva 93/13/CEE.**

Un argumento expuesto en pocas ocasiones es que no es posible establecer en Derecho interno un control de prestaciones principales sin que se vulnere la Directiva 93/13/CEE. Al respecto MIQUEL GONZÁLEZ sostiene que la normativa comunitaria permite que los legisladores internos aumenten la protección<sup>189</sup>. Pero esto no es posible con respecto a aumentar el ámbito objetivo hacia las prestaciones principales, puesto que el legislador comunitario ha sido claro y contundente en ordenar que se excluya de control. El aumento de protección se puede realizar en ciertos aspectos, pero no en aspectos que el legislador comunitario ha prohibido al legislador interno que sea sometido a control<sup>190</sup>. En caso de que el legislador nacional hiciera lo contrario, estaría contraviniendo la normativa comunitaria<sup>191</sup>.

En sentido similar, ALFARO ÁGUILA-REAL, sostiene que aún cuando se trate de una directiva de mínimos, no le es permitido al legislador nacional *alterar sustancialmente el modelo comunitario*<sup>192</sup>. Un control de este tipo no es un simple aumento del grado de protección de los consumidores, sino el establecimiento de un modelo *frontalmente contrario al del Derecho comunitario*<sup>193</sup>. Lo que supondría una violación a la Directiva 93/13/CEE.

Estos argumentos han sido reproducidos por la SAP Madrid 8 septiembre 2005 (AC 2005/1554) al afirmar que *el hecho de que se trate de una directiva de mínimos no permite a los legisladores nacionales alterar sustancialmente el modelo jurídico-económico comunitario pues los fines perseguidos por la armonización se verán puestos en peligro si*

---

<sup>189</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española de 1998», *RES*, 117, 2004, p. 23.

<sup>190</sup> Este argumento fue expuesto en su momento en las discusiones parlamentaria para la aprobación de la LCGC en 1998 por el representante del Grupo Parlamentario Popular. Sostuvo que la Directiva puede ser ampliada pero no *soslayada*. Someter a control las prestaciones principales es ir *en contra de lo que la directiva (...) excluye expresamente*, por lo que su grupo rechazaba aprobar la enmienda respecto de suprimir del anteproyecto de LCGC la disposición que trasponía el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Vid. DSCD, Comisiones, 10 febrero 1998, n° 370, p. 10918, disponible en: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L6/CONG/DS/CO/CO\\_370.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L6/CONG/DS/CO/CO_370.PDF) (consulta: 03/05/2014).

<sup>191</sup> En contra, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 64, nota 79, califica de *demagógico* este argumento. Sostiene que la no trasposición del art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE y el establecimiento de un control de prestaciones principales constituye un aumento del grado de protección, lo cual es permitido por la misma normativa comunitaria.

<sup>192</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 131.

<sup>193</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2008, p. 9, versión utilizada es la disponible en: <http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion precio prestacion J Alfaro.pdf> (consulta: 03/05/2014).



*la legislación estatal pudiera entender el control del contenido ilimitadamente, porque no se puede establecer un modelo distinto al consagrado*<sup>194</sup>.

Sin embargo consideramos que estos argumentos son débiles, puesto que en Finlandia se promulgó en 1994 una disposición legal en la que expresamente se permite el ajuste de precios<sup>195</sup>. Además en Dinamarca y Suecia no se traspuso dicha disposición comunitaria, omisión legislativa deliberada dirigida a controlar prestaciones principales, en virtud de que ello era posible desde antes de la promulgación de la Directiva (también en Finlandia). El § 36 de la Ley de contratos escandinava facultada a los tribunales para declarar inaplicables las cláusulas injustas o que conduzcan a injusticias<sup>196</sup>. Se procuró a través de la trasposición de dicha directiva mantener incólume esta potestad judicial. Pese a ello, a la fecha no se ha sancionado por vulneración del Derecho comunitario a ninguno de estos Estados escandinavos, por lo que puede extraerse de ello que implementar un control de prestaciones principales no es constitutivo de violación de la normativa comunitaria<sup>197</sup>.

Pero sin duda, la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 zanjó este punto al sostener que los Estados pueden aumentar el nivel de la protección de los consumidores sin vulnerar la Directiva 93/13/CEE al someter dichas cláusulas al control de contenido<sup>198</sup>. Ello en aplicación del art. 8 de dicho cuerpo normativo comunitario. Criterio que ha sido acogido en la jurisprudencia, tal como se ha hecho en la STS 4 noviembre 2010 (RJ 2010/8021)<sup>199</sup>.

En sus conclusiones generales la abogada general Verica Trstenjak relativo al asunto C-484/08 sometido al conocimiento del TJCE sostuvo en el apartado 87 que *(d)ado que la Directiva 93/13 sólo prevé una armonización mínima, dicha Directiva no sería en principio contraria a una ampliación del control, que quieren los Estados miembros, a otros objetos del contrato como el objeto principal del contrato o la adecuación de la*

---

<sup>194</sup> Agrega que un incremento del grado de protección de los particulares que no contraríen la Directiva 93/13/CEE es la ampliación del concepto del consumidor que se introdujo en la LGDCU (posteriormente el TRLCU la modificó reproduciendo la noción contenida en la Directiva) y ampliando el catálogo de cláusulas abusivas específicas. Sin embargo, señala que es permitido controlar algunos aspectos como el procedimiento de fijación de precios.

<sup>195</sup> Vid. WILHELMSSON, T., «The implementation of the EC...», *op. cit.*, p. 156. También hace notar esta situación, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 64, nota 79.

<sup>196</sup> WILHELMSSON, T., «1. A Nordic perspective. The unfair contract terms directive and the Nordic contract model», en *The "Unfair Terms" Directive, Five Years on. Evaluation and future perspectives (European Commission Directorate-General for Health and Consumer Protection)*, Bruselas, 1999, p. 15 y 22, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/event29\\_02.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf) (consulta: 03/05/2014); y, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>197</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>198</sup> El párrafo 35 de la STCJE antedicha sostiene expresamente que (...) *las cláusulas contempladas en el artículo 4, apartado 2, están comprendidas en el ámbito regulado por la Directiva 93/13/CEE y, en consecuencia, el artículo 8 de ésta también se aplica a dicho artículo 4, apartado 2.*

<sup>199</sup> Sostiene dicha sentencia que en la citada STJCE se declaró que debe interpretarse que el art. 4 Directiva 93/13/CEE *no se opone a que una normativa nacional autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida.*

relación entre precio y servicio, sobre todo al proporcionar esta medida un mayor nivel de protección del consumidor<sup>200</sup>. Asimismo, la Directiva 2011/83/UE reformó la Directiva 93/13/CEE en el sentido de adicionar el art.8 bis que contempla el deber de los Estados miembros a informar a la Comisión Europea si *hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración*. Por lo que expresamente el legislador comunitario ha establecido que permite a cada Estado ampliar el ámbito objetivo sin que ello implique vulnerar la normativa comunitaria.

**b) No existen parámetros para valorar objetivamente su equilibrio o justicia.**

Otra razón por la que no es posible un control de prestaciones principales es que no existe ningún parámetro objetivo o forma de medir la razonabilidad o justicia del precio<sup>201</sup>. La forma para establecer si es desequilibrada o no una condición general es comparándola con el modelo que la ley determina en sus normas dispositivas para el particular contrato<sup>202</sup>. Este Derecho dispositivo es la vara para medir su justicia o equilibrio objetivo.

Este elemento para medir la justicia o equilibrio por regla general no existe respecto a las prestaciones principales<sup>203</sup>. El legislador confía en las fuerzas del mercado y en que las partes acuerden el precio y características del bien o servicio, evitando establecer reglas que lo determinen. Por ello, el tribunal no tendría ninguna forma objetiva de encontrar el precio equilibrado. A falta de parámetros, cualquier precio que el tribunal determine será

---

<sup>200</sup> Dichas conclusiones fueron presentadas el día 29 de octubre de 2009 en el asunto C-484/08 originadas por petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en juicio Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de los Servicios Bancarios (AUSBANC). Vid. dichas conclusiones en <http://curia.europa.eu>

<sup>201</sup> En este sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1422, agrega que esto conculca el principio de seguridad jurídica (art. 9CE).

<sup>202</sup> Este argumento fue otro de los planteados por la doctrina alemana para oponerse a instauración de control de prestaciones principales. Es conocido este argumento con la frase breve: *man kann nicht* (no es posible establecer tal control). Tiene su origen en la regulación de las condiciones generales contenida en la AGBG. Ésta presumía (actualmente lo hace el BGB) que una cláusula es contraria a la buena fe y perjudica de forma inequitativa al adherente cuando la misma: *no es compatible con el principio inspirador de la regulación legal, de la cual se aparta* (§9.2.1., traducción empleada es la de GARCÍA AMIGO, M., «Ley alemana occidental sobre condiciones generales», *RDP*, 1978). Actualmente dicho precepto se encuentra en el §307(2)1 BGB, por lo que se mantiene la imposibilidad de someter a control de equilibrio objetivo a las prestaciones principales. La doctrina española ha reproducido este argumento con el mismo fin de oponerse al control de prestaciones principales. Vid., por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *ArC*, N° 3, 2003, p. 2176, y CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013, p. 177, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/5.pdf> (consulta: 03/05/2014).

<sup>203</sup> Este argumento fue reproducido por la SAP Madrid 8 septiembre 2005 (AC 2005/1554), en la que analizando la cláusula *hora o fracción* en los contratos de aparcamiento, se sostiene que la *exención de control* (de la relación calidad/precio) (...) *descansa en la inexistencia de norma que establezca el derecho al justo precio, acorde con el sistema económico de mercado consagrado en el artículo 38 de la CE y, en el contrato de aparcamiento, en el artículo 3.1.d) de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, que establece la libertad en la determinación del precio.*

subjetivamente equilibrado (según el parecer de los jueces), y no objetivamente equilibrado<sup>204</sup>.

Sin embargo son cuatro las razones que consideramos más robustas e importantes para rechazar la legitimación para implementar un control de prestaciones principales, y a las cuales nos adherimos: primero, las cláusulas que regulan estos aspectos no son *impuestas*; segundo, no existe fundamento doctrinal que legitime su control; tercero, no es constitucionalmente válida su implementación; y cuarto, no debe otorgársele el carácter de autorización para realizar el control la simple ausencia de una norma que prohíba hacerlo<sup>205</sup>. Los tres primeros argumentos se encuentran íntimamente relacionados por ello se expondrán a continuación en ese orden.

---

<sup>204</sup> Para *The Law Commission And Scottish Law Commission* una de las razones para excluir de control el precio (y así lo propone al parlamento del Reino Unido) es que es difícil para un tribunal determinar cuándo un precio sería abusivo. Señala que tomando en cuenta *que incluso en mercados razonablemente competitivos los precios varían significativamente (en particular por los diferentes costes que enfrentan los empresarios trabajando en diferentes locaciones y en diferentes escalas, factores que no pueden ser evidentes para el consumidor promedio), las autoridades podrían terminar enfrentándose con un gran número de reclamos por supuestos precios abusivos y habría mucho campo para argumentarlo*. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 33, parágrafo 4.18, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>. De hecho, llevará a los tribunales, según dichas comisiones, a ámbitos sobre la competencia y condiciones del mercado sobre los cuales no están capacitados para resolver. Vid. *Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper* (consultation paper n° 166, discussion paper n° 119, respectivamente), Londres, 3 julio 2002, p. 86, parágrafo 4.63, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>

<sup>205</sup> De hecho, la tendencia entre los proyectos o propuestas de ley más relevantes sobre este tema es de descartar someter a este control de contenido las prestaciones principales. Así por ejemplo, puede consultarse la propuesta de normativa sobre cláusulas abusivas para el Reino Unido elaborada en 2005 por THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, p. 153, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, indica que deben ser excluidos de este tipo de control. Incluso, en las modificaciones de 2013 que dichas comisiones realizaron a su propuesta original de 2005, abordan nuevamente la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a esas cláusulas, y llegan a la conclusión de reafirmar su convicción de que deben mantenerse excluidas. En el mismo sentido, el PDDC 2008 contemplaba en su art. 32.3 tal exclusión. Pero en la Directiva 2011/83/UE no fue incorporada esa disposición. Esto no supone ningún problema en vista que como consecuencia de ello se mantiene vigente el ámbito objetivo de la Directiva 93/13/CEE, la cual las excluye de control. Por otro lado, el art. 32.3 PDDC 2008 que establece: *Los apartados 1 y 2 (que regulan el control de contenido) no se aplicarán a la evaluación del objeto principal del contrato ni a la adecuación de la remuneración prevista para la obligación contractual principal del comerciante, a condición de que el comerciante cumpla íntegramente lo dispuesto en el artículo 31 (que señala deberes de transparencia)*. Respecto de los PECL, vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 266, su art. 4:110 (2) prescribe: *This Article does not apply to: (a) a term which defines the main subject matter of the contract, provided the term is in plain and intelligible language; or to (b) the adequacy in value of one party's obligations compared to the value of the obligations of the other party*. Ahora bien, el precio es sometido a otro tipo de control: la rescisión por lesión, con base a elementos subjetivos: *la parte débil era dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill*, y la contraparte *knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation*, además de elementos objetivos: *el contrato es grossly unfair o la contraparte took an excessive benefit* (art. 4:109 PECL). Así también, el art. 30.3 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Jusprivatistas Europeos de Pavía establece una rescisión por lesión similar. Tanto este Código Europeo de Contratos como los PECL abordan el problema del precio excesivo y las cláusulas abusivas de forma separada, puesto que ambos tienen fundamentos y soluciones diferentes y no hay que confundir ambas situaciones.

### c) Las cláusulas no son impuestas.

Un punto que parece olvidar la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 es que no basta la ausencia de trasposición del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE para considerar que están sometidas al control de contenido. Es necesario que estas cláusulas cumplan con el requisito de la imposición o, lo que es lo mismo, que el consumidor no haya podido influir sobre las mismas (art. 3.2 Directiva 93/13/CEE) para ser sometidas al control de contenido.

Sin embargo, las cláusulas que regulan las prestaciones principales no reúnen el requisito de la imposición<sup>206</sup>. Son acuerdos individuales sobre los que recae un consentimiento *stricto sensu* al haber sido seleccionadas<sup>207</sup>. Son las típicamente seleccionadas por los clientes<sup>208</sup>. De hecho, existen algunos estudios que respaldan esa aseveración<sup>209</sup>. En

---

<sup>206</sup> En este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del...», *op. cit.*, p. 2176; EMPARANZA, E., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1328, nota 42, quien señala que los clientes reparan en los elementos esenciales al momento de contratar. Esto los distingue de las condiciones generales. Por ende son acuerdos individuales cuya fijación no responde únicamente a una de las partes; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, pp. 132 y 133, aunque a este último le parece más complicado rechazar sostener este argumento que los anteriores expuestos; AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe reformas del derecho de la contratación en España», *RCDI*, 1998, p. 1548, quien sostiene que *no resultaría plausible argumentar que el consumidor no ha consentido tal primordial extremo* (el de los elementos esenciales), *y que influye decisivamente sobre él a la hora de decidirse a celebrar el contrato*; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, inicia señalando que (e)n efecto, hay que convenir con J. Alfaro en que aquellas cláusulas prerredactadas que regulan los elementos esenciales del contrato no pueden considerarse cláusulas impuestas en sentido legal pese a que eventualmente puedan haber sido predisuestas o prerredactadas (p.277), a lo cual más adelante agrega que han sido consentidas, o sea, efectivamente, conocidas, admitidas y queridas (p. 288), y que *no puede afirmarse que concurra en ellas el elemento de la imposición, inevitabilidad o rigidez* (p. 285), aunque sostiene que es de difícil probanza.

<sup>207</sup> Así, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 143, afirma que *sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual, y por lo tanto, que las cláusulas prerredactadas que los contienen no son condiciones generales en sentido legal*. En igual sentido PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 277 y ss. En contra, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 25, sostiene que las cláusulas relativas a los elementos esenciales son formalmente condiciones generales y que la exclusión del art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE se debe no a su forma (si son impuestas y predisuestas), sino a su contenido (aspectos que regulan). En pocas palabras son condiciones generales, exentas de control legal de *abusividad* en razón de su contenido (regulan los elementos esenciales). Si bien PAZ-ARES, C., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2002, vol. IV, p. 41, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/libertad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf) (consulta: 03/05/2014), no se pronuncian sobre la existencia o no de imposición en estas cláusulas, sí consideran, en consonancia con lo expuesto, que *es materia que debe quedar siempre reservada a la autonomía de la voluntad de las partes y a lo que en ejercicio de ella se haya podido disponer, sin que en este punto se pueda hablar de un carácter abusivo por el juego de la normativa de las condiciones generales*.

<sup>208</sup> La razón por la que la prestación principal del precio es seleccionada por los clientes es explicada por CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, N° 224, enero 2011, p. 6, versión utilizada es la disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), al aseverar que *las cláusulas de precios tienden a ser más comprensibles para el consumidor medio, en cuanto que, generalmente, expresan su valor en unidades monetarias. De allí que sean menos predicables los efectos de asimetría informativa entre predisponente y adherente descritos y que los beneficios sociales de su control judicial por abusividad sean inferiores*.

consecuencia no constituyen condiciones generales, y no deben ser sometidas a control de contenido.

Los clientes como grupo actúan seleccionando las prestaciones principales, generando de este modo los incentivos suficientes para que los empresarios compitan mejorando dichos aspectos a favor de sus clientes. Los empresarios deben adecuarse a estas preferencias, gustos y necesidades de los clientes para lograr atraer clientes y aumentar la rentabilidad de su actividad empresarial. De esta manera los clientes influyen en el contenido de las prestaciones principales. No se perfila en ellas ese requerimiento respecto a que los consumidores no hayan *podido influir sobre su contenido* para que sean considerados cláusulas *no negociadas individualmente* (art. 3.2. párrafo 1º Directiva 93/13/CEE).

Igualmente, su incorporación al contrato no es atribuible únicamente al empresario-predisponente, sino que a ambos. El empresario ha deseado su incorporación (él ha fijado el precio y las características del bien o servicio que oferta). Así como los clientes también han deseado su incorporación ya que precisamente el precio y las características del bien o servicio ofertados por ese empresario es lo que ha motivado su decisión de contratar. Es decir, el cliente los selecciona al contratar y con ello su intención es que ese precio y esas características del bien o servicio vinculen a ambas partes, de manera que sean cumplidas a cabalidad. En consecuencia, la incorporación de estos aspectos al contrato es atribuible a ambas partes al haber ambos consentido *stricto sensu* estos aspectos. Ambos han brindado su consentimiento encaminado a que esos aspectos principales del negocio los vincule. Por lo que éstos no puede considerarse impuestos en el sentido del art. 1.1 LCGC y del art. 82.1 TRLCU. Estos aspectos son plenamente válidos (y justos) por ser fruto de la autonomía privada de ambas partes<sup>210</sup>.

---

<sup>209</sup> Por ejemplo, HILLMAN, R., «On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications», *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*, paper 29, 2005, p. 12, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=686817> (consulta: 03/05/2014), a través de su investigación en forma de encuesta a habituales compradores electrónicos (*e-purchase*), encontró que el 30% de los encuestados leían cláusulas antes de celebrar el contrato dependiendo del tipo de cláusula que se tratara (otros dijeron que dependía del tipo de vendedor que fuera (61%) y otros dijeron que dependía del valor del contrato (63%)). De estos, el 75% expresó que las cláusulas sobre las que se sentían motivados a leer eran las relativas a la información del producto, cláusulas que han sido resaltadas (*disclosures*) y advertencias sobre el producto (*warnings*). Sin embargo el dato más revelador es el que extraído de las respuestas a la pregunta: *si tú lees generalmente algunas de las cláusulas de tus compras electrónicas, ¿seleccionas cláusulas?* Vale recordar que con el verbo *seleccionar* estamos resumiendo en este trabajo las acciones de leer, analizar y comparar distintas ofertas. A esa pregunta el 7% contestó simplemente que sí lo hacía, y el 54% por ciento dijo que sí lo hacía pero únicamente respecto a las relativas al precio y/o a la descripción del bien comprado. Así también, respecto de la pregunta *Si tu generalmente lees algunas de las cláusulas de tu suscripción a páginas webs, ¿seleccionas las cláusulas?* Cabe aclarar que se refiere a suscripciones en línea de periódicos o antivirus. A ello el 35% dijo que sí lo hacía con respecto al precio y/o descripción del servicio, y el 8% dijo simplemente que sí lo hacía. Sorprendentemente el 57% dijo que no lo hacía.

<sup>210</sup> Cabe recordar las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado en ejercicio de la autonomía privada. Así, FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. esp. Miquel, J. M., y Gómez Calle, E., Madrid, 1998, p. 31, señala que (e)l contrato es «justo» porque se apoya en la recíproca autodeterminación de los contratantes, y en la medida en que lo hace. Para que sea válido no se necesita más justificación que el deseo del individuo de haberlos celebrado. Además, el juicio sobre lo «justo» o lo «injusto», como juicio jurídico sobre el contenido de la configuración autónomo-privada, sería una contradicción en sí mismo. En vista que el ordenamiento ha confiado en que las cláusulas sean producto de la autonomía privada, *no es accesible a un veredicto jurídico sobre si es «justa»*.

El Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1992 sostenía de similar manera que las cláusulas sobre elementos esenciales son consentidas *stricto sensu* (consentimiento efectivo en palabras del anteproyecto), y por tanto no existe un problema de falta de autodeterminación bilateral. Su apartado 6º argumentaba que *cuando no hay razones para poner en entredicho el correcto funcionamiento de la autonomía privada (cláusulas negociadas; pactos individuales; precios y descripciones de la prestación — que, representando los elementos esenciales del contrato, no hay razón para pensar que sobre ellos no ha recaído consentimiento efectivo—; contratos de sociedad, etc.) (...) la Ley no se aplica* (el resaltado es nuestro)<sup>211</sup>.

Difícilmente se puede defender, por ejemplo, que un vendedor le ha impuesto al comprador el precio de un frigorífico adquirido y sus características, cuando existen en el mercado distintas ofertas de frigoríficos con distintos precios y características. Si no deseaba ese precio y características debió haberse dirigido a otra empresa vendedora para lograr su fin<sup>212</sup>. En el caso de que ningún precio y características de los frigoríficos presentes en el mercado sean de su agrado, tampoco puede considerarse que han sido impuestos el precio y características del frigorífico adquirido de forma resignada. El mercado proveerá las ofertas de acuerdo a la demanda y su rentabilidad<sup>213</sup>. No puede requerir que el empresario venda a un precio por debajo de su coste o expectativa de ganancia, porque constituiría una afrenta a los principios de la libertad económica.

Una de las sentencias que ha expuesto con mayor acierto esta idea es la SJCA Oviedo 27 enero 2005 (RJCA 2005/153) en la que, apoyándose en la libre competencia y libertad de elección de los consumidores, se sostiene que *el usuario (de aparcamiento) ha tenido oportunidad de conocer las tarifas y su sistema de cálculo, y ha optado libremente por hacer uso del servicio en tales condiciones, sin que sea lícito volverse contra sus propios actos y tras el disfrute pretender cuestionar los precios preestablecidos*<sup>214</sup>. Ahondando en

---

<sup>211</sup> Utilizamos la versión del Anteproyecto de LCGC de 1992 publicado en LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo tercero. Contratos*, Madrid, 1994, p. 85 y ss.

<sup>212</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 270. La SAP Zaragoza 21 noviembre 1995 (AC 1995/2550) así lo hace al negarse a valorar el carácter abusivo por un *desequilibrio económico* de la póliza de préstamo. Afirma que *el contrato de préstamo mercantil documentado en un impreso creado por el prestamista no puede considerarse como de adhesión en cuanto que entre éste y el prestatario se pueden introducir modificaciones contractuales en aquel documento y, en todo caso, este último es libre para decidir si lo acepta en las condiciones que se le exponen (...)*.

<sup>213</sup> Sobre esto ya se expuso que la pretensión de gratuidad o la insatisfacción del cliente hacia precios y bienes presentes en el mercado cuando hay competencia efectiva no puede ser un interés legítimo atendible por el Derecho. La SAP Zamora 6 septiembre 2000 (AC/2000/2556) se adhiere a este pensamiento al rechazar aplicar el control de contenido a una cláusula que establecía el cobro por derecho de alta e inspección en un contrato de suministro de gas natural porque, entre otros motivos, constituye la retribución a un servicio adicional prestado. Agrega el tribunal: *El consumidor es perfectamente consciente que cualquier servicio que presta una empresa (léase Telefónica, Iberdrola o cualquier otra empresa que presta servicios públicos o suministro de energía y agua), debe ser remunerado por el beneficiario de dicho servicio (...)*.

<sup>214</sup> Y es que como opina acertadamente PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 271, el problema es que se entiende de forma errada el término *imposición*. A veces se piensa que si una cosa no se puede obtener bajo el precio, características y condiciones que uno desea, se le está *imponiendo o conminando* estos aspectos, y que el Derecho debe intervenir para que se logre lo deseado. Esta idea errónea

las razones por las que no se somete al control de equilibrio objetivo de las prestaciones principales, la SAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008/514) afirma acertadamente que *la razón de exclusión es clara, en cuanto que, siendo conocidas por el consumidor, son tenidas en cuenta por éste al contratar*<sup>215</sup>.

Así como, la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121) de manera menos clara deja entrever que son excluidas del control de contenido, al aseverar el tribunal que *con independencia de que determinadas prestaciones esenciales de la compraventa, se haya negociado expresamente por los contratantes, eso es, las relativas al precio, y la forma de pago, el adherente ve limitada su intervención a la aceptación de las restantes condiciones previamente establecidas e incorporadas a un formulario, que se limita a firmar (...), y sobre las cuales carece (...) de toda influencia y capacidad de decisión.*

Cabe agregar que la jurisprudencia ha defendido mayoritariamente la imposibilidad de extender el control a estos aspectos. Así, la SAP A Coruña 2 de mayo 1996 (AC 1996/862), citando al art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE y al art. 10.1 de la LGDCU 1984, sostuvo que *no es dable a los jueces modificar el contrato en sus prestaciones esenciales como las relativas al precio por falta de equivalencia (...), reconociendo que existen algunos límites para los contratos de préstamos bancarios como la Ley de Usura y los generales del art. 1255 del Código Civil*<sup>216</sup>.

Recientemente, se ha dictado sentencias que apoyan el control de precios, tales como la STS 2 marzo 2011 (RJ 2011/1833) y STS 1 julio 2010 (RJ 2010/6554), las cuales se basan en una interpretación errónea de la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-

---

no puede ser atendida por el Derecho. De este modo, sostiene dicho autor que: *No en vano todos podemos experimentar el temor racional y fundado de no obtener el bien o servicio en cuestión si no estamos dispuestos a satisfacer por él el precio a que es ofrecido en el mercado, lo que no creemos que convierta a los pactos sobre precios –ni siquiera en el caso de que aparezcan reflejados de forma impresa en el formulario contractual- en condiciones generales impuestas en sentido legal.* Efectivamente si una persona desea comprar en una agencia un automóvil nuevo sin aire acondicionado para reducir el precio, pero todas las agencias venden con aire acondicionado, no significa que a esta persona le *imponen* o le *obligan* a adquirir un automóvil con aire acondicionado. Será la dinámica del mercado la que generará ofertas de automóviles sin aire acondicionado si los beneficios de ofrecerlos son mayores que sus costes, es decir, si este grupo de personas que desean este tipo de automóviles es lo suficientemente numeroso para ser rentable. Si lo es, la iniciativa privada hará que un empresario inicie ofertando este tipo de automóviles para atraer este tipo de clientes, y dinamizando así el mercado y competencia.

<sup>215</sup> La misma conclusión se podría inferir de la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121) cuando reconoce el tribunal que en el contrato de compraventa de inmueble bajo estudio *determinadas prestaciones esenciales* se han negociado expresamente por los contratantes, específicamente las relativas al precio y a la forma de pago, a diferencia del resto del clausulado.

<sup>216</sup> Cabe aclarar que, bajo nuestro punto de vista, dicha sentencia rechaza correctamente someter a control los intereses remuneratorios, y rechaza erróneamente someter a control los intereses moratorios. Error que no fue realizado nuevamente en la SAP A Coruña 22 octubre 2002 (AC 2003/40) puesto que reproduce los argumentos para oponerse al control de prestaciones principales como lo son los intereses remuneratorios, pero aclara que los intereses moratorios sí son controlables.

484/08<sup>217</sup>. Esta STJCE no ha sido dictada con el objetivo de implementar un control de contenido valorando objetivamente el equilibrio de las prestaciones principales (equilibrio objetivo). Simplemente sostiene que los Estados pueden adoptar controles de contenidos sobre las mismas, no necesariamente debiendo ser un control de precios. Tampoco afirma que en el ordenamiento jurídico español se ha implementado un control de precios.

Adicionalmente, cabe recordar que para aplicar el control de contenido, es necesario que las cláusulas cumplan con los requisitos de predisposición, imposición y contractualidad. Por lo que aún si se sostuviese que la STJCE antedicha provee a los tribunales españoles la facultad de implementar controles de precios, es necesario primero determinar si estas cláusulas cumplen con dichos requisitos. En consecuencia, habiéndose seleccionado los aspectos principales por parte de los consumidores, no cumplen estas cláusulas con el requisito de imposición, y quedan excluidas del control del equilibrio objetivo<sup>218</sup>.

#### **d) No existe fundamento para aplicar el control en esos aspectos.**

Una vez establecido que no hay imposición, y que por ende no son condiciones generales, es más fácil desarrollar los demás argumentos de la tesis negativa. No hay que perder de vista las razones que fundamentan el establecimiento del control legal de contenido: déficit de autonomía privada. El déficit se configura cuando no se seleccionan o no se discuten las cláusulas, sino que el predisponente las predispone y solamente él requiere su inclusión en el contrato. En otras palabras, hay déficit de autonomía privada cuando es atribuible únicamente al predisponente su inclusión en el contrato (*imposición*), lo cual legitima que los tribunales examinen desde una perspectiva objetiva el equilibrio de esas cláusulas.

Sin embargo, los consumidores al decidir realizar un negocio han sido motivados (al menos) por las características de un bien o servicio y su precio. Han valorado y determinado que les resultan convenientes y satisfacen sus necesidades, capacidad económica, y gustos estos aspectos de la oferta de un específico empresario, y por ello celebran el contrato que materializa la transacción. Ha sido seleccionada esa específica oferta entre las múltiples presentes en el mercado. Por tanto, las cláusulas que contemplan estos aspectos son queridas por el consumidor. Teniendo claro esto, podemos apreciar que no existe un déficit de autonomía privada respecto de estos aspectos de los contratos, y por

---

<sup>217</sup> De hecho la propia STS 1 julio 2010 (RJ 2010/6554) que declara extensivo el control de contenido a prestaciones principales rechaza el control de precios. Los demandantes (una organización de consumidores) argumentaba que es inválida la cláusula de contratos de seguro que limitan los gastos y honorarios de defensa jurídica a los montos establecidos en baremos de colegios profesionales, ya que en la práctica estos montos son insuficientes para cubrir los gastos y honorarios que se generan en caso de contingencias judiciales o administrativas. Es decir, la demandante pretendía que el tribunal realizara un control de precios (monto asegurado). Sin embargo, en el fundamento de derecho vigésimo de la sentencia el tribunal *reconoce* que las empresas aseguradoras poseen libertad *para definir los riesgos cuya cobertura ofrecen* y, debido a ello, el tribunal se abstiene de cuestionar *la licitud de la cláusula* (bajo estudio) *en función de la suficiencia o no de la cobertura*.

<sup>218</sup> Sin embargo, cuando no sean conocidas, sean incomprensibles o no claras o estar escondidas en el modelo contractual, sí podrán ser consideradas como *impuestas*. Pero ello motivará que sean sometidas al control de contenido por intransparencia que desarrollaremos en el Capítulo III.



tanto no se legitima aplicar un control legal de contenido. Hay una asunción de ambas partes relativas a que estos aspectos son justos y equilibrados desde su particular punto de vista (equilibrio subjetivo), y por ello manifiestan su consentimiento de contratar.

El control que ejercer el mercado a través de la competencia entre empresarios por regla general es la mejor protección que pueden poseer los consumidores<sup>219 220</sup>. La competencia constriñe a los competidores a bajar precios, mejorar calidad de bienes y servicios y buscar satisfacer los gustos y necesidades de los consumidores, por lo que un control estatal de estos aspectos no es necesario cuando los consumidores toman en cuenta estos aspectos en su decisión de contratar<sup>221</sup>.

Cuando funciona correctamente el mercado por existir una verdadera competencia, las consecuencias de la decisión de contratar deben ser asumidas plenamente por el consumidor en relación a estos aspectos que los ha valorado y consentido *stricto sensu*. Es decir, no es viable posteriormente reclamar que, no obstante ha consentido esos aspectos, el precio del contrato era muy elevado o que debería habersele tradido un producto con características adicionales o cualquier reclamo que pretenda obtener aspectos del negocio distintos de los que ha comprendido y por ende consentido. Como señala *The Law Commission and the Scottish Law Commission* al proponer en el 2012 la reforma legal del régimen de cláusulas abusivas en el Reino Unido: la legislación *no puede resolver los*

---

<sup>219</sup> Este argumento fue otro de los planteados por la doctrina alemana para oponerse a instauración de control de prestaciones principales. Es conocido este argumento con la frase breve: *man braucht nicht* (no es necesario establecer tal control estatal). La doctrina española ha reproducido este argumento con el mismo fin de oponerse al control objetivo de prestaciones principales. Vid., por todos, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del...», *op. cit.*, p. 2176. Así también, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 24: *La idea básica para justificar esa exención de control no es que el precio, por ejemplo, haya sido negociado o no, sino que respecto de él debe funcionar la competencia. Su cuantía queda remitida a los mecanismos del mercado y su control, en caso de fallo de la competencia, a otras reglas.*

<sup>220</sup> Aun si no existiese competencia efectiva en un mercado debido a la presencia de monopolio, es innecesaria la intervención estatal en el contenido de prestaciones principales. Es materia del Derecho de Competencia intervenir a fin de que se generen las condiciones para incentivar la incursión de nuevos competidores. Incluso gran parte de la doctrina ha señalado que, contrario a lo que a lo que muchos creen, existen suficientes incentivos de una empresa monopólica para mejorar los bienes y servicios que ofrece al público, tal como sucede en casos en que existe competencia efectiva. Mejorará todos los aspectos con los cuales pueda atraer más clientes a fin de aumentar el deseo de éstos de adquirir los bienes o servicios. Pero el problema es que el empresario lo hará bajo precios más altos que lo haría en un mercado competitivo (precio ineficiente). Vid., más ampliamente, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1211 y 1212; y, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 347 y ss.

<sup>221</sup> Sobre la competencia en aspectos como el precio, MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality...», *op. cit.*, p. 5, ha concluido, al realizar el estudio citado *supra*, que la competencia entre empresarios sí reduce los precios del software (cuestión que no sucede con las condiciones generales). Es decir, que el precio sí es un aspecto sensible a las circunstancias del mercado. Cuanto más competitivo sea el mercado, menor será el precio ofertado por los empresarios.. Seguramente a esto es a lo que se refiere PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 113, cuando manifiesta que *no puede ser admitida la equiparación de las cláusulas sobre precio y calidad con las restantes estipulaciones contractuales desde el punto de vista de su relación con el fenómeno de la competencia*. Efectivamente, sobre estos aspectos el mercado funciona o debe funcionar correctamente por el interés que muestran los consumidores sobre ello y que constriñen a los empresarios a mejorarlos. En cambio, por regla general, los demás aspectos (condiciones generales) son irrelevantes para los consumidores lo que provoca una carencia de competencia entre empresarios sobre estos aspectos.

problemas del mercado y no debería proteger a los consumidores de las consecuencias de sus malas decisiones<sup>222</sup>. Por tanto, si el consumidor ha conocido y comprendido los alcances de estos aspectos, no hay razón por la que deba ser protegido judicialmente mediante un examen de justicia o equilibrio de esos aspectos consentidos<sup>223</sup>.

Tal como afirman PAZ-ARES y ALFARO AGUILA-REAL, (1) *a característica esencial de un mercado competitivo consiste en que los empresarios que en él participan son “precioaceptantes”, en el sentido de que no pueden influir sobre el precio al que se venden sus mercancías y han de adaptar su conducta a dichos precios (reduciendo la oferta cuando el precio es demasiado bajo para sus costes y aumentándola cuando el precio es alto)*<sup>224</sup>. Siendo éste por regla general un reducto libre de intervenciones estatales, puesto que las fuerzas del mercado ejercen suficientes incentivos para ofertar precios bajos hasta donde sus costes se lo permitan.

Así la SAP Murcia 1 febrero 2000 (AC 2000/774) analizando los intereses remuneratorios de un préstamo, los cuales son una de las prestaciones principales del contrato, sostuvo que *la determinación de los mismos ha de responder, en nuestro sistema económico, al juego de los mecanismos del mercado, siempre que quede suficientemente garantizada la correcta formación de la voluntad del prestatario, y sin perjuicio de que, dándose las circunstancias y presupuestos en ella previstos, pudieran ser de aplicación las normas de la propia Ley de Crédito al Consumo o, incluso, las de la Ley de Represión de la Usura de 1908*<sup>225</sup>. Además agrega que el motivo de la exclusión del art. 4.2. de la Directiva responde precisamente a que *ésta es una materia en que la protección de los consumidores se debía hacer depender fundamentalmente de un correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado y de la competencia debiendo evitarse un intervencionismo legal o judicial en la autonomía privada que pudiera entorpecer injustificadamente el juego de tales mecanismos*. Y atinadamente somete a control los intereses moratorios puesto que forman parte de las condiciones generales.

Otro precedente judicial importante es el SAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008/514) en el que el tribunal afirma que *no es posible un control jurídico de los precios, al ser ésta una*

---

<sup>222</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 18, párrafo 3.4., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>. Repite esta idea dichas comisiones en *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, p. 17.

<sup>223</sup> Por ello, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, reafirma, en las modificaciones de 2013 a su propuesta original de legislación de cláusulas abusivas, que se excluyan de control las prestaciones principales siempre que cumplan con deberes de transparencia.

<sup>224</sup> PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2002, vol. IV, p. 5, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/libertad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf) (consulta: 03/05/2014).

<sup>225</sup> Reprodujo esta idea en SAP Murcia 31 marzo 2000 (AC 2000/1282).

*cuestión metajurídica determinada por la oferta y la demanda, como porque tampoco parece necesario, pues la competencia es garante del precio.*

Por último deseamos resaltar que, a través de posturas intervencionistas como la de determinar legal o judicialmente características y calidades altas que debe de poseer un bien o servicio, provoca una situación nociva para el consumidor. Se pretende con ello que el sobre costo de estas características o calidades lo imponga el Estado en contra de la voluntad del consumidor, que es quien lo paga. Al respecto BULLARD GONZÁLEZ sostiene que *tal supuesta corrección del mercado implica colocar un impuesto a la libertad, gravando así la simple iniciativa individual con la imposición de una condición distinta de la deseada y por la que, para colmo de males, el consumidor no quiere ni está interesado a pagar*<sup>226</sup>. En definitiva el consumidor o no lo desea o no está dispuesto a pagar por ello<sup>227</sup>. Por lo que, carece de fundamento instaurar un control de prestaciones principales.

#### **e) Inconstitucionalidad.**

La libertad de empresa en el marco de la economía social de mercado no permite la instauración de un control estatal general de aspectos en el que el mercado funciona correctamente o debería hacerlo (art. 38 CE). Las prestaciones principales son los aspectos que persuaden a los consumidores a celebrar un contrato, por lo que el mercado funciona correctamente respecto de esos aspectos. Los individuos deciden si contratan o no y con quien lo hace, y esta decisión es tomada precisamente con base al núcleo de los contratos: las prestaciones principales<sup>228</sup>. Al contratar saben qué bien o servicio adquieren, sus características, y bajo qué precio lo adquieren<sup>229</sup>.

---

<sup>226</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, op. cit., p. 384. Efectivamente, si los empresarios ofertan bienes de ciertas características y de cierta calidad es porque ellos se adecuan a los gustos y necesidades de los consumidores, a todo lo cual le asigna un precio. Si se pretende proteger a estos consumidores requiriendo legislativa o judicialmente que los empresarios deben ofertar bienes de mayor calidad, esto supondría un aumento del precio del bien (y que los consumidores no están dispuestos a pagar por ello).

<sup>227</sup> Para explicarlo, BULLARD GONZÁLEZ ejemplifica mediante un caso real que a continuación resumimos: la frustración de un consumidor por un par de zapatos de baja calidad que fueron destrozados por su exposición al agua por lluvia. Los productos de baja calidad como los del ejemplo son necesarios para los consumidores con bajo ingresos económicos o que no están dispuestos a gastar mucho por calzado. Así, una persona que no puede comprar zapatos de alta calidad (de larga vida útil) por su elevado precio encuentra una forma de cubrir una necesidad actual mediante un producto de baja calidad. Si optara por comprar unos zapatos de alta calidad deberán ahorrar para ello, y mientras recauda el monto suficiente, no tendrá el calzado que necesita. Por lo que comprar zapatos de baja calidad es una forma de financiar la satisfacción de la necesidad actual de calzado. Si se obligara legalmente a los vendedores a ofrecer únicamente calzado de alta calidad, los consumidores deberán buscar financiamiento mediante la adquisición de créditos, lo cual aumenta grandemente los costes de compra del calzado. Vid., para mayor ahondamiento y detalle de esto, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, op. cit., p. 401 y ss.

<sup>228</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del...», op. cit., p. 2126. También vid. Id., «Algunas cláusulas abusivas en los contratos de compraventa de vivienda», EC, N° 77, 2006, pp. 23 y 24.

<sup>229</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., pp. 279 y 280.

*El control del equilibrio objetivo del precio y su relación con la prestación es una tarea de la competencia, de la libertad contractual fundada en ella, y en todo caso, de las normas que la tutela*<sup>230</sup>. Es posible un control judicial de precios para sectores y momentos concretos, debidamente justificado y establecido en la ley.

El ordenamiento jurídico ha confiado a las partes la determinación de los precios de los negocios que celebren puesto que ese es el sentido de la libertad contractual en una economía de mercado. Establecer legalmente que los jueces determinen precios y características de los bienes o servicios a adquirir, en vez de que lo hagan las partes es atentatorio de la libertad contractual<sup>231</sup>, así como del sistema de economía de mercado. Obviamente la determinación de estos aspectos podrá hacerse a través de negociación o regateo, o a través de la selección en mercados competitivos.

En Estados como el español rige la libre fijación de precios, debido a que la competencia se considera beneficiosa y necesaria para el buen funcionamiento del mercado y la protección de sus agentes. Este argumento es el principal en que se apoya la doctrina actual y también fue el argumento de la doctrina que se opuso al control judicial al analizar la LGDCU 1984<sup>232</sup>. Vale recordar que el propio TRLCU en su art. 1.2 establece que la protección a los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado, entre otros, en el artículo 38 CE, por lo que la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado es un elemento importante para analizar cada una de las normas contempladas en el TRLCU<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del...», *op. cit.*, p. 2175. La doctrina alemana planteó este argumento para oponerse a controlar judicialmente precios debido a que se discutía en su momento su conveniencia. Es popularmente conocido a partir de entonces este punto como *man darf nicht* (*no es permitido* constitucionalmente dicho control).

<sup>231</sup> De esta manera, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 131, señala que se atentaría con el art. 10.1 y 28 de la CE, y *la libertad contractual quedaría vacía de contenido*. De manera que *la fijación de precios y de las ofertas de bienes y servicios viene encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia, y sólo excepcionalmente (...) los determina imperativamente el Estado* (p. 141). Así lo ha entendido la SAP Madrid 8 septiembre 2005 (AC 2005/1554), al afirmar que *ampliar el control a estos aspectos será inconstitucional por atentar con los artículos 10.1 y 38 de la CE, pues determinación del contenido del contrato ya no quedaría en manos de las partes, sino en manos del juez, quedando vacía de contenido la libertad contractual*. Por lo que en dicha sentencia se integra la LCGC con la pluricitada disposición comunitaria.

<sup>232</sup> Por citar a un autor, COCA PAYERAS, M., «Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación», en *Jornadas sobre Problemática Jurídica de Consumo*, Burgos, 1992, pp. 60 y 61, se opuso, sosteniendo que aún cuando la frase *justo equilibrio de contraprestaciones* era muy amplia y general, *si el juez pudiera entrar a valorar la equivalencia de éstas, y pudiera declarar ineficaz el contrato si el precio pagado, por ejemplo, no se ajusta al precio medio o de mercado, habría desaparecido la libertad de mercado y de precios. Es falaz, pretender que así se lograría proteger al adherente, pues seguiría estando a merced de las fluctuaciones del mercado sobre las que evidentemente, no tiene posibilidad de influir*.

<sup>233</sup> Junto al art. 38 CE, el art. 1.2 TRLCU señala que también se hará la protección a consumidores y usuarios en el marco económico del art. 128 CE (subordinación de la riqueza al interés general) y con sujeción a lo estipulado en el art. 139 CE (iniciativa pública a la economía). De esta manera, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 1 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011, p. 84, reconoce que *la libertad de empresa pueda constreñir en cierta medida la defensa de los consumidores*. Pero a la vez reconoce que las disposiciones constitucionales citadas legitiman la intervención estatal para la protección de los consumidores.

La mayoría de autores parten de la premisa de que las prestaciones principales son condiciones generales, pero que se excluyen de control debido a que el control de precios es inconstitucional<sup>234</sup>. Sin embargo, tal como hemos expuesto en apartados anteriores, en el presente trabajo se sostiene que no son condiciones generales. Por tanto, nuestro punto de vista es distinto en este sentido a este sector de la doctrina.

Si se llegara a extender el control de contenido a las prestaciones principales, esto sería *incompatible con el sistema económico constitucional de libertad de mercado y precios y de libre competencia*, ya que se estaría estableciendo un régimen general de fijación y control de precios y calidad de prestaciones, en contravención con lo regulado en el art. 38 CE<sup>235</sup>. La norma fundamental únicamente permite el establecimiento de control de precios de manera excepcional y en sectores concretos en el que existe un interés superior a la libertad de empresa que se quiere proteger. De existir libre competencia, la justicia del contenido contractual se ve garantizada no por el Derecho, sino por los mecanismos de mercado.

Sentado lo anterior se puede igualmente rechazar la idea de que la omisión de trasponer el art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE a la legislación interna debe interpretarse como favorable a la tesis positiva. Y es que la prohibición de extender a las prestaciones principales el control de contenido, no necesita de una norma expresa en el TRLCU o LCGC que la contemple, puesto que su prohibición deriva de la propia CE<sup>236</sup>. Prohibición que es extensiva a todo aspecto del mercado en que funciona correctamente la competencia.

La equivalencia de prestaciones garantizada por la diversidad de ofertas en el mercado, no puede ni debe ser suplantada por la intervención judicial o legislativa. Los jueces no son ni deben ser controladores de precios, puesto que la CE confía en la libertad económica<sup>237</sup>. De aceptarse semejante control el cliente celebraría contratos con cualquier empresario y a

---

<sup>234</sup> Vid., por todos, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por el mismo y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 765.

<sup>235</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 95. También vid. ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, 1991, p. 141 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1422, y *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 280; DUQUE, J., «La protección de los derechos...», *op. cit.*, p. 69; RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE: ámbito de aplicación», en *Cuadernos Jurídicos*, Nº 11, 1993, p. 65, quien afirma que *tanto desde el punto de vista comunitario como nacional la competencia económica constituye el elemento determinante de ambos sistemas económicos constitucionalizados. Una competencia económica que se ejercita especialmente a través de la prestación y del precio. De tal modo que, si se introducen controles sobre estos elementos esenciales, se estará atentando contra la base del sistema económico constitucionalizado*. En el mismo sentido, CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 67, destaca que aplicar dicho control a las prestaciones principales supone en sí *una deficiente comprensión del fundamento del control de contenido de las cláusulas abusivas, así como del marco económico constitucional relativo a la libertad de mercado y de fijación de precios (...)*.

<sup>236</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 142.

<sup>237</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *RDBB*, 1997, p. 897.

cualquier precio, sabiendo que posteriormente podrá pedir la adecuación objetiva del precio, lo cual es contrario a la libertad contractual y libertad de mercado.

Todos estos problemas de índole constitucional se agravan cuando se toma en cuenta que se trataría de un control de precios, bienes y servicio de toda contratación con consumidores. Es decir, no un control en un sector específico del comercio, sino en toda la vida comercial relacionada con consumidores. La propia abogada general Verica Trstenjak en sus conclusiones del asunto C-484/08 sometido al conocimiento del TJCE advirtió del peligro de poseer un control general e ilimitado del equilibrio objetivo de las prestaciones principales al expresar textualmente en apartado 85 que *una ampliación ilimitada del ámbito de control basada en el artículo 8 de la Directiva 93/13 podría resultar en un socavamiento de la autonomía de la voluntad protegida por el artículo 4, apartado 2*<sup>238</sup>.

En definitiva, no puede concluirse de la ausencia de la transposición del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE que ese control ha sido implementado, lo cual representaría un gran *cercenamiento de la autonomía contractual a partir de un silencio legal*<sup>239</sup>. Traduciéndose en una vulneración a la Constitución.

**f) Control de prestaciones principales necesita norma interna expresa que lo establezca.**

Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ sostiene que el silencio del legislador nacional sobre si se somete o no a control las prestaciones principales no puede ser interpretado como una instauración de tal control<sup>240</sup>. Siendo el art. 4.2 de la Directiva una orden dirigida al legislador nacional de abstenerse a someter a control dichos aspectos, el legislador nacional cumplirá con dicha orden promulgando la ley que traspone la directiva omitiendo incorporar una norma que someta a control las prestaciones principales, tal como ha sucedido en el caso español.

El art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no atribuye derechos a los consumidores (salvo el deber de claridad y comprensibilidad), por lo que no es necesaria una norma expresa para cumplir con dicha orden, basta con que la ley nacional no contemple dentro sus artículos una ampliación del ámbito de control en ese sentido. Agrega dicho autor que *una cosa es establecer un control de precios en algún lugar de la Ley y otra no transcribir una*

---

<sup>238</sup> Pese a ello, la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 se pronuncia declarando que en el ordenamiento español sí existe un control de precios general e ilimitado por el silencio del legislador español en la transposición del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE.

<sup>239</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, op. cit., p. 95. Autor que llega a esta conclusión tras afirmar que existe un control de transparencia de las elementos esenciales y demostrar que existen en el ordenamiento jurídico español casos puntuales en el que el legislador establece controles para corregir precios desproporcionados. Además agrega que el control de precios desproporcionados no es un asunto que incumbe a la legislación sobre condiciones generales, sino que ya otra normativa se encarga de resolver dicha problemática, como lo es el Derecho de competencia o, incluso la nulidad por vicios del consentimiento. vid. CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de...*, op. cit., p. 84 y ss.

<sup>240</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», op. cit., pp. 23 y 24.

*disposición que expresa que no hay control de precios. La Ley española solamente ha dejado de transcribir el art. 4.2 de la Directiva, pero no establece en ningún precepto un control de precios*<sup>241</sup>.

La falta de trasposición de dicha norma no ha sido realizada de forma consciente y deliberada por el Congreso<sup>242</sup>. El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados demuestra que ha habido un error en la votación, puesto que el grupo parlamentario mayoritario se había opuesto desde un principio a extender el control a las prestaciones principales, y expresó contundentemente que no debía dejar de trasponerse el art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE. Por lo que no puede señalarse que el legislador ha deseado hacer lo contrario. No cabe una interpretación teleológica en un sentido favorable al control de prestaciones principales<sup>243</sup>.

En conclusión, para que se pueda considerar que se estableció en la legislación española un control de precios, es necesaria una norma expresa en sentido positivo que así lo establezca, de lo cual carece actualmente la LCGC y TRLCU<sup>244</sup>. Siendo este tema un punto de capital trascendencia en el ordenamiento jurídico español, debe de existir una previsión normativa expresa con su correspondiente fundamentación<sup>245</sup>. De faltar ésta en el TRLCU, éste debe interpretarse conforme a la Directiva<sup>246</sup>.

---

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>242</sup> Sobre las discusiones parlamentarias y la votación, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 61 y ss. Igualmente MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 24, atribuye a un lapsus calami la falta de trasposición. Por otro lado, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 129, parece no haber reparado en que la omisión legislativa proviene de un error en la votación ya que tal omisión la atribuye a la ignorancia del legislador de la existencia de una ley de usura. Aunque en ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 9, sí se lo atribuye a un error de votación parlamentaria. Así también lo entiende la SAP Madrid 8 septiembre 2005 (AC 2005/1554) al afirma que esta *supresión no puede considerarse más que un olvido del legislador (...) sin incidencia en la aplicación directa del citado precepto comunitario* (se refiere al 4.2. de la Directiva 93/13/CEE) (...).

<sup>243</sup> Uno de los autores que hace mayor hincapié en rechazar como voluntad legislativa el establecimiento de control de prestaciones principales debido al error de votación: CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 61 y ss.

<sup>244</sup> Mediante este argumento, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 23, critica y rechaza la idea de la doctrina a favor de control de prestaciones principales que sostiene que la omisión del legislador español debe entenderse como voluntad de establecer el control.

<sup>245</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., *El control de las cláusulas...*, *op. cit.*, p. 69.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 69; y PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5, 2011, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es). Este último critica directamente a la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 por este aspecto. Por otro lado, es poca la jurisprudencia que se ha pronunciado en este sentido. Por ejemplo, la SJM Alicante 3 enero 2005 (AC 2005/36) parece adherirse a esta idea al sostener que no existe una disposición *directa, contraria y expresa en la Ley nacional* que desarrolle el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, en consecuencia, citando jurisprudencia del TJCE, señala que la LCGC debe ser interpretada a la luz literal y de la finalidad de dicha disposición comunitaria. Sin embargo, a continuación reconoce que es compatible controlar algunos aspectos como *la forma de determinación del precio cuando ésta sea arbitraria* y cause un desequilibrio objetivo al consumidor, tal como su puede constatar en el listado de cláusulas abusivas específicas contenidas en el apartado 7 de la Disposición Adicional Primera de la LGDCU. Por lo que dicha sentencia no es tajante en excluir del análisis judicial las prestaciones principales.

## Conclusiones sobre sometimiento a control de contenido

Hemos defendido la exclusión del control de contenido de las prestaciones principales de los negocios por constituir el núcleo mínimo sobre el que recae el consentimiento *stricto sensu* por ambas partes. Como hemos expresado al inicio del presente apartado, nos referimos al control de contenido relativo al examen objetivo del equilibrio de las prestaciones principales. Sin embargo esto no inhibe que dichas cláusulas se sometan a control de contenido de otro tipo, específicamente uno vinculado a la transparencia de las mismas lo cual es conforme con la normativa y jurisprudencia europea y española, tal como se verá con mayor amplitud en el capítulo III del presente trabajo.

### 3.1.2. Criterios doctrinales y jurisprudenciales para determinar cuándo un aspecto forma parte de una prestación principal.

Visto lo anterior, el control de prestaciones principales vía aplicación del art. 82 TRLCU no es posible. La doctrina y jurisprudencia mayoritaria así lo sostiene. Sin embargo el problema mayor no se centra en ello, sino en determinar qué aspectos forman parte de ese grupo de cláusulas sobre prestaciones principales o elementos esenciales<sup>247</sup>. Sobre ello la doctrina y jurisprudencia ha debatido, y al día de hoy no es posible encontrar una posición unánime y clara al respecto<sup>248</sup>.

Es por ello, que se han hecho esfuerzos para determinar criterios que auxilien al juzgador para tal fin. Si bien algunos han sido señalados por la doctrina para justificar el control de contenido en general, a su vez han sido útiles como criterios orientadores para determinar si una determinada cláusula es sometida a control por no constituir prestación principal.

Principalmente esta discusión se ha dado en torno a definir si constituyen elementos esenciales: los intereses remuneratorios y moratorios en préstamos bancarios, cláusulas de redondeo al alza de los intereses antedichos, cláusulas denominadas como *hora o fracción* en contratos de aparcamiento, el plazo de duración en contratos de mantenimiento de ascensores y *cláusulas suelo* de intereses en contratos de préstamo hipotecario a interés variable.

De particular interés es la polémica suscitada en el Reino Unido sobre este tema. La UTCCR transcribe prácticamente el texto de la Directiva 93/13/CEE, y con ello se ha discutido ampliamente cómo debe entenderse la frase *main subject of the matter*

---

<sup>247</sup> Tarea que es difícil tal como lo reconoce THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 4, parágrafo 1.16, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>

<sup>248</sup> Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, 2013, p. 21, disponible en: <http://www.indret.com/es/>, señala que los límites para determinar a una cláusula como elemento esencial no son *difusos*.



contemplada como excluida de control en su art. 6(2)(a), la cual es la equivalente a la frase *objetivo principal del contrato* contemplado en el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE<sup>249</sup>. Polémica que ha sido intensificada principalmente por las siguientes sentencias que citaremos para abordar este tema: *Director General of Fair Trading v First National Bank* [2001] UKHL 52<sup>250</sup>; *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch)<sup>251</sup>; *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6<sup>252</sup> y las sentencias sobre el mismo caso emitidas en instancias inferiores<sup>253</sup>; y *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services* [2011] EWHC 1237 (Ch)<sup>254</sup>. De hecho, a raíz principalmente del pronunciamiento de la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6, the Law Commission and Scottish Law Commission se vieron en la necesidad de modificar la propuesta de legislativa para el Reino Unido sobre cláusulas abusivas que originalmente en 2005 habían elaborado a fin de acotar con mayor claridad los alcances de la exclusión de control de contenido de las prestaciones principales<sup>255</sup>. Propuesta legislativa que también será citada en el presente trabajo.

#### a) Aspectos principales y aspectos secundarios o accesorios.

El criterio relativo a que los aspectos o cláusulas secundarios o accesorios son los susceptibles de ser controlados judicialmente ha sido expuesto reiteradamente por la doctrina<sup>256</sup>. La existencia de este criterio incluso se podría inferir del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE al indicar que se excluye el objeto principal del contrato. Es decir, si hay

---

<sup>249</sup> A esto se le puede unir la frase *core bargain* o *core terms* que son usualmente utilizados por la jurisprudencia y doctrina, la cual se podría traducir como cláusulas o aspectos nucleares del negocio.

<sup>250</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/52.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>251</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1681.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>252</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/6.html> (consulta: 03/05/2014). Esta sentencia ha tenido gran trascendencia en el ordenamiento jurídico del Reino Unido al punto que en el 2013 The Law Commission and Scottish Law Commission presentó modificaciones a su propuesta legislativa de cláusulas abusivas de 2005 a raíz de la emisión de esa sentencia y de las múltiples interpretaciones jurídicas que se originaron por ella. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>

<sup>253</sup> Nos referimos a la emitida en primera instancia por The High Court cuya cita bibliográfica es la siguiente: *Office of Fair Trading v Abbey National Plc & 7 Ors* [2008] EWHC 875 (Comm), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/875.html> (consulta: 03/05/2014), y la emitida en apelación por The Court of Appeal cuya cita bibliográfica es *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/116.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>254</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>255</sup> Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

<sup>256</sup> En este sentido, O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos...», *op. cit.*, p. 91, sostiene que *la cláusula abusiva no se refiere al objeto mismo del contrato, sino a factores secundarios, es decir, se refiere al contenido contractual, pero no a las prestaciones esenciales sino a las cláusulas adyacente (en una compraventa no podrá ser cláusula abusiva la que determina la cosa y el precio, sino el modo de entrega de la cosa o la documentación de ésta, o la forma de pago o los intereses o la cláusula penal).*

aspectos principales excluidos del ámbito de control, se puede colegir que hay aspectos contractuales secundarios o accesorios que sí son sometidos a control. Al examinar dicho cuerpo normativo nos encontramos con que estos aspectos que sí son sometidos a control de contenido son precisamente las denominadas como *cláusulas no negociadas individualmente*. Siguiendo esta lógica fácilmente lleva a concluir entonces que: *cláusulas no negociadas individualmente* son las cláusulas secundarias o accesorias<sup>257</sup>. Son las que regulan aspectos de menor importancia del negocio. Incluso se llega a decir que la accesoriedad es un atributo de estas cláusulas sometidas a control<sup>258</sup>.

Adicionalmente, para robustecer este argumento se dice que los aspectos principales son únicamente los que, por un lado, describen o definición del objeto principal del contrato, y por otro lado, la cláusula que indica el monto del precio (cuantía). Cualquier otra cláusula que señale forma de pago de precio, fecha de pago, duración del servicio, etc., no se encuentran excluidas de control por no ser descriptivas del objeto principal ni establecer el monto del precio<sup>259</sup>. Este criterio encuentra apoyo en la redacción de la Directiva 93/13/CEE. Su considerando 19 señala que *la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato* (el resaltado es nuestro). Así también, el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE prescribe que (1) *a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato* (el resaltado es nuestro). Podemos encontrar jurisprudencia como la SAP Asturias 25 febrero 2014 (AC 2014/345) que interpreta de esa manera la exclusión. Ésta afirma, en el marco de un contrato de seguro, que la cláusula controvertida *excede de la descripción del riesgo que la condición hace en los párrafos previos*, por ende la somete a control<sup>260</sup>. Por el contrario, en la sentencia *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services*

---

<sup>257</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 56, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>. En ese sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 911 y 912, lamenta que el TRLCU no diferencia en su texto entre, por un lado las cláusulas referidas al objeto y a la adecuación económica, y por otro lado, las cláusulas referidas a aspectos complementarios o accesorios.

<sup>258</sup> Al respecto, SANZ VIOLA, A. M., «Consideraciones en torno a...», *op. cit.*, p. 888, afirma que la *accesoriedad* es una de las características de las condiciones generales junto con la *predisposición unilateral por una de las partes contratantes y la generalidad*. Agrega que *las condiciones generales son cláusulas accesorias a los elementos fundamentales del contrato*.

<sup>259</sup> Adhiriéndose a este punto, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, han elaborado su propuesta de normativa de 2013 para el Reino Unido en el sentido que únicamente se excluya el monto del precio. Respecto al objeto principal del contrato señala que no debe excluirse únicamente las que lo describen o definen, sino también toda cláusula relacionada con el mismo (apartado 3.110 y ss.).

<sup>260</sup> La SAP Asturias 25 febrero 2014 (AC 2014/345) analizó una cláusula incorporada a un contrato de seguro de indemnización por incapacidad en el que se hacía depender la duración de la incapacidad del asegurado a la valoración de los servicios médicos de la propia aseguradora. La cláusula literalmente establecía que los servicios médicos de la aseguradora otorgarían el alta al asegurado *cuando, como consecuencia de las exploraciones físicas realizadas y/o a la vista de la documentación médica aportada, así lo consideren conveniente*. El tribunal resolvió que el examen de abusividad *no es aplicable a los elementos esenciales del contrato (riesgo y prima y STS 9 mayo 2013)*, pero que la cláusula controvertida sí es viable someterla a dicho examen por no ser descriptiva del riesgo.

[2011] EWHC 1237 (Ch) del Reino Unido, la High Court interpretó el § 6(2) UTCCR, el cual es prácticamente una transcripción del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, en el sentido que el plazo de duración mínimo de la membresía de un gimnasio forma parte de la descripción del objeto principal del contrato.

El binomio aspectos principales y aspectos secundarios o accesorios ha sido adoptado por abundante jurisprudencia<sup>261</sup>. Por ejemplo, se ha utilizado para fundamentar que las cláusulas *hora o fracción* en contratos de aparcamiento son accesorias respecto de la tarifa a pagar. Se ha sostenido que esto no es un control de precios, puesto que el precio en sí permanece fuera del análisis judicial de abusividad. Es decir, no se analiza el monto del precio. Dicha cláusula sólo es un añadido a este precio (tarifa). Así, la SAP Madrid 8 septiembre 2008 (AC 2005/1554) analizando la oferta del empresario consistente en brindar el servicio de aparcamiento por una tarifa determinada por *hora o fracción*, sostuvo que *la relación precio-tiempo de estacionamiento viene determinada por el tiempo real de estacionamiento y no por éste más un plus que la empresa titular tenga a bien establecer, de modo que el tiempo de estacionamiento que constituye la referencia legal para el cálculo del precio no es otro que el real y la operación de sumar al tiempo real la fracción, el resto hasta completar la hora (o media hora, en su caso), no es elemento esencial del contrato sino una conducta añadida que produce un incremento de la ecuación legal precio-tiempo y que carece de justificación como elemento esencial del negocio* (el resaltado es nuestro)<sup>262</sup>.

De esta manera se sostiene que se mantiene libre de intervención judicial las prestaciones principales: tarifa y servicio de aparcamiento. Ya que, según dicha sentencia, la normativa nacional sobre protección al consumidor *permite sostener que existe posibilidad de control si el procedimiento de fijación del precio es abusivo e injustificado, no del precio en sí*. Agrega dicha sentencia que se encuentra *exenta de control la ecuación precio-tiempo real o efectivo de estacionamiento, y por tanto, accesorio o no esencial, el incremento ficticio de ese tiempo en un lapso temporal hasta alcanzar la unidad de medida de tiempo considerada para fijar el precio*<sup>263</sup>.

---

<sup>261</sup> Si bien se refiere a la aplicación de la LCGC, la cual no posee un control de contenido, es interesante la idea que sobre las condiciones generales posee el tribunal que dicta la SAP Madrid 15 abril 2004 (JUR 2004/247894). En ella se expresa que *siendo de aplicación tal Ley a aquellos contratos de adhesión en los que puedan existir cláusulas o pactos no impuestos, siempre que estos pactos tengan un carácter secundario cuantitativa y/o cualitativamente*. En similar sentido se pronuncia la SAP Madrid 3 mayo 2007 (AC 2007/898).

<sup>262</sup> Este no es un criterio novedoso. La STS 12 marzo 1957, *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, 1957, num. marginal 753, la cual analiza un contrato de seguro en su calidad de contrato de adhesión, sostiene que es preciso distinguir entre cláusulas esenciales y accesorias.

<sup>263</sup> De la jurisprudencia menor, la SJM Alicante 3 enero 2005 (AC 2005/36) se pronuncia sobre una cláusula similar en el mismo sentido, sosteniendo que *hay que diferenciar entre cláusulas esenciales y accesorias, estas últimas afectadas al control de contenido, y por tanto sometidas al juicio sobre su carácter abusivo, aunque guarden relación con el precio, ya que lo que queda ajeno a dicho control de contenido es la adecuación entre el precio que debe abonar el consumidor y los servicios o bienes que recibe a cambio*. Por lo que igualmente somete a control dicha cláusula.

Otros ejemplos de casos jurisprudenciales en que se ha denominado como accesorias o secundarias con respecto a las prestaciones principales y que ello ha justificado un control judicial son<sup>264</sup>:

- Sobre las cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés en préstamos. SAP Madrid 21 febrero 2006 (AC 2006/833) sostiene que el precio *está integrado por la cantidad a devolver y el interés aplicable en cada período, (...) más nunca por el redondeo al alza adicionado al pacto a favor de la entidad demandada, al tratarse de un elemento accesorio (...)*. Así también, SAP Islas Baleares 17 marzo 2003 (AC 2003/1624): *es accesorio o complementaria al interés variable y al diferencial (...)*<sup>265</sup>.
- Sobre las cláusulas penales. Algunas sentencias que atribuyen el carácter accesorio o secundario de dichas cláusulas son: SAP Madrid 27 septiembre 2001 (JUR 2002/10881)<sup>266</sup>.
- Sobre interés moratorio (es un tipo de cláusula penal). La SAP Murcia 30 octubre 2006 (JUR 2007/61698) sostiene que *al contrario que los remuneratorios, en los contratos de préstamo, constituyen cláusulas penales por incumplimiento, y como tales cláusulas accesorias, (...) pueden y deben ser objeto de control para determinar su carácter abusivo (...)*.

Ejemplo de sentencia que no somete a control una cláusula por considerarla accesorio es la SAP Zamora 6 septiembre 2000 (AC/2000/2556). Esta sentencia analiza las cláusulas sobre cobro por derechos de alta e inspección en contratos de suministro de gas natural. El tribunal sostuvo que el pago de cantidades en ese concepto constituye una contraprestación a un servicio prestado, lo cual no está incluido en las tarifas que aprueban las autoridades para el suministro de gas<sup>267</sup>. Además, la cláusula *no tiene la naturaleza accesorio con relación a la prestación del suministro de gas*. Agrega que es obligación legal realizar una inspección antes de instalar y suministrar gas, y que el consumidor no puede rechazar los servicios cuestionados porque es un mandato legal hacerlo.

---

<sup>264</sup> A manera de ejemplo, otras sentencias sobre este aspecto son: La SAP Madrid 3 mayo 2007 (AC 2007/898) afirma que *aún tratándose de un contrato de adhesión* es necesario para aplicar la LCGC que la cláusula sea de carácter *secundario*, y no de *carácter principal* (como las que definen los elementos esenciales).

<sup>265</sup> En la jurisprudencia menor podemos encontrar SJPI Madrid 25 octubre 2002 (AC 2003/362): *Cláusula, por otro lado, de carácter accesorio que no puede considerarse, en sí misma como un elemento esencial del mismo*.

<sup>266</sup> Otras no lo hacen de forma directa. De este modo, la SAP Barcelona 1 febrero 2005 (JUR 2005/81376) califica a los intereses moratorios como *una cláusula penal típica, accesorio al contrato de préstamo* (deja entrever que es aplicable el control de contenido de la LGDCU, pero finalmente aplica el art. 1,154 CC para su moderación).

<sup>267</sup> Cabe aclarar que para entonces no había libertad de fijación de precios en este ámbito, ni tampoco existían normas especiales que regularan el cobro de estos servicios adicionales.

Similar lógica ha sido adoptada en otros ordenamientos jurídicos. En el Reino Unido, podemos encontrar que en la sentencia *Director General of Fair Trading v First National Bank* [2001] UKHL 52, el juez Lord Bingham of Cornhill, citando doctrina, señala la diferencia entre *term or terms which express the substance of the bargain and incidental (if important) which surround them*<sup>268</sup>. En la misma sentencia y en otras se habla, por un lado de *core terms*, y por otro lado de *subsidiary terms* y de *ancillary terms*, expresando la misma idea<sup>269</sup>. La consecuencia de ello es que aquéllas son excluidas, y éstas son sometidas a control de contenido<sup>270</sup>.

Asimismo, podríamos incluir en este criterio la idea planteada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia relativa a que no es viable someter a control las cláusulas que *regulan* las prestaciones principales, pero sí las que las *afectan* o se *refieren* a ellas<sup>271</sup>. En este sentido se sostiene que el núcleo de la relación calidad/precio debe mantenerse fuera de control, pero no las cláusulas adicionales y secundarias, incluidas las que inciden en el cálculo del precio o su determinación<sup>272</sup>.

En esta línea, la propuesta legislativa original elaborada en 2005 por *The Law Commission And Scottish Law Commission* del Reino Unido incluía un parágrafo que aclaraba que no forma parte del precio los montos a pagar que sean secundarios respecto del objeto principal del contrato. Expresamente la disposición 4(5) de la parte 2 establecía: *The reference to the price payable under a consumer contract does not include any amount, payment of which would be incidental or ancillary to the main purpose of the contract*<sup>273</sup>.

---

<sup>268</sup> Es decir, por una parte las condiciones que expresan la esencia del negocio y, por otra parte, las condiciones secundarias (pero importantes) que las rodean.

<sup>269</sup> Es decir, por un lado condiciones medulares o centrales, y por otro lado las condiciones secundarias. Vid. sentencia *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch), caso en el que gran parte de la discusión se centró a determinar si unas comisiones a favor del empresario incluidas en contratos celebrados entre un agente de bienes raíces (Foxtons Ltd) y los consumidores propietarios de inmuebles, eran o no *condiciones secundarias* y por ende sometidas a control de contenido; similar discusión se produjo en *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, tratándose en este caso de cláusulas que regulaban recargos a favor de los bancos en contratos de cuenta corriente; y por último la *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services* [2011] EWHC 1237 (Ch).

<sup>270</sup> Es necesario recordar que en el Reino Unido es aplicable el art. 6(2) UTCCR, el cual es prácticamente una transcripción del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. Por lo que es interés estas consideraciones, en virtud de la similitud normativa con el ordenamiento jurídico español.

<sup>271</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 133. Ante este criterio y la complejidad práctica de distinción de las cláusulas, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 320 y ss., señala un listado de cláusulas que regulan aspectos de los elementos esenciales pero que no lo hacen de manera sustancial, por lo que están sometidas a control. En sentido similar, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1416, indica que *sólo las cláusulas predisuestas que regulen sustancialmente los elementos esenciales quedan sustraídas a control de contenido* (el resaltado es nuestro).

<sup>272</sup> Estas cláusulas son las conocidas por la doctrina alemana como *Preisnebenabreden*. Vid., un análisis sobre la evolución de este criterio en la experiencia alemana, en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

<sup>273</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, p. 153, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>. Aunque cabe aclarar que en 2013 dichas comisiones presentaron

En aplicación de esta idea relativa a que los aspectos que regulen de manera indirecta las prestaciones principales no forman parte de la exclusión legal de control, ALFARO ÁGUILA-REAL sostiene que se incluyen las cláusulas que permiten al predisponente modificar unilateralmente el contenido contractual, reserva del derecho del predisponente a fijar precio, descripciones de la prestación cuando exista un criterio de referencia legal para su valoración (se cita el caso de las cláusulas lesivas a los asegurados), casos en que exista un precio establecido legalmente como orientativo o dispositivo, y las que establecen prestaciones accesorias de forma subrepticia en el contrato<sup>274</sup>. Estrechamente a este criterio, también se ha dicho que únicamente se excluyen de control las que regulan *sustancialmente* los elementos esenciales<sup>275</sup>.

Sin embargo este criterio de *accesoriedad* no logra ser convincente. Ha sido el más utilizado por la doctrina y jurisprudencia, pero a su vez es el criterio más impreciso de todos. De hecho, en su sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6 la *Supreme Court* del Reino Unido rechazó tal división<sup>276</sup>. Sostuvo que en muchos contratos era imposible hacer tal distinción. Esta sentencia provocó que *The Law Commission and Scottish Law Commission* del Reino Unido formularan en 2013 una modificación a su propuesta legislativa original de 2005 en sentido de abandonar este criterio de distinción de cláusulas, ya que reconocieron la imprecisión y vaguedad resaltadas por la sentencia<sup>277</sup>. Por tanto, la única forma en que podríamos considerar positivo este criterio es que se pretende con él expresar que para los adherentes las condiciones generales regulan aspectos que no resultan tan relevantes al momento de tomar la decisión de contratar, por ello estos aspectos son vistos como secundarios o accesorios. Es decir, de menor importancia.

Pese a ello, encontramos que tampoco en ese sentido puede ser del todo cierto el carácter accesorio o secundario. En realidad a los adherentes no les interesa ni un poco valorar estos

---

modificaciones a su propuesta legislativa en el sentido de abandonar esta división de cláusulas en principales y accesorias. Por el contrario, respecto del precio han establecido en su modificación de propuesta legislativa en el sentido que únicamente se excluya de control el monto del precio. Id., *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, apartados 3.79 y ss., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

<sup>274</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, pp. 134 y 135.

<sup>275</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, pp. 286 y 287, afirma que *sólo dejan de considerarse impuestas en sentido legal aquellas cláusulas que regulan o conciernen sustancialmente –no, simplemente, afectan de cualquier modo- a los elementos esenciales del contrato.*

<sup>276</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/6.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>277</sup> La propuesta con su modificación de 2013 ya fue aceptada por el Gobierno. En enero de 2014 se encuentra en el Parlamento para su tramitación legislativa. Sin embargo, respecto de las cláusulas relativas al precio, *The Law Commission and Scottish Law Commission* propone en 2013 excluirlas de control pero limitando a considerar que sólo lo serán las que se refieren al *monto* del precio. Es decir, no forman parte de la exclusión las cláusulas que definen fechas de pago, formas de pago y similares. Con ello se evita la ambigüedad de hablar de cláusulas accesorias o secundarias, sino que se define con claridad que sólo el monto del precio está excluido. Asimismo la propuesta legislativa aclara no está excluido de control la cláusula que regula una prestación que deba realizar el consumidor que no sea dineraria. Para efectos de esa propuesta, ese pago no dinerario no constituye *precio*, y por tanto no está excluido de control.

aspectos en el momento de contratar. Son irrelevantes del todo, y no de relevancia secundaria o menor, o no les es posible valorar a plenitud sus consecuencias (racionalidad limitada). En cambio las prestaciones principales, por regla general, sí son relevantes y son valorados.

#### **b) Aspectos jurídicos y aspectos económicos.**

La doctrina ha diferenciado entre cláusulas de contenido económico y cláusulas de contenido jurídico. Explican que el control de contenido se aplica únicamente sobre cláusulas de contenido normativo y nunca a las de contenido económico<sup>278</sup>. De esta manera, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ sostiene que únicamente pueden ser *impuestas* las cláusulas de contenido jurídico, *por no ser el mismo tomado en consideración a la hora de contratar, y no poder fundamentar, aunque sean injustas o desproporcionadas, una renuncia a contratar*. En consecuencia las cláusulas de contenido económico, como son las relativas a las prestaciones principales o elementos esenciales se encuentran fuera del ámbito de control objetivo.

Algunos autores, para reforzar su postura agregan como argumento que esta conclusión es extraída de la comparación del antiguo art. 10.1.c) LGDCU con la redacción actual del art. 80.1.c) TRLCU y el art. 82.1 TRLCU. El primero fundamenta la abusividad de las cláusulas en la contradicción de la *buena fe y desequilibrio de las contraprestaciones*, en cambio en la nueva redacción de los artículos mencionados ya no se habla de contraprestaciones sino de desequilibrio de derechos y obligaciones. El legislador ha querido ser tajante en sustraer de control a las prestaciones principales modificando la norma<sup>279</sup>.

Sobre la utilización del criterio contenido normativo versus contenido económico en la jurisprudencia, cabe destacar la SAP Las Palmas 17 septiembre 2008 (JUR 2009/242464). En esta se afirma que el *desequilibrio de derechos y obligaciones es un "déficit jurídico", no un "déficit económico", de manera que la abusividad no enfrenta lo que pueda considerarse contenido económico del contrato y, por ende, no se refiere a las cláusulas de fijación de precios o condiciones económicas, pues la LGDCU, que incorporó a la Directiva 93/13 excluyó las cláusulas prerredactadas que se refieren a los elementos esenciales del contrato limitando el control de fondo*.

Incluso esta diferencia sirve, según parte de la doctrina, para someter a control *cláusulas que aun manifestando un reflejo sobre el plano económico, están dirigidas a influir sobre*

---

<sup>278</sup> Así, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 24; VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, 1995, p. 1538; y, EMPARANZA, A., «La directiva comunitaria...», *op. cit.*, p. 473, el cual agrega que *resultaría inadmisibles formular cualquier tipo de control sobre la ecuanimidad de las cuestiones metajurídicas*.

<sup>279</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por el mismo y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 755.

el aspecto normativo y a modificar la posición jurídica de las partes<sup>280</sup>. Por ello, se incluye dentro de su ámbito las cláusulas relativas a la modificación del precio o de las características del bien o servicio sin derecho a desistir, cláusulas que permiten al predisponente entregar bienes distintos del estipulado en el contrato, las que establecen las condiciones de exactitud en el cumplimiento, o la modalidad, fecha o lugar de entrega del bien o de realización de las prestación<sup>281</sup>.

Sin embargo, el criterio de que únicamente los aspectos jurídicos son sometidas a control y excluyéndose las de contenido económico nos parece desacertada. Primero, porque muchas cláusulas tienen contenido económico en el sentido de expresar sumas de dinero, pero igualmente no son seleccionadas por los adherentes. Todas las cláusulas penales, incluidos los intereses moratorios de préstamos bancarios, expresan montos a pagar en caso de incumplimiento<sup>282</sup>. Pese a que determinan aspectos económicos no son seleccionadas. No forman parte de las prestaciones principales que motivan a los consumidores a contratar.

O sucede lo contrario, cláusulas que no poseen un contenido económico en el sentido de contemplar en ella montos dinerarios, sí son seleccionadas y forman parte de las prestaciones principales. Así por ejemplo, la cláusula que contempla el plazo de duración de un contrato de arrendamiento. Esta cláusula aisladamente considerada podría decirse que tiene un sentido puramente jurídico, por lo que debe ser sometida a control. Sin embargo, forma parte de las prestaciones principales ya que con base a ello el arrendador configura el precio y demás prestaciones a realizar de su oferta, y los adherentes valoran este aspecto del plazo<sup>283</sup>. Igual puede decirse del plazo de un contrato de préstamo y otros contratos<sup>284</sup>. Por lo que a todos estos ejemplos no es susceptible aplicárseles el control de contenido<sup>285</sup>.

---

<sup>280</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 123.

<sup>281</sup> Ejemplos citados por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 122 y 123.

<sup>282</sup> Esta idea fue expresada por Lord Walker y Lord Mance en la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6, disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/6.html> (consulta: 03/05/2014). El primero de ellos sostuvo que *no toda cláusula que está de alguna manera relacionada a una retribución económica encaja en la disposición 6(2) UTCCR* (equivalente a art. 4.2 Directiva 93/13/CEE). *Los literales d), e), f), y l) de la lista gris del anexo 2 de la UTCCR* (equivalente al anexo de la Directiva 93/13/CEE) *son ejemplo de ello*. Y Lord Mance indicó que *pueden existir pagos que no constituyen ni precio ni remuneración de bienes o servicios prestados a cambio. Además, pagos que no constituyen precio o remuneración en este sentido pueden ser enjuiciados como abusivos sobre la base que no se refieren a la adecuación en el monto en relación con los bienes o servicios recibidos a cambio*.

<sup>283</sup> En términos muy simplistas podría decirse que cuanto más dure el contrato, el predisponente podrá ofrecer un precio más bajo, y viceversa.

<sup>284</sup> Por ejemplo, la licencia para utilizar el antivirus Global Protection 2014 de la empresa Panda Security para uso particular de un solo ordenador contempla en este momento tres tarifas dependiendo del tiempo de duración del servicio, las cuales pueden ser consultadas en el siguiente enlace: [https://shop.pandasecurity.com/cgi-bin/pp/reg=ES/ml=ES?id=A12GP11ESD&twds=default&track=74370&actp=1&nav=pp\\_homeuser\\_allinone\\_A12GP11ESD](https://shop.pandasecurity.com/cgi-bin/pp/reg=ES/ml=ES?id=A12GP11ESD&twds=default&track=74370&actp=1&nav=pp_homeuser_allinone_A12GP11ESD) (consulta: 03/05/2014). Así, para un año el precio ofertado es de 94,99 €, para dos años es de 164,99 € (es decir 82,50 € por cada año) y para tres años 208,99 € (es decir 69,66 € por cada año). Se puede apreciar, que a medida aumenta el tiempo de duración del contrato, el precio del servicio es relativamente más bajo. Otro ejemplo, la suscripción del periódico español El País consistente en la recepción física de la versión impresa del mismo en territorio español, contempla diferentes tarifas dependiendo del tiempo en que el usuario desea recibir el periódico, las cuales pueden consultarse en



Segundo, más importante aún es advertir que es extremadamente difícil determinar cuándo una cláusula es de contenido económico y cuándo es puramente jurídico. Incluso las que parecen que son puramente jurídicas, siempre tienen un contenido económico. Por ejemplo, las cláusulas de sumisión expresa en contratos de préstamo. El predisponente las incluye en su contrato con el propósito de ahorrar costes en la recuperación de créditos morosos. Si se debe demandar en el domicilio de los deudores, el empresario asume costes superiores que en caso no lo hiciera.

El desplazamiento para asistir a audiencias o presentación de demandas y escritos en las diferentes localidades en las que son demandados los deudores morosos genera costes. Los más visibles son, en términos generales, costes de transporte (combustible, o pasaje de tren, autobús, etc.), hospedaje, alimentación y tiempo que se utiliza para trasladarse (podrán atenderse menos audiencias debido al tiempo que tomará asistir a cada una de ellas). Algunas veces la cuantía de lo demandado será más bajo que los costes para el prestamista de recuperación judicial. Por lo que es irracional desde el punto de vista económico para el prestamista iniciar juicios ejecutivos a fin de recuperar el monto adeudado.

De esta manera el empresario prefiere concentrar en una ciudad o algunas ciudades esta actividad, lográndose ahorro de costes que supondría contratar abogados para la recuperación de los créditos en todas las ciudades en las que residen los deudores o, en caso de no contratarse abogados locales, costes de traslado al lugar de domicilio del deudor moroso<sup>286</sup>.

---

el siguiente enlace: [http://www.elpais.com/pais\\_suscriptor/tarifas.html](http://www.elpais.com/pais_suscriptor/tarifas.html) (consulta: 03/05/2014). Centrándonos en el tipo de suscripción “lunes a domingo”, podemos apreciar que el precio por suscripción mensual es de 37€ (el precio de cada periódico recibido será de 1,233 € si se calcula que cada mes tiene 30 días) ; trimestral es de 110 € (el precio de cada periódico recibido será de 1,222 € si se calcula que cada mes tiene 30 días), semestral es de 210 € (el precio de cada periódico recibido será de 1,167 €), anual es de 380 € (precio por cada periódico recibido será de 1,041 €), y bienal es de 760 € (precio por periódico recibido será de 1,041€). En todos estos ejemplos el precio está calculado con base a la unidad de tiempo de duración del contrato, y este aspecto del tiempo sí es valorado por los usuarios. No forma parte de los aspectos irrelevantes para los usuarios en la toma de su decisión de contratar. No puede señalarse que ha sido impuesto el plazo al mismo y que por tanto puede anularse por ser excesivo el plazo.

<sup>285</sup> Es por ello, que rechazamos jurisprudencia como la de la SAP Cantabria 15 abril 2003 (JUR 2003/204145), en la que se analiza si es abusivo el plazo de duración de un contrato de mantenimiento de un ascensor. El tribunal resuelve afirmando que es válido un plazo de esa duración (10 años) si hay una contraprestación beneficiosa al adherente. Asimismo, consideramos que el legislador delegado al que se le encomendó reunir en un solo cuerpo (TRLUCU) diversas leyes de consumidor, ha errado al contemplar un nuevo supuesto de cláusula abusiva específica: *la imposición de plazos de duración excesiva* (art. 87.6 TRLUCU). Este es inconstitucional al violar la libertad contractual. Además, la creación de un nuevo supuesto de cláusula abusiva es una extralimitación de las funciones delegadas. Vid. sobre la extralimitación en la ejecución de la función delegada de refundición de leyes, apartado 4.1.4 del capítulo III.

<sup>286</sup> Por ello en la STJCE 27 junio 2000 (TJCE 2000/144) , el tribunal indicó que este tipo de cláusulas facilita la organización de la comparecencia del profesional al procedimiento judicial y al mismo tiempo la hace menos gravosa.

Pero a su vez, el hecho de que el deudor deba ejercer su defensa en un lugar ajeno a su lugar de residencia por incluirse una cláusula de sumisión expresa en los contratos, genera costes al deudor. Éstos costes pueden llegar a desincentivar el ejercicio de su defensa, máxime cuando son montos bajos los adeudados (los costes de hacerlo superan los beneficios a obtener), o cuando su capacidad económica es muy baja (si ha sido demandado en juicio ejecutivo seguramente no tiene liquidez)<sup>287</sup>. Supondrían barreras para ejercer el derecho de defensa en juicio.

Otro ejemplo es la cláusula suelo de intereses en contratos de préstamo hipotecario a interés variable. Ésta *tiene contenido económico por ser uno de los elementos que sirven para calcular la cifra de interés, pero también puede apreciarse su contenido jurídico, para lo que bastará considerar que su finalidad es distribuir entre las partes los riesgos inherentes a la bajada de tipos, que sólo beneficiarán al consumidor por encima del suelo pactado*<sup>288</sup>.

A través de esta breve explicación, queda en evidencia que existen motivos económicos que impulsan a los empresarios a incluir este tipo de cláusulas<sup>289</sup>. Seguramente también el legislador ha tomado en cuenta motivos económicos para calificar de abusivas estas cláusulas<sup>290</sup>. Seguramente consideró que los costes que acarrea a los adherentes para

---

<sup>287</sup> Este efecto disuasorio ha sido reconocido en la STJCE 27 junio 2000 (TJCE 2000/144), al afirmar el tribunal comunitario que *(e)n los casos de litigios de escasa cuantía, los gastos correspondientes a la comparecencia del consumidor podrían resultar disuasorios y dar lugar a que éste renuncie a interponer un recurso judicial y a defenderse.*

<sup>288</sup> CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de...», *op. cit.*, p. 176, quienes citan ese ejemplo para rechazar el criterio *cláusulas de contenido económico vs. jurídico.*

<sup>289</sup> Por ello, Lord Steyn en la sentencia *Director General of Fair Trading v First National Bank* [2001] UKHL 52, disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/52.html> (consulta: 03/05/2014), expresa: *Después de todo, en un sentido amplio todas las cláusulas del contrato se encuentra de alguna manera relacionados con el precio o remuneración.*

<sup>290</sup> Simplemente como un ejemplo de las valoraciones económicas para declarar abusiva esta cláusula, exponemos lo afirmado por PÉREZ CONESA, C., «Disposición adicional 1ª.Seis, Disposición adicional 1ª.V.27ª LGDCU», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 1265. Dicha autora señala que responde esta prohibición a que la cláusula obliga al consumidor *a ejercer su derecho a defenderse judicialmente en condiciones tales que hacen de ese derecho una carga, teniendo presente las dificultades que representa tener que litigar fuera de su domicilio o del lugar de cumplimiento de la obligación (...)* Estas dificultades se materializan en los inconvenientes derivados de los desplazamientos que tenga que realizar el consumidor para asistir a las actuaciones que el procedimiento exija, como los gastos que lleva aparejado acudir a un Tribunal alejado de su domicilio y la pérdida de tiempo que ello supone. En contraposición, resalta la autora los beneficios para el empresario: centralización de lugar de litigios, lo cual supone un ahorro económico considerable, evitándose gastos y molestias que repercute, en virtud de esta cláusula, precisamente en la parte más débil en la relación contractual de un contrato de adhesión. Así también la doctrina ha reconocido el trasfondo económico en el análisis de dicha cláusula. Así, STS 18 junio 1992 (RJ 1992/5326) no la declara abusiva bajo el siguiente argumento: *(t)ampoco se alcanza la razón por la que su aplicación produzca desequilibrio a la parte Comunidad de Propietarios (consumidor), antes al contrario, lo exiguo del precio mensual del servicio hace comprensible la sumisión propuesta por la empresa, no impuesta, que como dice el Ministerio Fiscal, resultaría la perjudicada si tuviera que mantener servicios jurídicos en todo el territorio de la nación.* Un ejemplo de sentencia en la que se declara abusiva esta cláusula es la STS 1 febrero 1997 (RJ 1997/672), la cual sostiene que existe un perjuicio para el consumidor *con un correlativo beneficio para la entidad que, no obstante tener negocios en numerosas*

ejercer su defensa en un tribunal ajeno a su domicilio suponen un desincentivo para litigar y hacer valer sus derechos.

Otro ejemplo es el del plazo de membresía de gimnasios. Precisamente en la sentencia *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services* [2011] EWHC 1237 (Ch)<sup>291</sup> se analiza, entre otros aspectos, la cláusula relativa al plazo mínimo de membresía. Este juicio había sido promovido como acción colectiva a raíz de las quejas de usuarios a quienes los gimnasios les cobraban el resto de mensualidades restantes a la finalización del plazo mínimo al dar por terminado el contrato. El demandante argumentó que no formaba parte del objeto principal del contrato, que sí lo era el derecho a utilizar las instalaciones del gimnasio, siendo un aspecto secundario el período de tiempo por el que puede utilizarlo. Sin embargo, Mr Justice Kitchin en su voto estableció que el período por el cual se le permite al usuario el uso y acceso a las instalaciones del gimnasio sí formaba parte del objeto principal<sup>292</sup>. La primera impresión podría llevar a asegurar que este plazo mínimo es de contenido puramente jurídico. Sin embargo, en realidad tiene un contenido económico ya que el precio de la membresía es configurado por el empresario en razón del plazo de duración de la misma.

Por las mismas razones deben de rechazarse razonamientos que determinan de manera tajante como parte del precio a toda cláusula de contenido económico o que regula un pago monetario. Tal es el caso del razonamiento de la *Supreme Court* del Reino Unido en la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6<sup>293</sup>, que declara que el art. 6(2)(b) UTCCR (equivalente al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE) no indica que únicamente se excluyen precios y remuneraciones esenciales. Y agrega sin matización alguna que *todo precio monetario y remuneración monetaria que debe ser pagada de conformidad al contrato* se encuentra excluida de control de contenido<sup>294</sup>. Definitivamente, el contenido económico no puede ser un elemento definitorio para discernir este tema.

En realidad, los contratos de adhesión son redactados por el predisponente con el propósito de ahorrar costes tal como hemos expuesto en este ejemplo. Tienen una motivación

---

*poblaciones, cómodamente centralizaba sus reclamaciones judiciales en la Capital de España, donde, con evidente ahorro económico, sitúa su Asesoría Jurídica.*

<sup>291</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>292</sup> Ahora bien, dicho juez y tribunal estimó la demanda considerando que el aspecto que realmente se estaba sometiendo al control no el plazo mínimo de duración, sino el derecho a dar por terminado anticipadamente el contrato y la indemnización a pagar por ello. Aspectos que no forman parte del objeto principal, y por tanto sí son susceptibles de revisión judicial.

<sup>293</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/6.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>294</sup> Con mejor razonamiento Mr Justice Andrew Smith de la *High Court* había analizado el mismo caso (posteriormente la *Court of Appeal* dictó la sentencia criticada en grado de apelación), expresando idea que parecía advertir lo que sucedería en la siguiente instancia de apelación: *Considero que sería sorprendente si el tribunal se siente capaz de concluir que un pago forma parte del precio o remuneración de conformidad a la disposición 6(2)(b) UTCCR aun cuando el consumidor promedio no lo reconociera como tal al momento de serle presentadas las condiciones contractuales del empresario.* Vid. *Office of Fair Trading v Abbey National Plc & 7 Ors* [2008] EWHC 875 (Comm), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/875.html> (consulta: 03/05/2014).

económica: la maximización de las utilidades. Por tanto, no podemos compartir la idea que unas cláusulas se refieren a aspectos económicos y otras a aspectos puramente jurídicos, y peor aún, hacer depender de esta división si deben de ser sometidas a control las cláusulas<sup>295</sup>.

Únicamente podríamos considerar válido este criterio si con ello se tiene la intención de explicar que las cláusulas que reflejan la valoración económica sobre el bien o servicio y el precio realizada por el consumidor se encuentran fuera del ámbito de control. Pero esto no es más que repetición del argumento relativo a que las prestaciones principales están fuera del ámbito de control. Por tanto, no aporta nada nuevo.

### **c) Eventualidad o contingencia versus certidumbre de ejecución.**

Un criterio importante para la doctrina y jurisprudencia es el carácter de eventualidad. Esta entendida como el *hecho o circunstancia de realización incierta o conjetural*.

Esta idea de incertidumbre (eventualidad) de la ejecución u ocurrencia del supuesto contemplado en la cláusula ha sido útil para este tema. Principalmente ha sido útil para determinar lo que constituye *precio*. Así, se ha sostenido que formarán parte del precio *solamente* (las cláusulas) *que de manera cierta y no eventual repercutan sobre la cantidad de dinero que tiene que entregar como contrapartida el consumidor*<sup>296</sup>.

Si debe ser pagada una cantidad independientemente de que ocurra algún acontecimiento aquélla constituirá *precio*. En cambio, si el deber de pagar esa cantidad depende de que se materialice algún hecho o circunstancia, es decir, es eventual, no formará parte del precio<sup>297</sup>. La cualidad de ser incierta la obligación del pago de dicha cantidad la convierte en no constitutiva del precio.

En la jurisprudencia española también ha sido utilizado principalmente para determinar que es viable someter a control de contenido los intereses moratorios en préstamos<sup>298</sup>. Se ha dicho que, a diferencia de las prestaciones principales (intereses remuneratorios), los intereses moratorios al tratarse de aspectos cuya aplicación es eventual y no cierta, el consumidor no las toma en consideración en el momento de contratar. Son irrelevantes al referirse a hechos que únicamente serán efectivos si la relación pasa a una fase patológica. Por tanto los intereses moratorios no constituyen prestaciones principales, y sí son sometidos a control<sup>299</sup>. En palabras de la SAP Murcia 1 febrero 2000 (AC 2000/774): (la

---

<sup>295</sup> Igualmente, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 912, considera poco claro este criterio.

<sup>296</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 124.

<sup>297</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 124

<sup>298</sup> Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 124, sostiene que este criterio ha sido empleado con fortuna por la jurisprudencia menor española.

<sup>299</sup> Es por ello que no compartimos la aseveración de las Conclusiones del Abogado General Antonio Tizzano presentadas el 18 de abril de 2002 relativas al asunto C-473/00 sometido al conocimiento del TJCE, en

cláusula que determina el interés moratorio) *no se refiere a las prestaciones principales derivadas del contrato, dado el carácter eventual de su aplicación, que sólo procederá en el caso de que el desarrollo de la relación contractual entre en una fase patológica, lo que justifica que las mismas puedan y deban ser objeto de control para determinar su posible carácter abusivo, ya que es indudable que la relevancia que tales cláusulas tienen para el adherente en el momento de contratar es muy inferior a la que asumen las condiciones relativas a los intereses remuneratorios, plazos de amortización, etc., lo que redundará en una menor reflexión a la hora de manifestar la adhesión*<sup>300</sup>. Idea que fue reproducida íntegramente en SAP Murcia 31 marzo 2000 (AC 2000/1282), SAP Cádiz 8 noviembre 2004 (JUR 2005/147976), SAP Cádiz 19 septiembre 2005 (JUR 2006/30429) y SAP Badajoz 20 febrero 2006 (AC 2006/2039)<sup>301</sup>. Y es que normalmente una parte que suscribe un contrato lo hace con la intención de cumplir sus obligaciones como son el pago del precio en una compraventa, por lo que las cláusulas de aplicación eventual no son valoradas por el adherente tal como sucede con las cláusulas penales<sup>302</sup>.

También con respecto a las cláusulas de redondeo al alza en los contratos de préstamo, la SAP Madrid 21 febrero 2006 (AC 2006/833) sostuvo que se someten a control, entre otros motivos, por ser de *eventual aplicación*. Y la SJM Alicante 3 enero 2005 (AC 2005/36) hace lo mismo respecto a la cláusula *hora o fracción* en los contratos de aparcamiento por considerar que *su aplicación tiene carácter eventual*.

Este criterio ha sido compartido por la sentencia de 20 febrero 2004, dictada por la *High Court of Justice* del Reino Unido en el caso *Bairstow Eves London Central Ltd v Darlington* [2004] EWHC 263<sup>303</sup>. Dicho caso trataba de un contrato de comisión en la que el consumidor (comisionista) encargaba a una empresa inmobiliaria (comitente) la venta de

---

cuanto sostiene en los apartados 40 y 41 que la cláusula que establece el interés moratorio (junto al interés remuneratorio) constituye el *objeto principal* del contrato de crédito, y que por tanto se encuentra excluido de control de contenido de conformidad al art. 4.2. de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>300</sup> Sorprendentemente semanas después de haber sentado este precedente el mismo tribunal dicta la SAP Murcia 21 febrero 2000 (AC 2000/1281) en el sentido de considerar que no es controlable el interés moratorio debido a que los préstamos bancarios forman parte de un sector comercial liberalizado. Sin embargo en dicha sentencia el Presidente del Tribunal emite voto particular discordante reproduciendo el criterio de la SAP Murcia 1 febrero 2000 (AC 2000/774) y recordando que no es posible separarse sin ninguna motivación de las interpretaciones adoptadas en decisiones judiciales anteriores aún cuando la composición del tribunal sea distinto.

<sup>301</sup> La SAP Murcia 30 octubre 2006 (JUR 2007/61698) igualmente sostiene que *pueden y deben ser objeto de control para determinar su carácter abusivo, ya que constituyen cláusulas penales por incumplimiento, y como tales cláusulas (...) eventuales (sólo procede su aplicación en caso de incumplimiento de la relación contractual)*.

<sup>302</sup> Esto guarda relación con el tema del optimismo irreal planteado en el Capítulo I como una de las manifestaciones de la racionalidad limitada de los consumidores. Así, también, EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, p. 227, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016/> (consulta: 03/05/2014), afirma: *A party who contracts to buy or sell a commodity normally expects to perform.*

<sup>303</sup> Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/OB/2004/263.html> (consulta: 03/05/2014). Vid., un comentario breve de dicha sentencia, en WHITTAKER, S., «Chapter 15. Unfair terms in consumer contracts», en *Chitty on Contracts*, (editado por Beale, H.), edición 29ª, Londres, 2006, pp. 108 y 109.

un inmueble. Pactándose que la remuneración (*Standard Commission Rate*) sería de 3% del precio de venta del bien raíz. Si se pagaba 10 días después de realizada la venta, la comisión sería menor ya que operaría un descuento (*Early Payment Discounted Rate*) equivalente a 1.5%. El comisionista impugnó ese 3% por considerarlo abusivo<sup>304</sup>. De la lectura parecería que se trata de dos precios alternativos, o se paga la comisión standard o la reducida, por tanto ambos quedaban fuera del ámbito objetivo de aplicación de la UTCCR<sup>305</sup>. La *High Court of Justice* se encontró por ello, ante la duda de si el precio lo constituye el 3%, teniendo la opción el consumidor de beneficiarse de una reducción de 1.5% por pago adelantado, tal como se podía extraer de la simple lectura del contrato, o si el precio era el pago del 1.5%, siendo el aumento de un 1.5% una cláusula penal por impago. El tribunal se decantó por la segunda opción afirmando: *On the available material, it seems plain to me that both parties contemplated an agreed operative price of 1.5% with a default provision of 3%* (párrafo 27). En el contrato se escondía una cláusula penal bajo el disfraz de un precio<sup>306</sup>.

El consumidor reconoció, y el tribunal lo asume en la sentencia, que no leyó las cláusulas, pero que de haberlo hecho, no le habría dado importancia a la cláusula del 3%, puesto que la obligación de pagar la comisión del 1.5% nacía desde el momento de la celebración del contrato de compraventa, por lo cual no tendría inconveniente alguno en pagar la comisión dentro del período de diez días al tener disponible suficiente dinero (producto de la venta) para pagar la comisión. Tendría que suceder algo extraordinario para no poder realizarlo en ese período. Es decir, que debido a las circunstancias particulares de la relación contractual, el pago del 3% es de carácter eventual, siendo lo normal y cierto el pago del 1.5%. Por tanto, éste constituye parte del precio, y aquél es un condición general, más específicamente, una cláusula penal.

En sentido inverso, sí forman parte del precio todos los montos que deban pagarse indefectiblemente por el adherente. Esto incluye los impuestos, tales como el Impuesto al Valor Agregado que el consumidor paga de cualquier manera<sup>307</sup>. En la jurisprudencia del Reino Unido han sido emitidas sentencias que más claramente adoptan este criterio respecto de la anterior sentencia citada. Para ello citan la idea de la contingencia. Si la cláusula contempla supuestos contingentes, éstos no forman parte de las prestaciones

---

<sup>304</sup> Agrega la sentencia que no existía alguna empresa inmobiliaria al momento de la celebración del contrato que realizara este tipo de contratación con una suma tan elevada como lo es del 3% de comisión, lo cual robustece el argumento de que éste constituye una cláusula penal.

<sup>305</sup> La disposición 6(2) de la UTCCR, la cual es una transcripción del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, rechaza el control de contenido de los elementos esenciales. *Regulation 6. Assessment of unfair terms. (2) In so far as it is in plain intelligible language, the assessment of fairness of a term shall not relate: (a) to the definition of the main subject matter of the contract, or (b) to the adequacy of the price or remuneration, as against the goods or services supplied in exchange*

<sup>306</sup> Afirmó el tribunal que interpretar la comisión del 3% como precio es *simply fanciful*. A lo que agrega: *neither party had any reason to suppose that the 3% figure would have any role, except as a fallback or default provision* (párrafo 30).

<sup>307</sup> El art. 60.2.b) TRLCU así exige que sean formuladas las ofertas, es decir brindando la información sobre *el precio completo, incluidos los impuestos*. De igual manera el art. 5.1.c) PDDC 2008 así lo entiende al prescribir el deber de información *sobre el precio, incluidos los impuestos (...)*.

principales o *core terms*. De conformidad al diccionario en línea de la lengua española de la Real Academia Española, contingencia significa la *posibilidad de que algo suceda o no suceda*. Por tanto, la idea de contingencia expresa la misma idea de incertidumbre del rasgo de eventualidad indicado.

Así, Mr Justice Mann en la sentencia *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch) lo afirma claramente: *whether or not the obligation on the customer is contingent is a "strong indication" that the provisions are incidental or ancillary rather than core*<sup>308</sup>. De hecho en la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, para determinar que no estaban excluidas de control de contenido unas cláusulas sobre unos cargos en contratos de cuenta corriente, *The Court of Appeal* se asistió de esta idea aseverando que el consumidor promedio no las tomaba en cuenta porque los cargos eran aplicados sólo cuando sucedían ciertas circunstancias (son contingenciales).

Pese a que este criterio de la eventualidad o contingencia supera en precisión a los demás criterios, no es del todo certero. Por ejemplo, los intereses remuneratorios de una tarjeta de crédito sin duda son prestaciones principales, pero su aplicación no es del todo cierta. De esta manera, si un consumidor paga al contado al emisor de la tarjeta el saldo adeudado por adquisiciones realizadas con la misma, los intereses serán bonificables, es decir, se restarán del pago. Únicamente paga el precio del bien o servicio de la transacción que se había realizado, y no paga ningún interés sobre esa suma. El tarjetahabiente no pagará los intereses aún cuando realizó transacciones con ella, sino que se les descuenta por un pago a tiempo de la totalidad del saldo<sup>309</sup>

Otro ejemplo es el de los contratos de seguro. En él el asegurado tendrá derecho a reclamar la suma asegurada a la empresa aseguradora en caso de que ocurra el siniestro. La incertidumbre en el cumplimiento de este evento es pieza esencial en este tipo de contrato. Forma parte de la prestación principal, aún cuando el deber de pago está sujeto a una eventualidad.

---

<sup>308</sup> Puede ser traducido de la siguiente manera: *si la obligación contractual del consumidor es contingente es un "fuerte indicio" que las cláusulas son secundarias y no medulares*. Otras sentencias del Reino Unido emblemática sobre el tema utilizan la idea de la contingencia para delimitar si un monto a pagar forma parte del precio, y por ende excluido de control. Entre las sentencias se encuentran, *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/116.html> (consulta: 03/05/2014) y, aunque no profundiza en ello, *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services* [2011] EWHC 1237 (Ch), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html> (consulta: 03/05/2014).

<sup>309</sup> Así, MANN, R. J., «“Contracting” for credit », *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, p. 911, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Mann.pdf> (consulta: 03/05/2014), afirma que un consumidor con una típica capacidad de toma de decisiones en la selección de contratos de tarjetas de crédito, no considerará racionalmente las cláusulas que definen o explican las consecuencias de un pago atrasado o de sobreendeudamiento, pese a que estas situaciones representan cuantiosos ingresos anuales a los emisores de las tarjetas. Por el contrario, la atención y selección de los consumidores se centra en aspectos como la marca, coste de membresía anual, períodos de gracia, beneficios y premios, y el interés remuneratorio.

Mejor aún es el argumento que sostiene la falta de atención hacia ciertos aspectos del contrato por tratarse de situaciones en las que el contrato ingresa a una fase patológica. Efectivamente, el consumidor en el momento de contratar considera que todo se ejecutará de acuerdo a lo acordado. Hemos señalado *supra* que las personas infravaloran los riesgos debido a su racionalidad limitada. En consecuencia, las cláusulas que son aplicables cuando se incumple el contrato, o cuando ocurren eventos ajenos a la ejecución normal del contrato, no gozan de la atención del consumidor ni son valorados correctamente por el mismo. En realidad, son irrelevantes para la toma de decisión de contratar.

De esta manera, la línea jurisprudencial que califica de condiciones generales a los intereses moratorios y cláusulas penales, bajo nuestro punto de vista, es correcta. Estas versan sobre fases patológicas que no son valoradas por el consumidor correctamente sus consecuencias en el momento de contratar, y por tanto son impuestas en sentido legal.

### **Conclusión sobre los criterios.**

Hemos expuesto los criterios que consideramos más importantes sobre el tema<sup>310</sup>. Con ello hemos comprobado que la mayoría de criterios que la doctrina y jurisprudencia ha utilizado para justificar la aplicación de control de contenido sobre una cláusula o para rechazar su aplicación, no pueden ser utilizados para lograr dicho fin<sup>311</sup>. Son demasiado imprecisos para dar certeza y previsibilidad al aplicador de la normativa<sup>312</sup>. A través del

---

<sup>310</sup> Existen otros criterios, pero nos parecen menos convincentes y menos precisos que los expuestos. Así por ejemplo, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional 1ª, 3 (art. 10 bis.1, apdos. 1º y 4º)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 919, expone a modo de criterio que *son libres de control aquellas cláusulas sin cuya existencia no pueda considerarse celebrado válidamente un contrato por falta de determinación o determinabilidad del contenido contractual esencial. Y agrega que el criterio decisivo para precisar si una cláusula relativa a los elementos esenciales debe quedar libre de control, consiste en determinar si es prescindible para la existencia del contrato.* También, ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 133. Argumento que no compartimos, ya que por ejemplo en el contrato de préstamo, el contrato podrá reputarse válido sin la cláusula que estipula los intereses remuneratorios (art. 1755 CC), sin embargo este es un aspecto principal del contrato que es seleccionado por los consumidores. Incluso el préstamo mercantil puede celebrarse válidamente sin intereses (art. 315 CCom). Igual se puede decir de la cláusula que determina el plazo de duración de suscripción a un periódico digital. Dicha suscripción valdrá legalmente aun sin el plazo, ya que puede entenderse sin ningún problema como de plazo indefinido o bien la ley suple si se omite en ciertos casos (art. 1128 CC). Pese a no ser esencial para la existencia del contrato, no es susceptible de control este aspecto ya que es parte de lo que define el objeto principal del servicio. El empresario configura el precio del servicio conforme el plazo de duración a contratar, y el consumidor elige entre las opciones posibles de suscripción. Pese a ello, se pueden encontrar criterios aún más imprecisos que los expuestos, como por ejemplo el de *The Court of Appeal* del Reino Unido en la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, que establecía como guía para dilucidar este tema que: *the more closely related the payment term is to the essential bargain between the parties, the more likely it is to fall within the exception in article 4(2) (...)*

<sup>311</sup> Ya lo ha dicho PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzad Civil-Mercantil*, num. 9, 2011, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es), al manifestar que *la doctrina no ha llegado a establecer con carácter convincente una línea secante que delimite el contenido económico del contrato con su contenido normativo*, el cual es el criterio que dicho autor.

<sup>312</sup> En ese sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 21, afirma que ningún criterio empleado por la doctrina y jurisprudencia es convincente. Agrega que (a)nte esta dificultad, se



empleo de dichos criterios se pierden de vista las razones por la que las prestaciones principales deben ser excluidas de control, esto es, que son seleccionadas por los consumidores. Por ejemplo, muchas veces los intérpretes tratan de justificar la “*accesoriedad*” de una cláusula, pero sin analizar si realmente son consentidas o seleccionadas por el adherente.

Es necesario, como se dijo al principio del presente capítulo, que el ámbito objetivo de control se interprete a la luz de su fundamentación doctrinal. Agregar criterios como los expuestos con el fin de auxiliar al juzgador en la determinación de si una cláusula ha sido seleccionada o no, únicamente logra volver más complejas las decisiones judiciales, y también menos predecibles<sup>313</sup>.

Por ende, para excluir de control cláusulas predispuestas es necesario verificar si son tomadas en cuenta por el usuario en el momento de contratar. Es decir, si han sido seleccionadas en los términos que hemos expuesto a lo largo del presente trabajo<sup>314</sup>. Este es el criterio que debe guiar para excluir del control en la materia que se analiza<sup>315</sup>. Los criterios antes expuestos pueden coadyuvar (de manera limitada) en el estudio de identificación de cuáles cláusulas son seleccionadas, pero debe comprenderse que son precisamente eso: criterios auxiliares.

Los clientes típicamente valoran las características y calidad del bien o servicios, así como su precio. Valoran si el precio a pagar es adecuado a la calidad y características del bien o servicio. Son seleccionadas. En términos económicos, analizarán si el bien o servicio a recibir tiene mayor valor que el bien que dan a cambio (precio). Todas las cláusulas que plasmen estos aspectos, por tanto, son seleccionadas y se encuentran excluidas de control<sup>316</sup>.

---

*han propuesto auténticas filigranas conceptuales para considerar que los casos dudosos, esto es, los de las cláusulas que sin fijar la extensión del precio inciden en su determinación, son ajenas a los elementos esenciales del contrato, y por lo tanto, están sujetas al control de contenido.*

<sup>313</sup> Así, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter...», *op. cit.*, p. 7, manifiesta que *no se puede más que reconocer que los límites de lo que se considere parte del precio en los contratos de adhesión son difusos.*

<sup>314</sup> Es decir, cláusulas *representan o constituyen aquellas características del producto o servicio que son concurrencialmente relevantes*, tal como sostiene PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas:...», *op. cit.*, p. 15, al advertir que no debe centrarse la discusión en si es un elemento esencial o un elemento accesorio el aspecto regulado por una cláusula. En todo caso, determinar si se libra o no de control una cláusula, amerita un estudio para cada caso en concreto tal como lo indica PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1416.

<sup>315</sup> Esta idea es apoyada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., en su entrada del 23 de marzo de 2011 de su blog, disponible acá: <http://derechomercantilesana.blogspot.com/2011/03/mas-sobre-las-clausulas-de-suelo-como.html> (consulta: 03/05/2014), quien considera innecesaria que el análisis debe ser más simple despojándolo de teorizaciones y discusiones dogmáticas. Lo importante es si la cláusula es tomada en cuenta por los consumidores al momento de contratar.

<sup>316</sup> En la jurisprudencia del Reino Unido se ha utilizado la figura del *consumidor medio* para determinar si una cláusula es seleccionada o no. Sin embargo, no ha faltado alguna jurisprudencia contraria a esta idea de determinar si ha existido selección de la cláusula. Así, Lord Mance de la *Supreme Court* en la sentencia *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6, rechazó esto debido a su complejidad para ser aplicada en cada caso. Expresamente manifestó: *Esto reescribiría la legislación de manera como si*

Por otro lado, es necesario acotar que el precio no lo constituye únicamente el monto dinerario, sino también el mecanismo o fórmula con que se llega a él y fechas en que se realizarán los pagos. De esta manera nos parece acertado sostener que la libertad de fijación de precios no sólo se refiere al *cuánto*, sino también al *cómo* y *cuándo*<sup>317</sup>. Y es que el *cómo* y *cuándo* determinan y afectan al *cuánto*. Igualmente sucede con la contraprestación. Es a ello a lo que se refiere el legislador comunitario al prescribir que: (1) *a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato (...)* (art. 4.2.). Todas esas cláusulas que determinan el precio así como describen los aspectos del bien o servicio el objeto principal del contrato.

De manera que compartimos el criterio de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) que, al examinar las denominadas cláusulas suelo de intereses incorporados en contratos de préstamo hipotecario a interés variable, determinan que éstas forman *parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa*. Aunque consideramos más atinada la SAP Barcelona 9 mayo 2014 (AC 2014/697) en cuanto las identifica como componentes del *precio que debe pagar el prestatario por el dinero que recibe*.

El precio está fijado en base a las características y calidad del bien o servicio, y las expectativas de ganancia. Las particularidades del bien o servicio acarrearán costes de producción, distribución y comercialización que repercuten en el precio. Entonces, el empresario presionado por la competencia, configura la oferta adecuando el precio en torno a estos aspectos. Esta es una correlación bien/precio que ha ideado el empresario, tomando en cuenta también los gustos, necesidades, capacidad e intereses de los potenciales consumidores y que se materializa mediante el consentimiento de éstos en cada contrato.

De manera conclusiva, tal como han aseverado *The Law Commission And Scottish Law Commission*, se puede decir que determinar si un aspecto contractual constituye precio u objeto principal del contrato dependerá del consumidor lo reconoce como tal al celebrar el contrato<sup>318</sup>. En esta línea, *The Law Commission and the Scottish Law Commission* en su propuesta legislativa al parlamento en 2005 recomendó utilizar la noción de las

---

*el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE o la disposición 6(2) UTCCR ha introducido un examen judicial consistente en una investigación compleja dirigida a determinar si los consumidores han ejercitado realmente su libertad contractual o qué tanto la han ejercitado cuando pactaron sobre un precio o remuneración establecido de manera clara y comprensible en el contrato.*

<sup>317</sup> Este fue un argumento que utilizó la SJCA 27 enero 2005 (2005/153) sobre las cláusulas *hora o fracción* en contratos de aparcamiento. Analizando el art. 3.d Ley 20/2002 que establece la libertad de fijación de precios, sostuvo: *estamos ante una autorización expresa y sin limitación o prohibición concreta para establecer los precios por parte del empresario, y tal competencia sustantiva (determinar «cuánto») comporta la competencia adjetiva (el «cómo» se fija).*

<sup>318</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 43, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>

*expectativas razonables* de los consumidores para definir en qué consiste el *main subject of the matter of the contract* (objeto principal del contrato). Consideró que cuando un consumidor decide celebrar un contrato, lo hace esperando adquirir un bien con ciertas características y calidad, y a un precio determinado<sup>319</sup>.

Por lo que dicho organismo encuentra una conexión entre ese aspecto nuclear o medular del contrato (objeto principal) y las expectativas razonables del consumidor. De esta manera, el problema planteado sobre qué forma parte de las prestaciones principales excluidas de control se resuelve preguntándose: ¿Qué creía el consumidor que adquiriría y qué precio creía que pagaría por ello?

Su propuesta legislativa establecía lo siguiente: artículo 4(2)... *El examen de abusividad no es aplicable a las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, si la definición del mismo es: a) transparente, y, b) sustancialmente el mismo que el consumidor razonablemente esperaba*<sup>320</sup>.

### 3.1.3. Otras cláusulas seleccionadas. Garantías.

Al igual como sucede con las cláusulas que regulan las prestaciones principales, toda cláusula sobre las que recaiga un verdadero consentimiento por haber sido analizadas, valoradas y aceptadas por los clientes como grupo, no tienen la calidad de condiciones generales, ya que carecen del requisito de imposición<sup>321</sup>. Existe en estos casos un auténtico consentimiento, en cuanto se puede deducir razonablemente que los clientes las conocen, ñas valoran y dichas cláusulas sirven como elementos para tomar la decisión de contratar<sup>322</sup>.

---

<sup>319</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, p. 36, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk>

<sup>320</sup> Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, p. 144, (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>). En el mismo sentido descarta someter a control las cláusulas relativas al precio cuando es *calculado en una manera sustancialmente igual a como el consumidor razonablemente lo esperaba* (art. 4(3)).

<sup>321</sup> Al respecto, GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992, p. 203, afirma que (h)ay pactos en las condiciones generales que sí juegan en ésta, siendo tenidos en cuenta en la negociación tanto por los oferentes, como por los demandantes, que se adhieren a las Condiciones Generales propuestas por aquéllos. No son sólo los elementos esenciales del contrato. Las garantías por vicios o defectos ocultos, las obligaciones añadidas de mantenimiento, etc., son aspectos que suelen ser tenidos en cuenta por los consumidores y usuarios y respecto de los que las empresas son sensibles a la hora de ofertar sus Condiciones Generales. Especialmente en mercados «de compradores», es decir, en los que éstos dominan y hay una intensa rivalidad entre oferentes. Pese a esta aseveración, GONDRA matiza expresando no ser aconsejable sacar conclusiones precipitadas de esto, y resta importancia para el estudio de las condiciones generales (por ende también del ámbito objetivo de aplicación del control de contenido) esta selección de estas cláusulas.

<sup>322</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 287.

Tal como reconoce PAGADOR LÓPEZ<sup>323</sup>, sucederá esto sólo en casos muy excepcionales, en los que las circunstancias del mercado provoquen que los predisponentes se vean compelidos a competir no sólo con respecto a la relación calidad/precio, sino también con otro tipo de cláusulas. Y será de difícil detección la presencia de consentimiento *stricto sensu* en cláusulas que no comprendan las prestaciones principales. La decisión de atraer nuevos clientes mediante estas cláusulas, es una medida costosa puesto que el empresario debe asumir el riesgo adicional que conlleva la cláusula, y cargar con los costes que supone atraer a los potenciales clientes para que elijan su oferta<sup>324</sup>.

Para comprobar la existencia de consentimiento *stricto sensu* en estas cláusulas, no debe de tomarse en cuenta el comportamiento y las circunstancias de un cliente en un solo contrato, sino la *actitud que, en el sector del mercado observado y con relación al tipo de cláusula de que se trate, adoptan los adherentes, en cuanto grupo, y las consecuencias que dicha actitud tenga en la actividad de predisposición negocial de los operadores empresarios en el ámbito y con respecto a ese tipo de cláusulas.*

Sintomático puede ser la presencia de publicidad de amplia difusión de la cláusula prerredactada, con el propósito de que los clientes la conozcan, comprendan y sea un elemento a tomar en cuenta en su decisión de contratar. La publicidad puede hacer llamar la atención de los clientes hacia una particular cláusula, convirtiendo en relevante un elemento que inicialmente era irrelevante para éstos. La cláusula publicitada puede persuadir a los potenciales clientes que ésta es más importante que lo que podrían haber pensado<sup>325</sup>. La presencia de publicidad puede llegar a atraer la atención involuntaria de los clientes y hacer ese aspecto del contrato relevante, incluso si no lo consideran un factor primario en su decisión de contratar<sup>326</sup>. Siguiendo esta idea, Mr Justice Mann sostuvo, en la sentencia *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch), que la ubicación de la cláusula o de un aspecto de la oferta en el material publicitario es importante para estos fines, así como el hecho de que no se haga referencia de ello en la publicidad también es importante.

Sin embargo debe verse incentivado el empresario en intentar persuadir a los clientes. Cuestión que no se da si, por ejemplo, el coste de la publicidad será mayor que el beneficio que se calcula obtener por atraer clientes. Si son pocos los clientes que se verán persuadidos, el empresario no hará esfuerzos para convencerlos que una condición general es beneficiosa para sus intereses. Es necesario recordar que las condiciones generales tratan normalmente sobre aspectos de cumplimiento incierto, y de contenido de

---

<sup>323</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 288.

<sup>324</sup> RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1227. Debido a ello, normalmente, será preferible competir con respecto a las cláusulas que de ordinario llaman la atención de los clientes, principalmente el precio.

<sup>325</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1241.

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 1241.

importancia secundaria si se relaciona con las prestaciones principales, lo cual, las convierte por sí solas en aspectos irrelevantes para el cliente medio.

Cualquier esfuerzo de parte de los empresarios en demostrar al público que dentro de sus condiciones generales no incluye, por ejemplo, cláusulas compromisorias, sino que incorpora cláusulas que permite dirimir eventuales conflictos en los tribunales de justicia comunes es infructuoso<sup>327</sup>. La publicidad de esta cláusula no la convertirá en relevante para el cliente medio, únicamente dará como resultado que conozcan la existencia de esa cláusula<sup>328</sup>. Sólo lo será para un grupo minoritario, instruido jurídicamente, o que ha tenido alguna experiencia de conflictos arbitrales con empresas, grupo que pueda ser no suficiente para incentivar a algún empresario en mejorar este tipo de cláusulas en sus ofertas. En consecuencia, la publicidad por sí sola no convierte a un elemento en relevante a la hora de contratar<sup>329</sup>. Basándose únicamente en su publicitación no se puede calificar de elegida una cláusula, y consentida *stricto sensu*. Se debe de tomar en cuenta los aspectos objetivos del mercado arriba apuntados y si se trata de un aspecto relevante para los consumidores.

Las más usuales de estas cláusulas son las que se refieren a las garantías<sup>330 331</sup>. Si bien en el ordenamiento jurídico español se establecen imperativamente plazos y condiciones de

---

<sup>327</sup> Es necesario matizar que el TRLCU no permite la inclusión de cláusulas compromisorias en el contrato si éstas constituyen condiciones generales (Art. 90.1 TRLCU). Sin embargo, este ejemplo sirve para demostrar que existen aspectos contractuales irrelevantes para la mayoría de los clientes.

<sup>328</sup> Así, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1243, señala que (a) *major advertising campaign stressing that "we offer the most customer-friendly forum selection clause" might cause buyers to notice forum selection clauses, but it seems highly unlikely to establish the forum selection clause as a salient term for many buyers, whatever the level of investment in the campaign.*

<sup>329</sup> Vid., otras razones por la que la publicidad tiene efectos limitados en convertir en relevantes las cláusulas, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1241 y ss.

<sup>330</sup> Vid., explicando con un ejemplo hipotético el funcionamiento de las ofertas de garantías bajo el supuesto que éstas son tomadas en cuenta por los clientes en su decisión de contratar, KOROBKIN, R. «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1209 y ss. Afirma este autor que (f) *or market forces to operate, it is not necessary for buyers to be able to negotiate with sellers over the content of the warranty term. It is only necessary for buyers to be able to shop amongst different firms. The threat of customers defecting to a competitor that offers the efficient warranty term will prohibit Firm from offering an inefficient warranty term—at least for very long. Because market pressure will force Firm to offer the efficient warranty term, courts should not refuse to enforce warranty terms, whether they turn out to be high or low quality* (p. 1210).

<sup>331</sup> Cabe destacar como respaldo a la aseveración de que comúnmente la garantía es un elemento seleccionado por los consumidores, el estudio empírico en forma de encuesta realizado por HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form...», *op. cit.*, pp. 11 y 12. Del conjunto de encuestados (30%) que sostuvieron sentirse impulsados a leer las cláusulas “dependiendo de la naturaleza de la cláusula”, el 94% de ellos dijo que se sienten inclinados a leer cláusulas sobre “*garantías/ políticas de devolución*”. Sin embargo, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity to read” in contract law», *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 415, julio 2008, p. 16, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1162922](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922) (consulta: 03/05/2014), señala que el consumidor no comprendería el alcance de los términos de una garantía, debido a que poseen capacidad limitada para procesar la importancia de las cláusulas, para prever los tipos de daños consecuenciales que pueden producirse por utilizar el producto, y por tanto no se puede valorar la importancia de la limitación de daños consecuenciales. No tienen información acerca de probabilidades de defectos, y debido a ello no pueden establecer el valor de una garantía, o el coste esperado de una renuncia a la garantía. Por ello, consideramos que el legislador español ha optado acertadamente por establecer una normativa mínima de las garantías, pero a la vez permite que a través de la autonomía privada se pueda acordar condiciones mejores.

garantías en la venta de productos de consumo<sup>332</sup>, vale aclarar que las apreciaciones que se harán en este apartado sobre las garantías son aplicables a la garantía comercial adicional que contempla el art. 125 TRLCU. Es decir, son aplicables a las garantías que el empresario ofrece voluntariamente y que mejoran la garantía mínima legal, ya sea aumentando plazo, cobertura o cualquier otra condición que la propia TRLCU impone a la venta de productos de consumo.

Las garantías (comerciales) son ofrecidas por los empresarios como un medio de comunicación del predisponente para hacer ver que el producto comercializado es de cierta calidad. Es una herramienta más eficaz para ayudar a los clientes a procesar la información respecto de la calidad, durabilidad y tiempo de vida útil del producto<sup>333</sup>. A los consumidores les resulta excesivamente costoso determinar con precisión estos aspectos al momento de la adquisición mediante la inspección física del producto. Tampoco les bastará con una aseveración o declaración del empresario sobre la calidad del producto, sino que los consumidores necesitan de otros elementos, como puede ser una garantía que confirme sus aseveraciones<sup>334</sup>. El consumidor entonces podrá tomar la garantía como una *señal* para obtener esta información, ya que la vida útil, calidad y durabilidad es inversamente proporcional con el coste de la cobertura de la garantía, es decir, entre mayor sea la vida útil, calidad y durabilidad del producto más bajos serán los costes para el empresario en ofrecer la garantía y, en consecuencia, mayor será la cobertura de la garantía ofrecida al consumidor<sup>335</sup>.

El empresario que posee un producto de alta calidad (con esto me refiero también a su durabilidad y tiempo de vida útil), podrá ofrecer con relativa seguridad cláusulas de garantía por un período y cobertura superior al legal, puesto que probablemente no aparecerán defectos en el producto en un gran período de tiempo. En cambio, si el producto es de baja calidad no le será rentable al empresario aumentar el plazo de la

---

<sup>332</sup> El ejemplo más claro es el plazo de duración de las garantías. No se deja a la libre voluntad de las partes pactar el plazo de duración de la garantía de los productos, sino que el art. 123 TRLCU determina que tendrá un plazo de duración de dos años, y si se trata de productos de segunda mano será de un año.

<sup>333</sup> Esta explicación es conocida por la doctrina estadounidense como *The Signal Theory* (La Teoría de la Señal). Respecto a la finalidad de las garantías y su dimensión económica, PRIEST no comparte plenamente esta idea de la *señal*. Este autor expone una forma más compleja basándose en la distribución eficiente de riesgos, y comprendiendo a la garantía en ciertas facetas como un contrato de inversión. A esto lo llama *The Investment Theory of Warranty*. Vid., más ampliamente, PRIEST, G. L., «A theory of the consumer product warranty», *Yale Law Journal*, Num. 90, 1981, Num. 6, p. 130 y ss., disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/571/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/571/) (consulta: 03/05/2014); y, BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 935 y ss., disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Baird.pdf> (consulta: 03/05/2014).

<sup>334</sup> AHDIEH, R. B., «The strategy of boilerplate», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 1041, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Ahdieh.pdf> (consulta: 03/05/2014). Agrega dicho autor que la garantía genera confianza en los consumidores que la calidad que le atribuye el empresario al producto es cierta. Por ello, la cláusula de garantía cumple funciones de *signaling* (señalización), lo cual consiste en comunicar información que no puede ser efectivamente comunicada a través de declaraciones explícitas de intención o carácter

<sup>335</sup> PRIEST, G. L., «A theory of the consumer...», *op. cit.*, p. 1303 (aunque este autor cita de manera crítica a esta teoría).

garantía legal, puesto que será mayor la cantidad de reparaciones y sustituciones que deberá asumir en ese período y aumentarán sus costes a tal punto de superar las ganancias que podría obtener por contratar con nuevos clientes. Por ello, un empresario que comercializa un producto de buena calidad no sólo incluirá una cláusula de garantía con un plazo superior a la legal, sino que, para que surta los efectos deseados, procurará que sus clientes la conozcan a través de la publicidad o en momentos previos a la celebración del contrato<sup>336</sup>.

Por tanto, un consumidor que no tenga experiencia ni conocimiento sobre un producto, puede obtener la información señalada inspeccionando las condiciones de la garantía del producto<sup>337</sup>. El consumidor podrá identificar para luego adquirir el producto que desee, ya sea de baja o alta calidad, a través de esta consulta de los términos de garantía. De esta manera, el consumidor se ahorra costes en obtener información de otras maneras (experiencia a través de prueba y error, consultas a otros consumidores, revistas especializadas, blogs, etc.). En resumen, las garantías son usualmente tomadas en cuenta por los clientes en su decisión de contratar, por lo que no es viable aplicar un control de contenido sobre ellas<sup>338</sup>.

### 3.1.4. Conclusiones.

Hemos determinado que las cláusulas consentidas *stricto sensu* por haber sido tomadas en cuenta por los consumidores en su decisión de contratar se extraen del control legal de

---

<sup>336</sup> Agregan GILO, D. y PORAT, A, «The hidden roles of boilerplate and standard-form contracts: strategic imposition of transaction costs, segmentation of consumers, and anticompetitive effects», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 1017, disponible en: [http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo\\_Porat.pdf](http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo_Porat.pdf) (consulta: 03/05/2014), que para adoptar la política de ofrecer una garantía superior a la legal el empresario debe incluirla de manera uniforme en todos los contratos con sus clientes. De lo contrario el empresario no se verá incentivado en mantener la calidad del bien. Los clientes pedirán una reducción del precio a cambio de la no inclusión de la garantía. Pero a su vez, los empresarios mejorarán la calidad de sus productos a fin de hacer lo menos efectivas posibles las garantías de los consumidores que sí las adquirieron. En palabras de GILO y PORAT: (*indeed, any given customer may try to waive the warranty in exchange for a refund, in order to obtain a free ride on the supplier's improved incentives, supposedly achieved via the warranty granted to all other customers. Many customers would try to do so, however, so that the supplier's improved incentives would no longer exist.* De permitirse en un caso específico tal acuerdo (reducción de precio a cambio de la no inclusión de la garantía convencional), ese cliente encajaría en el concepto anglosajón *free rider*, ya que se beneficiaría de un bien de buena calidad a un precio menor que lo hacen los demás clientes al adquirir ese mismo bien proveniente de ese mismo empresario. En definitiva, el empresario que oferta bienes de calidad superior a los de sus competidores, y así quiere hacerse notar en el mercado, adoptará la política de incluir forzosamente en cada contrato una cláusula de garantía por un plazo superior al legal, sin posibilidades de renuncia por parte del cliente.

<sup>337</sup> PRIEST, G. L., «A theory of the consumer...», *op. cit.*, p. 1303.

<sup>338</sup> Vid., explicando con un ejemplo hipotético el funcionamiento de las ofertas de garantías bajo el supuesto que éstas son tomadas en cuenta por los clientes en su decisión de contratar, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1209 y ss. Afirma este autor que (*for market forces to operate, it is not necessary for buyers to be able to negotiate with sellers over the content of the warranty term. It is only necessary for buyers to be able to shop amongst different firms. The threat of customers defecting to a competitor that offers the efficient warranty term will prohibit Firm from offering an inefficient warranty term—at least for very long. Because market pressure will force Firm to offer the efficient warranty term, courts should not refuse to enforce warranty terms, whether they turn out to be high or low quality* (p. 1210).

contenido en que se examine su carácter objetivamente desequilibrado<sup>339</sup>. Estas cláusulas normalmente versan sobre las prestaciones principales del contrato (precio/bien/servicio). Pero también usualmente las cláusulas que contemplan garantías de productos son seleccionadas, por lo que cuando sean tomadas en cuenta por los consumidores en su decisión de contratar se encuentran excluidas de control.

Un caso dudoso se presenta en el caso de la elección de tarifas (*choice of rates*), en el que un empresario ofrece al cliente optar a adquirir el bien o servicio a un precio menor asumiendo unas cláusulas peores, o, si prefiere cláusulas mejores, deberá pagar un precio superior<sup>340</sup>. Estas cláusulas mejores o peores son analizadas y elegidas, y por tanto, consentidas *stricto sensu*, únicamente cuando el cliente es capaz de comprenderlas y asumir conscientemente que la mejora o empeoramiento de su posición jurídica se debe a la elección de tarifa que ha realizado<sup>341</sup>. Hay cláusulas que no podrá comprender el cliente medio, o no es tomada en cuenta por él en el momento de decidir contratar por las razones expuestas a lo largo del presente trabajo<sup>342</sup>. En estas cláusulas, aunque formen parte de las opciones que plantea el empresario en caso de elección de tarifas, no pueden entenderse consentidas. De considerarse consentidas, se estaría dando cabida al *argumento del precio*, en el que se vincula que un precio bajo legitima cláusulas desequilibradas, sin importar si han sido asumidas éstas de manera consciente por el cliente. Se estaría extrayendo del control de contenido a cláusulas que no se encuentran sujetas al control del mercado, ya que para el cliente medio no son elementos a valorar en su decisión de contratar.

Si se trata realmente de cláusulas que pueden ser valoradas y asumidas conscientemente por el cliente medio, él pueda asociar esa rebaja o aumento de la calidad de las cláusulas con la disminución o aumento del precio se pueden considerar consentidas. Puede aseverarse que forman parte del objeto principal del contrato. El empresario, para ello,

---

<sup>339</sup> Como he mo señalado en el presente capítulo, estas sí pueden ser sometidas a examen de abusividad pero desde una perspectiva de deberes de transparencia. Es decir, se excluyen únicamente de la faceta del examen de abusividad dirigido a analizar su carácter objetivamente equilibradas. Esto se explicará con mayor detenimiento en el Capítulo III apartado 5.

<sup>340</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 130, plantea el ejemplo de las *diferentes tarifas de las compañías aéreas, que se gradúan de mayor o menor, en virtud de unas diferentes condiciones del servicio, que van desde la comodidad de viajar en clase «business», hasta la imposibilidad de hacer cancelaciones.*

<sup>341</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, op. cit., p. 74, *En este supuesto (el de elección de tarifas), sin embargo, la compensación por vía del precio no se produce de manera inconsciente, sino en virtud de una elección del adherente, es decir, nos encontraríamos ante una cláusula seleccionada en el sentido antes expuesto y, por lo tanto, consentida por el adherente en sentido estricto.*

<sup>342</sup> Sobre la posibilidad de que un empresario configure diferentes tarifas dependiendo de la renuncia, modificación o limitación del Derecho dispositivo, BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity...”», op. cit., p. 16, sostiene acertadamente que para entender los efectos y valor de las cláusulas prerredactadas el consumidor debe conocer las normas dispositivas que la cláusula desplaza. Se cuestiona dicho autor si un consumidor sabrá cuales son las normas sustantivas aplicables en los distintos Estados o jurisdicciones, y sus ventajas y desventajas, a fin de elegir con plena consciencia la tarifa que contenga la cláusula de sumisión expresa a una jurisdicción predilecta. Obviamente la respuesta es negativa, por lo que no es viable aún en el marco de una elección de tarifas, sustraer del control esta cláusula. Siempre existe el déficit de autonomía privada que justifica su control de contenido.



debe ofrecerlas con la debida transparencia, es decir que no oculte una adhesión bajo el manto de un consentimiento *stricto sensu*<sup>343</sup>.

En conclusión, la elección de tarifas no modifica lo expuesto en el presente capítulo. Es decir, que por el hecho de que empresarios presenten ofertas en ese formato no significa que hayan sido consentidas, sino que deberá verificarse si han sido seleccionadas reflexivamente y con comprensión del alcance de los mismos.

### 3.2. Cláusulas discutidas o regateadas.

Además de la selección de cláusulas, otra de las formas en que se puede ejercer la autonomía privada es discutiendo o regateando. Evitamos en este apartado utilizar el verbo *negociar* a fin de no confundirlo con el concepto de *cláusulas no negociadas individualmente* que señala la Directiva 93/13/CEE. La noción de cláusulas no negociadas individualmente no sólo se refiere a cláusulas discutidas o regateadas, sino que también a cláusulas que han sido tomadas en cuenta por los adherentes en su decisión de contratar, según hemos expuesto anteriormente<sup>344</sup>.

El requisito de imposición no concurre cuando existe una negociación individual de una cláusula predispuesta, pero tal como se ha visto *supra* no es la única manera en la que no concurre dicho requisito. La negociación individual, entendida en este caso como discusión o regateo, revela que ha habido una autodeterminación bilateral del contenido de la cláusula<sup>345</sup>. Han sido tomadas en su decisión de contratar. El cliente ha defendido sus intereses frente a los del empresario en la negociación, dando como resultado un contenido contractual subjetivamente justo, en cuanto ha sido querido por ambas partes y siendo imputable a ambos su incorporación al contrato. No puede haber un control de contenido que determine objetivamente la reglamentación contractual más justa cuando existe un consentimiento *stricto sensu* sobre la misma. Las partes saben que es lo más justo para ellos.

Por tanto, no pueden poseer la calidad de condiciones generales cuando las cláusulas predispuestas han sido negociadas individualmente, no pudiendo ser sometidas a los controles legales previstos para aquéllas. Será excepcionalmente cuando un predisponente

---

<sup>343</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 130, entonces, (l)a validez de estas condiciones asociadas a una tarifa no se hace depender, por lo tanto, de su mayor o menor equilibrio objetivo, sino de su transparencia: de que el consumidor conozca y consienta que la tarifa más económica es una consecuencia directa de esa condición.

<sup>344</sup> Por ello, a fin de evitar confusiones, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1323 y ss., califica a las regateadas o discutidas como *cláusulas especialmente negociadas*, a fin de diferenciarlas de las *cláusulas no negociadas individualmente* indicadas en la Directiva 93/13/CEE que corresponden a un concepto más amplio.

<sup>345</sup> Pero no es la única, como ya lo hemos visto anteriormente. La existencia de competencia sobre algunos aspectos del contrato, especialmente los de carácter económico monetario, convierten a estas en consentidas *stricto sensu*, sin haber una negociación individual.

tenga una verdadera intención de negociar, porque los empresarios no se ven, por regla general, incentivados a hacerlo debido a que sus clientes como grupo no leen ni toman en cuenta las cláusulas predisuestas para tomar la decisión de contratar. La celeridad de la contratación actual necesita de cláusulas predisuestas no negociadas individualmente, razón esencial del surgimiento de la contratación bajo condiciones generales. En definitiva *el hecho de que la actitud generalizada de los clientes, en cuanto grupo, sea de indiferencia respecto a aquel contenido regulador, dará lugar normalmente a que todo intento de modificar o negociar éste con el predisponente esté condenado de antemano al fracaso*<sup>346</sup>.

Aunado a ello, la posibilidad de entablar una verdadera negociación requiere la presencia de ciertas aptitudes subjetivas de parte del concreto consumidor, tales como: *pleno conocimiento de las cláusulas sobre las que se proyecta su influencia, de sus implicaciones para el resto del contenido contractual, de sus derechos legales en caso de no existir dicha cláusula, etc.; todo lo cual hace que la posible negociación excluyente de cualquier control se revele como hipótesis cuasi excepcional*<sup>347</sup>.

Los arts. 1.2 LCGC y 82.2 párr. 1 TRLCU, en relación con el art. 3.2 párr. 2 de la Directiva 93/13/CE, sirven para algunos autores como base legal de la exclusión de este tipo de cláusulas del régimen de las condiciones generales<sup>348 349</sup>. Algunos Estados al transponer la Directiva 93/13/CE decidieron aumentar el ámbito objetivo de aplicación, en el sentido de aplicar el control de contenido también a las cláusulas negociadas individualmente<sup>350</sup>. Así, Dinamarca, Finlandia y Suecia no limitan ni subjetiva ni objetivamente el control de contenido. Lo aplican tanto a contratos celebrados: entre empresarios, empresarios con consumidores, y entre particulares, y a todo tipo de cláusulas, negociadas o no. Por otro lado, Francia, Bélgica, Luxemburgo, República Checa, Letonia y Malta, limitan subjetivamente el control, en el sentido de únicamente aplicarlo a contratos entre empresarios y consumidores, pero objetivamente es más amplia su aplicación ya que lo aplican a cláusulas negociadas individualmente.

---

<sup>346</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 295.

<sup>347</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 896.

<sup>348</sup> En este sentido, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, pp. 487 y 488; MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 146; siguiendo a éste, PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en...*, *op. cit.*, p. 120;

<sup>349</sup> Art. 1.2 LCGC *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.*

Art. 82.2 párr. 1 LGDCU *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.*

Art. 3.2 párr. 2 Directiva 93/13/CE *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

<sup>350</sup> Vid. SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, p. 335 y ss.

En realidad, no se necesita una norma legal expresa que las excluya, puesto que basta con las normas que establecen el ámbito objetivo de aplicación de la LCGC y del control de contenido de el TRLCU para deducir que las cláusulas negociadas individualmente carecen del requisito de imposición, y por tanto no pueden ser sometidas al régimen de dichos textos legales<sup>351</sup>. Existe un auténtico acto de autonomía privada, que hace inviable el control de contenido de dichas cláusulas. Les falta el requisito de imposición y no pueden ser calificadas como condiciones generales. Su incorporación al contrato es imputable a ambas partes, y no a una sola, como sucede con las condiciones generales.

Si el resultado de la discusión o negociación es la redacción de una nueva cláusula, ésta no cumplirá con el requisito de predisposición, lo cual la excluye definitivamente del ámbito objetivo del control de contenido, siendo innecesario valorar si concurre el requisito de la imposición<sup>352</sup>. Sin embargo, se corre el riesgo de que el predisponente pretenda fraudulentamente aparentar que han sido negociadas utilizando una tipografía diferente al resto del contrato, o, incluso, escribiéndolas a mano<sup>353</sup>. Queriendo aprovecharse de ello para introducir condiciones desequilibradas, incluso más que las originalmente predisuestas<sup>354</sup>. Ante esto, el adherente puede presentar otros contratos celebrados por el mismo predisponente con otros clientes en los que introduce la misma cláusula. Con ello se prueba que el predisponente utilizó una cláusula preelaborada que impone a sus clientes, y que, entonces, no es producto de una negociación individual entre ambas partes<sup>355</sup>.

Funcionan para probar la negociación en caso de tratarse de contratos plasmados en formularios, las enmiendas, tachaduras, o algún indicio material de que se ha querido excluir una cláusula que formaba parte del impreso, que ha sido redactada en el mismo momento de la celebración del contrato. El hecho de estar escrita a mano o ser notable su adición al formulario original serviría para tal fin. Así, la STS de 6 octubre 1989, excluye de someter a control una cláusula que no se encuentra, a diferencia del resto del contrato, impresa<sup>356</sup>.

---

<sup>351</sup> En definitiva, el art. 1.2 LCGC y también el art. 82.2 párrafo 1 TRLCU, es innecesaria en las dos funciones que se les atribuyen: excluir del ámbito del control de contenido a las cláusulas negociadas individualmente, y especificar que el control de contenido es sobre cláusulas y no sobre el contrato completo.

<sup>352</sup> Al respecto, EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1324, considera que *no cabe duda* que en caso de alteración de una cláusula impresa en un formulario, la cláusula ha perdido su carácter de impresa. Es una prueba de que *la negociación ha ocasionado la modificación de las condiciones generales ofrecidas inicialmente por el predisponente*.

<sup>353</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 896; COCA PAYERAS, M., «Comentario al Art. 10.2...», *op. cit.*, pp. 327 y 328.

<sup>354</sup> La Directiva 93/13/CEE en su versión en inglés (art. 3.2) señala que no serán consideradas como cláusulas no negociadas individualmente las prerredactadas y en consecuencia en que el consumidor no ha podido influir *sustancialmente*. En el §5.2 de la UTCC se traspuso de forma idéntica dicha norma. Con esto se evita que modificaciones mínimas o meramente formales de las condiciones generales sean entendidas como fruto de negociaciones individuales y por tanto sean sustraídas de control.

<sup>355</sup> EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1330.

<sup>356</sup> STS 6 octubre 1989 estableció que *la cláusula adicional, que tiene el carácter de particular, en cuanto no impresa totalmente, y por tanto prevalece sobre el contenido literal de las cláusulas totalmente impresas, según ha declarado ésta Sala (Ss 23 de febrero de 1944)*. Al respecto, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el concepto de contrato de adhesión (A propósito de un Auto de la Audiencia Provincial de

La verdadera dificultad se centra en las cláusulas predisuestas, sometidas a negociación, que no han sufrido ninguna alteración en la redacción<sup>357</sup>. Las denominadas *cláusulas formalmente predisuestas pero sustancialmente negociadas*<sup>358</sup>. Efectivamente, éstas mantienen la calidad de predisuestas y también de generales, pues su texto es el mismo del que utiliza el predisponente de manera estandarizada con sus clientes. Sin embargo, con la negociación dejan de ser impuestas.

Comprobar la existencia de discusión individual se plantea como un asunto complicado, debido a que la adopción de una posición flexible para determinar la existencia de negociación individual puede provocar que el predisponente también se aproveche de ello para eludir fácilmente la aplicación de la legislación de condiciones generales, argumentando que la cláusula ha sido negociada, cuando en realidad no lo ha sido<sup>359</sup>. El predisponente también podría alegar fraudulentamente que estaba dispuesto a negociar las cláusulas predisuestas pero el adherente no ha hecho el esfuerzo de discutir las, a sabiendas de que éste desconocía dicha posibilidad, convirtiéndose de esta manera en cláusulas particularmente negociadas<sup>360</sup>.

Aunque éstas no son situaciones frecuentes, ocurren, en términos generales, cuando un cliente, ante el ofrecimiento del predisponente de negociar las condiciones, se inclina por aceptar expresamente dicho clausulado (...) <sup>361</sup>. Esto fue puesto de relieve por la SAP

---

Barcelona)», *RDBB*, 1994, p. 1064, agrega otro ejemplo en que se puede detectar cláusulas consentidas *stricto sensu* cuando se trata de contratos plasmados en formularios: las que se encuentran ubicadas en espacios originalmente en blanco, constituyen pactos producto de la libre negociación de las partes.

<sup>357</sup> Como sostiene MARTÍN PÉREZ, J. A., «Comentarios al art. 10», *op. cit.*, p. 227, citando doctrina extranjera: *no es necesario un «cambio efectivo» en la redacción propuesta por el predisponente, sino que basta con que la otra parte haya tenido la posibilidad real de influir sobre dicho contenido, de modo que pueda considerarse imputable a ambos.*

<sup>358</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1347.

<sup>359</sup> En efecto, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1347, señala que la determinación de cuándo una cláusula es negociada conlleva cierto riesgo de *fraude de ley*, en la medida en que traten de presentarse como especialmente negociadas cláusulas que no lo son.

<sup>360</sup> En el Reino Unido, la jurisprudencia de la UTCC, la cual es una transcripción de la Directiva 93/13/CEE, ha rechazado tener como negociada individualmente una cláusula por haber tenido el consumidor la mera oportunidad o posibilidad de influir en el contenido contractual. Es necesario que efectivamente se haya entablado negociación. Así por ejemplo, la *Court of Appeal* del Reino Unido en la sentencia del caso *UK Housing Alliance Ltd. v Francis* [2010] EWCA Civ 117, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/117.html>, rechazó, bajo el argumento antedicho, tener como negociada individualmente una cláusula que el empresario sostenía que sí lo era por haber dado instrucciones al consumidor a los abogados que existía esa posibilidad de discusión de los términos del contrato. Respecto a la aplicación de la UCTA, el Reino Unido igualmente ha sido reticente en considerar la negociación individual al examinar las cláusulas contractuales. La UCTA británica pese a que establece el poder de negociación de las partes como un factor a tomar en cuenta para valorar la nulidad o no de cláusulas limitativas o exonerativas de responsabilidad, WILLET, C., «The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and its implementation in the United Kingdom», *ERPL*, num. 2, 1997, p. 227, afirma que no existe jurisprudencia alguna en las que el consumidor haya tenido suficiente poder de negociación (*bargaining power*) para justificar semejantes cláusulas.

<sup>361</sup> EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1324.

Cantabria 15 de abril 2003 (JUR 2003/204145), al sostener que el hecho de que *el contenido de un contrato responda a un modelo normalizado no quiere decir que no pueda ser modificado en algunos extremos por acuerdo de las partes ni que no haya mediado una libre coincidencia de voluntades (...)*<sup>362</sup>.

Tomando en cuenta todo lo anterior, la doctrina ha establecido presupuestos estrictos para que se de una verdadera negociación de cláusulas predispuestas que eliminen la posibilidad de un encubrimiento de condiciones generales<sup>363</sup>:

- 1- Individualidad. Para que exista negociación debe de haberse realizado sobre cada cláusula o parte de la cláusula por separado, y no debe entenderse que se debe realizar una negociación de todo el contrato. Así lo prescribe el art.82.2 párrafo 1º TRLCU: si una cláusula se negocia individualmente, esto no obsta para que las demás cláusulas predispuestas se someten a control de contenido<sup>364</sup>.
- 2- Necesidad de negociar. Deben concurrir elementos objetivos muy excepcionales que lo compelan a negociar, según las circunstancias en que se desarrolle la contratación, como puede ser el temor a perder un cliente<sup>365</sup>.
- 3- Disposición real y seria de negociar. El predisponente debe tener una verdadera voluntad de someter a negociación la cláusula o cláusulas en específico, es decir, debe haber una posibilidad real del cliente de influir en su contenido<sup>366</sup>. No siendo necesario que fruto de la negociación individual se modifique la redacción de la cláusula predispuesta<sup>367</sup>. Además, la seriedad en la disposición a negociar implica que debe de desarrollarse conforme a la lealtad y buena fe<sup>368</sup>. Estas exigencias impiden que en el caso de un cliente que no posea la suficiente capacidad intelectual o formación técnico-jurídica para negociar el tipo de contrato que se trata, y es perceptible dicha situación para el empresario, pueda calificarse de negociada la cláusula predispuesta sometida a discusión.

---

<sup>362</sup> Vid., en igual sentido, SAP Madrid 23 mayo 2000 (AC 2001/1356).

<sup>363</sup> Se debe analizar partiendo de la base que la apariencia externa no nos indica que se trata de una condición general. Art. 1.1 LCGC: *Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia (...) de su apariencia externa, de su extensión, y de cualesquier otras circunstancias (...)*.

<sup>364</sup> Art. 82.2 párrafo 1 TRLCU: *El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.*

<sup>365</sup> Así, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, op. cit., p. 297, sostiene que la posibilidad de negociar no debe depender de la *libérrima voluntad* del predisponente, sino que éste *se vea constreñido a avenirse a tales propósitos con el fin de no perder un cliente [...] Así ocurre, por ejemplo, cuando en un sector en el que existe una intensa competencia entre los diversos operadores la competencia de precios ya no da más de sí, de tal modo que los predisponentes se ven compelidos a acudir otros factores de la operación, distintos del precio y regulados en las condiciones generales, a fin de atraer nueva clientela o conservar la que ya posee.*

<sup>366</sup> EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», op. cit., p. 1326.

<sup>367</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», op. cit., p. 896.

<sup>368</sup> MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», op. cit., p. 148.

El cliente que establezca negociación en este caso, no tendrá los suficientes valores de juicio para poder llevarla adelante, hacer propuestas, poder influir en las cláusulas de acuerdo a lo que más le convenga para sus intereses y tomar una decisión con base en las cláusulas predisuestas sometidas a negociación<sup>369</sup>. Lo cual descarta, que se consideren negociadas una gran cantidad de cláusulas, en virtud de que los clientes, especialmente los consumidores, no poseen, por regla general, los suficientes conocimientos. Será complicado encontrar a un consumidor que pueda evaluar cláusulas como las que excluyan responsabilidad por pérdida o daños causados por negligencia. Y, aunque entienda el contenido de algunas condiciones generales, no son capaces de evaluar el impacto o alcance de ellas. Por ejemplo, en una cláusula que excluya responsabilidad por muerte o daños personales causados por negligencia, es difícil para el cliente medio calcular su alcance. Podrá imaginarse el efecto físico de la muerte o lesiones, pero no podrá concebir las consecuencias económicas que implica asumirla<sup>370</sup>.

- 4- Ofrecimiento a negociar<sup>371</sup>. Debido a que las cláusulas predisuestas utilizadas por empresarios producen un efecto psicológico de innegociabilidad en los clientes fruto de la propia naturaleza de las condiciones generales, el predisponente está obligado a comunicarles de forma efectiva lo contrario, es decir que sí son negociables<sup>372</sup>. La comunicación de disposición a negociar no puede ser genérica, sino que debe determinarse qué cláusulas en específico desea el predisponente someter a negociación<sup>373</sup>.

En vista de lo anterior, si el empresario provee al cliente de dos o más opciones de contratos con diferentes cláusulas pero igualmente predisuestas entre las cuales elegir, no

---

<sup>369</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 301 y ss.

<sup>370</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper* (consultation paper n° 166, discussion paper n° 119, respectivamente), Londres, 3 julio 2002, parágrafo 4.51, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>. Se cita en este trabajo otro ejemplo: un contrato en el que encarga a un empresario una construcción, insertándose cláusulas que disponen que el constructor en ciertas circunstancias puede cobrar cargos adicionales, o puede suspender la obra o trabajar en horas inusuales. En dicho trabajo se cuestiona: *should the clauses be subject to threat of review?*. Responde a esta pregunta que depende en gran parte de lo que se entiende por negociación. El empresario puede genuinamente estar preparado para negociar, pero el consumidor no tiene total conocimiento de lo que está pactando o sus implicaciones. *The business may genuinely be prepared to negotiate, but the consumer may not have a full grasp of what she is agreeing or its implications; not realize, for example, how likely the circumstances are to occur, the cost that the builder is genuinely likely to incur, or, in the case of the agreement to allow the builder to work at unusual hours, the risk that neighbours may be able to prevent him from doing so (...)*, lo cual conlleva el riesgo de provocar un incumplimiento del contrato por parte del consumidor (parágrafo 4.52).

<sup>371</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1347.

<sup>372</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 126, quien asevera que *es razonable que el cliente piense, cuando se le presenta el formulario, que el empleado que representa a la empresa en la celebración del contrato carece de competencias para modificar dicho formulario*. Suposición que no ocurre si se le presenta un clausula elaborado *ad hoc* al cliente.

<sup>373</sup> EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1326.

puede considerarse que han sido negociadas individualmente. Así tampoco puede serlo, una cláusula que por aparente común acuerdo o declaración unilateral del cliente se estipula que ciertas o todas las cláusulas han sido negociadas, cuando en realidad son cláusulas predispuestas e impuestas<sup>374</sup>.

Sólo en caso de que se cumplan todos anteriores requisitos el cliente tendrá la obligación de entablar negociación sobre las cláusulas ante una oferta de entablar negociación. En consecuencia, si cumpliéndose todos estos requisitos, el cliente no acepta la oferta a negociar, las cláusulas predispuestas han sido consentidas *stricto sensu*, y no poseen la cualidad de condiciones generales<sup>375</sup>. Si pudo influir en el contenido contractual pero no quiso hacerlo, son cláusulas producto de la autonomía privada de ambos, tal como sucedería en cualquier otra cláusula de un contrato celebrado entre particulares. Por ello en caso de ser desequilibradas debe de aplicarse el principio de autorresponsabilidad en el sentido de que el contenido de las cláusulas es imputable tanto a éste y como al empresario, y debe de soportar las consecuencias de su inactividad.

Esta dificultad en detectar cuando ha habido una auténtica negociación entre las partes que ha llevado a requerir los presupuestos antes señalados, es una de las razones por las que algunas legislaciones prefieren someter a toda cláusula, negociada o no, a control de contenido. Entre ellas se encuentran Dinamarca, Finlandia, Francia y Suecia. Por otro lado, encontramos una reciente propuesta legislativa en el Reino Unido, que pretende reunir la UCTA y la UTCCR en un solo texto, para evitar las inconveniencias de la duplicidad de normas. Entre las reformas al régimen actual que se pretenden introducir, una es precisamente ampliar el ámbito de aplicación del control de contenido en el sentido arriba apuntado.

*The Law Commission and the Scottish Law Commission* (autores de la propuesta) en la *Joint Consultation Paper* reconocen que las cláusulas en contratos de adhesión tienen mayor probabilidad de contener cláusulas abusivas (*unfair terms*) que las negociadas (parágrafo 4.46). Pero que la mayoría de clientes, desconocen la existencia de las cláusulas y su alcance, por ello, no se preocupan por encontrar mejores condiciones generales (*better "small prints" terms*). Por el contrario, se fijan en el precio y en el objeto a adquirir (parágrafo 4.48). Todo ello, desembocó en la propuesta de *The Law Commission and the Scottish Law Commission* de incluir a toda cláusula, negociada o no, en el ámbito de aplicación de los controles de la UTCCR, exceptuando únicamente a las que regulan las prestaciones principales<sup>376</sup>.

---

<sup>374</sup> DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, p. 493; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 124.

<sup>375</sup> EMPARANZA, A., «La imposición al cliente...», *op. cit.*, p. 1326, agrega que *la negociación de condiciones generales inmodificadas sólo tiene lugar cuando el cliente, invitado a modificar el contenido del contrato formularizado, no ha querido entrar en su discusión.*

<sup>376</sup> Si bien, matiza este estudio, al sostener que una cláusula negociada individualmente será improbable que se considere abusiva si el empresario ha tomado las medidas necesarias para asegurarse que el consumidor en particular entiende qué está conviniendo y las implicaciones previsibles que le pudieren afectar él. Es decir, si se someten a control de contenido, pero no llegan a considerarse abusivas. THE LAW COMMISSION AND

### 3.3. Cláusulas elaboradas por terceros.

En ocasiones, las cláusulas utilizadas han sido elaboradas por terceros imparciales por encargo de las partes. Se plantea en estos casos, si pueden ser consideradas condiciones generales o cláusulas no negociadas individualmente, y de esta manera determinar si están sujetas a control de contenido. En este sentido, debe analizarse si concurren dos requisitos para hacer posible la aplicación de dicho control: predisposición e imposición.

En principio, en caso de haber acuerdo entre las partes para que el tercero las elabore (notario, corredor de comercio, mediador o cualquier persona a quien se le encargue la tarea), debe entenderse que no ha habido predisposición. El hecho de existir un acuerdo entre las partes significa que han iniciado la fase de negociación y no se han elaborado las cláusulas de forma previa al encargo, lo cual borra por completo dicho requisito. Salvo que, el tercero posea de antemano cláusulas redactadas para el tipo de contrato que se le encarga, tal como sucede comúnmente con los notarios. En este caso sí hay predisposición.

Más importante y complicado es determinar si existe imposición. En principio, no puede entenderse que existe imposición. En efecto, deben estas cláusulas entenderse que han sido negociadas individualmente, puesto que las partes han encargado libremente su elaboración y deben atenerse al resultado de la redacción realizada por el tercero<sup>377</sup>. Se da

---

SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper* (consultation paper nº 166, discussion paper nº 119, respectivamente), Londres, 3 julio 2002, parágrafo 4.53; cuestión que es confirmada por el reporte final: Id., *Unfair Terms in contracts*, Law Com nº 292, Scot Law Com nº 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, parágrafo 3.52. Por otra parte, la propuesta legislativa señala que las prestaciones principales no son sometidas a control para examinar objetivamente su equilibrio, pero sí las somete a control de abusividad desde el punto de vista de su transparencia.

<sup>377</sup> Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 131. Vid. también, aunque no lo expresa de forma contundente, RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE...», *op. cit.*, p. 64, quien sostiene que cuando un notario es el redactor del contenido contractual *parece que hay un cierto ejercicio de la autonomía privada y se puede estar ante cláusulas negociadas*. Tampoco cabe afirmar que han impuestas al consumidor las cláusulas que han sido elaboradas por un agente especializado contratado por éste, y presentadas al empresario como indispensable para celebrar el contrato. Ha sido el propio consumidor, a través de agente, quien ha preredactado e influenciado su contenido. En consecuencia, no hay imposición sobre el consumidor. En este sentido, la sentencia dictada el 29 julio 2005 en el caso *Bryen & Langley Ltd v Boston* [2005] EWCA Civ 973 del Reino Unido, el consumidor contrató a un arquitecto para que organizara y supervisara la remodelación de un apartamento. En el apartado 46 de dicha sentencia consta que el arquitecto envió ofertas de contratación para la ejecución de la obra a diferentes empresas constructoras, señalándose en dichas ofertas cuales eran las condiciones bajo las cuales debía realizarse la obra. Es decir, si alguna empresa aceptaba la oferta y era elegida por el consumidor, debía desarrollarse la obra conforme a lo dispuesto en las cláusulas preelaboradas por el agente. Finalmente, se contrató a una de estas empresas. Al momento de ejecutarse la obra, surge un problema en el cual surge la duda si debe ser sometida a arbitraje según las condiciones del contrato. En dicho caso, el tribunal sostuvo que el consumidor pudo influir en todo momento en la elaboración de las cláusulas. Incluso, en vista de esos hechos, llega a analizar las cláusulas como impuestas, pero no por el empresario al consumidor, sino a aquél por éste. Dicha sentencia se encuentra disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/973.html> (consulta: 03/05/2014) y es comentada por WHITTAKER, S., «Chapter 15. Unfair terms in consumer contracts», en *Chitty on Contracts*, (editado por Beale, H.), edición 29ª, Londres, 2006, pp. 107 y 108.



en estos casos un auténtico acto de autonomía privada<sup>378</sup>. No se puede entender que es una situación en la que la parte adherente no ha podido influir en el contenido.

Por tanto, así como acordaron encargar la redacción de las cláusulas a un tercero, bien pudieron haber negociado todo el clausulado sin hacer ese encargo a un tercero. Es decir, para utilizar los términos del art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, el consumidor ha *podido influir sobre su contenido*<sup>379</sup>. Le es exigible razonablemente la renuncia a contratar. Y de consentir ambas partes sobre el contenido contractual elaborado por el tercero, ha habido un acto voluntario *stricto sensu*, y tanto al adherente como al predisponente les es imputable su incorporación, no importando si es una relación entre empresarios o entre empresario y consumidor<sup>380</sup>. Aunado a lo anterior, el tercero se presume que ha obrado de buena fe, cumpliendo con el encargo de forma imparcial, sin recibir influencias u orientaciones del predisponente y así inclinar la balanza a favor del mismo, lo cual refuerza su carácter no impuesto<sup>381</sup>.

Se llega a un resultado diferente, si no ha habido acuerdo de las partes de encargar la elaboración de las cláusulas a un tercero, sino que el empresario utiliza las elaboradas previamente por un tercero, ya sea por su encargo unilateral o no, o por recomendación de un tercero. En definitiva, éstas son condiciones generales, es claro que existe predisposición al haber sido preelaboradas, sin importar sobre quién recae la autoría de las mismas. Además, existe imposición en cuanto el cliente no ha podido influir en el contenido contractual, imponiendo el empresario su incorporación al contrato. Aquí ya no hay un libre acuerdo de voluntades que evite la aplicación del control de contenido, la incorporación de las cláusulas predispuestas es imputable únicamente al empresario<sup>382</sup>.

---

<sup>378</sup> Partimos de la premisa de que el redactor es un tercero imparcial. Como señala ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 133: *cuando ambas partes remiten a un tercero la configuración del contenido del contrato, y no estamos ante un tercero «doméstico», esto es, que se limita a incorporar a la escritura las cláusulas predispuestas por uno de los contratantes, las partes ejercitan su autonomía privada, y actúan negligentemente (tenían una opción alternativa razonablemente disponible) al no fiscalizar la actuación del tercero.*

<sup>379</sup> En contra, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, p. 265, nota 89, considera que las cláusulas predispuestas que cuya incorporación al contrato no se haya producido a instancia de ninguna de las partes, sino de un tercero ajeno a ellas, que no se consideran impuestas a efectos del art. 1 LCGC, si reciben tal consideración a efectos de los arts. 10 y 10 bis LGDCU. Sin embargo, tomando en cuenta nuestra interpretación de los requisitos del TRLCU (antes LGDCU) para considerar a una cláusula como *no negociada individualmente*, no podemos compartir el criterio de dicho autor.

<sup>380</sup> Así, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1338, e, Id., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, p. 1346.

<sup>381</sup> El deber de imparcialidad es exigido por el art. 1258 CC a cualquier tercero al que se le encarga la elaboración de la propuesta de contenido contractual. Y este deber se acentúa más en sujetos como los notarios a quienes su cargo o función les exige dicho deber, y por tanto, los contratos que redacten se presumen imparciales. ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 120.

<sup>382</sup> Así, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», *RJN*, 2000, p. 28. En virtud de redacción defectuosa del antiguo art. 10.2 de la LGDCU, se temía que el predisponente encargara a un tercero la redacción de las cláusulas para eludir la aplicación del control de contenido. Pero la doctrina aclaró que no importa la autoría de las cláusulas para otorgarles la calidad de condiciones generales. Vid., por todos, LÓPEZ SÁNCHEZ, M. A., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, pp. 627 y 628.

Este ha sido el criterio seguido en la SAP Cáceres 7 junio 2010 (AC 2010/1244) en la que, ante las alegaciones del predisponente respecto a que el contrato había sido elaborado por un notario y por lo tanto excluidas del ámbito objetivo de control, el tribunal advierte que la cláusula controvertida fue incluida en todos los contratos de compraventa celebrados por el empresario-predisponente promotor de viviendas. Pudo comprobar el tribunal que todos los documentos privados previos a la formalización de la compraventa como todas las escrituras públicas de compraventa eran *idénticos, mientras que los compradores son personas diferentes*. Por lo que, la condición general estudiada se encontraba incluida en el ámbito objetivo de control.

La frase que es plasmada en las escrituras en la que declara el adherente que ha consentido cada una de los aspectos del contrato no cambia dicho panorama. Es un consentimiento degradado por la falta de oportunidad de influir en el contenido. Por ello no compartimos criterios como el expuesto en la STS 21 noviembre 1997 (RJ 2007/2619), en la que se rechaza la nulidad de unas disposiciones de los estatutos de la comunidad porque, entre otros motivos, en la escritura de compraventa reconoce el comprador que conocía de antemano la existencia de las disposiciones estatutarias. En definitiva el hecho de que conociera de antemano o tuviera oportunidad de conocerla, no es suficiente para entender consentida *stricto sensu* la cláusula. Se necesita que efectivamente sea tomada en cuenta por gran parte de los clientes en su decisión de contratar, es decir que sea la cláusula impugnada un elemento relevante para los consumidores en general.

A igual conclusión se llega, en el caso en que un tercero elabore las cláusulas por un acuerdo de voluntades, pero el tercero no cumpla con su deber de imparcialidad, aceptando instrucciones y sugerencias en la elaboración de las mismas. Aquí también es clara la presencia de predisposición, siendo el autor de ellas el empresario predisponente. El requisito de imposición se cumpliría en virtud de que las cláusulas no son producto de un verdadero acuerdo de voluntades mediante el cual se le pueda imputar el contenido contractual a ambos, sino que es producto únicamente de la voluntad del empresario. La iniciativa en la redacción e incorporación del contrato es suya, y no del tercero ni mucho menos de ambos contratantes. El predisponente trataría de ocultar mediante la participación de un aparente tercero imparcial en la elaboración del contenido contractual, la presencia de auténticas cláusulas predispuestas e impuestas, y así burlar la protección que otorgan las leyes a la otra parte de la relación contractual<sup>383</sup>.

### **3.4. Cláusulas declarativas.**

Las cláusulas declarativas son las que reproducen normas legales o administrativas de carácter general. Sobre esta norma, se ha pronunciado el TS al afirmar que su finalidad es

---

<sup>383</sup> Apoyan el sometimiento de cláusulas elaboradas por un tercero cuando falte a su deber de imparcial, EMPARANZA, A., «La directiva comunitaria...», *op. cit.*, p. 470; Id., «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato (Comentario de la STS de 20 de Noviembre de 1996/Ar. 8371)», *RDBB*, 1997, p. 1320, nota 20; AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe...», *op. cit.*, p. 1563. Además, RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE...», *op. cit.*, p. 64, pone en duda la tarea notarial como mecanismo para evitar *los perjuicios que representa la no negociación*.

*respetar la legislación en sectores específicos, como los de las entidades de crédito, entidades aseguradoras y otras entidades financieras*<sup>384</sup>.

En cualquier caso, es claro que cualquier tipo de cláusula, condición general o no, que sea declarativa en el sentido expuesto, no debe su normatividad al acuerdo de voluntades, sino a la propia ley. Siguiendo esta lógica, el art. 4 párr. 2 LCGC<sup>385</sup>, mediante la cual se transpone el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CE<sup>386</sup> que excluye este tipo de cláusulas de su ámbito de aplicación, resulta superflua<sup>387</sup>.

Las *cláusulas declarativas* no son condiciones generales debido a que no cumplen con el requisito de contractualidad, en cuanto que éstas no estipulan una consecuencia jurídica diferente para el supuesto regulado por la ley. Una *cláusula* de este tipo en un contrato no modifica la reglamentación que sería aplicable en caso de que dicha cláusula no existiera. Por tanto, no puede considerarse producto de la autonomía privada<sup>388</sup>.

Esto es más patente en los casos en que una cláusula reproduzca normas imperativas, pero esto no significa que no suceda lo mismo en caso de normas de carácter dispositivo<sup>389</sup>. En

---

<sup>384</sup> STS 2 marzo 2011 (RJ 2011/1833).

<sup>385</sup> Art. 4 párr. 2 LCGC *Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.* Dicha disposición ha sido objeto de críticas por su mala redacción. Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 106, nota 21.

<sup>386</sup> Art. 1.2 Directiva 93/13/CE *Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.*

<sup>387</sup> El art. 30.3 PDDC 2008 establecía también esta exclusión pero limitándolo a normas imperativas: *El presente capítulo no se aplicará a las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas que se ajusten al Derecho comunitario ni a las disposiciones o los principios de convenios internacionales de los que la Comunidad o los Estados miembros sean parte.* Sin embargo, en la Directiva 2011/83/UE no se incluyó tal disposición.

<sup>388</sup> A ello añade GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 1998, p. 1596, quien sostiene que el objetivo de esta exclusión es *respetar la legislación en la materia de sectores específico, como es el asegurador, que dispone ya de órganos propios de control.*

<sup>389</sup> De la lectura del art. 4 párr. 2 LCGC parecería que las normas dispositivas no están excluidas de su ámbito de aplicación, sólo lo están cuando no *reflejen [...] disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte.* Estando las normas imperativas, en cualquier caso excluidas expresamente: *disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes* (el resaltado es nuestro). Dicho artículo es producto de la transposición del art. 1.2 de la Directiva. Por ello debe interpretarse conforme a la norma comunitaria. Aunque la redacción de este artículo es semejante al de la LCGC, el considerando 13 aclara el texto de la norma comunitaria, en el sentido que con la expresión *disposiciones reglamentarias imperativas* que aparece en la redacción de dicho artículo se incluyen también las normas que *se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo*, es decir las normas dispositivas. Por tanto, haciendo una interpretación conforme a la directiva, se puede concluir que la LCGC excluye las cláusulas que reproducen normas dispositivas. Así, DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, pp. 487 y 488; tímidamente, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 216; ALFARO AGUILA-REAL, J., «Comentario al

efecto, si dicha norma supliría el contrato en caso de que faltase la cláusula su normatividad no proviene del acuerdo de voluntades, sino de la norma dispositiva reproducida<sup>390</sup>.

Si la cláusula no reproduce una norma legal de aplicación supletoria a falta de acuerdo de voluntades, como lo es que se reproduzca una norma dispositiva para un tipo de contrato que no es al que se incorpora, así como si una cláusula establece una consecuencia jurídica diferente para el supuesto determinado en la ley, no se puede hablar de *cláusulas declarativas*. Estas cláusulas no reproducirían una norma que se aplicaría supletoriamente, cuestión que es imprescindible para otorgarle el carácter de cláusula declarativa. En consecuencia éstas si cumplirían con el requisito de contractualidad, y por tanto, serían condiciones generales.

Otra razón, aún de mayor peso, es que la configuración de un contrato mediante las normas legales imperativas o dispositivas se debe reputar equilibrado, puesto que existe sobre dichas normas una presunción de justa distribución de los intereses de las partes. El legislador al promulgarlas se ha cuidado de no perjudicar a una de las partes con cargas injustificadas. El legislador comunitario al promulgar la directiva 93/13/CEE reconoce que parte de la presunción de que la normativa nacional de cada Estado miembro no contempla disposiciones desequilibradas, y es por ello que establece la exclusión de las cláusulas declarativas<sup>391</sup>.

---

artículo 1...», *op. cit.*, p. 108. En contra, ARENAS GARCÍA, R., «Artículo 4. Contratos excluidos» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Arroyo Martínez, I., y Miquel Rodríguez, J.), Madrid, 1999, pp. 48 y 49, quien considera que no puede interpretarse el art. 4.2 LCGC a la luz del considerando 13 de la directiva, puesto que ambos cuerpos legales tienen ámbitos objetivos de aplicación diferentes: la LCGC regula las condiciones generales y la directiva las cláusulas abusivas. Además que dicha exclusión se encuentra situada únicamente en la LCGC, debido a que dicha ley tiene como fin que el adherente conozca las condiciones generales, siendo innecesaria la aplicación de la misma a las cláusulas que reproducen normas imperativas porque se presume el conocimiento de la ley por parte de los adherentes. Este autor olvida que la promulgación de aquél se debió a la transposición de éste, y por tanto no sólo es posible, sino obligatoria este tipo de interpretación. Su planteamiento se basa en la distinción de las condiciones generales y cláusulas abusivas que realiza la exposición de motivos de la LCGC, la cual ha sido duramente criticada por la doctrina, vid., por todos, ALFARO AGUILA-REAL, J., «El proyecto de ley...», pp. 862, 866 y ss. ARENAS GARCÍA parece ignorar la relación que existe entre la LCGC y el TRLCU (cuerpo legal que regula las cláusulas abusivas) puesta de manifiesto por norma expresa: art. 8.2 LCGC. Sin embargo, como ya se vio, dichas disposiciones son innecesarias al quedar excluidas *in limine* las cláusulas declarativas por faltarles el requisito de contractualidad. El único problema que plantearía la introducción de esta norma de redacción defectuosa en la LCGC es que puede generar confusión e interpretarse literalmente.

<sup>390</sup> La exclusión de este tipo de cláusulas también ha sido propuesta en el Reino Unido a fin de aclarar este punto. Así, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, parágrafo 3.72 (disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>), ha recomendado que se excluya del control las cláusulas que producen sustancialmente el mismo resultado que el que se hubiese producido en aplicación de la ley si las cláusulas no se hubiesen incorporado al contrato, salvo que no sean transparentes.

<sup>391</sup> El considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE establece: *Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva (...) (el resaltado es nuestro).* En capítulo III apartado 2.3 del presente trabajo hemos ahondado un poco más sobre de la presunción de equilibrio de las normas legales. Citamos jurisprudencia y doctrina, por lo que nos remitimos a tales consideraciones.

A tal grado llega su presunción de equilibrio que las normas dispositivas sirven como parámetro inicial para verificar el carácter abusivo de las condiciones generales. No es así con las normas imperativas, porque si una cláusula contradice una norma de este tipo será nula de pleno derecho (Art. 6.3 CC y 8.1 LCGC). Por ello, de considerarse como condiciones generales a cláusulas declarativas por reproducir normas dispositivas, no es posible cuestionar su equilibrio<sup>392</sup>.

De hecho, en último caso, si se llegan a considerar como condiciones generales, y debido a que no cumplen con los requisitos de inclusión o son declaradas nulas por abusivas, con regulación anterior la norma dispositiva supliría el vacío provocado por la ineficacia de dicha cláusula. De manera ejemplificativa podemos señalar que si se declarara abusiva una cláusula que somete el conflicto a los tribunales del domicilio del consumidor en caso de ser éste demandado, es necesario definir qué tribunal es competente territorialmente para conocer de una demanda que interponga el empresario contra el consumidor. Es así como la norma dispositiva que señala como juez natural el del domicilio del demandado la que se aplicaría. Es decir, será competente el mismo tribunal que señalaba la cláusula que fue declarada abusiva. Razón por la cual, es inútil su sometimiento al régimen regla especial de las condiciones generales.

#### **4. Ámbito subjetivo.**

En el presente apartado se analizará el ámbito subjetivo del control de contenido específico. Vale aclarar que siendo éste un tema secundario del tema del presente trabajo, no se ahondará mucho. En primer lugar se explicarán las razones por la que la problemática de las condiciones generales no debe ser enmarcada como un tema exclusivamente de protección a consumidores. Pese a ello, el legislador español optó por incluir el control de contenido en el TRLCU, por lo que debe explorarse el ámbito subjetivo de dicho cuerpo normativo. Por último se explicará brevemente el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC, el cual carece de normas que contemplen el control de abusividad.

##### **4.1. La problemática de las condiciones generales no es exclusiva de consumidores.**

Como primer punto, resaltamos que hasta el presente apartado del presente trabajo hemos procurado no mencionar como sujeto vulnerable frente a las condiciones generales al consumidor, sino que nos hemos referido a él como *cliente* o *adherente*. Esto es producto de que no es un tema propio del denominado Derecho de consumo. La problemática de las

---

<sup>392</sup> Vid., sobre las normas dispositivas como parámetro para el control de contenido, apartado 1.3 del capítulo III del presente trabajo.

condiciones generales no se genera por la ejecución de un acto de consumo, sino por el déficit de autonomía privada en las mismas.

La necesidad de protección frente al empleo de condiciones generales se debe a los criterios materiales citados, y no a criterios personales o subjetivos, debido a que la imposibilidad de influir en el contenido del contrato ya predispuesto por la otra parte, convierte en vulnerable a todo adherente, con independencia de que sea consumidor o empresario<sup>393</sup>. La calidad de consumidor de una de las partes de la relación jurídica es un dato que debería ser irrelevante para la legislación que regula este problema<sup>394</sup>.

Los empresarios también celebran contratos para su actividad empresarial, como lo son apertura de cuenta corriente, préstamos bancarios, seguros, etc., en los cuales no logra influir en el contenido contractual mediante el ejercicio de la autonomía privada por las mismas razones apuntadas en el capítulo I del presente trabajo.

No nos detendremos a explicar ampliamente la justificación del control de contenido de condiciones generales puesto que ya lo hemos hecho *supra*, pero podemos aseverar que existe asimetría de información cuando un pequeño empresario inmobiliario o un empresario individual celebra un contrato inusual para las actividades que desarrolla<sup>395</sup>.

---

<sup>393</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo...», *op. cit.*, p. 133, y DURÁN AYAGO, A., *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, 2008, p. 65. En este sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (ponente general es él mismo, y fue coordinado por Clavero Arévalo, M.; García de Enterría, E.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.; Sánchez Calero, F.; Segimón Escobedo, J. L.), Madrid, 1996, p. 37, señala que *[s]i todos los empresarios y empresarios se encontraran en pie de igualdad y todos tuvieran la posibilidad de negociar ampliamente los contratos con las cláusulas anteriormente citadas, podríamos entenderlo así, pero desgraciadamente está claro que no es así*. Por ello se inclina DÍEZ-PICAZO en no exigir para el adherente a las condiciones generales la condición de «consumidor». La irrelevancia de la calidad personal del adherente ha podido ser comprobada en los contratos de licencia de software por MAROTTA-WURGLER, F., «Competition and the quality of standard form contracts: an empirical analysis of software license agreements», la versión utilizada es la publicada en *New York University School of Law, Law and economics research paper series*, working paper N° 05-11, 2005, pp. 4 y 25, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=799274> (consulta: 03/05/2014), posteriormente fue publicado en *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, No. 3, 2008. Dicha autora al analizar 98 contratos de 49 compañías que venden versiones para consumidores y para profesionales-empresarios de un mismo producto, ha encontrado que los empresarios vendedores utilizan las mismas condiciones generales para los unos y para los otros. Esto nos lleva a concluir que los predisponentes productores de software no incorporan cláusulas más beneficiosas a los contratos celebrados con adherentes empresarios. Por tanto igualmente éstos son vulnerables ante cláusulas desequilibradas.

<sup>394</sup> En los apartados anteriores del presente trabajo hemos intentado evitar utilizar el sustantivo consumidor para denominar al sujeto que merece tutela frente a las condiciones generales de contratación por ese motivo. Es innecesario reproducir el fundamento de control de contenido. Por ello nos remitimos a lo expuesto en el presente capítulo y en el anterior en que se expone ampliamente el tema. Pero vale recordar que el hecho de requerir el requisito de imposición para considerarse condiciones generales de acuerdo a la LCGC, evitaría que se generalice la aplicación de dicho cuerpo normativo a toda relación contractual. Con ello no se aplicaría a, por ejemplo, un contrato entre dos grandes empresarios de un sector económico. Entre la jurisprudencia que señala la necesidad de aplicación de control de contenido a otros contratos que no sean con consumidores, se encuentra, por todos, la SAP Navarra 1 octubre 2003 (JUR 2003/270307).

<sup>395</sup> HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction between b2b and b2c? On consumer, commercial and general law after the Consumer Rights Directive», *ERPL*, No. 1, 2010, p. 94.

Por ejemplo, la instalación de un sistema de alarmas de seguridad del despacho donde tiene sus oficinas lo es. Seguramente solamente una vez realizará ese contrato, es un *one-shot player*. Desconoce mucha información del contrato y del producto a adquirir. Y no es económicamente racional exigir que busque, recopile, analice y compare la información de las ofertas, incluidas las condiciones generales, existentes en el mercado precisamente por tratarse de un contrato que celebrará probablemente una sola vez<sup>396</sup>. Los altos costes de información exceden a los beneficios que obtendría<sup>397</sup>.

También estos sujetos poseen limitaciones cognitivas para procesar toda la información referente a las ofertas del mercado<sup>398</sup>. Su racionalidad es limitada (*bounded rationality*) como seres humanos que son. Los pequeños empresarios o empresarios individuales no pueden procesar toda la información y tomar la decisión más óptima en cuanto a la celebración del contrato especialmente en el aspecto de las condiciones generales. No es económicamente racional atribuirle la responsabilidad de esta errónea elección debido a que su estructura y organización es pequeña, como la de los grandes empresarios<sup>399</sup>.

En suma, muchos empresarios, sobre todo pequeños empresarios y empresarios individuales, no toman en cuenta en su decisión de contratar a las condiciones generales. Se produce el fallo del mercado y la competencia que los desprotege. En este punto, son vulnerables en el sentido que la contraparte puede introducir cláusulas desequilibradas, circunstancia que los ponen en la misma situación que un consumidor adherente<sup>400</sup>. Por lo que carece de sentido circunscribir la aplicación del control de contenido a contratos celebrados entre un empresario y un consumidor.

Es así como el legislador alemán lo comprendió, y por ello creó en 1976 la pionera AGBG sin ningún tipo de ámbito subjetivo de aplicación para la aplicación del control de contenido de condiciones generales de la contratación. Siguiendo los criterios alemanes, el legislador portugués en 1985 al promulgar el Decreto-Ley número 446/85, de 25 de

---

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>399</sup> No hay que olvidar que el ordenamiento jurídico típicamente no es paternalista con las grandes empresas debido a que les exige que actúen racionalmente. Su estructura y organización debe de asegurarles que realizan las decisiones y actos racionales, por lo que las grandes empresas son responsables de las actuaciones en que actúen irracionalmente y las consecuencias negativas que le acarreen.

<sup>400</sup> Tal como sostiene BALLESTEROS GARRIDO, J. A., «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho de consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», *AC*, num. 20, 2000, p. 752, *la cuestión no viene determinada por el acto de consumo*, sino por el incorrecto funcionamiento del mercado, y, agrega, que *dejar fuera a todo un sector de los intervinientes en el mercado, delimitado negativamente como los no consumidores (empresarios adherentes), se mantiene a éstos sometidos a los abusos de las organizaciones empresariales, sin posibilidad de reacción*. Para evitar esto, propone que se generalice la normativa protectora de la parte débil, en el sentido de concebirla como la nueva teoría general de contrato (p. 753), en el que no se tome en cuenta para su aplicación la calidad de consumidor, sino de adherente de condiciones impuestas. También, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1309, sostiene que los problemas derivados de las condiciones generales *no son privativos de quienes actúan como consumidores y usuarios, sino que afectan por igual a toda clase de contratos*.

octubre, sobre cláusulas contractuales generales reproduciendo en cierta manera su ámbito de aplicación<sup>401</sup>. Los PECL también siguen esta línea, al someter a control de contenido a toda cláusula no negociada individualmente (art. 4:110)<sup>402</sup>.

Sin embargo, la normativa comunitaria lo ha enmarcado como un tema de protección al consumidor. La Directiva 93/13/CEE claramente lo delimita a ese ámbito<sup>403</sup>. Su art. 1.1 establece que su propósito es aproximar la normativa de los Estados miembros sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, además su art. 3.1 al definir *cláusulas abusivas* indica que éstas deben causar en detrimento del *consumidor* un desequilibrio importante. Y el legislador español al trasponer dicha directiva mantuvo su delimitación subjetiva de prohibición de cláusulas abusivas a las relaciones contractuales con consumidores al incluirla en el texto de la LGDCU<sup>404</sup>.

La LCGC, que estaba encaminada a ser el cuerpo legal que regula todo aspecto de las condiciones generales, carece del aspecto más importante sobre la materia como es el control de contenido al prescribir en su art. 8.2: (...) *serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo 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*<sup>405</sup>.

En las reformas legales posteriores el legislador no ha ampliado el ámbito subjetivo del control de contenido. Cabe destacar que el legislador comunitario señaló en el

---

<sup>401</sup> Estos dos cuerpos normativos han sido los más claros sobre este punto. Podrían citarse algunos otros casos que no limitan el control de cláusulas a contratos con consumidores, pero estos cuerpos normativos no gozan de la amplitud de control de los casos citados. Así por ejemplo, la UCTA de 1977 del Reino Unido no establece un ámbito subjetivo de aplicación, pero su texto se circunscribe a cláusulas sobre limitación y exoneración de responsabilidad contractual.

<sup>402</sup> vid. LANDO, O. Y BEALE, H. (dirs.), *Principles of European Contract Law. Parts 1 and II. Combined and Revised, Prepared by The Commission of European Contract Law*, Chairman: Professor Ole Lando, The Hague, 2000, p. 266.

<sup>403</sup> Algunos Estados europeos al trasponerla en su legislación interna han ampliado el ámbito subjetivo de la Directiva, o bien, ya poseían una legislación general con un ámbito subjetivo amplio sobre el tema que ya incluía relaciones entre empresarios por lo que no realizaron cambios de sus leyes en ese sentido, dichos Estados son: Alemania, Portugal, Austria, Hungría, Lituania, Eslovenia y Holanda. Sin embargo, este último posee un límite al control de condiciones generales: el adherente con más de 50 empleados no puede solicitar protección contra cláusulas abusivas. vid. SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, p. 335 y ss.

<sup>404</sup> La delimitación subjetiva en la legislación española de la prohibición de las cláusulas abusivas no era nueva ya que se encontraba incluida, con algunas diferencias respecto del actual TRLCU, desde 1984 en el texto primitivo de la LGDCU. Pero el no haber sido ampliado el ámbito subjetivo de aplicación al trasponer la directiva comunitaria, fue muy criticado por la doctrina. Vid. por todos, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1309. También fue criticado por la jurisprudencia, vid. SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501). La Directiva 93/13/CEE mantuvo el ámbito subjetivo de aplicación de la Directiva 93/13/CEE. Así también, la Academia de Iusprivatistas Europeos, en su Código Europeo de Contratos limita el ámbito de control de contenido a los consumidores (art. 30.5). Puede consultarse en: <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it/>.

<sup>405</sup> BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1085.



considerando 13 de la Directiva 2011/83/UE que *los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean «consumidores» en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas.* Es decir, el legislador comunitario resaltaba la oportunidad y competencia de cada Estado miembro de ampliar el ámbito subjetivo de las directivas que reformaba, la cual incluía a la Directiva 93/13/CEE. Sin embargo, al trasponer la Directiva 2011/83/UE mediante la Ley 3/2014, el legislador español optó por no modificar en ese sentido el ámbito subjetivo del TRLCU.

Como consecuencia de la incardinación del control de contenido en el TRLCU, el análisis se centrará principalmente en el ámbito subjetivo de aplicación de dicho cuerpo normativo. Es decir, se realizará principalmente un análisis de las figuras de *consumidor* y *usuario*, y por otro lado, el de *empresario*.

#### **4.2. Ámbito subjetivo del TRLCU.**

Se explicará únicamente el ámbito subjetivo contemplado en las disposiciones generales del TRLCU, ya que es el que contiene los conceptos generales de *consumidor* y *usuario*, y de *empresario* aplicables al apartado sobre control de contenido de cláusulas predispuestas. Esto debe tomarse en cuenta debido a que algunos cuerpos normativos tienen diferentes conceptos de ello, e incluso en el propio TRLCU existen conceptos de consumidor que difieren del determinado en sus disposiciones generales<sup>406</sup>. El art. 3 TRLCU lo deja entrever al indicar que el concepto de consumidor es *general* y que es *sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto*<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> La doctrina ha advertido que existen básicamente dos nociones de consumidor que se encuentran en las legislaciones: noción abstracta y noción concreta. Por todos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (coordinados por él mismo y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, 1987, p. 106 y ss. La primera de las nociones se asemeja a la calidad de ciudadano, puesto que es amplísima. Ésta incluye a *todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida* (p. 107), y sólo produce derechos a los ciudadanos en general, en su consideración como consumidores, derechos que no son ejercitables, en su interés particular, por ningún consumidor individualmente (p. 108). Esta noción abstracta puede encontrarse en aspectos del TRLCU como el de protección a la salud y seguridad (Libro I, Título I, Capítulo I), derecho a la información, educación y formación (libro I, título I, Capítulo IV) o el derecho de representación y consulta (libro I, título II, capítulo IV). En cambio las nociones concretas se centran *fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para usos privados* (p. 107), y que sirve dicha noción *para atribuir derechos a cada consumidor en concreto, que puede ejercitarlos individualmente* (p. 108). Una de estas nociones concretas es precisamente la del art. 3 TRLCU. Vid., también, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I. Ámbito de aplicación», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, pp. 61 y ss., y CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011, p. 112.

<sup>407</sup> El art. 128 correspondiente al libro III TRLCU prescribe que en dicho libro se protegen a los *perjudicados por daños y perjuicios causados por los bienes y los servicios*. Y el art. 151.1.g. correspondiente al libro IV

### 4.2.1. Consumidores.

En el presente apartado se analizará quiénes son considerados consumidores a la luz de los conceptos legales del TRLCU. Por lo que aclaramos que no se trata aquí de determinar si a la luz de las ideas expuestas sobre la problemática de condiciones generales hay sujetos que deberían ser tutelados ante este fenómeno, y que se encuentran excluidos del concepto general de consumidor, ya que ese tema lo hemos abordado anteriormente y hemos dejado claro que la problemática jurídica que generan las condiciones generales no se resume al Derecho de consumo<sup>408</sup>.

A raíz de la refundición legal que dio origen en 2007 al TRLCU, el legislador delegado modificó diversas disposiciones respecto de su texto original de la ley que refundió. Uno de dichos cambios fue la introducción del sustantivo “usuario” en la cláusula general sobre control de contenido de las cláusulas (art. 82.1). De esta manera ya no se hace referencia únicamente a *consumidores*<sup>409</sup>. Seguramente el legislador delegado deseó aclarar que los sujetos que reciban servicios de empresarios también se encuentran protegidos por la prohibición de cláusulas abusivas. Todo ello en consonancia con el ámbito subjetivo de aplicación general del TRLCU establecido en sus arts. 2 y 3<sup>410</sup>.

Sin embargo, no implica un avance sustancial ni una modificación real del ámbito de aplicación del control de contenido. Era entendido unánimemente por la jurisprudencia y doctrina, desde antes de la promulgación del TRLCU, que la mención de *consumidor* en el art. 10.bis.1 LGDCU incluía a los *usuarios*. En consecuencia, el legislador delegado no se ha excedido en las potestades que le fueron otorgadas.

Un aspecto relativamente negativo que cabría resaltar sobre este punto es la adición de la palabra: “y *usuario*” cada vez que se menciona *consumidor* a lo largo del TRLCU<sup>411</sup>. Esto no es novedoso, ya que la doctrina había advertido que la LGDCU realizaba la repetición constante e innecesaria del dicho binomio. Cuestión que continúa en el TRLCU, e incluso se acentúa en el capítulo de cláusulas abusivas<sup>412</sup>. Para evitarlo, habría bastado con

---

TRLCU define a consumidor, para efectos de dicho libro, como cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario de un viaje combinado.

<sup>408</sup> Por todos, MARTÍN PÉREZ, J. A., ««Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, pp. 316 y ss., critica que el legislador haya optado por limitar la aplicación del control de contenido a relaciones entre consumidor y empresario. Señala que también se encuentra doctrinalmente justificado extender el control a las relaciones jurídicas entre empresarios y enumera diversas razones para concluir en esa idea.

<sup>409</sup> El art. 10.bis LGDCU señalaba: (...) *en perjuicio del consumidor* (...). En cambio ahora el art. 82.1 TRLCU prescribe *en perjuicio del consumidor y usuario*.

<sup>410</sup> El art. 1.2 y 1.3 LGDCU también mencionaba a los consumidores y usuarios para establecer su concepto legal, a diferencia del art. 10.bis LGDCU que sólo mencionaba a los consumidores. Probablemente, esta aparente discordancia motivó al legislador delegado para mencionar a los usuarios en el art. 82.1 TRLCU y en todo el régimen legal de cláusulas abusivas.

<sup>411</sup> En algunos casos es “o *usuario*”.

<sup>412</sup> Ahora el catálogo de cláusulas abusivas específicas posee la mención de consumidores y usuarios en sus supuestos, lo cual no sucedía antes de la refundición legal.

especificar que los usuarios o los prestatarios de servicios se entienden incluidos en el concepto general de consumidor<sup>413</sup>.

En la legislación española, previo a la refundición de leyes protectoras de consumo, la clave para definir legalmente quiénes eran consumidor se centraba principalmente en la expresión *destinatario final*<sup>414</sup>. Era consumidor quien adquiriría los productos y servicios como destinatario final. Esta concepción era reproducida tanto en el art. 1.2 LGDCU como en el art. 1.3. LGDCU, conformando ambos apartados el concepto legal de *consumidor*<sup>415</sup>. En consecuencia, si un sujeto no era destinatario final del producto o servicio objeto del contrato, se trataba de un empresario.

Con la creación del TRLCU, se modificó la redacción de la disposición legal que conceptualiza al consumidor<sup>416</sup>. Posteriormente, la Ley 3/2014 modificó el concepto general de consumidor del TRLCU de manera que en la actualidad la expresión clave del concepto es que las personas *actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*. Con ello, la legislación española se aproxima al concepto contemplado en la mayoría de directivas comunitarias protectoras de los consumidores, incluida la Directiva 93/13/CEE<sup>417</sup>.

---

<sup>413</sup> Vid. en este sentido, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007...», *op. cit.*, p. 5, quien lamenta que se continuara utilizando en el TRLCU el *bimembre concepto legal «consumidor y usuario»* en vez de simplemente emplear *consumidor*. Agrega que *el léxico jurídico español no padecería mucho, creo yo, por aceptar que es también consumidor el prestatario de un servicio (...)*. También, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 129, señala que *quizás hubiera sido deseable no emplear el tenaz sintagma «consumidor y/o usuario» a lo largo de todo el articulado, sino, una vez definidos ambos vocablos con una sola definición*.

<sup>414</sup> Expresión incluida utilizada por el legislador español que fue objeto de diversas críticas por parte de la doctrina. Al respecto, vid. por todos, PAGADOR LOPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, pp. 161 y ss.

<sup>415</sup> **CAPÍTULO I. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES. Artículo Primero.** (...) 2. *A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 3. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.*

<sup>416</sup> El concepto de consumidor que se adoptó en el TRLCU era el siguiente: *Artículo 3 TRLCU. Concepto general de consumidor y de usuario. A efectos de esta Norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. El legislador delegado afirmó que con la inclusión de la lista de conceptos del ámbito de aplicación del TRLCU se asegura *una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando las lagunas que había identificado la doctrina* (párrafo II.2 Exposición de Motivos TRLCU).

<sup>417</sup> Precisamente el acercamiento de la terminología de la legislación española a la comunitaria era uno de los objetivos que le encomendó al legislador delegado para la creación del TRLCU, tal como se señala en los párrafos III.1 y III.2 de su Exposición de Motivos. Pero fue con la reforma del Ley 3/2014 que se acercó aun más el concepto general de consumidor respecto del contemplado en la normativa comunitaria, ya que con ella ahora el art. 3 TRLCU contiene el elemento volitivo que la normativa comunitaria poseía y de la cual el texto original del TRLCU carecía: el propósito del sujeto tutelado. Así, el art. 2 lit. b) Directiva 93/13/CEE prescribe que consumidor es *toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*. (El resaltado es nuestro). En igual sentido el art.

Los arts. 2, 3 y 4 TRLCU definen el ámbito subjetivo de aplicación del régimen legal de las condiciones generales de los contratos con consumidores contemplado en los arts. 80 y siguientes del mismo cuerpo normativo. No obstante, el aseverar que el criterio del TRLCU es subjetivo no es del todo cierto, puesto que no se es consumidor de profesión, ni es un estatus o cualidad que posee cierto tipo de personas. Las personas en su vida diaria realizan algunos actos con los que se le puede atribuir la calidad de consumidor cuando realizan unos específicos actos<sup>418</sup>. Se es consumidor cuando se realiza un cierto tipo de acto, éste es el acto de consumo<sup>419</sup>. Por tanto, si se observa más detenidamente, cuando los

---

2.1) Directiva 2011/83/UE menciona *propósito*. Tal como lo señala PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 204, lo importante para determinar si es un acto de consumo es analizar *para qué* se realiza esa operación. Si es para ámbito empresarial o no. En igual sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9, 2013, pp. 10 y 11, disponible en: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (consulta: 03/05/2014), señala que independientemente la ley hable de un aspecto subjetivo como lo es el *propósito*, lo importante es que el concepto utiliza el termino *actuar*, el cual es un criterio objetivo, *que se aproxima al “acto de consumo”, según el cual lo decisivo no es el propósito o finalidad perseguida por el acreditado, que le llevó a la obtención de ese crédito, sino el destino efectivamente dado al bien o servicio recibido.*

<sup>418</sup> Al mencionar el art. 3 TRLCU que son consumidores (...) *las personas físicas que actúan con un propósito ajeno (...), y (...) las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro (...)* está reconociendo esta idea. La persona *actúa* como consumidor cuando realiza los supuestos que la misma norma describe. La doctrina así ha entendido la idea de consumidor. En este sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 156, asegura que *consumidor es un rol social, en cuanto que nadie es consumidor, sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos de su vida como consumidor*. También, BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 77, señala que *consumidor no se es sino que actúa como tal; es decir, se es consumidor en tanto en cuanto se verifican actos de consumo*. Ser consumir *no es una cualidad intrínseca del individuo, sino una función que ejerce en determinados momentos*. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 106, sostiene que ha adquirido el rango de tópico en la doctrina que *no se es consumidor siempre (no es un status permanente), aunque todo el mundo pueda actuar como tal en múltiples ocasiones, con independencia de su profesión*. La jurisprudencia reconoce esto, por ejemplo en la STJCE 3 julio 1997 (TJCE 1997/142), el tribunal establece que para examinar si se aplican normas protectoras de consumidoras al caso bajo estudio, advierte que no debe atenderse a la *situación subjetiva de la persona*, sino que debe tomarse en cuenta *la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y la finalidad de éste*. En consecuencia, citando al Abogado General, afirma que *una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras* (apartado 16). En la jurisprudencia española encontramos a la SAP Alicante 22 marzo 2011 (AC 2011/452), en la que el tribunal asevera que el consumidor no es un *status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusiva a esa actuación*. También la SAP Madrid 15 abril 2004 (JUR 2004/247894) y la SAP Madrid 3 mayo 2007 (AC 2007/898), reconocen ello, al señalar que *no se pierde o se carece de cualidad de consumidor por la actividad que uno pueda desarrollar en su hacer ordinario, sino que es la función que ejerce en cada momento, y no la cualidad del individuo, la que determina quién es consumidor*. Por lo que, los empresarios y profesionales *son consumidores cuando actúan como tales al margen de su actividad profesional*, y así resulta que *se dice que no es que se sea consumidor, sino que se actúa como tal* (el resaltado es nuestro).

<sup>419</sup> Debido a esto, la utilización del *acto de consumo* goza de cierta aceptación por parte de la doctrina como criterio determinante para la delimitación del ámbito de aplicación. De esta manera, refiriéndose al texto de la LGDCU, BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 40, sostiene que se someten al control de contenido los contratos que impliquen la realización de un acto de consumo, y lo que *identifica a los consumidores, por encima de todo, es la realización de actos de consumo* (p. 74); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación...», *op. cit.*, p. 117, sostiene que utilizar el criterio de *acto de consumo* para definir el ámbito de aplicación de la ley es el más acertado desde un punto

cuerpos normativos hablan de *consumidor*, siempre se estará involucrado el criterio objetivo del *acto de consumo* que le da el atributo de *consumidor* al sujeto que lo realiza<sup>420</sup>.

### Concepto general de consumidor.

Para comprender qué es el acto de consumo debe de partirse del aspecto económico que ello entraña, ya que a partir de él nace su identificación y conceptualización legal<sup>421</sup>. De esta manera ALFARO AGUILA-REAL lo explica a partir de dos figuras: acto capitalista y acto patrimonial<sup>422</sup>. El primero de ellos *supone, en su fase inicial, la adquisición de valores de uso con valores de cambio con la finalidad de reintroducir los primeros en el mercado y recuperar —aumentados— los valores de cambio invertidos. En la segunda fase, el acto capitalista supone entregar valores de uso (los adquiridos en la primera fase para su reintroducción en el mercado) a cambio de valores de cambio. El acto patrimonial, por el contrario, supone entregar valores de cambio para adquirir valores de uso*<sup>423</sup>. Será entonces consumidor en sentido económico cuando éste realiza un acto patrimonial, y a la vez, supone para la contraparte la culminación del acto capitalista<sup>424</sup>.

En este punto la mercancía llega a una instancia que constituye el destino final del proceso de circulación económica, en el cuál ésta ya no es transformada, sino que únicamente es *utilizada o consumida*<sup>425</sup>. La mercancía no es utilizada para la creación de nuevos valores de cambio, sino que sirve únicamente para la satisfacción de necesidades individuales y colectivas<sup>426</sup>. Este es el acto de consumo, y el sujeto que realiza este acto adquiriendo la mercancía, ya sean bienes o servicios, es el consumidor.

Comprendiendo lo anterior, se puede asegurar en un sentido positivo que consumidor es toda persona que adquiere un bien o servicio con la finalidad de utilizarlo en su ámbito personal, familiar o doméstico. El sujeto extrae del mercado los bienes y servicios al

---

de vista lógico, aunque insuficiente para englobar a los consumidores potenciales o materiales y además es más complicado desde el punto de vista jurídico-práctico; así también, BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», en *Ley general de los consumidores y usuarios* (dirigido por Llamas Pombo, E.), Madrid, 2005, p. 67, considera que es el criterio menos incompleto o el que causa menos problemas al intérprete. También se menciona al acto de consumo para aplicar la normativa en la jurisprudencia. Vid., a manera de ejemplo, SAP Madrid 3 mayo de 2007 (AC 2007/898); SAP Madrid 15 abril 2004 (JUR 2004/247894).

<sup>420</sup> Al respecto, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1393, considera que es en realidad un criterio *funcional* y no *subjetivo*, en cuanto se es consumidor cuando una persona *actúa como* tal de conformidad al TRLCU.

<sup>421</sup> Como sostiene, BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 72, *el concepto de consumidor no es oriundo del Derecho sino que procede de la Ciencia económica.*

<sup>422</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 156 y 157. Idea que también es expresada por PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 160.

<sup>423</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 156.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>425</sup> REICH, N., *Mercado y Derecho*, tr. esp., Barcelona, 1985, pp. 158.

<sup>426</sup> *Ibid.*, pp. 158.

adquirirlos, ya que no lo hace con el fin de utilizarlos en un proceso de producción, transformación, comercialización, o prestación a terceros<sup>427</sup>. Los bienes o servicios adquiridos tienen como destino satisfacer necesidades personales del adquirente, por lo que su adquisición es ajena a una actividad empresarial o profesional.

El consumidor es un adquirente que se encuentra en el último eslabón del sistema de producción y circulación de mercancía al sustraer del mercado los bienes y servicios sin reincorporarlos al mercado<sup>428</sup>. Mediante esa adquisición, el sujeto se encuentra en el punto final del proceso de intercambio económico<sup>429</sup>. Se encuentra en el último tramo del eje constituido, de manera simplificada, por la producción, distribución y el consumo, y debido a ello se le considera un destinatario final de los bienes y servicios<sup>430</sup>. Utiliza los bienes o servicios adquiridos para su uso privado o personal, no comercial o empresarial. Le pone fin a la vida económica del bien o servicio al concluir su circuito económico<sup>431</sup>. En definitiva, éste sujeto realiza un acto de consumo<sup>432</sup>.

Explicando la misma idea pero en sentido negativo, se puede decir que no es consumidor quien adquiere bienes y servicios con el fin de utilizarlos en un *proceso de producción, transformación, comercialización, o prestación a terceros orientado al mercado*, debido a que el sujeto estaría reintroduciendo los bienes o servicios en el mercado. Mediante esta adquisición no está poniendo fin al proceso de intercambio económico, sino incorporándolo a uno<sup>433</sup>. Está continuando el circuito económico de los bienes o servicios, integrándolo en procesos de fabricación, producción, distribución o prestación<sup>434</sup>. Con ello se satisfacen necesidades empresariales o profesionales. Es decir, no realiza un acto de consumo<sup>435</sup>. No es consumidor quien realiza dicho acto. Está adquiriendo con la intención de realizar una actividad empresarial o profesional.

---

<sup>427</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 157.

<sup>428</sup> En igual sentido, BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 74, sostiene que el consumidor es la «estación término» de los productos y servicios, su final natural.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>430</sup> STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G. A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, 1985, p. 39.

<sup>431</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>432</sup> En palabras de BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 40, un acto de consumo, es el *acto por el cual determinado producto o servicio «sale del mercado» y ya no vuelve a ser reintegrado en el mismo, ni en su estado presente ni de manera transformada, por ningún sujeto*. También, BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, p. 71, se pretende proteger a quien en última instancia consume el bien o servicio de que se trate; no, en cambio, a quien interviene en la cadena de producción, distribución o comercialización de bienes o servicios.

<sup>433</sup> Vid. la STS 18 junio 1999 (RJ 1999/4478) en la que se declaró que la sociedad de transformación agraria adquirente de herbicidas no es consumidor, debido a que lo hizo *con el fin de integrarlos en el favorecimiento (por aniquilación de las matas parasitarias) del proceso productivo de las lentejas y luego en su posterior comercialización cara a los terceros adquirentes*.

<sup>434</sup> STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G. A., *Contratos por adhesión...*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>435</sup> Podemos encontrar alguna jurisprudencia que sigue esta idea al analizar si se encuentra la presencia de un acto de consumo para la aplicación de la normativa. Así, en la SAP Madrid 15 abril 2004 (JUR 2004/247894) y la SAP Madrid 3 mayo 2007 (AC 2007/898) señalan: el actor (...) *carece de la cualidad de*

Ahora bien, desde su promulgación en 1984, la LGDCU en su concepto general enfatizaba el aspecto de que el consumidor es el *destinatario final* (art. 1.2 LGDCU)<sup>436</sup>. La doctrina y jurisprudencia había determinado que este concepto debía ser analizado en relación al mercado<sup>437</sup>. Con ello era palpable que el legislador tenía en mente que consumidor es quien adquiere el bien o servicio para extraerlo del mercado sin el propósito de reintegrarlo en un proceso empresarial. Aseveración que era confirmada por el art. 1.3 LGDCU al definirse al consumidor con una construcción conceptual negativa señalando que no es consumidor el que adquiere bienes y servicios *con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*. Interpretando *a contrario sensu* esta disposición, significaría que es consumidor quien adquiere sin el propósito de integrarlos en esos procesos productivos. Por ello, la doctrina llegó a aseverar que el art. 1.2 y art. 1.3 LGDCU eran caras de una misma moneda<sup>438</sup>. Ambas definían bajo la misma idea, pero con distintas expresiones, al consumidor. Ambas utilizaban la noción del acto de consumo. Claramente el legislador pretendía tutelar sólo a los sujetos que

---

*consumidor, al no realizar con la firma de aquél un acto de consumo en tanto que no es destinatario final de producto o servicio ajeno alguno adquirido en base al contrato por él suscrito*. Por lo que el tribunal no aplica el control de contenido a las cláusulas de dicho contrato.

<sup>436</sup> No sólo en el ordenamiento español se utilizaba la noción de *destinatario final* para el concepto de consumidor en detrimento de lo dispuesto en las directivas comunitarias. En Hungría, Grecia y Luxemburgo también se ha hecho conforme a lo señalado en el SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, pp. 677 y 678.

<sup>437</sup> Vid. TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I. Ámbito de aplicación», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 69, quien señala que no existen diferencias prácticas en las expresiones; BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, pp. 69 y 70; PAGADOR LOPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 163. En efecto, si se aplicaba de manera literal y sin ningún criterio de mercado la expresión *destinatario final* nos habría llevado al absurdo de conclusiones como la de la SAP Madrid 26 abril 2004 (AC 2004/1201) que consideró consumidor a la persona física que adquirió de una sociedad mercantil un ordenador para realizar trabajos de traducción, aparentemente como una actividad empresarial aunque no lo menciona expresamente la sentencia. El argumento erróneo del tribunal para llegar a esa resolución fue que la adquirente no tuvo la intención de revender ni transformar el ordenador o uno de sus componentes. En consecuencia, es destinatario final. Creemos entender que, como criterio para determinar si es destinatario final la adquirente, el tribunal creyó fundamental determinar si mantuvo o no la posesión o propiedad del ordenador. Otro argumento absurdo fue el de la SAP Madrid 16 marzo 2005 (JUR 2005/107840) en cuanto calificaba como consumidor a la sociedad mercantil que suscribe contrato promocional de terminales de telefonía móvil con otra sociedad mercantil por ser destinataria final del servicio de la línea móvil, pese a que lo adquirió y así se plasmó en el contrato bajo la calidad de “Empresa”. Deja entrever que es destinataria final recibiendo un beneficio que no implica su integración a procesos de producción, sino que obtiene una conveniencia o utilitarismo propio a modo de ventaja, del que el usuario se aprovecha en su interés (!).

<sup>438</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 158, señala que *son dos caras de una misma moneda y, por tanto, recíprocamente excluyentes* (p. 169). Según BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 73, combinando ambas perspectivas negativa y positiva, se extrae que consumidor es *la persona física o jurídica que se adquirente o destinatario de un producto o servicio final, en relaciones que no queden inmersas dentro de un proceso productivo*. En sentido similar, BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, p. 71. En todo caso, consideramos que con esta interpretación se descartó cualquier idea que podía considerar que el art. 1.2 LGDCU contenía el concepto de consumidor, y que el art. 1.3 LGDCU únicamente regulaba sus excepciones.

adquirían para destinar bienes y servicios ajenos al mercado, es decir, destinados a un ámbito ajeno a actividades empresariales o profesionales<sup>439</sup>.

Esta interpretación conforme al mercado de la expresión *destinatario final* llevó a la mayor parte de la jurisprudencia a aplicar bajo una perspectiva correcta la normativa. Así por ejemplo, en la SAP Madrid 8 febrero 2010 (AC 2010/829) el tribunal rechaza calificar a una sociedad inmobiliaria como consumidor en el contrato de compraventa de un apartamento turístico destinado como vivienda de sus únicos dos accionistas, a fin de que la utilizaran para solaz y descanso en temporadas vacacionales. Bajo la perspectiva literal de *destinatario final* habría dado como resultado que la sociedad era consumidora, pero atinadamente el tribunal advirtió que la adquisición fue realizada dentro de su actividad empresarial mercantil<sup>440</sup>. También la SAP Valencia 22 diciembre 2005 (JUR 2006/101217) en la que una entidad mercantil pretendía ser considerada consumidora por constituir *destinatario final* al haber tenido como objetivo que una terminal de telefonía fuera obsequiada a la cónyuge de su representante legal, y por ende nunca se incorporó el bien en procesos productivos. Sin embargo, el tribunal rechazó dicho argumento bajo la idea que actuó en un marco empresarial según el contrato suscrito.

Desde un principio la Directiva 93/13/CEE estableció que su ámbito subjetivo giraría en torno al concepto de consumidor, entendido éste como la persona que *actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*. Pese a la diferencia de expresiones entre el

---

<sup>439</sup> Así, uno de los autores que mejor explican ello es PAGADOR LÓPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 160, quien señala que *la exigencia de que el consumidor y usuario en sentido legal se erija en destinatario final de los bienes y servicios adquiridos expresa el mandato legal de que tales bienes o servicios se destinen exclusiva o principalmente a la satisfacción de necesidades particulares, en cuanto ajenas al desarrollo de una actividad empresarial o profesional en el mercado. Y agrega que en consecuencia, los párrafos 2º y 3º del art. 1 LGDCU expresaban la siguiente idea: se consideran consumidores y usuario en sentido legal las personas físicas que mediante una operación económica de cambio, desarrollada en el mercado y conforme a las leyes de éste, adquieren de un operador económico profesional que actúa como tal, viene o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares, particulares o domésticas o, en suma, ajenas al desarrollo profesional de una actividad económica de mercado (p. 165).*

<sup>440</sup> El tribunal la llega a considerar una operación societaria en la que el bien se incorporó al patrimonio de la sociedad, acarreado las consecuencias fiscales, contrales y registrales que ello conlleva para la entidad mercantil. En sentido contrario, la SAP Navarra 12 diciembre 2011 (JUR 2012/85918) califica como consumidor a la sociedad mercantil, cuyo objeto social incluye actividades inmobiliarias, en el contrato de compraventa en el que adquiere inmueble para el disfrute de su administrador único y familia bajo el argumento que no tenía como finalidad su incorporación al tráfico mercantil. En un caso similar en el Reino Unido se dictó una de las sentencias más trascendentales y influyentes en su momento sobre el tema, esta es la *R&B Customs Brokers Company Ltd v United Dominions Trust Ltd* [1987] EWCA Civ 3, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1987/3.html> (consulta: 03/05/2014), en la que se analizó si era consumidor una compañía mercantil que adquirió un vehículo al crédito para uso y disfrute personal y privado de sus únicos dos accionistas y administradores (que son cónyuges). El quid del caso se trataba en determinar si cumplía con uno de los requisitos para ser considerado consumidor, específicamente si la compañía no había realizado el contrato *in the course of a business* (en una traducción liberal podría interpretarse como *en el marco de la actividad de una empresa*) en aplicación de la section 12 de la Sale of Goods Act de 1977. El tribunal estimó que sí era consumidor, debido a que el contrato no era dirigido integralmente a las actividades empresariales ni forma parte de sus actividades empresariales regulares. La compañía había celebrado antes solo dos o tres contratos de adquisición de vehículos al crédito por lo que era una operación incidental, su giro social no era ese, y el destino del bien era para el transporte personal de los socios a su lugar de trabajo.



concepto de la Directiva 93/13/CEE y la LGDCU, el legislador español no modificó el concepto general de consumidor del LGDCU al trasponer dicha normativa comunitaria. De hecho, la doctrina y jurisprudencia consideraron a la expresión *destinatario final* (de la LGDCU) y a la expresión *actuar en un ámbito ajeno a actividad empresarial o profesional* (de la Directiva 93/13/CEE) como coincidentes al corresponder a una misma noción de consumidor<sup>441</sup>. Por ende, el legislador español no vulneró la Directiva 93/13/CEE al mantener el concepto general de consumidor que existía en la LGDCU<sup>442</sup>. Ambos conceptos definían bajo una misma idea, pero diferentes expresiones, al consumidor<sup>443</sup>.

Ejemplo de esta equiparación jurisprudencial de esas expresiones es la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121), en la que se afirmó que son *destinatarios*

---

<sup>441</sup> Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «El concepto de consumidor», en *Hacia un Código de Consumidor* (dirigido por Azparren Lucas, A.), Madrid, 2006, p.32, quien señala que *en los dos se trata de delimitar con criterios convergentes lo que es consumidor en sentido estricto*, aunque reconoce el autor que las expresiones utilizadas por el legislador comunitario *es más sencillo a los efectos de su aplicación práctica*; *Id.*, «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, p. 32; MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p 155, señala que la LGDCU no contraría al art. 2.b) Directiva 93/13/CEE, en cuanto que el art. 1.2 LGDCU *admite una lectura absolutamente conforme con la literalidad de la norma comunitaria*. Respecto a la jurisprudencia, podemos encontrar a la SAP Madrid 3 mayo 2007 (AC 2007/898), en la que se afirmó que consumidor conforme a la LGDCU es quien *resulte destinatario final de los productos o servicios ajenos que adquiere, utiliza o disfruta. Esto es, al que se sirve de tales prestaciones en un ámbito, familiar, o doméstico* (el resaltado es nuestro). Lo que es lo mismo que servirse de las prestaciones en un ámbito no empresarial o profesional. No obstante, no toda la doctrina estuvo conforme del todo con esta idea. Algunos consideraron que si bien son expresiones convergentes, hay casos en los que no coincidían. Así, un sujeto puede adquirir con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional, pero sin ser destinatario final de los bienes o servicios. Sin duda esta idea era alimentada por el apartado 9º de la Exposición de Motivos de la LCGC que dejaba entrever discrepancias entre las expresiones: *De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*. En este sentido, HERRE, J., HONDIUS, E., y ALPA, G., «The notions of consumer and professional and some related questions (From the Task Force on Consumers and Professionals)», en *Study Group on a European Civil Code*, p. 4, disponible en: [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm) (consulta: 03/05/2014), sostienen que (i) *n most cases both ways of describing the purpose will lead to the same result*. Agregan que sin embargo, *in some cases the different descriptions will lead to different results*. También, BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, pp. 77 y 78, quien advierte que la intención de equiparar completamente ambas expresiones se logra mediante una fuerte labor interpretativa e insinúa que no es apegada al texto de la ley.

<sup>442</sup> Lo mismo puede decirse de las demás directivas comunitarias traspuestas en dicho cuerpo normativo nacional.

<sup>443</sup> Cuando se realizó la refundición de normativa que tuvo como resultado la promulgación de la TRLCU, el legislador delegado al establecer el concepto general de consumidor no utilizó la expresión *destinatario final* ni empleó la expresión *con el fin de (no) integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*. Abandonó el uso de las expresiones de la LGDCU para así introducir un concepto mucho más próximo a la Directiva 93/13/CEE. De manera que el TRLCU señaló en su art. 3 que son consumidores quienes *actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*. Pese a la diferencia entre las expresiones, claramente se refieren a una misma noción de consumidor. De hecho, el legislador delegado consideraba equiparables ambas expresiones, tal como se infiere del apartado III.3 de la exposición de motivos del TRLCU, la cual expresamente señala que es consumidor quien *actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros* (el resaltado es nuestro). Con la expresión, *esto es* está aclarando el legislador delegado que actuar en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional es lo mismo que ser destinatario final

*finales aquellas personas físicas o jurídicas que adquieren los bienes o servicios sin volver a reintroducirlos en el mercado (...), agregando que esta noción legal de consumidor hay que interpretarla y conectarla con las directivas comunitarias de protección a los consumidores (...) de modo que la noción de consumidores nos sitúa, en general ante una persona física o jurídica que actúa con fines ajenos a su actividad profesional. Y reitera más adelante en la misma sentencia que consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta como destinatario final, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden; en suma que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*

Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, derogó la LGDCU a fin de refundirla en el TRLCU. En éste nuevo cuerpo normativo se incluye un nuevo concepto de consumidor más próximo en su redacción a las directivas comunitarias protectoras de los consumidores, incluida la Directiva 93/13/CEE. A partir de entonces se definió a los consumidores como las personas que *actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* (art. 3 TRLCU)<sup>444</sup>. Por último, mediante la Ley 3/2014 se reforma el concepto general de consumidor contemplado en el art. 3 TRLCU a fin de apegarlo a la redacción del art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE. No obstante la reforma legal, la nueva redacción es muy similar a la que tenía originalmente el art. 3 TRLCU al prescribir que son consumidores quienes *actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*.

Como hemos explicado, desde el punto de vista doctrinal, el acto de consumo se refiere a la adquisición de un producto o servicio sin el objetivo de integrarlo en un proceso productivo. Es decir, que se adquiere para satisfacer una necesidad personal o privada, y no para una actividad empresarial. Con la actual redacción se aprecia con mayor claridad que

---

<sup>444</sup> Si bien la expresión utilizada para definir al consumidor cambió, la noción de consumidor no lo hizo. Siempre el concepto obedece al sujeto que realiza el acto de consumo en los términos que hemos expuesto *supra*. De hecho, la jurisprudencia española continuó utilizando las expresiones *destinatario final, destino doméstico, familiar o personal, destinar a procesos de producción y comercialización, actividad empresarial o profesional*, y demás expresiones que hemos señalado que ayudan a definir al consumidor y diferenciarlo del empresario, pese a que el TRLCU sólo habla de actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial. Es decir, la jurisprudencia las reconocía como descriptivas de un mismo sujeto. Vid. por todas, SAP Badajoz 3 octubre 2011 (AC 2011/2219). Es por ello que el legislador delegado no incurrió en ninguna extralimitación en sus potestades. La nueva redacción mantuvo la misma idea conceptual (pese a la utilización de una expresión distinta) que tenía la LGDCU refundida y además se lograba mayor claridad por la semejanza con la Directiva 93/13/CEE. Es por ello que CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 119, deja entrever que si no fueran coincidentes el concepto de consumidor de la LGDCU y el del TRLCU, acarrearía la nulidad del art. 3 TRLCU por haberse excedido el legislador delegado en los límites de la refundición. Por otro lado, TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I. Ámbito de aplicación», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 69, aún reconociendo la coincidencia prácticas de las expresiones, manifiesta su agrado al prescindirse en el TRLCU de la expresión *destinatario final* en el concepto legal de consumidor, ya que con ello deja de alimentarse el debate de la diferencia práctica de las expresiones.

el concepto legal de consumidor se relaciona con ese acto de consumo que hemos desarrollado.

### **Personas jurídicas consumidoras.**

La Directiva 93/13/CEE (y la Directiva 2011/83/UE) considera consumidores únicamente a las personas físicas. En cambio el art. 3 TRLCU considera consumidores a las personas físicas (párrafo 1º) y además a algunas personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro (párrafo 2º)<sup>445</sup>. La ampliación del ámbito subjetivo a personas jurídicas no es novedosa en la normativa española. Desde la LGDCU 1984 se incluían a las personas jurídicas sin referencia alguna a si debían ser con o sin fines de lucro. Sin embargo, mediante la Ley 3/2014 se reformó el concepto general de consumidor del TRLCU en el sentido que únicamente cuando fuesen sin fines de lucro podrán ser consideradas como tal.

Si bien parecería que con la reforma del TRLCU se ha reducido considerablemente su ámbito de aplicación por excluir a personas jurídicas con fines de lucro, esto no es así. Antes de la reforma, la doctrina había indicado que las personas jurídicas debían reunir los mismos requisitos que se le exige a las personas físicas para ser calificadas como consumidores, es decir, debían adquirir bienes o servicios con el fin de destinarlos a su ámbito personal, o lo que es lo mismo, ser los destinatarios finales de los bienes o servicios que adquieren<sup>446</sup>.

---

<sup>445</sup> El propio legislador delegado señala en el apartado III.2 TRLCU que *el concepto de consumidor y usuario se adapta a la terminología comunitaria, pero respeta las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las «personas jurídicas»*. Las razones del legislador comunitario para excluirlas, según ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 17, 1993, p. 48, obedece a que se *considera que dispone de mayores recursos, al estar mejor dotadas económicamente algo más fuerte – al menos que el consumidor medio*. Refiriéndose a la Directiva 93/13/CEE, el autor agrega que la persona jurídica se encuentra en una situación más equitativa, *lo que al menos teóricamente les permite defenderse por sí mismas de las posibles cláusulas abusivas que pudieran figurar en el contrato*. De hecho, estas razones han sido motivo para que algunos autores criticaran esta ampliación y propusieran la exclusión de las personas jurídicas en la legislación española. Entre estos autores, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 159. No obstante, en mayor o menor medida en ordenamientos jurídicos de Estados miembros de la Unión Europea han ampliado igualmente la aplicación de sus normas de Derecho de consumo a personas jurídicas. De conformidad a SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, pp. 681 y 682, algunos de éstos Estados miembros son Austria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Francia, Grecia, Hungría, Eslovaquia, y Francia. En este sentido la BEUC, recomendó la ampliación del ámbito subjetivo de la Directiva 93/13/CE en el sentido de incluir explícitamente a las personas jurídicas en la noción de consumidor. *BEUC comments on the Commission's report on the implementation of the 93/13/EEC directive on unfair contract terms*, Bruselas, 2000, disponible en: <http://www.beuc.org>.

<sup>446</sup> En ese sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, p. 41, sostiene que para ser consumidora *será necesario que se trate de una persona jurídica que no tenga por objeto o que no realice de hecho una actividad de producción o de comercialización de bienes o servicios para el mercado*.

Con ello se excluían de ser consideradas como consumidores a las personas jurídicas con fines de lucro<sup>447</sup>. Éstas tienen una clara finalidad consistente en actividades económicas dirigidas al mercado. Sus adquisiciones siempre tienen como objetivo integrarlas a sus procesos productivos. Todas sus actividades son con el objeto de explotar su giro y obtener utilidades. En este sentido, la SAP Alicante 22 marzo 2011 (AC 2011/452) afirmó que la consideración primera de las adquisiciones efectuadas por una entidad mercantil *tienen por objeto cumplir con los fines objeto del objeto social, de forma directa o indirecta, y no fines ajenos al mismo pues el objeto social constituye para una entidad mercantil de capital, la expresión legal de su actividad*<sup>448</sup>. En consecuencia, la doctrina y jurisprudencia interpretaban el concepto general de consumidor contemplado en la LGDU y en el TRLCU anterior a la reforma de la Ley 3/2014 de manera que las personas jurídicas con fines de lucro no podían ser consideradas consumidoras<sup>449</sup>.

En base a la nueva redacción del art. 3 párrafo 2º TRLCU, pueden ser consideradas como personas jurídicas las asociaciones, siempre y cuando no sean de empresarios o profesionales<sup>450</sup>. Es importante destacar que las fundaciones no podrían ser calificadas como consumidoras debido a que, si bien son personas jurídicas sin fines de lucro, no realizan sus actividades *en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*, el cual es el aspecto definitorio de la calidad de consumidor. De conformidad al art. 24.1 de

---

<sup>447</sup> Antes de la reforma de la Ley 3/2014 habido sido usual entre la doctrina indicar que la ausencia de ánimo de lucro es lo que convierte a una persona jurídica en consumidora. Por ello, varios autores habían señalado a las asociaciones y fundaciones como personas jurídicas consumidoras. Así encontramos que reproducen esta idea analizándolo a la luz del TRLCU: FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 68 (Para ser consideradas consumidoras deben de tratarse de personas jurídicas que *sin ánimo de lucro, transmitan a título gratuito los bienes y servicios adquiridos*); BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1077; y analizándolo a la luz de la LGDCU, se encuentran: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 159; BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, p. 77; BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, pp. 76 y 77; MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 159; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, 41.

<sup>448</sup> Vid. También, la SAP Barcelona 16 febrero 2012 (AC 2012/376) así lo ha dejado entrever al aseverar que el hecho de ser una sociedad limitada su estructura es siempre mercantil, por lo que desarrolla actividades empresariales, y, en el particular caso del sujeto analizado, la gestión financiera de su patrimonio es puramente profesional. Por lo que rechaza su calificación de consumidor. En sentido aparentemente distinto, la SAP Barcelona 19 diciembre 2011 (AC 2012/251) descarta *por contraria al texto de la ley la tesis extrema, sostenida por algún sector doctrinal, conforme a la cual en ningún caso deberían ser consideradas consumidoras las personas jurídicas de tipo societario* por ende la rechaza el tribunal. Pero al profundizar el tribunal en su análisis, reconoce que es difícil que una persona jurídica desarrolle actividades *ajenas a su ámbito propio de actividad determinado legal y/o estatutariamente, máxime si se trata de una sociedad mercantil de capital o personalista*. Por lo que finalmente reconoce la tesis que critica, y rechaza la calidad de consumidor a la sociedad bajo estudio.

<sup>449</sup> Sin embargo, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, pp. 166 y 167, asegura que el ánimo de lucro no debería elemento definitorio del consumidor ni del empresario. Por lo que no debería ser útil para diferencias a ambos sujetos. Lo importante debería ser determinar si se realiza una actividad económica dirigida al mercado o no.

<sup>450</sup> Así, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007...», *op. cit.*, p. 5, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es). También, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 14, y, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 133, quien ejemplifica como asociaciones que pueden ser consideradas como consumidoras a: las asociaciones de vecinos, de carácter festivo, de actividades de ocio, entidades humanitarias de base asociativa, etc.

la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, éstas realizan actividades económicas dirigidas al mercado<sup>451</sup>. Así como poseen los rasgos característicos de organización, permanencia y habitualidad de un empresario de conformidad el art. 2 de la misma ley. Por ende, no pueden ser consideradas consumidoras<sup>452</sup>.

Otro aspecto relevante y novedoso de la nueva redacción del art. 3 párrafo 2º TRLCU es que también pueden ser consideradas consumidoras las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional<sup>453</sup>. Ahora bien, la jurisprudencia ya reconocía la calidad de consumidoras a estas entidades. Ejemplo de ello es la abundante jurisprudencia en las que han sido considerados consumidoras las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal en juicios en los que se impugnaron por abusivas diversas cláusulas incorporadas a contratos de mantenimiento de ascensores<sup>454</sup>. Sin duda estas comunidades de propietarios actúan sin fines de lucro y en un ámbito ajeno a actividad empresarial, en consecuencia es razonable que sean protegidos como consumidores. Por lo que en la práctica no supone una ampliación del ámbito subjetivo, aunque es positivo que se incluyan expresamente en el concepto general de consumidor del art. 3 TRLCU a fin de brindar claridad y seguridad en su aplicación.

### **Consumo empresarial**

Un punto importante es determinar si es aplicable el control de contenido a los contratos relativos al consumo empresarial. Nos referimos a contratos en los que un empresario adquiere bienes o servicios en un ámbito que escapa a su actividad empresarial o profesional<sup>455</sup>. No utilizará el bien o servicio adquirido directamente para su actividad empresarial o profesional, puesto que ello no forma parte de su giro empresarial<sup>456</sup>. Sino que lo utilizará para atender las necesidades de su empresa que no es la finalidad principal de la misma. A esta persona se le dotaría la calidad de consumidor frente al empresario con

---

<sup>451</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, pp. 132 y 133.

<sup>452</sup> Estos mismos motivos justifican la exclusión de cooperativas. Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, pp. 132 y 133; y, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, p. 41.

<sup>453</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, pp. 129 y 130.

<sup>454</sup> Así por ejemplo, SAP Alicante 16 marzo 2000 (JUR 2000/233216), SAP Cantabria 15 abril 2003 (JUR 2003/204145), SAP Córdoba 18 julio 2003 (AC 2003/1419), SAP Madrid 23 febrero 2007 (JUR 2007/174565), SAP Pontevedra 18 febrero 2013 (JUR 2013/126938), SAP Valencia 8 noviembre 2013 (JUR 2014/79794), SAP Ciudad Real 10 febrero 2014 (JUR 2014/64988).

<sup>455</sup> MARTÍN PÉREZ, J.A., «El ámbito de aplicación subjetivo...», *op. cit.*, p. 134.

<sup>456</sup> Cuando se trata de actos realizados en el desarrollo de la propia actividad empresarial o profesional del sujeto, no cabe duda que no es consumidor. Así por ejemplo el caso de la SAP Granada 7 marzo 2005 (AC 2005/1006) en la que un sujeto administrador de loterías cuya finalidad es la venta y distribución de billetes de lotería no fue considerado consumidor en el contrato de transporte en que él entregaba dichos billetes al cargador (una empresa de transporte) a fin de que los trasladara a distintas localidades. Se trata de la actividad empresarial propia del sujeto porteador.

el que celebró el contrato<sup>457</sup>. Por ello, es necesario analizar si esas actividades se realizan en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Por ejemplo, el empresario industrial que adquiere de una empresa inmobiliaria un inmueble para instalar una de sus fábricas. Su giro no es adquirir inmuebles para remodelarlos o transformarlos o revenderlos o realizar cualquier otra actividad semejante, sino que a la larga servirá para instalar su maquinaria y personal para la fabricación de sus productos. La adquisición del inmueble únicamente servirá de manera indirecta en el proceso de producción del empresario-comprador<sup>458</sup>. Este es un acto de consumo empresarial. En cambio, no lo es la adquisición de la materia prima a utilizarse en la fabricación de sus productos a vender posteriormente. Esta adquisición va dirigida directamente a la explotación de su giro. La materia prima la transformará y creará con ello nuevos productos a vender, por lo que se integra directamente en un proceso productivo empresarial. No es un acto de consumo empresarial. La doctrina señalaba que la utilización de la expresión *destinatario final* por parte del legislador al crear la LGDCU obedecía a su voluntad el excluir al consumo empresarial<sup>459</sup>. Pretendía incluir únicamente el consumo para satisfacer necesidades particulares y no empresariales<sup>460</sup>.

---

<sup>457</sup> Usualmente se pretende justificar la protección legal de ellos debido a que actúan en un ámbito ajeno al que desarrollan su actividad habitual y especialidad, y probablemente son unos inexpertos en ello sin tener los conocimientos y habilidad necesaria para defender sus intereses en la relación. Al respecto, BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, p.5, sostiene que en ese ámbito son *profanos*, y *corren el riesgo también en encontrarse en una situación de inferioridad comparable a la del consumidor*. En la doctrina comunitaria, HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction...», *op. cit.*, pp. 57 y ss., propone que se incluya a estos sujetos como consumidores en una eventual aprobación de una directiva comunitaria codificadora de normas de consumo, pero lamenta que la tendencia de los organismos comunitarios es empelar un concepto de estricto de consumidor excluyendo casos como el del consumo empresarial. Incluso dicho autor llega a sugerir que las directivas comunitarias promulgadas sobre protección al consumidor son contrarias al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea por privar de protección a estos supuestos consumidores (p. 71).

<sup>458</sup> Podría también incluirse como consumo empresarial la adquisición de la maquinaria para la fabricación de sus productos. Así como un crédito bancario que adquiera para comprar la maquinaria y el inmueble. Similar a éste es el ejemplo expuesto por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 104: un propietario de una peluquería que adquiere un crédito para reformar su local. Ejemplos señalados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y...», *op. cit.*, p. 130 son: empresario que adquiere alimentos para la cantina de los obreros, y el empresario o profesional que adquiere bienes para hacer regalos a sus clientes.

<sup>459</sup> Vid. CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 144; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 156, nota 160. Agrega, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 157 y 158, que la creación del apartado 3º del art. 1 LGDCU es otra de las consecuencias del legislador español al pretender excluir a los adquirentes de bienes que los integran a un proceso de producción, es decir, el consumo empresarial. Exclusión que no queda quedaba clara en el art. 1.2. del proyecto de LGDCU. Sin embargo, que el legislador no logró su plenamente su propósito aclaratorio al poder interpretarse que sí se incluye el consumo empresarial cuando el adquirente sea destinatario final (p. 158, nota 110).

<sup>460</sup> Otros argumentos doctrinales adicionales a los que se exponen en el presente apartado contra la inclusión en el ámbito de aplicación de la normativa protectora de consumidores, pueden encontrarse resumidos en CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 140; y BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 1074. Entre ellos, cabe destacar que no merece protección los sujetos que realizan consumo empresarial porque cuentan con más medios que los consumidores para comprender las relaciones jurídicas, y para defender sus intereses.

Debemos recordar que, si bien los empresarios también *consumen* bienes o servicios en un sentido material o físico, lo hacen empleándolos en procesos de fabricación, distribución o prestación a terceros<sup>461</sup>. Sea su actividad principal o no, lo cierto es que estos bienes o servicios adquiridos por el empresario contribuyen de manera más o menos indirecta o mediata en el proceso de producción y comercialización, aumentando el rendimiento de la empresa<sup>462</sup>. Por ende, no son el último eslabón del proceso, y no pueden calificarse de consumidores, ya que los bienes o servicios son introducidos en el mercado.

Es viable una interpretación teleológica del TRLCU en ese sentido, tomando en cuenta que el hecho de que el legislador delegado haya elaborado el TRLCU haya afirmado en el apartado II.3 de la exposición de motivos que consumidor es quien adquiere con *finés privados*<sup>463</sup>. Más claro aún es cuando señala la incompatibilidad de la figura del consumidor con la incorporación indirecta de lo adquirido a procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

La jurisprudencia comunitaria no se ha pronunciado claramente sobre el tema. Pero la STJCE 14 marzo 1991 (TJCE 1991/155), puede dar idea de su postura. En dicho caso se discutía si es consumidor un empresario que celebra un contrato de publicidad en una revista periódica de un anuncio de venta de su fondo de comercio<sup>464</sup>. El tribunal rechaza atribuirle tal calidad, debido a que, pese a lo extraordinario que es para sus operaciones ese contrato, siempre se encuentra dentro de su marco de actividades profesionales, debido a que la normativa *no permite establecer una distinción entre los actos de práctica corrientes y los de carácter excepcional* (apartado 15). Consideró además que tales *actos constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante* (apartado 16).

Entre la jurisprudencia española que ha desarrollado esta idea destacamos la SAP Murcia 16 junio 2011 (JUR 2011/265639), en la que se afirma que el TRLCU *excluye la posibilidad de extender el control del contenido de las cláusulas abusivas a las hipótesis*

---

<sup>461</sup> BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 74.

<sup>462</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 140. También, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y...», *op. cit.*, p. 129, aunque analizándolo desde el prisma de la LGDCU, afirma que *todos los actos que se realizan dentro del ámbito de actividad de la empresa contribuyen al proceso de producción o comercialización, aunque sea de manera indirecta*. En igual sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, pp. 195 y 196.

<sup>463</sup> Por ello, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y...», *op. cit.*, p. 130, señala que, si bien refiriéndose a la LGDCU, el motivo principal de exclusión es que *las adquisiciones no van destinadas a una utilización personal, familiar o doméstica, sino a servir a un proceso de producción, de manera más o menos directa*.

<sup>464</sup> Se juzgaba a la luz de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 diciembre 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. El concepto de consumidor contemplado en dicha directiva es similar a la del TRLCU, por lo que es extrapolable este precedente judicial al tema bajo estudio. Art. 2 de dicha directiva: “*consumidor*”, *toda persona física que, para las transacciones amparadas por la directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional*.

*de consumo empresarial, puesto que si un empresario adquiere bienes y servicios para utilizarlos en un proceso de producción y distribución, aunque sea indirectamente, no está actuando con un propósito ajeno a su actividad empresarial*<sup>465</sup>. En el mismo sentido, la SAP Asturias 26 julio 2012 (JUR 2012/295932) el tribunal rechaza calificar de consumidor al empresario industrial de metales en el préstamo bancario concedido para la adquisición de solar para la construcción de una nave para el desarrollo de su negocio<sup>466</sup>. El tribunal acertadamente afirma que la ley *no se estaba refiriendo tan sólo a aquéllos bienes o servicios que tuviesen relación directa con la actividad de la empresa, y aunque ésta comercialice, transformados o no, sino que se está refiriendo a todos aquellos bienes que se adquirieran, utilicen o incluso consuman en esos procesos, aunque no tengan relación directa con el producto comercializado, y está incluyendo, por tanto, bienes inmuebles, maquinaria, combustible, etc., y también los productos financieros contratados para su adquisición.*

Sin embargo, se han pronunciado algunas sentencias que resuelven en sentido contrario a lo expuesto. Así por ejemplo, en la SAP Valencia 13 enero 2012 (AC 2012/608) una persona (en esa instancia apelante) demandó la nulidad de un laudo emitido en un arbitraje que no es el de consumo regulado en el TRLCU. La demandada era una sociedad mercantil y el conflicto sometido a arbitraje surgió a raíz de un contrato denominado *promocional de terminales de telefonía móvil para empresas*. El fundamento de la demandante era que ella tenía la calidad de consumidora, por lo que es nulo el laudo por no haber sido emitido en un arbitraje de consumo.

---

<sup>465</sup> Otros ejemplos en las que se ha rechazado aplicar el TRLCU a situaciones de consumo empresarial: STS 16 diciembre 1998 (RJ 1998/9640) relativa a una sociedad agraria de transformación suscriptora de un contrato de seguro de sus producciones agrícolas, en el cual el tribunal afirmó que éste *es un coste más del proceso productivo que persigue la garantía de los beneficios económicos de la actividad productoras de la empresa*; STS 15 diciembre 2005 (RJ 2006/1223) respecto de un sujeto suscriptor de un contrato de suministro de energía eléctrica para su restaurante, en la que el tribunal manifestó que se trataba de un *consumo industrial*, al incorporar la electricidad a la explotación de su negocio (alumbrado, calefacción, acondicionador de aire frío del local, conservación y transformación de alimentos y el enfriamiento de bebidas); SAP Girona 28 febrero 2012 (JUR 2012/149493) sobre un empresario que adquirió préstamo bancario para financiar instalaciones fotovoltaicas cuya explotación económica pretendía, alegaba el sujeto que su actividad empresarial no era de tipo bancario lo que lo convertía en consumidor, sin embargo el tribunal desestimó esta alegación al considerar que tenía como destino la actividad empresarial que desarrolla; SAP Castellón 26 marzo 2012 (AC 2012/797) sujeto que adquiere crédito bancario para atender o dar servicio a la actividad empresarial o profesional del beneficiario; SAP Girona 29 junio 2012 (JUR 2012/291292) relativa a un empresario cuya actividad es el transporte internacional en la que el tribunal considera que no es consumidor en el contrato de tarjeta de crédito; SAP Barcelona 19 diciembre 2011 (AC 2012/251) sobre empresa inmobiliaria, al respecto el tribunal afirma que una sociedad mercantil actúa *desde luego en el marco de su actividad empresarial cuando ejecuta los actos propios de su objeto social -en nuestro caso, la actividad inmobiliaria-, pero también cuando desarrolla otras conductas directamente encaminadas a la satisfacción de aquél, entre las cuales cabe mencionar las de establecimiento, aprovisionamiento de materias primas, contratación de personal y, en particular, la de financiación*. Ello lleva a concluir al tribunal que es difícil encontrar un caso en que la sociedad mercantil no actúe en el marco de actividad empresarial;

<sup>466</sup> La empresa alegaba que sí lo era debido a que sólo podía ser calificado como empresario en las operaciones en que *adquiriese metal para después comercializarlo en el mismo estado en que sea adquirido, o transformado, pero no estaría excluida, p.e. a su juicio, la compra de un camión para utilizarlo en la empresa, pues su actividad no es la venta de camiones, como tampoco lo es la comercialización de productos financieros*.



Ante ello, el tribunal tuvo como probado que la parte demandante *desarrollaba una actividad empresarial autónoma*. Pero pese a ello, el tribunal consideró (erróneamente) que la demandante sí era consumidora porque el contrato suscrito que dio origen al conflicto no es propio de su tráfico o giro, por tano la considera *destinaria final del servicio de telefonía móvil*. Expresamente resolvió que *el hecho de que se trate de una mercantil no excluye el que tenga dicho carácter de consumidor cuando el objeto del contrato no coincide con el tráfico o giro de la empresa demandante, al tratarse en el caso enjuicio de un contrato promocional de terminal de telefonía móvil*. En la línea de los argumentos que hemos expuesto, claramente se deduce que dicha sentencia no se apega a la normativa al calificar como consumidora a una persona que suscribió un contrato para recibir servicios que utilizará de manera directa o indirecta en su actividad empresarial.

Existe otra razón que se puede inferir del texto de la ley. La redacción del art. 3 TRLCU no se refiere a actuar con un propósito ajeno a *su* actividad profesional o empresarial, como sí lo indica el concepto general de consumidor para personas físicas (art. 3 párrafo 1º TRLCU)<sup>467</sup>. Sino que lo hace mencionando que el sujeto para ser considerado consumidor debe actuar en un ámbito ajeno a *una* actividad empresarial o profesional<sup>468</sup>. Esto podría interpretarse como un esfuerzo del legislador español para clarificar la exclusión del consumo empresarial.

Sin embargo, consideramos que, independientemente si el sujeto es una persona física o jurídica, cuando éste celebre un contrato en el marco de una actividad empresarial no podrá ser considerado consumidor. Es irrelevante si el bien o servicio lo incorpora a un proceso productivo o comercial de manera directa o indirecta, o si es en el marco de finalidad empresarial principal o no. Lo relevante es que lo incorpora a un proceso productivo o comercial. En todos esos casos no está realizando un acto de consumo, por lo que es inviable otorgarle la categoría de consumidor<sup>469</sup>.

El apartado III.3 de la exposición de motivos TRLCU aclara que se excluye de su ámbito de aplicación a las actividades realizadas directa e indirectamente en la actividad empresarial de la persona jurídica. Así también, tal como lo señalamos *supra*, la

---

<sup>467</sup> También el art. 2.b de la Directiva 93/13/CEE y el art. 2.1) Directiva 2011/83/UE utilizan el pronombre posesivo *su*.

<sup>468</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 144.

<sup>469</sup> Así, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 12; CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 144, refiriéndose al cambio de redacción al utilizar el vocablo *una* señala que esto *refuerza la interpretación más correcta sobre la exclusión de todo tipo de actos de consumo empresarial, estén o no relacionados con el área principal o la especialización del empresario*. Este detalle de utilización del artículo indeterminado (*una*) al parecer no fue advertida por FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 72, ya que señala que el TRLCU, al emplear la frase *en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*, permite la aplicación de la ley a *todas aquellas personas –sean empresarios o no- que actúen al margen de su negocio, oficio o profesión*. Tampoco parece haber sido advertida por el tribunal en la SAP Barcelona 19 diciembre 2011 (AC 2012/251) al insistir en analizar si el contrato bajo estudio se encuentra dentro del marco de la actividad empresarial o profesional propia de la sociedad mercantil demandada.

jurisprudencia comunitaria no reconoce como consumidores a estas personas<sup>470</sup>. En conclusión, el mensaje del legislador español y de la jurisprudencia nacional y comunitaria es definitivo: la adquisición de los bienes o servicios para destinarlos directa o indirectamente a un proceso productivo, comercial o industrial, será una actividad empresarial o profesional. El hecho que negocio no sea propio de la actividad empresarial principal del adquirente tampoco modifica su calidad de empresario en ese acto<sup>471</sup>. Por ende, quien realiza esa adquisición no es consumidor de conformidad al art. 3 TRLCU.

#### 4.2.2. Empresarios.

La normativa se ha creado con el propósito de tutelar al consumidor frente a otro sujeto, éste es el empresario. El art. 2 TRLCU lo establece al señalar que dicho cuerpo legal se aplica a las relaciones entre consumidores y empresarios<sup>472</sup>. Cuestión que es ratificada por el art. 59.1 al aclarar que cuando se mencionen los vocablos *contratos con consumidores y usuarios* se entenderá que se refieren a los contratos celebrados entre un consumidor o un usuario y un empresario<sup>473</sup>.

En la LGDCU no existía una norma similar, pero la doctrina y jurisprudencia lo infería<sup>474</sup>. Pero ante la ausencia de la norma dio oportunidad a que se especulara si era aplicable a contratos entre particulares -conocidos como C2C- y a contratos entre empresarios o profesionales -conocidos como B2B-<sup>475</sup>. Sin embargo, con la introducción del art. 2

---

<sup>470</sup> Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor...», *op. cit.*, pp. 10 y 11.

<sup>471</sup> En contra, DURÁN AYAGO, A., *La protección de las pymes...*, *op. cit.*, pp. 73 y ss., quien afirma que (1) *la asimetría informativa que caracteriza los contratos celebrados por consumidores está presente cuando el que consume es un empresario que no tiene por qué contar con premisas informativas mayores que un particular, dado que no es ese el objeto de su actividad empresarial*. Aunque cabe matizar que dicha autora se refiere a los pequeños y medianos empresarios, a los cuales considera merecederos de protección legal como consumidores en estos casos. Además, resalta como justificación para su protección, entre otros, la debilidad del poder negocial y la asimetría estructural que poseen estos empresarios en relación con la *gran empresa*.

<sup>472</sup> Artículo 2. TRLCU. *Ámbito de aplicación. Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.*

<sup>473</sup> Art. 59.1. TRLCU. *Son contratos con consumidores y usuarios los realizados entre un consumidor o un usuario y un empresario.*

<sup>474</sup> De hecho el legislador al definir quiénes no eran consumidores en el art. 1.3 LGDCU estaba implícitamente indicando quién es la contraparte del consumidor frente a quien se protege legalmente a éste. Vid., a manera de ejemplo a algunos autores que inferían la necesidad de presencia de un profesional o empresario en el otro extremo de la relación jurídica, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 58; BOTANA GARCÍA, G., «Artículo 1», *op. cit.*, p. 70; PAGADOR LOPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 166, quien remarcaba que *sin la presencia de un empresario o profesional que actúe en cuanto tal, no son relaciones de consumo en stricto sensu*.

<sup>475</sup> Algunos autores que dejaban entrever la posibilidad de aplicación por analogía de la LGDCU a relaciones B2B cuando uno de ellos era pequeño empresario, fueron: LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 636; MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 161 y 162, aunque rechaza la aplicación a relaciones C2C (pp. 153 y 154). Pero la gran mayoría de jurisprudencia, rechazó la aplicación del control de contenido de las condiciones generales del LGDCU a relaciones entre *profesionales*, así por ejemplo: SAP Madrid 15 abril 2004 (JUR 2004/247894) sobre contrato promocional de terminales de telefonía móvil celebrado entre una empresaria autónoma y una sociedad mercantil; SAP

TRLCU el legislador delegado refundidor adoptó la posición que la doctrina mayoritaria establecía: la normativa general de protección al consumidor (LGDCU) sólo es aplicable a relaciones entre consumidores y empresarios o profesionales (B2C). Por ello, el legislador refundidor ha aclarado la normativa mediante la incorporación del art. 2 TRLCU<sup>476</sup>.

Sí ha sido novedoso mencionar quién es la contraparte del consumidor, lo es aún más la determinación de un concepto legal general de ese sujeto en la legislación nacional. Existía un concepto pero sólo para efectos específicos de la disposición adicional primera LGDCU, por lo que carecía de la generalidad del art. 4 TRLCU<sup>477</sup>. Además en aquélla el sujeto era denominado *profesional*, y en éste es denominado *empresario*<sup>478</sup>.

Existe una evidente tautología del legislador al expresar en el art. 4 TRLCU que empresario es quien actúa con un propósito relacionado con su actividad empresarial, agregando que también lo es quien actúa con un propósito relacionado a su actividad comercial, oficio o profesión<sup>479</sup>. Literalmente prescribe: *A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

---

Zaragoza 16 septiembre 2003 (AC 2003/1507) sobre dos sociedades que celebraron contrato de franquicia; SAP Navarra 1 octubre 2003 (JUR 2003/270307) relativa a contrato celebrado entre dos sociedades mercantiles consistente en que una de ellas presta servicios a la otra de gestión y tramitación de cobros de los impagos de sus clientes utilizando el nombre de aquélla. Aunque hubo casos en que aplicó la LGDCU a relaciones contractuales entre empresarios o profesionales, tal es el caso de la STS 27 abril 1998 (RJ 1998/2933) en la que declaró abusiva una cláusula de sumisión expresa contemplada en un contrato mediante el cual una empresa de telefónica publicó en sus páginas amarillas publicidad de una sociedad mercantil.

<sup>476</sup> Aun cuando no compartimos la decisión inicial de la normativa sobre cláusulas abusivas de haber limitado su ámbito a contratos con consumidores, consideramos que el legislador, mediante la incorporación del art. 2 TRLCU, ha cumplido con ello su tarea de brindar mayor claridad en la redacción e integrar las lagunas identificadas por la doctrina a la que hace referencia en el apartado II.2 de la Exposición de Motivos TRLCU.

<sup>477</sup> La DA1ª último párrafo LGDCU: *Se entenderá por profesional, a los efectos de esta disposición adicional, la persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional, ya sea pública o privada.* Nótese que difería del lenguaje utilizado por el art. 1.2 y 1.3 LGDCU al no utilizar las expresiones *destinatario final*, *ni integración en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros*.

<sup>478</sup> Si se compara la DA1ª último párrafo LGDCU y el art. 4 TRLCU se concluye que no existe ninguna diferencia sustancial, más que la de denominación del sujeto. La preferencia del legislador comunitario en la utilización de la palabra *profesional* en la Directiva 93/13/CEE obedece a influencia francesa, tal como lo señala CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011, p. 157.

<sup>479</sup> En el art. 2.1 PDDC 2008 se menciona a la actividad comercial y oficio, además de la profesional y empresarial. El art. 2.b de la Directiva 93/13/CEE menciona únicamente a la actividad profesional para conceptualizar a la contraparte del consumidor, el cual literalmente prescribe: *A efectos de la presente Directiva se entenderá por: (...) c) «profesional»: toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada.* Sin embargo, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en...», *op. cit.*, p. 48, nota 30, señala que en las discusiones que dio origen a la Directiva 93/13/CEE existió un proyecto que hablaba de *actividad comercial, industrial o profesional*

Como primer punto vale recordar, la noción económica del acto de consumo. En él, *el consumidor se desprende de valores de cambio a fin de adquirir valores de uso, y la otra parte, que actúa empresarial o profesionalmente, recibe de este modo -aumentados- los valores de cambio que invirtió anteriormente a fin de poder ofrecer en el mercado los valores de uso que son objeto de la operación de consumo*<sup>480</sup>. De esta manera, el empresario es el que realiza ese acto capitalista de entrega de valores de uso para adquirir valores de cambio, en cuanto lo realiza para recuperar aumentado lo que invirtió<sup>481</sup>.

De manera simplificada se puede decir que es el sujeto que adquiere bienes y servicios a fin de utilizarlos en un proceso de producción, transformación, comercialización, o prestación a terceros. En efecto la operación realizada por el empresario tiene como destino la introducción de los bienes y servicios al mercado, y no extraerlos de él como hace el consumidor<sup>482</sup>. El sujeto no finaliza la vida económica de lo adquirido, sino que lo integra en actividades de fabricación, producción, distribución o prestación, prolongando su circuito económico. De ninguna manera es el destinatario final de los mismos<sup>483</sup>. Cubre con ellos sus necesidades empresariales.

La doctrina ha indicado los rasgos característicos de los empresarios que ha señalado la doctrina, y por ende aplicables a toda actividad empresarial. Así encontramos como características:

- a) Actuación económica dirigida al mercado<sup>484</sup>. Este rasgo es el que caracteriza de mejor manera la calidad de empresario, tal como se ha señalado *supra*. Y es precisamente a lo que se refiere el art. 4 TRLCU. Si un sujeto adquiere un bien realiza una actuación económica pero si la destina a un ámbito doméstico o familiar, no estará destinándolo al mercado<sup>485</sup>. Será consumidor, y no empresario el sujeto adquirente. Por ello, es necesario que se cumplan ambos: realización de actividad económica y que ésta sea dirigida al mercado para cumplir este primer

---

<sup>480</sup> PAGADOR LOPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 202.

<sup>481</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 156.

<sup>482</sup> En este sentido refiriéndose a la LGDCU, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 152, señala que lo importante para definir a la contraparte del consumidor (en ese caso *profesional* según la LGDCU) *no es la forma jurídica del profesional, ni tampoco su calificación como comerciante en el sentido del artículo 1 y concordantes del Código de Comercio, sino, simplemente, su participación en el mercado.*

<sup>483</sup> Como señala PAGADOR LOPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 158, nota 163, consumidor o usuario y empresario o profesional *no son sino diferentes modos de actuar en el mercado caracterizados o cualificados por el distinto destino económico de los bienes y servicios contratados o adquiridos en cada caso u operación; o, si se prefiere, por la naturaleza de las necesidades que pretenden ser satisfechas de modo inmediato con los bienes o servicios contratados.*

<sup>484</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 74; CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 164.

<sup>485</sup> *Ibid.*, p. 74.

rasgo. Debe tratarse de un operador profesional del mercado<sup>486</sup>. Esta es la característica que expresa lo señalado sobre la noción económica del empresario. No es necesario que sea una actividad lucrativa, sino que basta con realizar la actividad con *método económico, esto es, procurando al menos la cobertura de costes con los ingresos que se obtienen*<sup>487</sup>.

- b) Organización. El sujeto realiza su actividad *de modo racional, y por ello el empresario tiene que haber dispuesto los diversos factores de la producción de un modo adecuado para la obtención del fin propuesto*<sup>488</sup>. No la realiza de manera improvisada.
- c) Estabilidad o habitualidad<sup>489</sup>. La actividad la ejerce de forma estable y duradera<sup>490</sup>. Esto es, ausencia de carácter esporádico<sup>491</sup>. Este rasgo ha sido matizado doctrinariamente en el sentido de *no entenderse como frecuencia o repetición, sino como actividad mercantil con fin profesional, lo cual lleva aparejado cierta regularidad*<sup>492</sup>.
- d) Autonomía o independencia. Su actividad la ejerce de esta forma, lo que lo distingue de otros sujetos como son los asalariados<sup>493</sup>. Para que pueda ostentar este rasgo es necesaria la existencia de un sistema de libre competencia<sup>494</sup>.

---

<sup>486</sup> PAGADOR LÓPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 190.

<sup>487</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, pp. 166 y 167. Incluso, HESSELINK, M. W., «Towards a sharp distinction...», *op. cit.*, ha llegado a afirmar que el ánimo de lucro siempre o casi siempre se encuentra en el consumidor al celebrar un contrato ya que pretende mejorar con ello su bienestar económico. En todo caso, se considere o no al consumidor como sujeto con ánimo de lucro, lo cierto es que no atribuirle al empresario como rasgo característico el ánimo de lucro difiere con la idea más o menos generalizada. Ejemplo de ello es, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en...», *op. cit.*, p. 48, nota 30, quien afirma que como actividad empresarial debe entenderse *cualquier actividad en que pueda actuarse con ánimo de lucro y que constituya el oficio o profesión*. Tampoco la jurisprudencia española ha sido ajena a invocar el ánimo de lucro del sujeto para calificarlo como consumidor o empresario. Así, podemos encontrar en mayor o en menor medida el empleo del lucro para dichos fines a la SAP Barcelona 16 febrero 2012 (AC 2012/376), SAP Barcelona 19 diciembre 2011 (AC 2012/251), SAP Madrid 8 febrero 2010 (AC 2010/829).

<sup>488</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, pp. 74 y 75.

<sup>489</sup> A este rasgo, *Ibid.*, p. 75, lo denomina *profesionalidad*.

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>492</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 161, aunque cabe matizar que este autor se refiere a las características del comerciante según la doctrina mercantilista.

<sup>493</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 75.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 75.

- e) Actuación en nombre propio. Por lo que, las personas que en nombre de un empresario realizan las actividades de éste (gerentes, representantes legales, factores, etc.) no poseen la calidad de empresario<sup>495</sup>.

Extrapolando lo anterior al art. 4 TRLCU, no cabe duda alguna que no sólo puede calificarse como empresario a los comerciantes *stricto sensu*, sino también los sujetos que desarrollan sus actividades en otros ámbitos mercantiles tales como de industria, producción, de servicios, etc. Pero es aún más amplia la noción de actividad empresarial que permite incluir otros operadores económicos tales como los empresarios *civiles*. Esto es, a ganaderos, agricultores y artesanos<sup>496</sup>. En todos se realiza una actividad económica dirigida al mercado<sup>497</sup>. Por ello, el legislador ha incluido en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCU a las personas jurídicas públicas, las cuales no necesariamente operan en el mercado con ánimo lucrativo<sup>498</sup>.

El concepto de empresario contemplado en el art. 4 no sólo incluye a quien realiza actividades empresariales, sino también profesionales extendiendo así el ámbito a los profesionales liberales<sup>499</sup> <sup>500</sup>. Antiguamente éstos no eran considerados empresarios. Los profesionales eran percibidos como carentes de una organización empresarial, ya que se basaban en *trabajo propio y familiar* y realizaban *tareas de supervivencia de difícil*

---

<sup>495</sup> *Ibid.*, pp. 75 y 76.

<sup>496</sup> Vid. *Ibid.*, p. 77; CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 162. Los sujetos que realizan estas actividades eran comprendidos como profesionales de acuerdo a la doctrina que analizó la LGDCU. Vid., entre estos autores, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Ámbito de aplicación y...», *op. cit.*, p. 127, al considerarlo contemplado en el ámbito de aplicación de la LGDCU, puesto que en todas se está realizando una actividad de procesos de producción y transformación, y no de consumidor final. También, MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la...», *op. cit.*, p. 153.

<sup>497</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, p. 32, quien sostiene que *no cabe duda* que la actividad que realizan *consiste en realizar procesos de producción o de transformación*.

<sup>498</sup> Art. 4 TRLCU: *A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica (...) ya sea pública o privada*. Así, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 167.

<sup>499</sup> FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I...», *op. cit.*, p. 76. Al respecto, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 165, advierte que deben entenderse incluidos los profesionales liberales cuyas actividades implican servicios en la preparación intelectual, titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente profesional, tales como los médicos, arquitectos, abogados, ingenieros, farmacéuticos, etc. Sino también los sujetos que desarrollen actividades profesionales sin reunir esos requisitos ya que la noción utilizada por el art. 4 TRLCU es muy próxima al de empresario.

<sup>500</sup> El art. 2.c) Directiva 93/13/CEE determina únicamente como contraparte del consumidor al *profesional* definiéndolo como el que *actúa dentro del marco de su actividad profesional*. Atendiendo a ello la DA1ª último párrafo LGDCU utilizaba el mismo lenguaje. Sin embargo, esto no significaba que los empresarios quedaban fuera de su ámbito de aplicación, en favor de los profesionales liberales. La doctrina fue unánime en interpretar a ambas normas en el sentido que se entendían comprendidos tanto los empresarios como los profesionales. Por todos, BADENAS CARPIO, J. M., «Disposición adicional primera. Seis: Disp. Adic. 1ª último párrafo, LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 1327.

*planificación*<sup>501</sup>. Además, se consideraba que, a diferencia de los empresarios, carecían de una finalidad puramente lucrativa, *podrían sin duda tener ánimo de liberalidad en sus funciones, sin perjuicio de un lucro natural o de subsistencia*<sup>502</sup>.

No obstante, al menos en la actualidad, puede encontrarse en los profesionales liberales todos los rasgos característicos de un empresario<sup>503</sup>. Cabe destacar, sobre todo, que realizan actividades económicas dirigidas al mercado<sup>504</sup>. Así como la estructura organizativa de los profesionales cada vez se va asemejando más a la de una actividad empresarial<sup>505</sup>. El ánimo o finalidad lucrativa predicada como elemento diferenciador, no tiene ningún sentido ya que, según lo hemos expuesto, no es siquiera una característica de la actividad empresarial.

Así también, la reforma del art. 4 TRLCU realizada en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 3/2014, ha tenido como novedad que se incluya como empresario a quien desarrolla actividades en el marco de un oficio. No obstante, era innecesario mencionarlos puesto que encajan en la noción de actividades empresariales<sup>506</sup>. La falta de titulación educativa superior universitaria no es óbice para calificar sus actividades como empresariales. Asimismo es novedoso que se mencionen a las actividades comerciales. Esto era igualmente innecesario ya que una actividad comercial sin ninguna duda es de índole empresarial<sup>507</sup>.

### **4.3. Ámbito subjetivo de aplicación de LCGC.**

Pese a que la LCGC no regula el tema central del presente trabajo -el control de contenido-, abordaremos a continuación el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC debido a que contiene otros aspectos importantes de la regulación de condiciones generales, tales como: control de incorporación, reglas de interpretación, y legitimación procesal para su impugnación.

---

<sup>501</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 162. También señala el autor que este motivo era esgrimido para excluir antiguamente de la calidad de empresarios a los ganaderos, agricultores y artesanos.

<sup>502</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>503</sup> En este sentido, *Ibid.*, p. 176, señala que estas diferencias están cada vez más difuminadas.

<sup>504</sup> Destaca, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 176, que existe confluencia entre empresarios y profesionales *como operadores del mercado que desarrollan una actividad económica, remunerada, en el mismo*. Analizando el LGDCU, llegaba a conclusión similar BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., «Comentarios al art. 1 LGDCU», *op. cit.*, p. 32, al señalar que la actividad profesional *no es equiparable a la actuación en el ámbito personal, familiar o doméstico*.

<sup>505</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 4 TRLCU», *op. cit.*, p. 176.

<sup>506</sup> En igual sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., «El “nuevo” concepto de consumidor...», *op. cit.*, p. 11.

<sup>507</sup> *Ibid.*, p. 11.

La normativa de las condiciones generales contractuales no debería contener un ámbito subjetivo de aplicación. Basta con determinar en su ámbito objetivo, los elementos necesarios para identificar cuándo se está frente a condiciones generales (predisposición, imposición y generalidad). Con ello, se descartaría su aplicación a diversas relaciones contractuales como la conformada entre consumidores, o entre dos grandes empresarios, en las que no se merece la intervención estatal protectora de una de las partes al ser fruto el contrato del ejercicio de una real autonomía de la voluntad.

En efecto, el legislador introdujo el art. 2 con la clara intención de aclarar que la LCGC es de aplicación general<sup>508</sup>. Cuestión que era innecesaria, ya que de haberse omitido introducir un ámbito subjetivo, se habría entendido que es de aplicación general<sup>509</sup>. En todo caso, el legislador introdujo esta norma en la que identifica a los elementos personales de la relación contractual como predisponente y adherente, que a continuación se aborda su análisis.

#### 4.3.1. Predisponentes.

Siguiendo las pautas del ámbito objetivo de aplicación, predisponente es quien impone a la contraparte la inclusión de las cláusulas preelaboradas que utiliza de manera general. Contrario a lo que indica el sustantivo *predisponente*, es el requisito objetivo de la imposición el que define a éste y no el de predisposición<sup>510</sup>. Sin embargo, el art. 2.1 LCGC requiere que el predisponente reúna además el requisito personal de ser o, más bien, actuar como un profesional. En seguida, el art. 2.2. LCGC indica el concepto legal de profesional: *toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*<sup>511</sup>.

---

<sup>508</sup> Artículo 2. Ambito subjetivo.

1. La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional -predisponente- y cualquier persona física o jurídica -adherente-.

2. A los efectos de esta Ley se entiende por profesional a toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada.

3. El adherente podrá ser también un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

<sup>509</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1348. Esfuerzo que era innecesario ya que si no se hubiese incluido ninguna norma sobre ámbito subjetivo de aplicación, se habría entendido que es de aplicación general.

<sup>510</sup> Vid. PAGADOR LOPEZ, J, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 263. En el mismo sentido, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 146, señala que *el requisito de imposición, permite determinar al predisponente*. Efectivamente, aunque el término con que se denomina a este hace énfasis en el elemento de la predisposición, en realidad el elemento que representa con mayor exactitud el problema de las condiciones generales es la imposición de las mismas por parte de uno de los sujetos intervinientes.

<sup>511</sup> El requisito del predisponente de ser un profesional, no implica una limitación real de aplicación de las normas. Carece de sentido pensar que un sujeto no profesional emplee condiciones generales. Sólo los profesionales tienen los motivos e incentivos para preredactar y utilizar un clausulado de manera general en sus contrataciones. Como señala, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1349, la utilización de condiciones generales es *un fenómeno específicamente empresarial*, por lo que la exclusión teórica de la aplicación a relaciones entre particulares (C2C) *no posee excesiva importancia*.



Es casi idéntico al concepto de profesional del art. 2.c) Directiva 93/13/CEE, con las únicas diferencias obvias que en la LCGC se menciona la actividad empresarial<sup>512</sup>. Esto obedece a que la LCGC fue promulgada con el objeto de trasponer dicha directiva comunitaria a la legislación española. Incluso, a ello se debe la utilización del mismo término para señalar al predisponente que impone las cláusulas: el profesional. Sí es idéntico al concepto de empresario del TRLCU<sup>513</sup>.

Pese a la evidente tautología en el art. 1.2. al señalar como profesional a quien actúe en el marco de su actividad profesional, es positiva su inclusión como una medida aclaratoria de que la noción legal de profesional es más amplia que la noción común en castellano de entender como tal a los profesionales liberales, ya que incluye también a quienes realizan actividades empresariales<sup>514</sup>.

Debido a la identidad entre el concepto de profesional del LCGC y el de empresario de TRLCU, nos remitimos al análisis realizado sobre éste en el apartado anterior del presente trabajo.

#### **4.3.2. Adherentes.**

El aspecto en el que se distancia la LCGC del TRLCU es en lo relativo a la denominación y conceptualización de la persona protegida. En aquélla es el adherente, el cual es el sujeto al que le imponen las cláusulas preelaboradas para una pluralidad de contratos.

A diferencia de lo que sucede con el predisponente, para ser adherente no se necesita más que haber sido sujeto de la imposición de condiciones generales en un contrato. No se requiere ser o actuar con alguna cualidad especialidad. Puede ser cualquier persona, por lo que este dato demuestra que es amplísimo el ámbito subjetivo de aplicación de la LCGC. Puede tratarse de una persona física o jurídica<sup>515</sup>, y puede tratarse de una persona consumidora, o profesional que actúa en el marco de su actividad o profesional que no actúa en el marco de su actividad<sup>516</sup>.

Por ende, basta con que las condiciones generales, predispuestas y utilizadas de manera general por la contraparte se le impongan a una persona para que sea ésta considerada adherente de conformidad al art. 2 LCGC.

---

<sup>512</sup> No hay que olvidar que el motivo de la promulgación de la LCGC fue trasponer a la legislación española la Directiva 93/13/CEE.

<sup>513</sup> El cambio de denominación de *profesional* a *empresario* realizado por el legislador delegado al crear la TRLCU no afectó a la LCGC al no tratarse de una normativa sobre consumidores. Por lo que, el LCGC continuó utilizando el término *profesional*.

<sup>514</sup> BADENAS CARPIO, J. M., «Artículo 2. Ámbito subjetivo», *op. cit.*, p. 87, nota 224. Lo mismo expresamos sobre la tautología *empresario-actividad empresarial* del TRLCU.

<sup>515</sup> Art. 2.1 LCGC.

<sup>516</sup> Art. 2.3 LCGC.



## **CAPÍTULO III**

### **CONTROL DE CONTENIDO**

#### **1. Introducción.**

La autonomía de la voluntad ya no es un garante del equilibrio contractual en las condiciones generales. Los adherentes no participan en la elaboración del contenido contractual, en cuanto que no les es permitido por parte del predisponente discutirlo o negociar individualmente. Esto no sería un problema si existiera competencia de condiciones generales, puesto que aseguraría un contenido adecuado al mercado y, por tanto, justo. Sin embargo, como ya lo hemos expuesto, esto no sucede con las condiciones generales. Los adherentes no las leen y valoran para adoptar la decisión de contratar. Por los motivos que hemos expuesto en los anteriores capítulos, esta conducta de los adherentes es razonable.

Los predisponente al saber la indiferencia que producen las condiciones generales pueden aprovecharse para tomar ventaja en su posición jurídica introduciendo condiciones desequilibradas a su favor. Por tanto, si es válido que los predisponentes utilicen cláusulas predisuestas, y teniendo en cuenta las grandes ventajas que representa la preelaboración del contenido contractual, la buena fe no permite la validez de cláusulas desequilibradas en perjuicio del adherente. La buena fe se torna más estricta cuando se trata de cláusulas en las que una de las partes no ha influido sobre su contenido porque su incorporación al contrato es imputable únicamente a la otra parte. Una de las partes, el adherente, no ha participado en la determinación del contenido de la misma.

Con ello se promueve la confianza de los adherentes. Pero no se trata de una confianza en el predisponente, en el sentido que éste no va a utilizar cláusulas contrarias a la buena fe por haberse visto disuadido por las sanciones del TRLCU, sino que se estimula la confianza del adherente en el ordenamiento jurídico, ya que tendrá certeza que no serán eficaces dichas cláusulas en virtud del art. 82.1 TRLCU. Y debido a ello, los adherentes podrán celebrar contratos fijando su atención únicamente en las cláusulas que regulen los elementos esenciales y las cláusulas relevantes para su decisión de contratar que los predisponente les hayan dado a conocer fehacientemente, despreocupándose del contenido de las demás cláusulas que, de no pasar el examen de abusividad, serán nulas. No deberá estar especialmente atento al contenido de las condiciones generales para cerciorarse del equilibrio contractual, o de la existencia de cláusulas que defrauden sus expectativas, en virtud que posee una protección legal que lo exime de cualquier deber de este tipo. Es lo que el adherente normalmente espera,

según el tipo de contrato y las circunstancias que rodean la contratación, del predisponente<sup>1</sup>.

El legislador español, a fin de afrontar este problema de vulnerabilidad del adherente, estableció un control judicial del contenido de las condiciones generales ejercido posteriormente a la celebración del contrato, el cual en lo sucesivo denominaremos simplemente como *control de contenido*<sup>2</sup>. Como lo señala MARTÍN PÉREZ, este control *permite entrar a enjuiciar el contenido, finalidad o efectos de una cláusula, para analizar si constituye un «abuso» para el consumidor y declara su nulidad en tal caso*<sup>3</sup>. Se pretende invalidar cualquier condición general que abuse de esta situación de vulnerabilidad en perjuicio del adherente que provoque un desequilibrio contractual. Como ha señalado el TJCE y el TJEU, esta protección legal contra cláusulas abusivas *se basa en la idea de que la situación de desequilibrio entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato*<sup>4</sup>. El legislador determinó que el control está compuesto en primer lugar por una cláusula general integrada por conceptos jurídicos indeterminados que definen cuándo es abusiva una condición general (art. 82.1 TRLCU). Esta cláusula general será abordada a continuación en el presente trabajo.

Ahora bien, el control antedicho no se agota con la cláusula general. El legislador adoptó un catálogo de supuestos específico considerados como cláusulas abusivas (Arts. 85 al 90 TRLCU). Por tanto, en principio puede aseverarse que el control de contenido es un sistema dual compuesto por una cláusula general y por un catálogo de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Sin embargo, este sistema dual que ha existido desde la promulgación del LGDCU de 1984 y que la Directiva 93/13/CEE igualmente ha seguido, puede ser cuestionada por el resultado de la refundición legislativa que dio como resultado la creación del TRLCU. Este tema será analizado en el presente capítulo posteriormente al análisis de la cláusula general, así como se han otras consideraciones en torno a ese catálogo de supuestos específicos de cláusulas abusivas.

Por último abordaremos una especie de control de contenido que se refiere al equilibrio subjetivo del contrato. Se trata de un control de ciertas condiciones generales que son

---

<sup>1</sup> BAÑEGIL ESPINOSA, «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», *AC*, 2000, p. 720.

<sup>2</sup>No es la única herramienta que el legislador español ha adoptado para mermar los efectos perniciosos de este problema. Como hemos expuesto en anteriores capítulos del presente trabajo, existen otras herramientas como deberes de información, control administrativo del contenido de condiciones generales de algunos sectores comerciales, etc.

<sup>3</sup> MARTÍN PÉREZ, J.A., «Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Estudios sobre consumo* (dirigidos por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012, p. 315.

<sup>4</sup> STJCE 27 junio 2000 (TJCE 2000/144), considerando 25. Este argumento ha sido citado recurrentemente por el TJCE y TJEU como la justificación de la promulgación de la Directiva 93/13/CEE. Así por ejemplo ha sido citada por en la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013/89) asunto C-415/2011.

incorporadas al contrato de manera subrepticia por el predisponente y que producen una alteración de aspectos del negocio que sí han sido tomados en cuenta por el adherente al momento de contratar. Ejemplo de ello son las cláusulas escondidas en el extenso texto de las condiciones generales y que aumentan el precio a pagar que había sido considerado y pactado por el adherente. La protección del adherente frente a tales cláusulas puede ser ejercida mediante diversas figuras legales. Una de ellas es la aplicación del control de contenido del art. 82.1 TRLCU. Es un control que tiene un matiz distinto al usual que se refiere al equilibrio objetivo de derechos y obligaciones.

## 2. Cláusula general (Art. 80.1.c) y 82.1 TRLCU).

Como se ha sostenido a lo largo del presente trabajo, la normativa española posee una cláusula general en que se determinan los parámetros a utilizar para examinar si una cláusula es abusiva. Estos parámetros que actualmente regulados en el TRLCU son muy similares a los que contenía la primera normativa legal española sobre este tema.

De esta manera, sin haber estado libre de críticas por su redacción, el art. 10 de la LGDCU de 1984 prescribía: *1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las Entidades y Empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: (...) c) Buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye: (...) 3º Las cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios.* (el resaltado es nuestro).

Como puede apreciarse, la idea de *buena fe y equilibrio contractual* se ha encontrado presente desde un principio en la legislación española protectora de consumidores. La razón de esto estriba en la clara influencia alemana en el legislador y doctrina española y europea sobre el tema<sup>5</sup>. Incluso los anteproyectos de Ley de Condiciones Generales de la Contratación seguían esta línea aunque con una redacción distinta que podría haber ocasionado resultados distintos a la normativa actual<sup>6</sup>. Con la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, la legislación española determinó como abusivas las cláusulas que *en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un*

---

<sup>5</sup> Vid. Capítulo I, apartado 7, *Antecedentes normativos y legislación actual sobre control general de condiciones generales en el Derecho español*.

De hecho, el término *cláusula abusiva* es de origen francés, pero los parámetros de control tienen su principal influencia en el sistema alemán.

<sup>6</sup> Vid. Art. 8 del anteproyecto de 1988, y art. 7.1 del anteproyecto de 1992.

*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*<sup>7</sup>.

Tal disposición se encuentra regulada en la legislación en dos artículos del TRLCU: 80.1.c) y 82.1. Aquél regula la prohibición de cláusulas abusivas dotándola de un matiz de control de incorporación al establecer que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir con los requisitos de: *buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas*. De hecho, el art. 80 TRLCU regula diversos requisitos de incorporación de las cláusulas *no negociadas individualmente*, siendo uno de esos requisitos la prohibición de incluir cláusulas abusivas al contrato. En cambio, el art. art. 82.1 se encuentra titulado como *concepto de cláusulas abusivas*. Además, es la disposición inicial del Libro II Título II Capítulo II del TRLCU, el cual es el capítulo en el que se regula ampliamente el tema de las cláusulas abusivas bajo la perspectiva constituir un control de contenido, y no de un requisito de incorporación. Por ello, a lo largo del presente trabajo hemos mencionado y mencionaremos preferentemente al art. 82.1 TRLCU en detrimento del art. 80.1.c) TRLCU para referirnos a la disposición legal que contempla el concepto de cláusulas abusivas<sup>8</sup>.

Como se desprende del concepto legal de cláusulas abusivas, es necesario realizar un análisis de los dos parámetros de control: *buena fe y desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor*. Previo a pasar a dicho análisis es necesario aclarar un punto que resulta obvio a la luz de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, pero que merece ser expuesto en vista de alguna jurisprudencia y doctrina. Para que una cláusula sea sometida a control de contenido es necesario que sea una condición general o, al menos una cláusula *no negociada individualmente* en el sentido que la ley lo entiende y hemos explicado en el Capítulo II. Una vez comprobada esa calidad se procede al examen de abusividad. Las *cláusulas no negociadas individualmente* son el objeto de control, pero no debe confundirse con el parámetro de control, puesto que éste es constituido por la buena fe y el desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones.

En otras palabras, la cualidad de condición general no lleva consigo la cualidad de abusiva. Mucho menos, la falta de negociación, entendida como discutir las cláusulas,

---

<sup>7</sup> Esta es la redacción correspondiente al art. 10.bis.1 párr. 1 LGDCU. La creación del TRLCU no hizo ningún cambio sustancial a la disposición legal, solamente incluyó en su art. 82.1 la frase y *usuario* a continuación de la palabra *consumidor*, lo cual no modifica los parámetros de control ni tampoco el ámbito de aplicación puesto que *consumidor* y *usuario* han sido siempre consideradas palabras sinónimas para los efectos de tutela legal.

<sup>8</sup> Esta duplicidad de normas que establecen el concepto de cláusulas abusivas no ha nacido a partir de la refundición que dio origen al TRLCU. La LGDCU, en su versión reformada por la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, contemplaba dos artículos: el art. 10.1.c) como requisito formal de incorporación (equivalente al art. 80.1.c) TRLCU) y el art. 10.bis.1 como control de contenido (equivalente al art. 82.1 TRLCU).

deberá ser el parámetro de control<sup>9</sup>. Esto que se ha mencionado insistentemente por la doctrina, y que no debería causar mayor problema práctico, es confundido por gran parte de la jurisprudencia española. Así, podemos citar como ejemplificante de ese criterio erróneo a la SAP Sevilla 30 abril 2008 (AC 2008/2252), la cual fundamenta sin más motivo que la falta de negociación de la cláusula la convierte en abusiva: *es evidente que dicha cláusula ha de tener la consideración de abusiva, al imponérsele a los demandados, sin la menor posibilidad de negociación. Y para comprobar el carácter abusivo, cita a testigos que declaran que a los adherentes no les fue posible eludir y eliminar dicha cláusula del contrato, la única alternatividad que le propuso la demandada era o formalizar el contrato con dicha cláusula o no formalizarlo, nunca eliminarla del clausulado.*

Por ello, resulta sorprendente que una cuestión primordialmente de mero derecho, como lo es analizar la ausencia de buena fe, y el desequilibrio de los derechos y obligaciones, sea resuelta como una cuestión de hecho: la comprobación de la inamovilidad de la voluntad del predisponente de modificar las condiciones generales<sup>10</sup>. Esta confusión de ninguna manera es generalizada en la jurisprudencia española. Vale resaltar sentencias que rechazan rotundamente cometer ese error. Por ejemplo, la SAP Valladolid 22 febrero 2003 (JUR 2003/85307) establece acertadamente *que la mera circunstancia de que nos hallemos ante una condición de carácter general, un contrato de adhesión o redactado unilateralmente por el vendedor, no prejuzga sin más la licitud y validez de la citada cláusula, pues lo relevante a estos efectos es si ésta se opone a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones en claro detrimento del comprador-consumidor*<sup>11</sup>.

Ahora bien, será enriquecedor exponer como primer punto una figura jurídica del ordenamiento jurídico estadounidense: la *unconscionability doctrine*. Ésta, si bien se encuentra incardinada en un sistema legal distinto al español o europeo, tiene puntos de coincidencia con el tema de control de contenido de condiciones generales regulado en

---

<sup>9</sup> En ese sentido, LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 115, No.4, 1967, p. 504, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2823](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2823) (consulta: 03/05/2014), sostiene que el solo hecho que se utilicen condiciones generales en la contratación es una justificación excesivamente rigurosa para desplazar basados en ese simple hecho la regla relativa a que la parte está vinculada por las cláusulas plasmadas en la parte superior de su firma. Agrega: *después de todo, prerredactar sus propios contratos difícilmente es "malum in se"*.

<sup>10</sup> Sí es una cuestión de hecho comprobar que las cláusulas cumplen con el ámbito objetivo de control. Es decir, si son predisuestas e impuestas. Pero el análisis de si es abusiva o no una cláusula no es una cuestión de derecho. Ahora bien, sí puede llegar a ser relevante cuestiones de hecho para el examen de abusividad cuando el control de contenido que se ejerce se encuentra destinado a invalidar cláusulas abusivas por intransparencia de los aspectos relevantes del contrato, el cual es un tipo de control distinto al que estamos analizando en el presente apartado de la demanda. En ellos sí es importante la conducta del predisponente en los tratos previos y en la actitud de defraudar las expectativas del consumidor adherente, lo cual genera un desequilibrio subjetivo del contrato. De allí que es importante la conducta lesiva a la transparencia por parte del predisponente. Sin embargo, este tema será abordado en el apartado 5 del presente capítulo.

<sup>11</sup> Vid. también SAP Madrid 6 marzo 2009 (JUR 2009/208887) y SAP Murcia 15 diciembre 2004 (AC 2005/275).

el ordenamiento jurídico español y europeo. En el siguiente apartado se explicará a grandes rasgos la *unconscionability doctrine* a fin de que sean comprendidas las posteriores citas que se hagan de ella. Posteriormente, se analizarán los dos elementos que componen el concepto de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico español. Se iniciará analizando la contravención a la buena fe, y a continuación el segundo elemento: el desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. Y como último punto se expondrá la influencia que puede tener en la calificación como abusiva de una cláusula, la Directiva 2005/29/CEE relativa a prácticas comerciales desleales.

## 2.1. Sistema estadounidense. *Unconscionability doctrine*.

Aun cuando en el presente trabajo no se realizará un análisis comparativo de la regulación jurídica estadounidense y española, es importante analizar ideas vertidas por la doctrina y jurisprudencia estadounidense sobre las figuras que sirven para ejercer control de contenido de las condiciones generales de los contratos. Pero para lograr esto, es necesario realizar una explicación sucinta de la normativa estadounidense equivalente a la de las cláusulas abusivas en España, a fin de lograr una mejor comprensión de la doctrina y jurisprudencia que se citarán más adelante.

La principal figura aplicada por los tribunales estadounidenses es la *unconscionability doctrine*<sup>12</sup>. Esta figura es de creación jurisprudencial y fue recogida por el *Uniform Commercial Code* (UCC)<sup>13 14</sup>. El UCC no es una ley estatal. Es un modelo de normativa elaborado por *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (NCCUSL) y por la entidad privada *American Law Institute* (ALI)<sup>15</sup>, el cual goza de

---

<sup>12</sup> Se denominará “*unconscionability doctrine*” y no “doctrina *unconscionability*” u otra forma similar para identificar a esta figura jurídica estadounidense a fin de evitar confusión con el vocablo “doctrina” que es usualmente utilizada en España. Vid., sobre la aplicación de esta figura como control de contenido por los tribunales estadounidenses, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, num. 3, otoño 2003, p. 1255, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=367172> (consulta: 03/05/2014).

<sup>13</sup> El texto del UCC puede ser consultado en: <http://www.law.cornell.edu/ucc/> (consulta: 03/05/2014).

<sup>14</sup> Como toda figura jurídica creada jurisprudencialmente, sus primitivas aplicaciones (previo al UCC) carecen de una fundamentación bien construida y definida. Sin embargo, resulta interesante encontrar sentencias antiguas en que ya se mencionan la *unconscionability doctrine*. Así por ejemplo la Corte Suprema de los EUA en el año 1870 dictó la sentencia del caso *Scott v. United States*, 79 U.S. (12 Wall.) 443, 445, 20 L. Ed. 438 (1870), en el que señaló: *Si un contrato es irrazonable o “unconscionable”, pero no es nulo por dolo, un tribunal le otorgará al demandante por su reclamo de indemnización por incumplimiento contractual, no de acuerdo al texto literal del contrato, sino sólo lo que equitativamente le corresponde reclamar.* (traducción libre). O más antiguamente pero en el Reino Unido, podemos encontrar sentencias como la del caso *Earl of Chesterfield v. Janssen*, 18 Eng. Rep. 82 pronunciada en el año 1750, en la que Lord Hardwicke describe a un negocio *unconscionable* como el que, por una parte, ninguna persona en su sano juicio o sin ser engañada realizaría, y, por otra parte, en el que ninguna persona honesta y justa aceptaría.

<sup>15</sup> El ALI es un prestigioso instituto privado cuyos miembros, según su página web ([www.ali.org](http://www.ali.org)), son elegidos por sus logros profesionales y demostrado interés en perfeccionar el Derecho. Los miembros



mucho prestigio e influencia en el ámbito jurídico privado estadounidense a tal punto de ser citada por la jurisprudencia y doctrina tal como si tratara de una auténtica ley estatal. El UCC contempla disposiciones sobre contratos de compraventa de bienes muebles (*sales of goods*) y otros contratos mercantiles. El propósito principal del UCC es servir como una especie de código modelo o proyecto de ley estatal de manera que los legisladores estatales lo tomen en cuenta, y así lograr la unificación de la legislación en todos los Estados que componen los Estados Unidos de América. Es así como, sus disposiciones han sido adoptadas voluntariamente de forma íntegra o parcial por todos los Estados a través de la promulgación de leyes<sup>16</sup>.

El § 2-302 del UCC es la disposición que contempla la *unconscionability doctrine* originalmente limitándolo a las ventas de bienes muebles, pero la jurisprudencia y doctrina lo amplió para formar parte como principio del Derecho contractual<sup>17</sup>:

§ 2-302. *Unconscionable contract or Term.*

(1) *If the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result.*

(2) *If it is claimed or appears to the court that the contract or any term thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present*

---

son eminentes jueces, abogados y profesores de EUA y varios países extranjeros. El número de miembros está limitado a un número de 3.000, sin contar a los miembros honorarios, vitalicios y ex officio.

<sup>16</sup> Salvo el Estado de Louisiana.

<sup>17</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting in the electronic age», *New York University Law Review*, vol. 77, 2002, p. 456, disponible en: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-77-2-Hillman-Rachlinski.pdf> (consulta: 03/05/2014). En su momento LEFF predijo que la *unconscionability doctrine* no se limitará a los contratos de venta de bienes muebles, sino que probablemente iba a expandirse de manera célere al Derecho contractual general. Vid. LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code...», *op. cit.*, p. 486, nota 4. Vid., a manera de ejemplo de la jurisprudencia, y la sentencia del caso *Weaver v American Oil Co*, 257 Ind, 458, 276 NE2d 144, 145-48 (1971), en la que el tribunal rechaza ejecutar una cláusula de exoneración de responsabilidad de un contrato de arrendamiento aplicando analógicamente el § 2-302 UCC. Consideró el tribunal que si esa misma cláusula hubiese sido incorporada a un contrato de venta de inmuebles igualmente sería *unconscionable*, por lo que es procedente calificarla de esta manera en este contrato de arrendamiento; y la sentencia del caso *John Deere Leasing Co v Blubaugh*, 636 F Supp 1569,1573 (D Kan 1986), en la que el tribunal reconoce como válida la aplicación analógica a contratos que no sean ventas de bienes muebles citando a numerosas sentencias que lo han hecho.

Incluso, se utiliza en la actualidad a ámbitos como el Derecho laboral sin ningún reparo al analizar judicialmente los contratos individuales de trabajo. Vid., por citar uno de los múltiples precedentes judiciales, *Armendariz v. Foundation Health Psych Care Services, inc.*, 99 Cal.Rptr.2d 745 (2000).

*evidence as to its commercial setting, purpose, and effect to aid the court in making the determination.*<sup>18</sup>

Así también ha sido contemplada la *unconscionability doctrine* en el *Restatement (Second) of Contract*, esta vez sin limitación del ámbito objetivo de aplicación correspondiendo su aplicación a todo contrato, sin distinción si se trata de un contrato de adhesión o no. El *Restatement (Second) of Contract* es una obra privada, y es elaborada, aprobada y publicada por la *American Law Institute (ALI)*<sup>19</sup>. Su objetivo es sistematizar los principios generales del ámbito contractual del *Common Law*. Goza de igual o mayor influencia que el UCC en los ámbitos académicos y judiciales. Específicamente dicha obra señala sobre la doctrina en cuestión:

§208. *Unconscionable contract or term*

*If a contract or term thereof is unconscionable at the time the contract is made a court may refuse to enforce the contract, or may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result*<sup>20</sup>.

El punto neurálgico de esta figura consiste en determinar qué significa *unconscionable*, ya que su configuración en los instrumentos antedichos no aclara tal punto. Este es un vocablo difícil de definir en el propio idioma inglés. GAVIN lo analiza de la siguiente

---

<sup>18</sup> Tomando en cuenta que el término “unconscionable” será explicado posteriormente, la disposición antedicha puede traducirse de la siguiente manera (traducción libre):

§ 2-302. *Contrato o cláusula “unconscionable”.*

*(1) Si un tribunal por interpretación jurídica encuentra que el contrato o alguna cláusula fue “unconscionable” al momento de su celebración, el tribunal puede rechazar la ejecución de dicho contrato, o puede ejecutar el resto del contrato sin tomar en cuenta la cláusula calificada como “unconscionable”, o puede también limitar la aplicación de una cláusula calificada como “unconscionable” a fin de evitar un resultado “unconscionable”.*

*(2) Si se alega o el tribunal considera que el contrato o cualquier cláusula puede ser calificada “unconscionable”, deberá otorgársele a las partes una oportunidad razonable de presentar evidencia sobre su establecimiento comercial, propósito, y efectos, a fin de auxiliar al tribunal en su resolución.*

<sup>19</sup> A diferencia de la UCC, el *Restatement (Second) of Contracts* no pretende ser un modelo uniformador de ley contractual, sino es una obra académica que pretendió desde su primera edición en 1932 informar a los jueces y abogados sobre los principios generales del *common law*. El *Restatement (Second) of Contracts* es un esfuerzo de codificación de la jurisprudencia estadounidense (*case law*) de la cual se extraen principios generales del Derecho contractual.

<sup>20</sup> Tomando en cuenta que el término “unconscionable” será explicado posteriormente, la disposición antedicha puede traducirse de la siguiente manera (traducción libre):

§208 *Contrato o cláusula “unconscionable”*

*Si un contrato o cláusula es “unconscionable” al momento de celebrar el contrato un tribunal puede rechazar la ejecución del contrato, o puede ejecutar el resto del contrato prescindiendo de la cláusula calificada como “unconscionable”, o puede también limitar la aplicación de cualquier cláusula unconscionable para evitar cualquier resultado “unconscionable”.*

manera<sup>21</sup>. La palabra *unconscionable* es la forma adjetiva de *unconscionability*. Y ambas son una derivación de la palabra *conscience* (conciencia). La mayoría de diccionarios definen la palabra *conscience* desde una perspectiva de moral y ética. Una definición podría ser: el conocimiento de un aspecto moral o ético de la conducta propia junto con el impulso de preferir el bien sobre el mal. Tomando en cuenta esto y agregándole el prefijo inglés “un” que significa “contrario a” o “carente de” nos encontramos con una definición antónima de la expuesta. Es decir, sería el impulso de preferir el mal sobre el bien. Con base a todo lo anterior, GAVIN sostiene que *unconscionability* puede identificarse con *imprudencia* e *irrazonabilidad*<sup>22</sup>. Aplicándolo a la pregunta inicial, una cláusula o contrato es *unconscionable* cuando es irrazonable o imprudente, o incluso inescrupuloso, desmesurado o exorbitante. Como puede apreciarse el término es difícil de aprehender por su abstracción y ya que carece de guías o elementos para acotarlo<sup>23</sup>.

Ante esta situación, la doctrina y jurisprudencia desarrolló la figura y le proveyó la estructura que aún en la actualidad, con más o menos fidelidad, es aplicada<sup>24</sup>. Al respecto, se determinó que existen dos tipos de *unconscionability*, una procedimental de formación del contrato (*procedural unconscionability*) y otra sustantiva sobre el contenido de la cláusula (*substantive unconscionability*). Ambas deben de estar presentes en una cláusula para que un tribunal rechace la ejecución de la estipulación contractual.

La *procedural unconscionability* se refiere a un defecto en la formación de la voluntad del adherente. Trata sobre un tipo de conducta del predisponente en la etapa precontractual o en la celebración del contrato<sup>25</sup>. Pero este “defecto” no llega a

---

<sup>21</sup> GAVIN, S.F., «Unconscionability Found: A Look at Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements 10 Years after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto», *Cleveland State Law Review*, vol. 54, 2006, p. 261, disponible en: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstrev/vol54/iss3/3/> (consulta: 03/05/2014).

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 261.

<sup>23</sup> Al respecto, LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code...», *op. cit.*, pp. 487 y 488, refiriéndose al § 2-302 UCC sostiene que no es nada clara la disposición, lo único que se puede extraer es que el término clave (*unconscionable*) es de carácter peyorativo. Incluso, sostiene que ni siquiera brinda pistas para determinar si la disposición pretende atacar al contenido del contrato o al procedimiento de celebración del contrato. En su obra, LEFF explica la evolución de la redacción de esta disposición del UCC. Refiriéndose a todas las figuras que abordan la problemática de la validez de las condiciones generales, HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 434, señalan que son *vague, ill-defined and easily muddled*.

<sup>24</sup> La doctrina cita usualmente a LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code...», *op. cit.*, *passim*, como la obra más influyente al respecto y que sentó las bases doctrinales de dicha figura. Así también se cita como uno de los precedentes judiciales más importantes sobre ello al dictado en el caso *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965). Vid., sobre la influencia de dicha obra y de dicho precedente judicial en el ordenamiento jurídico estadounidense, STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium; The Return of Unconscionability analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2004, pp. 817-821, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/228/> (consulta: 03/05/2014).

<sup>25</sup> Es por ello que, LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code...», *op. cit.*, p. 487, se refiere a la *procedural unconscionability* como malicia o picardía negocial (*bargaining naughtiness*).

constituir un vicio del consentimiento, pero la conducta llega a influir en el sentido de evitar que la voluntad sea con pleno conocimiento y real deseo de los efectos de la cláusula. Por tanto, cuando los tribunales determinan que existe *procedural unconscionability*, los factores que determinaron otorgarle esta calidad en la práctica son diversos, ejemplo de ello son<sup>26 27</sup>: utilización de complejas expresiones jurídicas ininteligibles para el adherente<sup>28</sup>; empleo de letra pequeña que dificulte la lectura<sup>29</sup>; disparidad de sofisticación de las partes<sup>30</sup>; carencia de oportunidad de estudiar el contrato y hacer consultas sobre su contenido<sup>31</sup>; incorporar cláusulas contradictorias<sup>32</sup>; esconder las cláusulas más gravosas para el adherente en la letra pequeña a fin de que pasen desapercibidas al momento de celebrar el contrato<sup>33</sup>; disparidad de poder negocial entre las partes; la parte con mayor poder utiliza cláusulas que son innegociables, y factores de mercado, tiempo y otras presiones no permiten a la parte débil contratar con otro sujeto bajo cláusulas más favorables o simplemente renunciar a contratar<sup>34</sup>; la incorporación de cláusulas sorprendentes por su contenido<sup>35</sup>; el adherente posee escasos recursos económicos<sup>36</sup> o carece de educación<sup>37</sup>, etc. Incluso, en algunos precedentes

---

<sup>26</sup> El caso *Bank of Indiana, Nat. Ass'n v. Holyfield*, 476 F. Supp. 104 - Dist. Court, SD Mississippi (1979), la divide estos factores en carencia de conocimiento y ausencia de voluntad. Vid., en el mismo sentido, caso *John Deere Leasing Co v Blubaugh*, 636 F Supp 1569, 1573 (D Kan 1986). En el caso *Wille v. Southwestern Bell Tel. Co.*, 549 P. 2d 903, 219 Kan. 755, (1976), el tribunal realiza un listado de factores o elementos para determinar cuándo una cláusula es unconscionable, detallándose en ella algunos de los factores que se describen a continuación pero sin separarlos de los elementos de la *substantive unconscionability*.

<sup>27</sup> Vale aclarar que varios de los factores que aquí se enuncian ya fueron criticados y refutados en el Capítulo I del presente trabajo, al demostrar que no constituyen factores determinantes que justifiquen una intervención estatal de su contenido. Por lo que esta enunciación obedece a dejar clara la postura histórica de la *procedural unconscionability* en EUA, pero no significa que acepta como correcta la misma.

<sup>28</sup> Vid. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

<sup>29</sup> Vid. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

<sup>30</sup> Vid. Caso *Industrialease Automated & Scientific Equipment Corp. v. R. M. E. Enterprises, Inc.*, 58 A.D.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977); y, *Fujimoto v Au*, 95 Hawaii f 16, 19 P3d 699, 738 (2001)

<sup>31</sup> Vid. Caso *Educational Beneficial, Inc. v. Reynolds*, 67 Misc.2d 739, 324 N.Y.S.2d 813 (1971)

<sup>32</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 457.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 457.

<sup>34</sup> Vid. *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960); *Industrialease Automated & Scientific Equipment Corp. v. R. M. E. Enterprises, Inc.*, 58 A.D.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977); y, *Fujimoto v Au*, 95 Hawaii f 16, 19 P3d 699, 738 (2001).

<sup>35</sup> Vid. Caso *Ting v AT&T*, 182 F Supp 2d 902, 929 (ND Cal 2002), en el que el tribunal encuentra suficientes elementos de sorpresa para determinar que hay *procedural unconscionability*.

<sup>36</sup> Vid. *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445, 448, (D.C. Cir. 1965), en la cual que el tribunal tomó en cuenta que el predisponente sabía que la adherente era madre de 7 hijos debiendo mantenerlos únicamente con los \$218 que recibía del Estado, y sin embargo el predisponente le vendió un producto electrónico musical por \$514.

<sup>37</sup> Vid. *Leonard v. Terminix Intern. Co., LP*, 854 So. 2d 529, Supreme Court of Alabama, (2002) ; y, *Kugler v Romain*, 58 NJ 522, 279 A2d 640,652 (1971).

judiciales ha bastado con que el contrato objeto del litigio sea de adhesión para considerar que existe *procedural unconscionability*<sup>38</sup>.

Según la fundamentación original de la figura, una vez comprobada la existencia de *procedural Unconscionability*, los tribunales deben analizar si las cláusulas a su vez poseen *substantive Unconscionability*<sup>39</sup>. Si la *procedural unconscionability* ha sufrido críticas doctrinales, las críticas más fuertes se dirigen hacia la *substantive unconscionability* por la ambigüedad con la que la jurisprudencia la ha aplicado. Usualmente los tribunales han señalado que la *substantive unconscionability* se encuentra en una cláusula por ser excesivamente severa (*overly harsh*)<sup>40</sup> o desequilibrada (*one-sided*)<sup>41</sup>, o es tan desequilibrada que puede ser calificada como opresiva (*so one-sided as to be oppressive*)<sup>42</sup>, o es irrazonablemente favorable al predisponente (*unreasonable favorable to the drafter*)<sup>43</sup>, o conmueve, escandaliza u ofende la conciencia (*shocks the conscience*)<sup>44</sup>. Pero aún estos términos utilizados son demasiado generales, y los tribunales usualmente fallan en determinar elementos objetivos con los cuáles puede ser calificada de esa manera una cláusula<sup>45</sup>.

Puede resumirse esta dualidad *procedural-substantive* de la *unconscionability doctrine* afirmando que el examen judicial de la obligatoriedad del contenido de una cláusula es provocado por la identificación de un defecto en la etapa precontractual o en la celebración del contrato que convierte particularmente en sospechoso al contenido del contrato de ser indeseable para el adherente<sup>46</sup>. Sin embargo, cabe aclarar que esta

---

<sup>38</sup> Vid. *Circuit City Stores, Inc v Adams*, 279 F3d 889,893 (9th Cir 2002); y, *Entergy Mississippi, Inc. v. Burdette Gin Co.*, 726 So. 2d 1202, 1208, (1998).

<sup>39</sup> El enorme énfasis que los tribunales dan a la forma de las condiciones generales para verificar si poseen *procedural unconscionability* es acertadamente criticado por KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1272 y 1273. Sostiene que están confundiendo los síntomas del problema con el problema mismo. La forma en que son presentadas las condiciones generales no modificarán la conducta que los adherentes tienen hacia ellas, puesto que de todas formas no las leerán y comprenderán. Deberían focalizar sus esfuerzos en el análisis de la *substantive unconscionability*.

<sup>40</sup> Vid. *A & M PRODUCE CO. v. FMC Corp.*, 135 Cal.App.3d 473 (1982).

<sup>41</sup> Vid. *A & M PRODUCE CO. v. FMC Corp.*, 135 Cal.App.3d 473 (1982).

<sup>42</sup> Vid. *Seus v. John Nuveen & Co., Inc.*, 146 F.3d 175 (1998), y *Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc.*, 170 F. 3d 1 (1999). Sobre este punto, GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements», *Vanderbilt Law Review*, vol 59, num 5, 2006, p. 1750, resalta que la jurisprudencia toma en cuenta la *oppressiveness* (opresión) de la cláusulas para determinar la *substantive unconscionability*.

<sup>43</sup> Vid. *Harris v. Green Tree Financial Corp.*, 183 F. 3d 173 (1999).

<sup>44</sup> Vid. *Monex Deposit Co. v. Gilliam*, 671 F. Supp. 2d 1137 (2009)

<sup>45</sup> Esta es una de las múltiples críticas que realice KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1273, a la conceptualización doctrinal y jurisprudencial de la *unconscionability doctrine*. Asimismo, WININGS, M. S., «The old, the ignorant, and the downright shameful: A Study of the Parties and Circumstances of Early American Cases that Shaped the Legal Doctrine of Unconscionability», 2005, pp. 1 y 2, <http://ssrn.com/abstract=650822> (consulta: 03/05/2014), critica esta multiplicidad de términos empleados por los tribunales, ya que ellos contribuyen poco en edificar una regla objetiva.

<sup>46</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1256.

dualidad *procedural unconscionability* – *substantive unconscionability* no ha sido aplicada fielmente por alguna jurisprudencia, ya que algunos tribunales han considerado suficiente la presencia de uno de estos dos elementos para despojar de validez una cláusula<sup>47</sup>. E incluso alguna parte de la doctrina moderna ha señalado que basta la presencia de tan solo uno de los dos tipos de *Unconscionability*<sup>48</sup>.

Tal como se puede apreciar, la jurisprudencia estadounidense es un poco vacilante y caótica si se analiza a la luz de la estructura española<sup>49</sup>. Esto obedece a que mezcla aspectos que en la legislación española corresponden al ámbito objetivo de aplicación del control de contenido, control de inclusión, el propio control de contenido, reglas de interpretación de las condiciones generales y vicios del consentimiento. Incluso, factores que en España llevarían a tener por no incorporada una condición general, no bastarían según la jurisprudencia estadounidense predominante e histórica para que el tribunal estadounidense rehúse la ejecución de la misma ya que será necesario probar también que el contenido es *unconscionable*<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Vid. *Resource Management Co. v. Weston Ranch*, 706, P.2d 1028 (1985), en la que el tribunal señaló que una *gran disparidad de las cláusulas, aún cuando no haya evidencia de procedural unconscionability, puede ser suficiente justificación para calificar como unconscionable a las mismas*; y, *Brower v. Gateway 2000*, 246 A.D.2d 246 (1998), en la que el tribunal determinó que un convenio arbitral es *unconscionable* únicamente basándose en un análisis del contenido del mismo.

<sup>48</sup> De esta manera, STEMPER, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, pp. 795-797, y 842, señala considerable cantidad de precedentes judiciales sugieren que la *procedural unconscionability* no es un prerrequisito de la *unconscionability* y que ello no es acorde a la naturaleza ni a la lógica conceptual de la *unconscionability doctrine*. Agrega que los dos tipos son analíticamente distintos y no deberían ser necesariamente entremezclados. Esto lo ejemplifica con casos extremos de convenios arbitrales. En un caso en que para leer el convenio arbitral se necesite un microscopio por ser demasiada diminuta la letra y que se haya empleado todo tipo de estrategias para que confundir al adherente de su contenido. STEMPER considera que aun cuando se estipule que el tribunal arbitral que conocerá del conflicto estará compuesto por Jimmy Carter, Albert Schweitzer y la Madre Teresa de Calcuta y sus reglas procedimentales son equitativas, el convenio arbitral debería no ser ejecutada debido a que posee *procedural unconscionability*. Lo mismo sucede en caso que el contenido del convenio arbitral sea inequitativo (reglas desequilibradas) aun cuando no hay problema de *procedural unconscionability*. Por ejemplo, si se establece que los árbitros aplicarán torturas a las partes procesales, y quien soporte más tiempo las torturas obtendrá el laudo arbitral favorable. Al margen de que puede ser declarado nulo bajo criterios de orden público, aplicando únicamente la *Unconscionability Doctrine*, este convenio arbitral debe rechazarse su ejecución debido a la sola presencia de *substantive unconscionability*.

<sup>49</sup> De hecho, alguna doctrina estadounidense califica como vaga esta dicotomía de la *unconscionability doctrine*, lo cual le da una amplio margen de libertad a los tribunales en el examen concreto de esta figura. Así, GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1751. Incluso, MARROW, P. B., «The Unconscionability of a Liquidated Damage Clause: A Practical Application of Behavioral Decision Theory», *Pace Law Review*, vol. 22, 2001, p. 49, disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol22/iss1/2/> (consulta: 03/05/2014), sostiene que *la doctrina y los tribunales han luchado por años intentando definir unconscionability, y la resultado de todos estos esfuerzos es que nadie sabe lo que realmente es hasta que se encuentra frente a ella*.

<sup>50</sup> Además, nos parece más acorde a la fundamentación del control de contenido que el hecho de que un contrato sea de adhesión no constituye una causal de *unconscionability* puesto que supondría un vicio o defecto de la voluntad del adherente. Presupone una patología o problema que debe ser atacado jurídicamente. Pero, en realidad, tal como lo hemos expuesto, un contrato de adhesión no supone tal cosa. No es un mal o problema el solo hecho que se trate de un contrato de adhesión. Sin embargo, una vez determinado que se trata de un contrato de adhesión, se habilita al tribunal a investigar si éste posee un problema en su contenido (si es desproporcionado o abusivo).

Pese a las diferencias en los sistemas jurídicos, la *procedural unconscionability*, en la medida de lo aplicable, será útil en el presente trabajo para desarrollar el tema de la buena fe en el control de contenido<sup>51</sup>, y la *substantive unconscionability* lo será para el tema del equilibrio de derechos y obligaciones.

Existen otras figuras en el ordenamiento jurídico estadounidense que se acercan al tema de las cláusulas abusivas. Tal es el caso de la figura de las expectativas razonables (*reasonable expectations doctrine*)<sup>52</sup>. En términos generales puede decirse que *propugna el respeto de las expectativas que de manera objetivamente razonable se haya podido formar el adherente, con independencia de los que se exprese el formulario utilizado por el predisponente, de manera que tales expectativas privan de toda validez al texto firmado cuando éste no sea conforme a ellas*<sup>53</sup>. Prevalece el acuerdo fáctico de las partes, por sobre el texto escrito del documento contractual. Debido a ello, *quedan fuera del contrato todas aquellas cláusulas del condicionado general que no hayan sido realmente conocidas y deseadas por el adherente, que no hayan sido esperadas ni, por ende, consentidas*<sup>54</sup>. Es decir, que los tribunales pueden invalidar cláusulas si las mismas contradicen las expectativas razonables del adherente<sup>55</sup>. Por tanto, la figura crea el deber de información del predisponente en el sentido de resaltar o hacer saber de forma inequívoca aquellas cláusulas que pudieran contradecir las expectativas razonables del adherente, a fin que dichas cláusulas sean válidas por haber sido conocidas, comprendidas y consentidas<sup>56</sup>.

Esta figura es mucho más antigua que la *Unconscionability* e históricamente ha sido de gran importancia. Sin embargo, desde una época reciente los tribunales tienden a subsumir la doctrina de las expectativas razonables dentro de la *Unconscionability doctrine* específicamente en la rama procedimental (*Procedural Unconscionability*)<sup>57</sup>. Por lo que es usual que en la jurisprudencia actual se señale que una cláusula es *unconscionable* al haber frustrado las expectativas razonables del adherente o incluso se

---

<sup>51</sup> Y es que, como señala la sentencia del caso *Best v. United States National Bank of Oregon*, 739 P.2d 554 (1987), p. 559, la *unconscionable doctrine* y la buena fe llegan a tener puntos coincidentes (*In this respect the good faith and unconscionability doctrines tend to run together*).

<sup>52</sup> Figura que fue inicialmente aplicada únicamente a los contratos de seguro, pero que con el tiempo la jurisprudencia aplicó a todo el ámbito contractual. Vid. para un análisis y críticas más amplios de la *reasonable expectations doctrine*, WARE, S.J., «A critique of the reasonable expectations doctrine», *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, num 4, otoño 1989, p. 1461 y ss, [http://works.bepress.com/stephen\\_ware/13/](http://works.bepress.com/stephen_ware/13/) (disponible: 03/05/2014).

<sup>53</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999, p. 167.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 168.

<sup>55</sup> HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting...», *op. cit.*, p. 459.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 460.

<sup>57</sup> KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1257 nota 199, y p. 1271.

prescinde de analizar la cláusula a través de las expectativas razonables<sup>58</sup>. En la práctica se han convertido en figuras coincidentes, aun cuando teóricamente no lo son.

En razón de lo anterior la figura de las expectativas razonables (*reasonable expectations doctrine*) podrá ser en cierta manera útil en el presente trabajo para el tema de las cláusulas abusivas por defecto de transparencia que se abordará en el apartado 5 del presente capítulo.

## 2.2. Buena Fe.

La buena es el primer elemento a aplicar para identificar si una condición general es abusiva. No es viable que se declare abusiva una cláusula sin que se valore inicialmente la presencia de una conducta contraria a la buena fe. El principio de la buena fe no toma un papel secundario o queda subsumido en la noción de desequilibrio de derechos y obligaciones, sino que éste es producto de una violación de aquélla<sup>59</sup>.

El TRLCU establece el control de contenido, el cual consiste en determinar cuándo una cláusula no negociada individualmente es una cláusula abusiva. Para ello se apoya en dos criterios: buena fe y desequilibrio importante de los derechos y obligaciones. Es

---

<sup>58</sup> Al respecto, KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, p. 1271, nota 264, cita como ejemplo los tribunales de California. Según KOROBKIN, los tribunales californianos declaran rutinariamente que para ser válidas las cláusulas no deben ser *unconscionable* ni contradecir las expectativas razonables del consumidor, pero *en todos los casos recientes en que se ha afirmado lo anterior los tribunales proceden a analizarlos únicamente bajo la doctrina Unconscionability*. En apoyo de lo anterior cita la sentencia del caso *Armendariz v. Foundation Health Psychcare Services, inc.*, 99 Cal.Rptr.2d 745 (2000).

<sup>59</sup> Esta observación es oportuna realizarla por aseveraciones como la de ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 17, 1993, p. 51, en la que, analizando a la Directiva 93/13/CEE, sostiene que basta con alguno de estos dos elementos para calificar como abusiva una cláusula. Además, es necesario exaltar esta observación debido a que usualmente la jurisprudencia opta por centrarse únicamente en analizar el segundo de los elementos (Desequilibrio), y no el de buena fe, el cual simplemente se menciona. Por ello, vale resaltar algunos ejemplos de jurisprudencia en los que efectivamente se valora la importancia de la buena fe en la valoración de cláusulas abusivas: SAP Alicante 17 abril 2000 (AC 2000/1746) y SAP Alicante 19 noviembre 2002 (JUR 2003/53559).

Por otro lado, afortunadamente la redacción del TRLCU es claro en requerir estos dos elementos. Esto no puede predicarse del legislador italiano al trasponer la Directiva 93/13/CEE a su normativa interna. El art. 33.1 Codice del Consumo (anteriormente 1469 bic comma 1 del Codice Civile), incorporaba la frase *malgrado la buona fede*, lo cual podía interpretarse como *independientemente de la buena fe*. Esto podía llevar a pensar que no importaba si era contraria a la buena fe, sino que basta la existencia de desequilibrio de los derechos y obligaciones para calificar de abusiva a una cláusula. Vid. al respecto, ALPA, G., «The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Italy», *ERPL*, 1997, num 2, 1997, p. 182, y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004, p. 95, nota 182.

Vid., al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 96 y 97, quien crítica a algunos autores, sobre todo italianos, que reducen a uno el elemento constitutivo de abusividad: desequilibrio objetivo de obligaciones y derechos.



necesario que se compruebe la existencia de ambos requisitos<sup>60</sup>. Debe resaltarse que la buena fe constituye el elemento central de la definición legal de cláusulas abusivas, puesto que la utilización de cláusulas predispuestas desequilibradas es prohibida por la buena fe. Es decir que el desequilibrio *per se* de las condiciones generales no constituye elemento suficiente para calificarlas de abusivas.

La importancia de este elemento se palpa en diversas legislaciones o proyectos de leyes, como en el Anteproyecto de LCGC de 1992. En éste se utilizaba a la buena fe como principal elemento para el examen de abusividad, prescindiendo del desequilibrio de derechos y obligaciones. Así, su art. 7.1 (equivalente al art. 82.1 TRLCU), prescribía que (s)erán nulas de pleno derecho las cláusulas de condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe. De hecho, la experiencia alemana nos demuestra que el origen de esta figura se encuentra en la violación de la buena fe contenida en el § 242 BGB. Con base en la jurisprudencia que anuló diversas condiciones generales mediante la aplicación de dicha disposición, el legislador alemán decidió promulgar la AGBG<sup>61</sup>.

Esto es importante puesto que nos permite entender el rol de la buena fe en la anulación de cláusulas abusivas, el cuál es usualmente obviado por la doctrina y jurisprudencia<sup>62</sup>. El control de contenido se justifica por la ausencia de una plena autodeterminación del adherente, y como consecuencia de ello éste se encuentra en una situación de vulnerabilidad siendo posible que se introduzcan condiciones generales contrarias a sus

---

<sup>60</sup> PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid, 2004, p. 187; DUQUE, J., «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000, p. 473.

<sup>61</sup> Por ello no podemos compartir la opinión de BOSCH CAPDEVILA, E.; GIMÉNEZ COSTA, A., «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RCDI*, 2005, p. 1764, cuando sostienen que el elemento esencial lo constituye el *desequilibrio económico*. En realidad son ambos (buena fe y desequilibrio importante) esenciales para la configuración de las cláusulas abusivas, pero primeramente éstas son una violación a la buena fe. Con más acierto, MIQUEL RODRÍGUEZ, J., «Comentario a la disposición adicional tercera de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por el mismo autor y ARROYO MARTÍNEZ, I.), Madrid, 1999, p. 284, destaca *el papel esencial de la buena fe en los contratos en los que existen cláusulas no negociadas, pues permite corregir los desequilibrios que derivan del hecho de que la regla contractual haya sido fijada exclusivamente por una de las partes*.

<sup>62</sup> Este descuido de analizar la función de la buena fe en el examen de las cláusulas abusivas, ha sido puesto de relieve por PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en...*, *op. cit.*, p. 187, al asegurar que, pese a ser el elemento central, *la generalidad de la doctrina y jurisprudencia no han acertado a desarrollar una tesis coherente y fundamentada en torno al significado que conlleva sobre las implicaciones del principio de buena fe en este campo*. Anteriormente, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», *La Ley*, 1999, Ref. D-211, tomo 5, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), en igual sentido, había advertido la carencia de desarrollo de los elementos (buena fe y equilibrio) en la jurisprudencia, al expresar que las sentencias *se limitan a exponer una serie de consideraciones genéricas sobre la libertad contractual, o su ausencia en supuestos de contratación por adhesión y, en su caso, acerca de la necesidad de establecer cortapisas a los abusos que se pretenden cometer al amparo de esta fórmula contractual*. Además de reconocer el rol central de la buena fe sobre el tema.

intereses sin que repare en ello o no preste atención a ello al momento de contratar. Tomando en cuenta esto, resulta lógico que la buena fe tiene su aplicación en el momento de incorporación de las condiciones generales al contrato. Es decir, en ese momento de vulnerabilidad del adherente.

La buena fe impone un deber a quien elabora, o más bien, a quien incorpora las condiciones generales, de abstenerse de aprovechar consciente o inconscientemente ese momento de vulnerabilidad del adherente introduciendo condiciones generales favorables a sí mismo prescindiendo de tomar en cuenta los intereses del adherente, de manera que genere un desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del adherente<sup>63</sup>. Por tanto, la buena fe no hace referencia al contenido de las condiciones generales, sino a la conducta del predisponente al redactarlas, y, sobre todo, al incorporarlas al contrato. La cláusula no lesiona la buena fe. Sí lesiona la buena fe la conducta del predisponente por redactarla, y sobre todo, incluirla en el contrato. Tampoco hace referencia a la ejecución de buena fe del contrato (*ex post*), sino que se refiere al deber de buena fe aplicable al momento previo de celebración del contrato, o al momento mismo de celebración del contrato (*ex ante*).<sup>64</sup>

Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ: *El juicio de buena fe no se refiere al equilibrio jurídico resultante en el marco de la relación contractual –de otra manera no añadiría nada al segundo elemento constitutivo del supuesto de hecho de la cláusula general– sino a la valoración de la conducta del predisponente en un momento histórico concreto, el de la predisposición*<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 97.

Vale aclarar que más adelante se explicará que no es necesario que exista un ánimo de dañar o de aprovechamiento de parte del predisponente.

Las SAP Alicante 17 abril 2000 (AC 2000/1746) y SAP Alicante 19 noviembre 2002 (JUR 2003/53559) conceptualizan con cierta certeza el elemento de la buena fe pero desde la perspectiva del adherente: (...) *el ordenamiento jurídico rechaza que el predisponente pueda aprovechar su situación de superioridad en la relación contractual ya que el ciudadano debe estar tranquilo en que podrá contratar bienes y servicios sin tener que sortear continuas trampas contractuales en las que se otorgan ventajas al predisponente o se impongan obligaciones al adherente que no sean razonablemente previsibles atendida la naturaleza del negocio* (...).

<sup>64</sup> Debido a ello, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4, se muestra crítico de la idea bastante difundida que sostiene que la buena fe del art. 10.bis LGDCU (ahora 82.1 TlCU) se refiere al deber de buena fe únicamente que extrapolable al momento de perfección del contrato. Ejemplo de esta idea errónea es la SAP Valencia 11 septiembre 2009 (JUR 2009/262626) y la SAP Valencia 11 febrero 2009 (JUR 2009/262626).

<sup>65</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 97. En similar sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional 1ª, 3 (art. 10 bis.1, apdos. 1º y 4º)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 940, sostiene que la buena fe *hace referencia sobre todo a un control material de la regla contractual por razón del procedimiento empleado y a una consideración de todas las circunstancias que pueden ser relevantes para juzgar el equilibrio contractual* (...). Por otra parte, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 3, resalta que la introducción de las estipulaciones al contrato es la que es contraria a la buena fe.

El principio de buena fe se erige como una barrera contra el comportamiento oportunista del predisponente<sup>66</sup>. Es de esta manera como ha entendido un sector de la doctrina estadounidense al principio de la buena fe<sup>67</sup>. Se sostiene que todo contrato

---

No obstante, ALFARO-AGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 82 y 246, aseguró que buena fe se refiere a la conformidad de las condiciones generales con el Derecho dispositivo.

<sup>66</sup> SEPE, S. M., «Good Faith And Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective», *Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-28*, 2010, p. 18, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1086323> (consulta: 03/05/2014).

<sup>67</sup> En general en el ámbito del *Common Law* ha habido cierta reticencia a este principio ya que lo consideran ajeno a su sistema legal. Así, WHITTAKER, S., y ZIMMERMANN, R., «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en *Good Faith in European Contract Law* (editado por los mismos), Cambridge, 2004, advierten que los abogados del *Common Law* tradicionalmente tienden a calificar a la Buena fe como un *invitación a los jueces para abandonar su deber de razonar legalmente sus resoluciones y para realizar una invocación de valores personales nada analítica*. Sin embargo, en EUA ha habido una buena adaptación del principio aún cuando siempre existen voces contrarias (minoritarias) al mismo. Como lo señala FARNSWORTH, A., «The concept of Good Faith in American Law», 1993, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth3.html> (consulta: 03/05/2014), en EUA el concepto de buena fe ha sido aceptado desde hace décadas, a tal punto que han sido incorporados deberes generales de buena fe en el UCC (§ 1-203) y *Restatement (Second) of Contracts* (§ 205). Lo mismo no es predicable del Reino Unido puesto que en dicha nación la doctrina y jurisprudencia en general han mostrado una fuerte resistencia en reconocer la utilidad y necesidad de este principio, incluso particularmente en ámbitos como el de las cláusulas abusivas. Así, TEUBNER, G., «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences», *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 11, califica de un *virus infeccioso* al principio de buena fe al criticar la introducción en la legislación británica el elemento de la buena fe al trasponerse la Directiva 93/13/CEE y en general de la introducción de ese principio a través del movimiento uniformador del Derecho Europeo. Sostiene que, si bien en EUA ha encontrado hace un tiempo acogida, los tribunales británicos lo han rechazado enérgicamente en varias ocasiones al tratarlo *como una enfermedad contagiosa de origen extranjero*. Sobre la falta de un principio general de buena fe reconocido legal, y doctrinalmente, GOODE, R., «The concept of “Good Faith” in English Law», 1992, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html> (consulta: 03/05/2014), sostiene que se debe a motivos históricos, y que la aversión actual hacia el mismo se debe a que, según él, les gusta pensar a los británicos que la predecibilidad de un resultado jurídico de un caso es más importante que la justicia absoluta. Aun cuando advierte que este pensamiento puede ser equivocado, sostiene que prefieren brindar seguridad jurídica a los comerciantes extranjeros al evitar que los tribunales tenga la facultad de modificar las condiciones de los contratos al aplicar conceptos vagos de justicia y honestidad. Ejemplo de la aversión de tribunales británicos hacia el principio es la sentencia *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453, en la cual, afirma: *un deber de negociar de buena fe es tan impracticable en la realidad, como también es inherentemente inconsistente con la posición de una parte negociadora*. Encuentra el tribunal una incertidumbre de cuándo una de las partes tiene la seguridad de poseer el derecho de retirarse o renunciar a seguir negociando. Agrega, *el concepto de deber de continuar las negociaciones de buena fe es inherentemente contradictoria respecto de la posición adversaria que existe entre las partes cuando entablan negociaciones*. Por lo que sostiene que toda persona puede retirarse cuándo lo desee sin ningún tipo de responsabilidad.

Por último, HESSELINK, M. W., «The Concept of Good Faith», en *Towards a European Civil Code* (editado por Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., y otros), tercera edición, Nimega, 2004, pp. 497 y 498, aun cuando se muestran críticos con el verdadero valor del principio a tal punto de estimar innecesario incluirlo en un eventual código civil europeo, exalta a los abogados del *Common Law* que no deben preocuparse por esta introducción del principio a su sistema puesto que los tribunales alcanzan los mismos resultados aplicando otras figuras o principios. Por lo que no generará ningún cambio la adopción del principio general de buena fe en su sistema legal. Igualmente, GOODE, R., «The concept of “Good Faith...»», *op. cit.*, acepta que en muchos casos, los tribunales británicos llegan al mismo resultado solo que aplicando reglas o principios que no el de la buena fe.

siempre será incompleto en el sentido de que no contemplará una estipulación especial y su consecuencia jurídica para cada supuesto específico que pueda suceder por remoto que este sea<sup>68</sup>. Por lo que las partes se centran en detallar los aspectos que consideran importantes o situaciones que con cierta probabilidad pueden ocurrir, lo cual es económicamente racional tal como se ha expuesto al inicio del presente trabajo. Pero esto permite que alguna de las partes se aproveche de ello en perjuicio de la otra (*opportunistic behavior*). Podrá intentar de tomar ventaja *ex ante* o *ex post*<sup>69</sup>.

En consecuencia las partes se verán forzados a asumir mayores costes de transacción al tener que emplear recursos en prevenir y protegerse de conductas oportunistas de la otra parte. La contratación se convierte en costosa<sup>70</sup>. En virtud de ello, es económicamente racional que existan deberes impuestos legalmente como el de la buena fe con el objeto de que las partes tengan la confianza que cualquier conducta oportunista será legalmente neutralizada. Para el tema que nos ocupa, la conducta oportunista que se ataja con el

---

<sup>68</sup> Así, COHEN, G. M., «Interpretation and Implied Terms in Contract Law», en *Encyclopedia of Law and Economics* (editado por Bouckaert, B., y De Geest, G.), 2000, version utilizada es la disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473854>, sostiene que los contratos completos son los que contienen una descripción completa y detallada de todas las posibles contingencias a ocurrir e incorpora cláusulas explícitas dictando una respuesta o solución para cada una de ellas. Si un contrato fuese “completo”, el rol de un tribunal únicamente correspondería a ejecutar el contrato de acuerdo a su texto literal. No se necesita ningún tipo de interpretación ni aplicar algún tipo de término implícito, ni Derecho dispositivo, ni cláusulas generales. Sin embargo, la realidad demuestra que los contratos nunca son completos. Siempre surgen contingencias no previstas en su texto. El hecho que los contratos sean diseñados de forma incompleta es económicamente racional. Los costes de lograr la completitud usualmente excederán a sus beneficios. Nos referimos a los costes de negociación y redacción del contrato, máxime cuando se trata de contingencias remotas difíciles de prever, costes de cada parte en monitorear a que la otra parte cumpla con cada uno de los numerosos términos específicos acordados (es indeseable para ambas partes), puede haber asimetría de información lo cual torna más costoso negociar y alcanzar a redactar un contrato completo, costes de oportunidad por el retraso en celebrar el contrato, etc. Incluso se presentan inconvenientes prácticos como el de la sensación de desconfianza que se transmite entre las partes el deseo de redactar un contrato tan extenso y detallado para convertirlo en “completo”. En similar sentido, SEPE, S. M., «Good Faith And Contract...», *op. cit.*, p. 18.

Vale aclarar, aunque resulte obvio, que las nociones de contrato completo e incompleto son puramente teóricas y que su utilidad es académica y doctrinal a fin de justificar la existencia de algunas figuras jurídicas.

<sup>69</sup> Respecto de aprovechamiento *ex post*, se ha señalado que implican conductas que se aprovechan de la falta de previsión contractual de un hecho convirtiendo en más onerosa la transacción en perjuicio de una de las partes, por lo que se frustran las expectativas contractuales de éstas.

<sup>70</sup> La conducta oportunista es costosa para quien resulta afectado por ella al verse sorprendido por la contraparte. Pero también todas las partes contractuales, o en general la contratación en abstracto resulta afectada por ese fenómeno, ya que las partes aumentan sus costes de transacción a fin de evitar y protegerse contra el oportunismo. Emplean tiempo en la redacción de un texto detallado a fin de volverlo lo más completo posible, invierten dinero en asesoría jurídica, aumentan los costes de oportunidad, etc. Por lo que el hecho de no ser *completos* los contratos deja de ser económicamente racional si se va acompañada del oportunismo de las partes. Vid., KLEIN, B., «Transaction Cost Determinants of “Unfair” Contractual Arrangements», en *Borderlines of Law and Economics Theory*, vol. 70, No. 2, 1980, p. 356 disponible en: [http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/klein\\_B\\_unfair.pdf](http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/klein_B_unfair.pdf) (consulta: 03/05/2014).

principio de buena fe es la de introducción de cláusulas desequilibradas a favor del predisponente (*ex ante*)<sup>71</sup>.

La parte final del considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE nos da una idea de lo que debe entenderse por buena fe, así dice que *los empresarios pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta*<sup>72</sup>. El TJEU, al analizar dicho cuerpo normativo comunitario, ha señalado a ese considerando 16 en diversas sentencias para clarificar el sentido de la cláusula general<sup>73</sup>. Se desprende de ello que la buena fe para calificar de abusiva una cláusula es en sentido objetivo, tal como lo sostiene la doctrina<sup>74</sup> y la jurisprudencia<sup>75</sup> de manera prácticamente unánime.

---

<sup>71</sup> Al respecto, COHEN, G. M., «Interpretation and Implied Terms in Contract Law», en *Encyclopedia of Law and Economics* (editado por Bouckaert, B., y De Geest, G.), 2000, versión utilizada es la disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1473854> (disponible en: 03/05/2014), agrega que usualmente los autores se centran en analizar la buena fe y conducta oportunista desde la perspectiva *ex post*, olvidando que tal conducta puede ocurrir igualmente *ex ante* en casos como el apuntado, u otras conductas como la del predisponente de excluir del texto contractual compromisos adquiridos verbalmente.

<sup>72</sup> Las demás pautas que contiene el considerando 16 han sido criticados por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Directivas “a la carta”», *BEUR*, 1997, pp. 6 y 7, nota 2, por considerarlos inútiles para el examen de abusividad. Sin embargo, dicha crítica es válida en cuanto no es posible utilizar dichas pautas cuando se trate de una cláusula objetivamente desequilibrada, pero sí será útil para la determinación del deber de transparencia que existe en caso de cláusulas que defraudan las expectativas de los consumidores sobre aspectos relevantes del negocio, tal como se verá más adelante. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 97. En todo caso, la mención a la *solidaridad entre deudores* no tiene ninguna trascendencia jurídica. AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España», *RCD*, 1998, p. 1550 y 1551.

<sup>73</sup> Vid., por todas, STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013/89) del asunto C-415/2011. Afirmó el tribunal sostiene que en atención a los argumentos de la abogada general y el considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE, *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*. Sin embargo, no estamos de acuerdo en que el tribunal debe estimar si el consumidor habría aceptado o no la cláusula en una negociación individual. Este tema lo hemos abordado anteriormente. El considerando 16 es claro al afirmar que al momento de celebrar el contrato el predisponente debe tratar de manera leal y equitativa al consumidor. Lo cual implica tomar en cuenta los intereses del consumidor al elaborar e introducir las condiciones generales al contrato. El criterio que si habrían sido aceptadas o no las condiciones generales por el consumidor no fue contemplado por el legislador comunitario.

<sup>74</sup> A modo de ejemplo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinado por el mismo), Navarra, 2000, p. 758; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», *RGLJ*, 1987, pp. 642 y 643; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. E., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, p. 474; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4; MARTÍNEZ SANZ, F., «Buena fe», en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, p. 484; AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe...», *op. cit.*, p. 1570; BAÑEGIL ESPINOSA, «Cláusulas abusivas en los...», *op. cit.*, p. 720; VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, 1995, p. 1537; SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Navarra, 1996, p. 62; PETIT LAVALL, M. V., *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996, p. 132.

<sup>75</sup> Vid. STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010/702). La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales es numerosa respecto de ello. Vid., de manera ejemplificativa, SAP Valencia 11 septiembre 2009 (JUR 2009/262626), SAP Valencia 11 febrero 2009 (JUR 2009/262626); SAP Asturias 14 junio 2007 (JUR 2007/300897) y SAP Asturias 17 enero 2006 (AC 2006/13). En ese sentido, la SAP Madrid 8 septiembre 2005 (AC 2005/1554), sostiene que se trata de la buena fe objetiva, la cual *consiste en dar al contrato*

Es decir que exige que los predisponentes actúen conforme a la reglas de objetivas de honradez del comercio o el tráfico jurídico en la contratación bajo condiciones generales<sup>76</sup>. Y es que el art. 82.1 TRLCU con la frase “*en contra de las exigencias de la buena fe*”, alude precisamente a ese standard objetivo de conducta. Aplicando el deber de buena fe al tema de las condiciones generales, el predisponente deberá abstenerse de incorporar cláusulas desequilibradas en perjuicio del adherente<sup>77</sup>.

Con esto queda descartado que sea necesario para calificar de abusiva un cláusula que el predisponente sea consciente o tenga el ánimo de incorporar cláusulas desequilibradas a su favor. En otras palabras, la mala fe queda definitivamente fuera de la definición legal de cláusula abusiva, en cuanto ésta supone una actuación contraria a la buena fe con conocimiento de estar obrando de esa manera<sup>78</sup>. No se refiere a la buena fe subjetiva, sino objetiva<sup>79</sup>. Como lo sostienen WHITTAKER y ZIMMERMANN, la buena fe objetiva *constituye un standard de conducta al que el comportamiento de una parte debe de adecuarse y por el cual podrá ser juzgado*<sup>80</sup>. Se refiere a un *standard de conducta honestidad, de lealtad y de consideración hacia la otra parte, en actuar con el debido respeto de los intereses de ésta, e implica y comprende la protección de la confianza razonable de la misma*<sup>81</sup>. Esto acarrea la consecuencia de no ser necesario

---

*cumplida y debida efectividad, para la realización del fin propuesto, lo que exige comportamientos justos, adecuados y reales de los interesados. Además, acepta otro concepto de esa buena fe: comportamiento objetivo y legal y decisión de plegarse a un modelo que pueda entenderse como honesto y generalmente aceptable.*

<sup>76</sup> Así, la SAP Valencia 11 febrero 2009 (JUR 2009/262626) manifiesta que *la buena fe impone que el profesional predisponente respete en las cláusulas predispuestas e impuestas al consumidor los intereses legítimos de éste, de acuerdo con las reglas de lealtad y de equidad*. En el sistema estadounidense, aun cuando la *unconscionability doctrine* no contempla expresamente el elemento de la buena fe, existen algunas sentencias que la aplican para atacar su validez. Así, en una de las sentencias más antiguas sobre el tema, *Hume v. United States*, 132 U.S. 406 (1889), se afirma que los tribunales siempre se opondrán de ejecutar un negocio se encuentre en contradicción con *the public policy of honesty, fair dealing, and good morals*.

<sup>77</sup> En palabras de DUQUE, J., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, p. 474, *el contenido de este requisito implica al contratante que impone sus cláusulas a un contratante consumidor que no abuse de su poder*.

<sup>78</sup> Sin embargo puede ser importante para la valoración de la culpa *in contrayendo* por la nulidad del contrato. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, p. 717 y ss.; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., en Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 935 y 936

<sup>79</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., vol. I, 2007, pp. 60 y 464. La buena fe en sentido subjetivo consiste en *la creencia nacida de un error excusable de que la conducta que realiza o ha realizado no va contra derecho* (p. 60).

<sup>80</sup> WHITTAKER, S., y ZIMMERMANN, R., «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en *Good Faith in European Contract Law* (editado por los mismos), Cambridge, 2004, p. 30. Comentario que es realizado por dichos autores al analizar la diferencia entre *Treu und Glauben* (buena fe objetiva) y *guter Glaube*n (buena fe subjetiva) en el Derecho alemán.

<sup>81</sup> WHITTAKER, S., y ZIMMERMANN, R., «Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape», en *Good Faith in European Contract Law* (editado por los mismos), Cambridge, 2004, p. 31.

probar una intención o voluntad de obrar contra la buena fe cuando se trata de buena fe objetiva. Es irrelevante el conocimiento o intención del predisponente<sup>82</sup>.

No hay que olvidar que la finalidad del art. 82.1 TRLCU es la de establecer un equilibrio jurídico en cláusulas en las que falte una plena libertad contractual, producto del deber del predisponente de tratar de manera leal y honesta a sus clientes. Esa conducta leal y honesta exigida por la buena fe objetiva, en el caso de las cláusulas abusivas, se refiere a abstenerse de introducir cláusulas que vulneren el equilibrio objetivo de derechos y obligaciones, o que frustren las expectativas del adherente o que contradigan el equilibrio subjetivo del contrato<sup>83</sup>. De no aprovecharse de la situación de vulnerabilidad del adherente a favor suyo, mediante esa conducta<sup>84</sup>.

El predisponente no debe defraudar la confianza del adherente en que aquél actúe conforme a las reglas de conducta de la buena fe en el sentido que las condiciones generales que se incorporen tomen en cuenta los intereses del adherente y sean equilibradas<sup>85</sup>. El predisponente redacta estipulaciones que llegarán a sustituir el Derecho dispositivo aplicable al contrato, y sobre las cuales el adherente no tiene ningún interés en comprenderlas y valorarlas previo a la celebración del negocio. Es decir que, en principio, el predisponente goza de plena libertad para redactarlas no teniendo ningún incentivo para hacerlas de manera equilibrada. En este sentido, el adherente debe confiar en que las condiciones generales sean objetivamente equilibradas, y que, en caso de hacerlo, el ordenamiento jurídico neutralizará dichas

---

<sup>82</sup> Razón por la cual no podemos compartir la opinión de GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 1998, p. 1608, p. 12, quien sostiene que *para que exista abuso contractual debe existir mala fe, entendida en su aspecto subjetivo más bien que en el aspecto objetivo de desequilibrio contractual*.

<sup>83</sup> Al respecto, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., *Las condiciones generales de los...*, p. 173, sostiene que dada que la iniciativa de incorporar condiciones generales corresponde exclusivamente al predisponente, el deber de buena fe se debe extremar, debiendo el predisponente *realizar una distribución de derechos y obligaciones equitativa y razonable, que conduzca a la satisfacción del fin natural del negocio en cuestión sin sorpresas de ningún tipo*.

<sup>84</sup> Así, BALLESTEROS GARRIDO, J. A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4. Respecto al sistema estadounidense, EISENBERG, M.A., «The role of fault in contract law: unconscionability, unexpected circumstances, interpretation, mistake, and nonperformance», *Michigan Law Review*, vol. 107, 2009, p. 1418, disponible en; <http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/107/8/eisenberg.pdf> (consulta: 03/05/2014), sostiene que un contrato será *unconscionable* si existe una deficiencia moral, entendida como contraria a la moralidad y *standar*es sociales como lo es el aprovechamiento de situaciones de debilidad de la parte contraria.

<sup>85</sup> Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 941. Agrega que, *la protección de la confianza es indispensable para simplificar el tráfico jurídico*. Por otro lado, desde un punto que consideramos más teórico-académico, es interesante la propuesta de STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, p. 848, para determinar cuándo una cláusula es *unconscionable*. El autor propone que para determinarlo deberían de revertirse los roles de las partes contractuales. De esta manera, si el predisponente no estaría dispuesto a aceptar esa cláusula si él tomara el lugar del adherente en el negocio, entonces debe ser declarada *unconscionable*. Consideramos que no es un criterio práctico adoptable puesto que el juez tendría que analizar el fuero interno del particular predisponente y de esto dependerá su anulación. Lo cual no encaja en el concepto de *cláusulas abusivas* de la legislación española y europea.

condiciones generales por ser abusivas<sup>86</sup>. Así también el adherente debe confiar que no rompan el equilibrio subjetivo de las cláusulas plenamente consentidas por el adherente o que no frustren sus expectativas forjadas por el mismo, de lo contrario serán invalidadas por ser cláusulas abusivas por intransparentes, tal como se expondrá en el apartado 3 del presente capítulo.

Comprendiendo esto, se resuelven algunos problemas de aplicación. Por ejemplo, la cláusula penal por incumplimiento del adherente plantea la duda si para ser abusiva de conformidad al art. 85.6 TRLUC debe ser *desproporcionadamente alta* respecto de los daños previsibles al momento de contratar o de los daños efectivamente causados una vez el incumplimiento se materialice<sup>87</sup>. Al respecto, existen criterios doctrinarios contrapuestos<sup>88</sup>. Sin embargo, basta con comprender que el fundamento de control de contenido se encuentra en la vulnerabilidad del adherente de que se incorporen cláusulas desequilibradas en perjuicio suyo, y que por tanto, el elemento de la buena fe del art. 82.1 TRLCU lo que pretende es atacar este aprovechamiento del predisponente (consciente o no) de la vulnerabilidad de su contraparte, para comprender que una cláusula penal será desproporcionalmente alta respecto de los daños previsibles al momento de contratar. No puede reprochársele al predisponente que ha desatendido el deber de buena fe del art. 82.1 TRLCU al haber incorporado en la cláusula penal una suma igual a los daños previsibles, aun cuando posteriormente los daños efectivamente

---

<sup>86</sup> En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 942, *los consumidores deben poder confiar en el ordenamiento jurídico, concretamente en que no impondrá la validez de condiciones generales o cláusulas predisuestas que signifiquen un tratamiento jurídico desigual de las partes del contrato*. Agrega dicho autor que la necesidad de confianza, puede ser vista desde la protección del adherente frente a la conducta de la otra parte de abstenerse de introducir cláusulas abusivas, como también la protección de la confianza depositada por el adherente en el ordenamiento jurídico frente a cláusulas abusivas (p. 945). Desde nuestra perspectiva, consideramos que ambas formas de ver este asunto son igualmente válidas puesto que son dos caras de una misma moneda. Sin embargo, nos parece más adecuada desde el punto de vista de exigencia dirigida al predisponente de abstenerse de introducir cláusulas abusivas, puesto que el elemento de la buena fe del que trata el art. 82.1 TRLCU se refiere precisamente a ese deber de conducta aplicable al predisponente. En primer término debe de entenderse que el predisponente está llamado a atender los intereses del adherente.

<sup>87</sup> Artículo 85. *Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.*

<sup>88</sup> Así, QUICIOS MOLINA, S., «Disposición adicional primera. Seis: Disp. Adic. 1ª-I.3ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 904, sostiene que debe examinarse si es desproporcionada respecto del daño efectivamente ocasionado, ya que no cree que *a priori, antes del efectivo incumplimiento, pueda decidirse sobre la abusividad de tal cláusula*. Por el contrario, CAFFARENA LAPORTA, J., «Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 3ª, segunda parte)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, pp. 1030 y 1031, sostiene que *parece claro que a la hora de examinar si la indemnización prevista es desproporcionadamente alta el momento en que debemos situarnos o, mejor dicho, debe situarse el juez es el momento de la celebración del contrato*. En consecuencia son desproporcionalmente altos los montos estipulados en la cláusula penal en comparación con los daños previsibles al momento de celebrar el contrato. También, MARTÍ MARTÍ, J., «Cláusula penal o cláusula abusiva», *La Ley*, 2002, Ref. D-71, tomo 3, la versión utilizada es la electrónica disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), sostiene que el análisis de abusividad de cláusula penal es con base a *las circunstancias concurrentes en el nacimiento del contrato*.



ocasionados sean menores. El predisponente ha actuado conforme a la buena fe al momento de contratar, y su conducta no puede calificarse que violenta el standard de conducta de honestidad y lealtad, puesto que los daños previsibles en ese momento coinciden con los plasmados en la cláusula penal. Es decir, que una cláusula penal en esta situación no cumpliría con el requisito de ser contraria a la buena fe, y por tanto se desestimaría la acción de nulidad contra la misma.

Es por ello, que para declarar abusiva una condición general se valoran las circunstancias presentes al momento de contratar, y no las que posteriormente sucedan (Art. 82.3 TRLCU). En definitiva, la prohibición de las cláusulas abusivas no es herramienta adecuada para hacerlo<sup>89</sup>. No obstante, esto no inhibe que se utilicen otras herramientas legales que neutralicen cláusulas, conductas y reclamaciones judiciales con base a las circunstancias generadas posteriormente a la celebración del contrato que sean perjudiciales para el adherente. Así, siguiendo el ejemplo de la cláusula penal, el art. 1154 CC contempla la potestad de moderación judicial de cláusulas penales, el cual ha ido ampliándose jurisprudencialmente su ámbito de aplicación al punto de ser una herramienta para moderar muchas cláusulas penales<sup>90</sup>.

Pero no parece aplicable la figura de las *prácticas abusivas* contempladas en el art. 82.1 TRCLU, puesto que difícilmente puede calificarse que un reclamo judicial de un predisponente por una suma que corresponde a la cláusula penal pactada sea calificada como una *práctica*. De hecho, el predisponente estaría ejerciendo un derecho contractual y no una realizando una actuación de hecho. La figura de las *práctica*

---

<sup>89</sup> CAFFARENA LAPORTA, J., «Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 3ª, segunda parte)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 1029. En ese mismo sentido, la doctrina estadounidense ha advertido que la *unconscionability doctrine* no es la herramienta idónea para tal finalidad, ya que esta examina a las cláusulas con base a las circunstancias de celebración del contrato. Por lo que advierten que deben aplicarse otras figuras para ello. Así, EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, p. 234, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016/> (consulta: 03/05/2014), sostiene que la *unconscionability doctrine* no es apta para ello, *esto se debe tanto porque el tribunal no puede inferirse una explotación de una situación de inferioridad o conducta deshonesto, y porque el principio de unconscionability es tradicional y adecuadamente reservado para conductas impropias al momento de formación del contrato.*

Debido a ello, es reprochable que el legislador delegado que creó el TRLCU haya aprovechado la potestad otorgada para incluir el siguiente nuevo supuesto de cláusula abusiva específica en el 87.6 parte final TRLCU: *la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados*. Esto rompe con el fundamento de control de contenido de las condiciones generales, y con los elementos que se utilizan para determinar si es abusiva o no la cláusula, en especial el de la buena fe.

<sup>90</sup> El art. 1154 CC prevé la moderación, según su texto: *cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*. Pese a ello, CAFFARENA LAPORTA, J., «Disposición adicional 1ª, 6 (cláusula 3ª, segunda parte)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 1029, advierte que la jurisprudencia la moderación judicial ha operado en otros supuestos, incluso en caso de incumplimiento total del contrato. Agrega que *para llegar a dicha solución se parte de entender que la pena para un incumplimiento total se produce un incumplimiento parcial o irregular, sin excluir otros, y que la regla encuentra su fundamento en la desproporción que en tal caso puede guardar la pena con el incumplimiento habido.*

*abusivas* más bien parece dirigirse esa figura a las prácticas que no han sido previstas en el texto contractual, y que por ello el predisponente se aprovecha realizando estas prácticas que no le están prohibidas en la reglamentación contractual. Además, las consecuencias jurídicas previstas para esa figura son ineficaces para neutralizar reclamos indemnizatorios desproporcionados en relación de los daños efectivamente ocasionados. Si un predisponente realiza ese reclamo indemnizatorio desproporcionado ante un tribunal, carece de sentido que el tribunal *anule* dicha práctica<sup>91</sup>. Lo adecuado es que el tribunal estime parcialmente el reclamo únicamente por la suma de daños y perjuicios efectivamente ocasionados, por lo que la figura de moderación de la cláusula penal contemplada en el art. 1.154 CC es la más adecuada para estos casos.

### 2.3. Desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones

Hemos expuesto en el apartado anterior que la buena fe del art. 82.1 TRLCU se refiere, de manera abreviada, al deber del predisponente de no aprovecharse de la situación de vulnerabilidad del adherente incorporando condiciones que *causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato*. La conducta contraria a la buena fe se concretiza mediante el segundo elemento de *abusividad*: el desequilibrio importante de derechos y obligaciones. Este elemento se refiere al contenido de las condiciones generales que se estudien y se puede manifestar de dos maneras, la cuales son condiciones generales que: a) sean objetivamente desequilibradas en sus derechos y obligaciones; o, b) alteren subrepticamente el equilibrio económico consentido plenamente por el adherente de manera que frustren las expectativas legítimas del adherente sobre el contenido contractual<sup>92</sup>. Este último supuesto será abordado en el apartado 5 del presente capítulo<sup>93</sup>. Cada uno de estos dos supuestos encaja en el elemento antes expuesto descrito en el art. 82.1 TRLCU.

En el presente apartado se abordará el primero de esos supuestos: el desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones. Sin duda este es el supuesto más común abordado por la doctrina y jurisprudencia española cuando se aborda el control de contenido de las condiciones generales. En vista que las condiciones generales no son fruto de una autodeterminación bilateral en que las partes definan un equilibrio (Subjetivo) de los

---

<sup>91</sup> Vid. BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo: cláusulas abusivas», 2008, pp. 6 y 7, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es), quienes acertadamente destacan esta inconsistencia normativa.

<sup>92</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., pp. 98 y 99.

<sup>93</sup> El autor español que ha desarrollado más claramente estos tres supuestos ha sido PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 101. Así, dicho autor se refiere al primero de los supuestos como desequilibrio normativo o jurídico; y se refiere al segundo y tercero de los supuestos como desequilibrio económico. Sin embargo, los argumentos expuestos en el apartado 3.1.2., el capítulo II del presente trabajo son aplicables al presente, en el sentido que no es viable definir cuándo una cláusula es puramente jurídica. Por ello, hemos preferido referirnos al primer supuesto como desequilibrio objetivo, y al segundo y tercer supuesto como desequilibrio subjetivo.

derechos y obligaciones, es necesario que el tribunal examine objetivamente si son equilibradas. Es decir, el examen objetivo del equilibrio de las cláusulas se refiere a que el tribunal debe determinar si la reglamentación contractual contempla una distribución de los derechos y obligaciones que respete y atienda los intereses de ambas partes, y no solo los intereses del predisponente<sup>94</sup>.

Esto no implica que el juez deba valorar si existe una igualdad de derechos, o, lo que es lo mismo, no consiste en otorgar los mismos derechos entre las partes. Los derechos y obligaciones tienen diferente significado y repercusión en cada una de las partes, por ello no es procedente una simple comparación entre los del adherente y los del predisponente<sup>95</sup>. La desigualdad de derechos contractuales entre las partes producto de una comparación de los mismos no es el examen adecuado de la abusividad de las condiciones generales<sup>96</sup>. La reciprocidad o igualdad de derechos y obligaciones no acarrea un equilibrio.

Así por ejemplo, un convenio arbitral incorporado al contrato en el que únicamente el consumidor se encuentra obligado a ejercer sus acciones mediante arbitraje<sup>97</sup>. Podría asegurarse entonces, siguiendo el criterio de reciprocidad, que el convenio arbitral es abusivo puesto que sólo el adherente queda compelido a demandar en arbitraje, no así el

---

<sup>94</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 98.

<sup>95</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, 2002, p. 948. Agrega el autor que la simple comparación de derechos entre las partes no es útil para el examen de abusividad, ya que *la igualdad formal de las partes ha de ser ante el Derecho y no ante las condiciones generales, por eso éstas no sirven para decidir, por sí solas, si son válidas*. En sentido similar, DUQUE, J., «Las cláusulas abusivas...», *op. cit.*, p. 481, señala que el asumir un mismo derecho ambas partes mediante condiciones generales, *produce un la apariencia de igualdad entre derechos y obligaciones de las partes, es un equilibrio aparente, pues los efectos reales que, en caso de ejercicio, se producen para cada una de las partes es distinto*.

<sup>96</sup> Sin embargo, existen algunas sentencias que parecen aplicar este examen comparativo de reciprocidad de derechos, así por ejemplo, la SAP Córdoba 18 julio 2003 (AC 2003/1419) sostiene que en el contrato bajo estudio no se contempla una cláusula penal en caso que el predisponente desee dar por terminado unilateralmente el contrato de mantenimiento de ascensor, pero sí lo hace respecto del adherente. Según el tribunal, son abusivas las cláusulas penales sólo *aquellas que hace referencia a alguna de las partes, cuando ambas, no sólo una, están en idéntica posición al objeto de incurrir en el supuesto de hecho del que derivaría de aquélla*. Además, en la sentencia se cita un precedente judicial en que analiza la abusividad del monto de la cláusula penal bajo la perspectiva de la reciprocidad. De manera similar, SAP Cantabria 15 abril 2003 (JUR 2003/204145) sostiene que la cláusula penal en un contrato de mantenimiento de ascensores, *debe declararse su nulidad, no sólo por ser abusiva en cuanto (...) no se prevé una obligación equivalente para la entidad actora en caso de incumplimiento del contrato por su parte (...)*.

<sup>97</sup> Este fue el caso de *Iwen v. US West Direct*, 977 P. 2d 989 (1999). El predisponente había insertado un convenio arbitral en la orden de publicación de un anuncio en páginas amarillas. La persona que había contratado los servicios de publicación de un anuncio se encontraba compelido a demandar al publicista en sede arbitral. Dicho convenio en lo que nos interesa afirmaba: *Cualquier controversia o reclamo surgido del o relativo al presente contrato, o un incumplimiento del mismo, que no se trate de una acción ejercida por el Publicista para el cobro de montos adeudados por el presente contrato, deberá ser resuelto por arbitraje de acuerdo a las reglas de la Commercial Arbitration Rules of the Arbitration Association (...)* (el resaltado es nuestro). El tribunal resalta que este es un *claro ejemplo de convenio arbitral que carece de mutualidad de obligaciones, desequilibrio, y que contiene términos que son irrazonablemente favorables al predisponente*.

predisponente. No es recíproco el convenio arbitral. Sin embargo, bajo la misma lógica, si se incluye un convenio arbitral aplicable para reclamos de cualquiera de las partes contractuales superará el examen de abusividad. Es una cláusula recíproca en tanto ambas partes deben acudir ante un tribunal arbitral a hacer sus reclamos. Este es un criterio erróneo. El convenio arbitral es abusivo independientemente de su reciprocidad, ya que produce al adherente desventajas para ejercer su defensa, ya sea como demandante o como demandado<sup>98</sup>. Similar argumento podría aplicarse en un caso una cláusula en que se señala el monto máximo indemnizable reclamable por cualquiera de las partes por incumplimiento de obligaciones en un contrato de transporte aéreo. La reciprocidad de esta limitación, no implica equilibrio.

Así lo ha sostenido atinadamente la STS 15 abril 2014 (RJ 2014/3122). En ese caso se impugnaba una cláusula penal en caso que el consumidor incumpliera su obligación de celebrar el contrato de compraventa de vivienda. Uno de los argumentos de consumidor era que es abusiva esa cláusula penal porque el contrato no prevé una cláusula penal correlativa en caso de incumplimiento del predisponente. El TS desestima este argumento sosteniendo que el incumplimiento tiene consecuencias de distinta naturaleza para una y otra parte. Adicionalmente resolvió que *el simple hecho de que exista una cláusula correlativa a favor del comprador para caso de incumplimiento del vendedor no garantiza por sí sola el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes. De hecho, una condición general que estableciera una indemnización desproporcionada a favor del predisponente en caso de incumplimiento del contrato imputable al consumidor no podría quedar justificada mediante la inclusión de una cláusula "espejo" en la que se estableciera una indemnización equivalente a favor del consumidor, cuando el incumplimiento del predisponente fuera improbable, porque se trataría de un equilibrio solo aparente que encubriría una cláusula gravemente perjudicial para el consumidor.*

Otro ejemplo de criterio jurisprudencial acertado sobre el rechazo de la reciprocidad para determinar la abusividad es el utilizado en la sentencia estadounidense del caso Szetela v. Discover Bank. 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002), en ella el tribunal analizaba el caso de una condición general en que ambos, tanto el emisor de la tarjeta de crédito como el tarjetahabiente, renunciaban a iniciar cualquier tipo de acción colectiva contra la otra parte<sup>99</sup>. Al respecto el tribunal advierte que si bien en el sistema estadounidense

---

<sup>98</sup> Salvo si se trata de un convenio especial de consumo reglado por la legislación protectora de consumidores.

<sup>99</sup> Sobre estas cláusulas de renuncia a acciones colectivas existe un debate doctrinal y jurisprudencial en EUA sobre su validez. La sentencia citada en este apartado resume la corriente que las considera inválidas. Otras sentencias que siguieron esta misma línea, son Mandel v. Household Bank, 129 Cal. Rptr, 2d 393 (Ct. App 2003), en la que el tribunal determinó que era *unconscionable* la cláusula en la que se establecía una prohibición de ambas partes a iniciar acciones colectivas *sin el consentimiento escrito de la otra parte*. Este debate y otros que conciernen a cláusulas que pretenden truncar acciones colectivas puede consultarse en SAFI, R.S., «Beyond unconscionability: Preserving the class mechanism under state law in the era of consumer arbitration», *Texas Law Review*, vol. 83, No. 6, 2005, p. 1715 y ss. En la legislación española no cabría duda de que es nula, puesto que las normas que contemplan las acciones colectivas son de orden público. Por ejemplo, las condiciones generales que contradigan las normas sobre

es viable legalmente una acción colectiva de los emisores de tarjetas de créditos contra sus usuarios, no es usual que suceda una acción de este tipo en la práctica. Agrega el tribunal que la verdadera razón por la que el predisponente incluyó dicha cláusula es que, una vez surja un conflicto, el tarjetahabiente desista de iniciar acciones judiciales por el elevado coste de hacerlo individualmente en comparación con la baja cuantía del reclamo, ya que no podrá agruparse con otros usuarios a fin de iniciar una acción colectiva que baje los costes y sea viable económicamente ejercer la acción<sup>100</sup>. Afirma el tribunal, que el predisponente pretendía obtener una inmunidad contra acciones colectivas de sus usuarios sin provocar un detrimento similar en sus derechos por la renuncia similar que hace él mismo a iniciar acciones colectivas contra sus usuarios<sup>101</sup>. En consecuencia, determina que la cláusula es *unconscionable*<sup>102</sup>. En ese sentido, el tribunal ha reconocido que los derechos tienen un significado e impacto distinto en cada parte. Por lo que no es equilibrado el simple reconocimiento recíproco de un derecho, renuncia u obligación<sup>103</sup>.

En consecuencia, deben limitarse como regla general aseveraciones como la planteada por la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC 2011/1121) al calificar como desequilibrada una condición bajo el argumento que ubica al predisponente *en una situación jurídica de predominio y ventaja, a partir de la atribución al profesional de una serie de derechos, -frente al incumplimiento del comprador-, de los que no goza éste, faltando así al necesario equilibrio y reciprocidad en las posiciones jurídicas de las partes, en claro detrimento de los derechos del actor-consumidor.*

Sin embargo, sí existen casos en que la reciprocidad es relevante para el examen de abusividad por tener igual o similar significado y repercusión en cada una de las partes un derecho u obligación. Algunos de esos ejemplos son algunos de los supuestos contemplados en el art. 87 TRLCU. Ha estimado el legislador que la titularidad generada contractualmente de un igual o similar derecho u obligación para ambas partes

---

acciones colectivas contra el uso de ciertas condiciones generales son declaradas nulas de pleno derecho por el art. 8.1 LCGC.

<sup>100</sup> De hecho, reconoce el tribunal que la cláusula contraría unas de las razones por las que han sido diseñadas las acciones colectivas: economizar el acceso a la justicia y aumentar la eficiencia del proceso judicial.

<sup>101</sup> Adicionalmente el tribunal señala que es negativas las consecuencias de la renuncia del adherente porque al no ser viable a éste reclamar judicialmente conflictos de montos bajos, no tiene desincentivos el predisponente para abstenerse de realizar esas conductas que originaron el problema en perjuicio del usuario. Además, sabiendo que serán pocos usuarios los que inicien acciones individuales y que por tanto una sentencia favorable al usuario, las sentencias definitivas individuales a favor de los pocos demandantes no generará el efecto colectivo a favor de los demás usuarios que se encuentren en la misma situación pero que no iniciaron la acción individual. Sólo se beneficiará el único o los pocos que decidieron iniciar la acción individual. Por lo que el predisponente prácticamente se ha concedido a sí mismo una licencia para actuar contra las buenas prácticas comerciales. Licencia que, según el tribunal, equivale a la tarjeta “Salga libre de la cárcel” del juego de tablero Monopoly.

<sup>102</sup> Remarca que posee *substantive unconscionability*.

<sup>103</sup> En palabras contundentes del tribunal: *The manifest one-sidedness of the no class action provision at issue here is blindingly obvious.*

torna objetivamente equilibrada estas cláusulas<sup>104</sup>. En definitiva no se puede sostener que la igualdad de derechos y obligaciones de las partes es sinónimo de equilibrio contractual objetivo, puesto que *[l]a igualdad formal de las partes ha de ser ante el Derecho y no ante las condiciones generales*<sup>105</sup>.

Descartada como regla general la mera comparación de reciprocidad o igualdad de derechos y obligaciones contractuales, no hay que perder de vista que el objeto perseguido por el control de contenido es *conseguir el resultado final que conseguiría si las condiciones generales hubieran sido fruto de un verdadero ejercicio de la autonomía privada, y este resultado no es otro que un contenido contractual equilibrado*<sup>106</sup>. Este equilibrio debe de intentar encontrarse mediante parámetros objetivos, a fin de reducir la subjetividad en la apreciación judicial. Debe utilizarse un modelo ideal del contrato que oriente al juez para determinar si el predisponente ha diseñado condiciones generales equilibradas. El parámetro objetivo e ideal por excelencia son las normas legales vigentes aplicables al contrato.

De ello se deduce que no es necesario que exista un perjuicio patrimonial por la cláusula, sino que debe haber *una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentra, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales*<sup>107</sup>.

La comparación entre los derechos y obligaciones consignados en las condiciones generales y los que establecen el Derecho vigente, debe proporcionarnos la respuesta de si las cláusulas son desequilibradas<sup>108</sup>. Es un excelente parámetro puesto que se presume

---

<sup>104</sup> Sin embargo, no todos los supuestos contemplados en el art. 87 TRLCU obedecen a motivos de falta de reciprocidad, pese a que así es enunciado por el legislador. Por ejemplo en el art. 87.6 se contemplan como abusivas los contratos de prestación de servicios de tracto sucesivo o continuado con plazos de duración excesivos, o cláusulas penales que no correspondan a los daños efectivamente causados.

<sup>105</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *op. cit.*, p. 948.

<sup>106</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87.

<sup>107</sup> Párrafo 23 de la STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014/7) del asunto C-226-12. Al examinar este elemento, dicho tribunal reafirma que *la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste*.

<sup>108</sup> De hecho, el art. 59.2.1º TRLCU podría ser útil para consolidar esta idea al ordenar al legislador acudir a las normas contractuales civiles y mercantiles a fin de aplicarlas en los contratos con consumidores, a falta de normas específicas protectoras de consumo o sectoriales. Tal como lo establece, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 59 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 477, el objeto de la norma es coordinar las relaciones entre el Derecho contractual especial de consumo y el Derecho común de contratos, principalmente contenido en el CC. Por lo que acudir primero a las normas protectoras especiales de consumidores, y a falta de este a las normas generales contractuales, como parámetros comparativos en el examen de abusividad de las condiciones generales está plenamente legitimado en esta disposición legal. En cuanto a la jurisprudencia, la SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010 (AC

que las normas legales vigentes aplicables al tipo contractual de que se trate han sido elaboradas por el legislador de una manera objetiva, cuidando establecer un equilibrio contractual de los intereses de las partes<sup>109</sup>. Un asunto ha sido regulado de cierta manera por el legislador debido a que ha considerado que esa es la manera equilibrada, adecuada y justa en que se debe desarrollar ese aspecto de la relación jurídica.

Por lo que, el haber regulado en el contrato de manera distinta ese aspecto, merece un análisis del juzgador, ya que, *no se puede olvidar que el objetivo de las condiciones generales de la contratación que incorporan cláusulas contractuales es, en principio, eludir las soluciones jurídicas creadas por el legislador, reemplazando las soluciones equilibradas previstas por el legislador por otras concebidas de manera unilateral en beneficio de los intereses particulares de una de las partes*. Por tanto, debe compararse la cláusula sometida a control de contenido a la reglamentación legal.

El legislador comunitario, en el considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE, reconoce esa presunción de equilibrio de las normas legales dispositivas, al no someter a control de contenido las cláusulas declarativas. Considerando 14 Directiva 93/13/CEE: *Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte (...)*.

---

2011/1121) parece adoptar esta idea al señalar que para la normativa sobre condiciones generales es esencial evitar que provoquen un *desplazamiento de los riesgos*, otorguen *injustificadamente al predisponente facultades*, o impongan *obligaciones al adherente, apartándose de la regulación legal del contrato*.

<sup>109</sup> Razón por la cual DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961, pp. 333 y 334, le atribuyó a las normas dispositivas una *función ordenadora*, que no permiten ser desplazadas contractualmente sin un motivo suficiente. Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 98, reconoce al Derecho dispositivo como parámetro para determinar el equilibrio objetivo de las condiciones generales, ya que es *equilibrada e imparcial*. También destacan esta rol del Derecho positivo en materia de cláusulas abusivas, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinado por el mismo y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 758; BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 6; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1998, N° 4, p. 54, nota 4.

No obstante, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 945, plantea desde otra perspectiva el rol del Derecho dispositivo al matizar la idea de DE CASTRO Y BRAVO sosteniendo que *pueden existir razones para que la buena fe exija que esas normas (las dispositivas) operen como imperativas en ciertas circunstancias*. Agrega que en algunos casos la *interpretación sistemática y la finalidad protectora del consumidor exigirá atribuirles el carácter imperativo, cuando, por el contrario, según un criterio general de libertad se considerarían dispositivas*. Además, tomando en cuenta que el consumidor desconoce típicamente el contenido de las condiciones generales, *la buena fe impone que el Derecho normal (dispositivo o supletorio) se aplique, es decir, el que sería aplicable sin la cláusula*.

Argumento que es reiterado en la STJUE 21 marzo 2013 (TJCE 2013/93) asunto C-92/11 al afirmar que respecto del Derecho imperativo y del Derecho dispositivo, es *legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones las partes en determinados contratos*<sup>110</sup>. De hecho, en ese caso la abogada general Sra. VERICA TRSTENJAK expuso en sus conclusiones que, debido a esa presunción de equilibrio, el legislador comunitario estableció deliberadamente la exclusión de control de las condiciones generales que reproducen normas legales vigentes, tanto imperativas como dispositivas (art. 1.2 Directiva 93/13/CEE). Agregó que la intención del legislador fue que *las condiciones generales de contratación sólo debían someterse a examen en la medida en que se apartasen del Derecho vigente* (apartado 42 de las conclusiones de la abogada general)<sup>111</sup>. De manera que, el control de contenido contemplado en el art. 3.1 Directiva 93/13/CEE fue instaurado con el propósito de examinar las normas que se desvían de esa presunta reglamentación equilibrada (normativa vigente aplicable al contrato).

Más contundente ha sido el TJEU al pronunciarse sobre el rol del Derecho dispositivo en el examen del equilibrio de la cláusula. En la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013/89) del asunto C-415/2011 afirmó que *para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente* (párrafo 68)<sup>112</sup>. Criterio que ha sido confirmado en la STJUE 16 enero 2014 (TJCE 2014/7) del Asunto C-226-12.

Ahora bien, las condiciones generales que se apartan de lo prescrito en una norma legal imperativa no necesitan ser sometida a control de contenido. Son nulas de pleno derecho conforme al Art. 6.3 CC y 8.1 LCGC. No son sometida a algún examen de abusividad, buena fe, equilibrio de derechos y obligaciones, etc. La contradicción de normas imperativas acarrea la nulidad antedicha, siendo inútil cualquier otro análisis. Por lo que, el examen comparativo que hemos expuesto deberá hacerse únicamente respecto de

---

<sup>110</sup> Estas consideraciones son también reproducidas en la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088).

<sup>111</sup> La abogada general basa su argumentación haciendo una reseña del procedimiento legislativo de aprobación de la Directiva 93/13/CEE, en la cual queda claro que la voluntad del parlamento fue esa.

<sup>112</sup> Este argumento fue sostenido por el TJUE al acogerse a los considerandos respectivos expuestos por la abogada general Juliane Kokott en dicho caso. En su conclusión 71, la abogada general sostuvo que (n) *o puede evaluarse si una cláusula causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor sin examinar cómo regula el Derecho nacional el caso en que las partes no hayan establecido ninguna estipulación. Sólo en caso de que el consumidor, debido a la cláusula contractual, quede en peor situación que con la aplicación de las normas legales, podrá provocar la cláusula una alteración abusiva de los derechos y deberes contractuales en su detrimento.*



las condiciones generales que sea apartan de lo regulado en las normas dispositivas vigentes aplicable a ese contrato. Son estas condiciones generales las que se someten al examen de abusividad por desviarse de las normas legales dispositivas.

El art. 59.2.1º TRLCU refuerza esta idea de utilizar el Derecho dispositivo como elemento para examinar el equilibrio de las condiciones generales. Esta norma prescribe que *los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos*. La disposición reafirma la prevalencia de las normas especiales de la legislación protectora de consumidores. Por lo que, si una cláusula contradice una de esas normas, obviamente no será válida la cláusula al prevalecer la norma. Si la legislación especial no regula ese aspecto, deberá recurrirse a la legislación general de contratos. Si en esa legislación general contractual existe una norma imperativa que es contradicha por la cláusula, ésta es nula por ser la norma de orden público. En caso de no existir una norma imperativa sobre ese aspecto, deberá analizarse el equilibrio objetivo de esa cláusula a la luz del Derecho dispositivo. Es así como el art. 59.2.1º TRLCU es útil para invocar el Derecho dispositivo para el examen de equilibrio de una cláusula sometida a examen de abusividad.

Una dificultad se presenta cuando no existen normas legales dispositivas sobre el contrato bajo estudio, es decir, en los contratos atípicos o al menos cuando sobre el particular supuesto no existe una norma legal dispositiva. En este caso los jueces deben determinar esa reglamentación contractual equilibrada ideal recurriendo a las demás herramientas legales que posee un juez para resolver un conflicto contractual en el que se carece de una previsión particular en texto del contrato<sup>113</sup>. Es decir, se debe recurrir a las reglas generales de los contratos, a la regulación de contratos típicos similares o a los usos comerciales, a fin de determinar una ideal reglamentación equilibrada que servirá de comparación de las condiciones generales bajo análisis, valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes, etc.<sup>114</sup>.

En consecuencia la discrepancia entre la reglamentación ideal representada por el Derecho dispositivo y las condiciones generales provocan, en principio, que éstas sean

---

<sup>113</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1998, Nº 4, p. 54, nota 4.

<sup>114</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predisuestas...», *op. cit.*, p. 54, nota 4, y «Nota crítica. Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», *ADC*, 1993, señala que debe imaginarse cuál sería la regulación aplicable al contrato tomando en cuenta el derecho dispositivo, usos o valoración equilibrada de los intereses de los contratantes (1258 CC). De manera similar, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 951, advierte que el derecho dispositivo no está compuesto solamente de las normas legales dispositivas de contratos típicos, sino también los usos y normas obtenidas por analogía y por las constituidas por derivaciones de la buena fe y demás principios. Además, los preceptos legales no sólo se refieren a las normas específicas sobre el tipo contractual bajo estudio, sino también todas las reglas generales de las obligaciones y contratos. Por lo que todos estos aspectos serán útiles para diseñar esa reglamentación contractual equilibrada ideal.

calificadas de desequilibradas<sup>115</sup>. Sin embargo, el Derecho dispositivo muchas veces se encuentra desactualizado o incompleto<sup>116</sup>. Pero sobre todo, es necesario reconocer que las normas dispositivas de un tipo contractual no son la única forma equilibrada de

---

<sup>115</sup> Así por ejemplo, en la SAP Madrid 11 mayo 2005 (AC 2005/832) se analiza la condición general que atribuye al adherente el pago de las costas judiciales en que el predisponente incurra para obtener el cumplimiento del contrato de préstamo bancario, incluidos los honorarios del letrado y procurador. Para el examen de abusividad el tribunal la comparó con el art. 394 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil que regula la condena en costas judiciales. El tribunal advirtió que las reglas legales no imponían en todo caso las costas judiciales al prestatario, sino que dependerá de ciertas incidencias y resultados del juicio quien deberá asumir las costas. Era palpable que la condición general se había desviado de dicha norma legal atendiendo únicamente el interés del predisponente al liberarlo de todo pago de costas. En consecuencia, se declaró abusiva. Otro ejemplo de ello, es la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010/702) en la que el tribunal, en el marco de una acción de cesación, declara abusiva la condición general de contratos de préstamos bancarios en la que el prestatario renuncia anticipadamente a ser notificado de una eventual cesión del préstamo realizada por la entidad financiera. Estima el tribunal que, aun considerando que la cláusula tratase de la cesión de derechos y no del contrato general, esto supone una distorsión del Derecho dispositivo que estipula que los cesionarios deben ser notificados de la cesión realizada, ya que antes de tal notificación los cesionarios pueden liberarse de la deuda por pago al cedente (art. 1527 CC) y puede ejercer el derecho de compensación (1198 CC). Por ello, entre otras razones, considera abusiva dicha condición general.

<sup>116</sup> Debido a ello, es común que para el análisis de cláusulas se tome en cuenta como elemento interpretativo del art. 82.1 TRLCU alguna normativa cuya entrada en vigencia es posterior a la suscripción del contrato estudiado o la utilización de las condiciones generales analizadas judicialmente. Tal es el caso del motivo quinto de la STS 16 diciembre 2009 (RJ 2010/702) en la que el tribunal en el marco de una acción de cesación considera abusivas condiciones generales incluidas en contratos bancarios que requerían a los usuarios notificar “de formar inmediata”, “urgentemente”, “de inmediato”, “a la mayor brevedad posible” cualquier extravío o sustracción de su tarjeta o libreta. Para atribuirle la calidad de abusivas, el tribunal tomó en cuenta la para entonces reciente Ley 16/2009, de 13 de noviembre, de Servicios de Pago, que había sido promulgada posteriormente a la utilización de las cláusulas estudiadas y al inicio del proceso judicial. Dicho cuerpo normativo suponía una novedosa regulación, hasta entonces ausente, sobre servicios de pagos. Específicamente el tribunal invocó el art. 27.b de dicha ley que señala: *El usuario de servicios de pago habilitado para utilizar un instrumento de pago deberá cumplir las obligaciones siguientes: (...) b) en caso de extravío, sustracción o utilización no autorizada del instrumento de pago, notificarlo sin demoras indebidas al proveedor de servicios de pago o a la entidad que éste designe, en cuanto tenga conocimiento de ello.* En razón de los deberes impuestos en dicho cuerpo normativo, el tribunal ordena sustituir la redacción de las condiciones generales por la siguiente: *sin demora indebida en cuanto se tenga conocimiento del hecho.* Bajo esta misma perspectiva, en la STS 23 septiembre 2010 (RJ 2010/7296) el tribunal declara nula por abusiva la cláusula que indicaba el 29% anual de intereses moratorios de un contrato de préstamo que fue suscrito en 1992. Ante la falta de un parámetro legal que indicara para entonces con claridad el límite máximo de los intereses moratorios en préstamos bancarios, el tribunal tomó en cuenta una norma de promulgación posterior: art. 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo. Como sostiene el TS, no se hizo una aplicación analógica de dicha norma, ni mucho menos una aplicación retroactiva, sino *inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero.* De manera similar, la SAP Cáceres 7 junio 2010 (AC 2010/1244) que analizó la condición general en un contrato de compraventa que obliga al comprador-adherente a pagar el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía). Reconoció el tribunal que al momento de suscribir el contrato no existía un supuesto normativo específico que determinara como abusivo el imponer al adherente la obligación de pagar tributos cuyo sujeto pasivo es el predisponente, sin embargo, posteriormente a su suscripción se promulgó la Ley 44/2006 de 29 de diciembre de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios que sí le atribuía tal calidad a este tipo de cláusulas. Ante esto, el tribunal considera que sí debía *tenerse en cuenta como elemento interpretativo*, pero a su vez advierte que dicha ley *no es aplicable directamente al supuesto aquí enjuiciado*, pues su vigencia es posterior a la celebración del contrato, *no concurriendo ningún requisito para conferirle efectos retroactivos, pero tampoco existe duda que dicha ley constituye un valioso dato e interpretación auténtica, deducida de la clara voluntad del legislador, a la hora de valorar esta clase de cláusulas, que ya antes se podía calificar de abusivas.*

distribución de derechos y obligaciones posible. De la propia naturaleza del Derecho dispositivo se infiere esto ya que, por definición, el legislador permite que las partes pacten otros términos distintos a los de aquél a fin de que adecuen el contrato a sus particulares circunstancias, necesidades y preferencias, los cuales serán igualmente equilibrados<sup>117</sup>.

Por lo que las condiciones generales, pese a desviarse de la reglamentación dispositiva, pueden ser equilibradas. Para determinar que esto es así, debe haber una justificación del predisponente atendible por la que las condiciones generales se desvían de la reglamentación dispositiva. Si se determina que en la cláusula estudiada prevalece más el interés exclusivo del predisponente obviamente no es una justificación atendible para calificarla como equilibrada. Empleando las palabras del considerando 16 de la Directiva 93/13/CEE, el predisponente no habría tratado de manera *leal y equitativa* al adherente, no habiendo tomado en cuenta los *intereses legítimos* de éste.

En resumen, podemos decir que para determinar si una cláusula es equilibrada se debe comparar con lo que sería una reglamentación ideal del contrato. Esta reglamentación ideal la encontramos en el Derecho dispositivo. Si la cláusula se desvía de lo regulado en el Derecho dispositivo, deberá analizarse si existe una justificación para ello. Como indica ALFARO ÁGUILA-REAL, *son abusivas las cláusulas que derogan el Derecho dispositivo sin justificación*<sup>118</sup>.

En la línea de lo expuesto, el hecho que una condición general empeore la situación del consumidor en comparación con lo regulado en el Derecho dispositivo no significa que automáticamente debe ser calificada como desequilibrada, ya que puede haber justificación de ello a la luz del resto de cláusulas y de las circunstancias que concurrieron al momento de celebrar el contrato (art. 82.3 TRLCU).

Así lo ha puesto de relieve la abogada general, Sra. JULIANE KOKOTT en sus conclusiones del asunto C-415/2011 sometido a conocimiento del TJUE. Una vez expuso que la reglamentación legal del contrato debe servir de parámetro comparativo, la abogada general sostuvo que *aun cuando una cláusula contractual deje al consumidor en peor situación que la regulación legal, ello no implica necesariamente una alteración del equilibrio contractual que deba calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13* (párrafo 72). Además, afirmó que la normativa comunitaria reconoce la oportunidad de que un contrato se aparte de su regulación legal (párrafo 73). De manera que (s)ólo mediante una apreciación global de todas las circunstancias individuales del contrato, como indica el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, puede determinarse si la alteración que produce la cláusula en los derechos

---

<sup>117</sup> Así, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 952, afirma que (1) *a norma dispositiva se dicta con conciencia de que no puede abarcar todas las situaciones y de que no puede tener una vigencia incondicional.*

<sup>118</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas...», *op. cit.*, p. 54, nota 4.

*y obligaciones contractuales, con respecto a la regulación legal, causa un importante (e injustificado) desequilibrio en detrimento del consumidor (párrafo 74)*<sup>119</sup>.

La abogada general agregó que *el desequilibrio importante es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta el punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato* (párrafo 74). El TJUE se adhirió a ese argumento en la STJUE 14 marzo 2013 (TJCE 2013/89) de asunto C-415/2011. No compartimos este último argumento del TJUE y de la abogada general. En primer lugar porque las condiciones generales regulan aspectos que a los adherentes típicamente no les interesa, comprenden su contenido o alcance, tal como hemos expuesto en los anteriores capítulos del presente trabajo. Los adherentes no tienen expectativas sobre ellos ni los valoran. Por lo que es ilusorio realizar el ejercicio teórico de si aceptarían las cláusulas que regulan esos aspectos.

En segundo lugar, es una abstracción casi imposible de realizar: ubicarse en el momento de celebración del contrato y concluir si habría aceptado durante una negociación esa cláusula. Partiendo de la hipótesis que sí comprende el verdadero alcance de las condiciones, el consumidor podrá responder si habría consentido la cláusula una vez celebrado el contrato y ya surgido un conflicto con el empresario en torno a dicha cláusula. En ese momento de la relación jurídica sí comprenderá la cláusula: sabrá que es una cláusula si le es o no favorable o ventajosa para sus intereses. Si no le es ventajosa, en ese momento el consumidor dirá que no la habría consentido por no serle favorable, aun cuando el contenido de esa cláusula sea objetivamente razonable. En ese sentido, el consumidor siempre argumentará que no habría aceptado tal cláusula penal, tal cláusula de limitación de responsabilidad, tal cláusula de vencimiento anticipado del préstamo por mora de una cuota, etc. Ya surgido un conflicto, ninguna persona argumentaría que habría aceptado la cláusula está se le está aplicando en contra de sus intereses. Pero esa es la voluntad en ese momento de la relación y no la hipotética voluntad del consumidor al momento de una hipotética negociación un contrato.

Como tercer punto, podemos hacer el ejercicio teórico de que los consumidores comprenden a cabalidad el contenido y alcances de las condiciones generales, y su capacidad de racionalidad es ilimitada para valorarlas. Es decir, son consumidores plenamente informados de todos los aspectos del negocio y del bien o servicio a contratar. Bajo esa premisa, tenemos que hacer el ejercicio hipotético de un consumidor que se dispone a negociar individualmente el contrato. Siguiendo la hipótesis del TJUE, en ese momento se le consultaría a ese consumidor si acepta o no tal condición general

---

<sup>119</sup> Sin embargo, no compartimos el argumento de la abogada general consistente en que *el desequilibrio importante es injustificado cuando los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que quien establece las condiciones del contrato no pueda considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato* (párrafo 74).

que establece alguna obligación o le limita algún derecho. La respuesta lógica es que no la consentiría. Se trata de una cláusula que no le genera beneficios. Así por ejemplo, una cláusula penal, por muy razonable que sea el monto y las condiciones para su aplicación, nunca sería aceptada por un consumidor al no serle favorable a sus intereses. Respuesta que es normal en cualquier persona. Por lo que, realizar a cabalidad el ejercicio sugerido por el TJUE, nos parece que no conduce a resultados realmente indeseados. El tribunal, al hacer tal ejercicio teórico, deduciría que ninguna condición general que desplaza el Derecho dispositivo estaría *justificada* y por tanto, serían todas ellas abusivas. Sólo estarían justificadas las que les generan o amplían derechos al consumidor.

Por lo que, ante la imposibilidad o dificultad de realizar ese ejercicio teórico, seguramente los jueces adoptarán su decisión final basándose en lo que su criterio objetivo les dicte como razonable o justificado aun cuando sostengan que eso es precisamente lo que aceptaría o rechazaría el consumidor en una negociación individual. Pero asegurar que ha declarado abusiva o no abusiva la cláusula porque ha considerado que no la consentiría el consumidor, será una invocación forzada del tribunal encaminada simplemente a demostrar que ha hecho tal ejercicio hipotético. Pero la realidad de los motivos de su decisión distará de tal consideración. El tribunal motivará formalmente su decisión indicando que eso es lo que habría decidido un tercero (el consumidor) en una negociación, cuando la motivación real es que los jueces han considerado que a ellos (los jueces) les parece razonable o irrazonable el desplazamiento.

Por último, así como es difícil o imposible para el tribunal determinar cuál hubiese sido la voluntad del consumidor en una hipotética negociación, así también será difícil o imposible para las partes en el juicio argumentar y probar cuál hubiese sido esa voluntad, ya sea para defender la validez o invalidez de la cláusula. Incluso, será muy difícil (en realidad imposible) para la parte inconforme con un fallo en, argumentar y probar vía recurso que el tribunal se equivocó en determinar cuál habría sido la voluntad del consumidor de una hipotética negociación.

Ante esas dificultades y tomando en cuenta que las decisiones judiciales deben ser motivadas bajo argumentos y análisis reales, consideramos que el examen de si es justificada o no la desviación de la reglamentación legal contractual debe ser una labor a ser desarrollada por el tribunal con base a criterios objetivos. Para ello, el tribunal debe emplear los criterios auxiliares que el legislador ha promulgado en el art. 82.3 TRLCU. Nos referimos a tomar en cuenta *la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, y todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.*

Sin duda, de esa manera el examen de abusividad será más transparente comparado con la invocación de abstracciones que no tienen ningún sustento fáctico al basarse en hipótesis de qué habría hecho un sujeto en una negociación. Adicionalmente esto abona

a la seguridad jurídica y el derecho de defensa de las partes. El conocer la realidad del motivo del fallo judicial que anuló o rechazó anular una cláusula, facilita a las partes su impugnación mediante recursos. Es muy difícil para la parte procesal inconforme con el fallo judicial argumentar y probar en un recurso que el tribunal ha determinado incorrectamente la hipotética voluntad del consumidor o de un consumidor en una negociación. La parte recurrente tendría que aportar argumentos y pruebas relativa a que el o un consumidor sí o no (según sea el caso) habría consentido la cláusula.

En cambio, la dificultad es menor cuando se impugna un fallo judicial motivado en que sí es justificado el desplazamiento del Derecho dispositivo porque, por ejemplo, es un aspecto propio de la naturaleza del contrato (por ejemplo: la delimitación de los riesgos en un contrato de seguro). La parte inconforme podrá defenderse vía recurso de esa motivación argumentando lo contrario, para lo cual puede ilustrar en qué consiste el contrato, cuál es la naturaleza del mismo, invocar doctrina, etc. Para así demostrar que la cláusula no es propia de la naturaleza de ese tipo de contrato y no se encuentra justificado que desplace al Derecho dispositivo. Sucede lo mismo cuando lo que se pretende defender que no es justificado el desplazamiento. En consecuencia, estimamos que el argumento de la TJUE y de la abogada general no tiene cabida para el examen de abusividad.

Así tampoco compartimos el argumento de la abogada general JULIANE KOKOTT cuando señala el siguiente criterio para estimar justificado el apartamiento de la regulación legal: *En este contexto, ha de analizarse, entre otras cosas, si las cláusulas contractuales en cuestión son usuales, es decir, si se utilizan habitualmente en contratos comparables en el tráfico jurídico o si por el contrario son inusuales* (párrafo 75). La habitualidad de a inclusión de un tipo de cláusula tampoco es un factor que indique si es abusiva o no. Muchas cláusulas se encuentran arraigadas en el tráfico comercial, pero ello no significa que se encuentra justificado su empleo. Así por ejemplo, las cláusulas de sumisión expresa habían sido empleadas en todos los sectores del comercio. Se encontraba muy arraigado su empleo, pero eso no fue óbice para que los tribunales las declararan abusivas<sup>120</sup>.

Más acertado es el criterio de esa abogada general que sostiene que el tribunal debe analizar *si la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión* (párrafo 75). Es precisamente éste uno de los aspectos que debe analizar el tribunal, y no imaginar cuál habría sido la voluntad del consumidor en una negociación ni si es habitual el empleo de esa cláusula. Pese a señalar esos criterios que no compartimos, la abogada general finamente en sus conclusiones plasma acertadamente la manera que debe realizarse el examen: *En el caso de una cláusula por la que el acreedor puede dar por vencido anticipadamente un crédito inmobiliario, el órgano jurisdiccional debe*

---

<sup>120</sup> La jurisprudencia sobre estas cláusulas será analizada en el siguiente apartado.

*examinar, en particular, en qué medida la cláusula se aparta de la normativa legal que a falta de pacto sería aplicable, si lo estipulado en la cláusula responde a una razón objetiva y si el consumidor, a pesar de la alteración del equilibrio contractual en favor de quien ejercita la cláusula, no queda desprotegido con respecto al contenido normativo de la cláusula en cuestión* (conclusión 2.a). Atinadamente en otro de los considerandos, la abogada general señala que si es abusiva o no una cláusula *debe apreciarse definitivamente mediante una ponderación conjunta de las ventajas y desventajas resultantes de lo pactado en la cláusula para ambas partes contractuales* (párrafo 93).

Por otro lado, cabe destacar que de lo antes expuesto se extrae que una cláusula que reproduzca una norma contemplada en el Derecho dispositivo y aplicable a ese contrato, no podrá ser considerada desequilibrada ya que se ajusta a la reglamentación ideal diseñada por el legislador<sup>121</sup>. En caso que no exista una norma legal específica que regule lo acordado en la cláusula, el tribunal deberá aplicar las reglas generales del Derecho contractual y sus principios para determinar cómo sería esa reglamentación ideal que servirá como parámetro de comparación con la condición general.

### **3. Algunos ejemplos de aplicación de la cláusula general para el examen de abusividad.**

A continuación se hará un ejercicio crítico de tres tipos de condiciones generales que usualmente son calificadas como abusivas por la doctrina y jurisprudencia, a la luz de lo expuesto en el anterior apartado. Estas son las cláusulas de sumisión expresa, cláusulas penales por incumplimientos del adherente, y los convenios arbitrales.

#### **3.1. Cláusulas de sumisión expresa.**

El art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente hasta el año 2000, permitía que las partes renunciaran a su propio fuero y designaran a un juez específico que conociera del conflicto<sup>122</sup>. Previo a la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, las cláusulas de sumisión expresa no estaban expresamente prohibidas o calificadas como abusivas por la legislación española en los contratos con consumidores. Por lo que se planteó el

---

<sup>121</sup> En realidad, ni debe ser sometida a control de contenido puesto que se estaría ante una de las exclusiones de control. Específicamente el art. 4.2 LCGC. En sus conclusiones del asunto C-92/11 sometido a conocimiento del TJUE, la abogada general Sra. VERICA TRSTENJAK lo indica expresamente. Dicha expresó que *(e)n otras palabras: si las cláusulas se mueven en el ámbito de aplicación de la legislación vigente, sin adaptaciones por parte de quien las redacta, las cláusulas de que se trate no plantean problemas* (apartado 50).

<sup>122</sup> Artículo 57. [Sumisión expresa]. *Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados, renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren.*

problema de si debían ser declaradas nulas por abusivas en aplicación del art. 10.1.c) LGDCU anterior a la entrada en vigencia de la LCGC.

Tomando en cuenta el examen expuesto, el primer paso es determinar cuál sería la norma dispositiva a aplicar en caso de no existir esa cláusula de sumisión expresa. Para el caso, habrían sido aplicables las reglas de competencia judicial territorial del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881<sup>123</sup>. En ella se establecían las reglas de competencia territorial bajo argumentos de necesidad de litigar ante el juzgado de mayor proximidad o conexión con alguno de los elementos de la relación jurídica deducida en juicio y a quien el legislador le reconoce mayor idoneidad para resolver el conflicto<sup>124</sup>.

En los casos bajo estudio judicial se corroboró que los tribunales territorialmente competentes según la cláusula de sumisión expresa no eran los mismos que los competentes según las reglas de competencia territorial del art. 62 de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Por lo que, el siguiente paso para determinar si esa condición general (cláusula de sumisión expresa) es desequilibrada, debió ser: analizar si existen razones suficientemente atendibles para justificarla y no despojar de validez la cláusula por abusiva.

La jurisprudencia llegó a determinar que esta modificación del Derecho dispositivo no es originada por razones atendibles<sup>125</sup>, sino que dichas cláusulas dificultan al adherente

---

<sup>123</sup> Artículo 62. (actualmente derogado)

*Fuera de los casos de sumisión expresa o tácita de que tratan los artículos anteriores se seguirán las siguientes reglas de competencia.*

*En los juicios en que se ejerciten acciones personales, será Juez competente el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y a falta de éste, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, pudiera hacerse el emplazamiento.*

*Cuando la demanda se dirija simultáneamente contra dos o más personas que residan en pueblos diferentes y estén obligadas mancomunada o solidariamente, no habiendo lugar destinado para el cumplimiento de la obligación, será Juez competente el del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante.*

*En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles o semovientes, será Juez competente el del lugar en que se hallen o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.*

*En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles, será Juez competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa.*

*Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles, o sobre una sola que esté situada en diferentes jurisdicciones, será Juez competente el de cualquiera de los lugares en cuya jurisdicción estén sitos los bienes, a elección del demandante.*

*En los juicios en que se ejerciten acciones mixtas, será Juez competente el del lugar en que se hallen las cosas, o el del domicilio del demandado, a elección del demandante.*

<sup>124</sup> LÓPEZ YAGÜES, V., «En torno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. Comentario a la STS de fecha 8 de noviembre de 1996», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1998, p. 176.

<sup>125</sup> Inicialmente la jurisprudencia sostuvo una posición de respeto a la libertad contractual por lo que ratificaba la validez de la cláusula de sumisión expresa sin llegar a analizarse las razones de la desviación



su defensa y representación procesal, proposición y práctica de prueba<sup>126</sup>, y aumentan los gastos por desplazamientos para las audiencias (a veces continuos) y pérdida de tiempo al tener que litigar en lugar que no es su domicilio o no es el lugar donde se cumplirán las obligaciones o en el que se encuentre ubicado el inmueble aumentando los costes al adherente<sup>127</sup>.

Se ha resaltado también que todos estos inconvenientes para el adherente, funcionan como un factor de desincentivador del ejercicio de su derecho de defensa en caso de ser demandado, situando al predisponente en una parte procesal privilegiada que no encuentra una oposición a las demandas que presente contra aquél<sup>128</sup>. Lo mismo puede decirse en caso de pretender el adherente demandar al predisponente, en el sentido que los inconvenientes planteados desincentivan al adherente hacerlo.

Además de causar estos problemas al adherente, según esta línea jurisprudencial, dicha cláusula acarrea un beneficio económico al predisponente al centralizar sus reclamaciones judiciales en uno o en un limitado número de lugares<sup>129</sup>. El predisponente ahorra con ello costes por asesoría jurídica centralizando los litigios, pese a que pueda tratarse de un predisponente con numerosos establecimientos comerciales localizados en distintos lugares del país que pueden actuar por cuenta del mismo<sup>130</sup>.

---

del derecho dispositivo. Pero con la promulgación de la Directiva 93/13/CEE, y sobre todo, con la trasposición de la misma al ordenamiento jurídico español que calificaba directamente como abusiva la cláusula de sumisión expresa.

<sup>126</sup> Señala, LÓPEZ YAGÜES, V., «En torno al carácter abusivo...», *op. cit.*, p. 185, que esto merma las posibilidades de éxito que tiene un adherente en un proceso y los coloca en un estado de indefensión.

<sup>127</sup> Todos estos argumentos han sido reiteradamente señalados en la jurisprudencia. Entre la jurisprudencia comunitaria encontramos a la STJCE 27 junio 2000 (TJCE 2000/144), en la que se indica que éstas cláusulas pueden imponer al consumidor *la obligación de someterse a la competencia exclusiva de un tribunal que puede estar lejos de su domicilio, lo que puede hacer más dificultosa su comparecencia*. Argumento que ha sido reproducido en diversas sentencias, entre ellas STJCE 4 junio 2009 (TJCE 2009/155) y STJUE 9 noviembre 2010 (TJCE 2010/335). También la jurisprudencia española ha señalado estas desventajas que general al consumidor tal cláusula. Vid., a manera de ejemplo, STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580); STS 14 septiembre 1996 (RJ 1996/6715); STS 1 febrero 1997 (RJ 1997/672); STS 13 noviembre 1998 (RJ 1998/8742); STS 13 octubre 1999 (RJ 1999/8157). Argumentos que son reproducidos por LÓPEZ YAGÜES, V., «En torno al carácter abusivo...», *op. cit.*, p. 185, y agrega que *la obligación de litigar ante los Juzgados (...) lejanos de la ciudad en que tiene su residencia (...), supone un perjuicio considerable a sus intereses económicos, y no menor daño a aquellos otros de naturaleza estrictamente procesal*. También, PÉREZ CONESA, C., «Comentario a disposición adicional 1ª.Seis, Disposición adicional 1ª.V.27ª LGDCU», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 1265.

<sup>128</sup> PÉREZ CONESA, C., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 1265. También la jurisprudencia comunitaria ha resaltado este aspecto negativo, Vid. STJCE 27 junio 2000 (TJCE 2000/144), STJCE 4 junio 2009 (TJCE 2009/155) y STJUE 9 noviembre 2010 (TJCE 2010/335).

<sup>129</sup> Vid. STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580); STS 14 septiembre 1996 (RJ 1996/6715); STS 1 febrero 1997 (RJ 1997/672); STS 13 octubre 1999 (RJ 1999/8157). También, LÓPEZ YAGÜES, V., «En torno al carácter abusivo...», *op. cit.*, p. 185; PÉREZ CONESA, C., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 1265.

<sup>130</sup> Vid. STS 13 noviembre 1998 (RJ 1998/8742); STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580); STS 14 septiembre 1996 (RJ 1996/6715); STS 1 febrero 1997 (RJ 1997/672); STS 13 octubre 1999 (RJ 1999/8157).

En contraposición a lo anterior, algunas razones esgrimidas a fin de justificar el apartamiento del derecho dispositivo sobre las reglas generales de competencia territorial las podemos encontrar en alguna doctrina y jurisprudencia estadounidense que defienden su validez por considerar no poseer *substantive unconscionability*<sup>131</sup>. Así, se ha justificado bajo los siguientes argumentos<sup>132</sup>: siendo el predisponente una empresa que realiza negocios con clientes de distintas partes del mundo, es necesario que aquél limite el fuero dónde podría demandar o ser demandado<sup>133</sup>; que brinda a las partes certidumbre sobre el lugar donde debe de iniciarse y tramitarse un proceso judicial, por lo que esto implica un ahorro para las partes en tiempo y gastos en disputas o incidentes de determinación de la competencia territorial<sup>134</sup>; que los precios de los productos o servicios se reducen debido a que la empresa reduce costes por la limitación y determinación del fuero de sus conflictos<sup>135</sup>; que incluso el bajo precio del producto o servicio vuelve comprensible que se centralicen los litigios, siendo perjudicial para la

---

<sup>131</sup> Cierta jurisprudencia española previa a la existencia de una expresa prohibición legal, defendió la validez de las mismas basándose principalmente en el respeto a la libertad contractual. Entre estas se encuentran la STS 31 mayo 1991 (RJ 1991/3955). Los tribunales rara vez analizaron si son atendibles las razones de la desviación del derecho dispositivo para determinar si es equilibrada la cláusula. Por lo que la jurisprudencia española no nos aporta muchos argumentos sobre la justificación de las cláusulas de sumisión expresa, máxime cuando ya se encuentran prohibidas expresamente por el art. 90.2 TRLCU y 54.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>132</sup> Algunos de estos argumentos igualmente pueden ser utilizados para la defensa de las cláusulas de elección de ley sustantiva aplicable al contrato. Las dos principales sentencias estadounidenses sobre las cláusulas de sumisión expresa son: *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U. S. 1 (1972), y *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 600 (1991). Sentencias que en la actualidad aún son aplicadas para analizar la legalidad de cláusulas de sumisión expresa, principalmente para rechazar alegaciones de ilegalidad de las mismas. Cabe aclarar que en la primera de las sentencias se analiza un contrato millonario negociado (discutido) y celebrado entre dos empresarios de distintas nacionalidades consistente en remolcar marítimamente una torre de perforación desde EUA hasta Italia. Además se señala un tribunal extranjero, no local estadounidense, para resolver cualquier conflicto. Pese a ello, este precedente judicial es aplicado ampliamente aún en la actualidad para el análisis de cualquier tipo de cláusula de sumisión expresa, incluso de sumisión a tribunales locales estadounidenses, en cualquier tipo de contratos, sean estos con consumidores o entre empresarios.

<sup>133</sup> Este fue uno de los criterios del tribunal en el caso *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 600 (1991). En dicho caso, el predisponente es una empresa que brinda servicios de viajes en cruceros. Por lo que en la sentencia el tribunal afirma que, tomando en cuenta las reglas de competencia territorial estadounidense, un accidente en un crucero en el que se perjudique a varios usuarios, podría acarrear demandas contra la empresa que serían tramitadas en distintas partes y ante distintos tribunales de EUA y el mundo. Ante este problema, considera el tribunal que es razonable que se limite el foro mediante una cláusula de sumisión expresa.

<sup>134</sup> *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 600 (1991). También, *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U. S. 1 (1972), resalta la certidumbre que otorgan estas cláusulas.

<sup>135</sup> *America Online, Inc., v. Superior Court*. 108 Cal.Rptr.2d 699 (2001); *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 585, 600 (1991). Aun cuando no es relevante para el ordenamiento jurídico español la voluntad de obrar de mala fe para la determinación de la abusividad de las condiciones generales, es interesante destacar que el tribunal estadounidense advirtió no haber encontrado evidencia de haber sido incorporada la cláusula de sumisión expresa con el objeto de desincentivar a sus usuarios a iniciar acciones judiciales o defenderse de ellas, ya que las oficinas principales de la empresa se encuentran en el lugar señalado en la cláusula de sumisión expresa (Florida, EUA), y desde allí parten muchos de sus cruceros. En consecuencia, no se señaló un territorio alejado y totalmente ajeno a ambas partes que evidencie mala fe dirigida a desincentivar litigios o defensas judiciales.

empresa y el precio de sus servicios mantener servicios jurídicos en todo el territorio de la nación<sup>136</sup>; que brinda certidumbre al empresario al tener que adecuar sus contratos y conductas a la normativa de un solo lugar, despreocupándose de comprender otras normativas que le son ajenas o que a veces son contradictorias entre sí<sup>137</sup>; ahorro de costes legales al estar asesorado legalmente únicamente sobre la normativa de una locación<sup>138</sup>; la legislación sustantiva del lugar seleccionado no es menos protectora de los derechos del consumidor, por lo que no es irrazonable la cláusula de sumisión expresa<sup>139</sup>; que no es posible determinar a priori (al momento de contratar) si los costes para el adherente por iniciar o intervenir en un foro distinto del de su domicilio comparándolos con la suma litigada harán económicamente inviable iniciar acciones o defenderse en procesos judiciales, ya que es imprevisible qué conflictos sucederán y la cuantía de los mismos<sup>140</sup>; que invalidar estas cláusulas es un gran obstáculo para el desarrollo y expansión del comercio contemporáneo<sup>141</sup>; que el argumento de que las cláusulas de sumisión expresa no deben ser aceptadas por despojar a los tribunales de su competencia original no es más que un vestigio legal que pretende mantener el poder de un tribunal en particular y que radica en la falta de comprensión de las condiciones actuales del mercado en el que las empresas operan en distintas partes del mundo<sup>142</sup>.

Adicionalmente a estas explicaciones, existen algunos estudios empíricos con los que se pretende demostrar que este tipo de condiciones generales es un problema mucho menor del que se expresa en la doctrina y jurisprudencia. Así, por ejemplo MANN y SIEBENEICHER, en su estudio empírico encontraron que “tan solo” 159 de los 500 más grandes vendedores minoristas que operan en internet incluyen este tipo de cláusulas en sus contratos en sus ventas electrónicas<sup>143</sup>. Es decir, el 32% de la muestra.

---

<sup>136</sup> Vid. STS 18 junio 1992 (RJ 1992/5326), siendo esta una de las pocas sentencias de tribunales españoles que expresan algún tipo de justificación sobre las razones por la que es válido que las cláusulas de sumisión expresa desplacen las reglas legales dispositivas sobre competencia territorial.

<sup>137</sup> MAROTTA-WURGLER, F., «“Unfair” dispute resolution clauses: much ado about nothing?», *New York University School of Law*, 2008, NYU Law and Economics Research Paper No. 08-08, p. 3, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1093293> (consulta: 03/05/2014).

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>139</sup> *America Online, Inc., v. Superior Court*. 108 Cal.Rptr.2d 699 (2001).

<sup>140</sup> *America Online, Inc., v. Superior Court*. 108 Cal.Rptr.2d 699 (2001). Sostiene el tribunal que comparar la cuantía del litigio con los costes de litigar en un domicilio distinto es un criterio de difícil aplicación en sede judicial. Conducirá a que los tribunales tengan conocimientos de procedimientos interminables para determinar estos dos valores de comparación necesarios para definir si es válida la cláusula de sumisión expresa.

<sup>141</sup> *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U. S. 1 (1972). Cabe matizar que se refiere al comercio internacional, y el tribunal expresa su preocupación en que se afecten la expansión de las empresas estadounidenses en el comercio internacional.

<sup>142</sup> *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U. S. 1 (1972).

<sup>143</sup> MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click: the reality of internet retail contracting», *Columbia Law Review*, N° 108, 2008, p. 999, disponible en: [www.columbia.edu/~mr2651/JustOneClick.pdf](http://www.columbia.edu/~mr2651/JustOneClick.pdf) (consulta: 03/05/2014). Para un mayor detalle de la muestra utilizada, vid. nota 233 del capítulo I del presente trabajo.

Otro estudio, es el de MAROTTA-WURGLER en el que analiza la contratación electrónica de licencias de uso de software<sup>144</sup>. Entre sus resultados se encuentra que solamente el 28% de los contratos estudiados contienen cláusulas de sumisión expresa<sup>145</sup>. Además, sostiene haber encontrado que el lugar seleccionado para dirimir conflictos no responde a motivos de dificultar a sus usuarios el acceso a justicia señalando lugares lejanos para ambos, como afirman algunos autores contrarios a este tipo de cláusulas<sup>146</sup>. Esta aseveración es sustentada por la autora al notar que los contratos que contenían cláusulas de sumisión expresa casi siempre señalaban el lugar donde se encuentran ubicadas las oficinas principales de la empresa<sup>147</sup>. Esto podría indicar que los predisponentes, según la autora, indican un especial lugar para resolver conflictos por motivos comodidad y no responde a una estrategia de perjudicar a sus clientes señalando un lugar alejado que desincentive litigar o señalando lugares que poseen leyes menos protectoras de consumidores<sup>148</sup>.

Al margen de que la normativa española actual declara abusiva toda cláusula de sumisión expresa que no corresponda al domicilio del consumidor o usuario<sup>149</sup>, al lugar de cumplimiento de la obligación o al lugar donde se encuentre ubicado el inmueble (art. 90.2 TRLCU)<sup>150</sup>, consideramos que efectivamente una cláusula de sumisión expresa es desequilibrada de conformidad al art. 82.1 TRLCU.

Todas las inconveniencias generadas por la sumisión a tribunales de un territorio totalmente ajeno al adherente o a la relación jurídica, trascienden al punto de obrar como desincentivos para el ejercicio del derecho de defensa en caso de ser demandado

---

<sup>144</sup> Nos referimos al estudio MAROTTA-WURGLER, F., «'Unfair' dispute resolution...», *op. cit.*, p. 7 y ss., en el que se emplea como muestra a 597 modelos contractuales de distintas licencias de uso de software utilizadas por 522 empresas en la contratación electrónica, pero focalizado el estudio a tres tipos de condiciones generales: cláusulas de sumisión expresa (*choice of forum*), cláusulas de selección de ley sustantiva a aplicar (*choice of law*) y convenios arbitrales (*arbitration clause*).

<sup>145</sup> MAROTTA-WURGLER, F., «'Unfair' dispute resolution...», *op. cit.*, p. 22.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 20. Con ello la autora pretende demostrar que en términos generales es falsa la aseveración de la doctrina contraria a la validez de las cláusulas de sumisión expresa que sostiene que éstas responden a una estrategia para burlar legislaciones que tienen una mayor protección a los consumidores. Según la autora, este dato demuestra que, al menos, los empresarios en este ámbito contractual no actúan de mala fe como estrategia al introducir dichas cláusulas.

<sup>149</sup> Nótese que los tribunales del domicilio del consumidor o usuario son los competentes, independientemente el consumidor o usuario sea demandante o demandado. Esto difiere con la regla general de ser los tribunales del domicilio del demandado los competentes, sin atención a cuál de las partes contractuales sea el demandado.

<sup>150</sup> Art. 90 TRLCU. *Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: (...) 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble..*

no justifican el desplazamiento de las reglas de competencia territorial<sup>151</sup>. O, en caso de desear demandar, servirá de desincentivo para iniciar reclamaciones judiciales debiendo soportar incumplimientos o vulneraciones a sus derechos por parte del predisponente. Es decir, se torna muchas veces en una cláusula que permite la vulneración de derechos del adherente sin temor del predisponente a una acción o reacción del mismo. Por tanto, son desequilibradas en cuanto las razones por las que se sustituyen las reglas generales de competencia, no son suficiente para considerarlas atendibles.

Es irrelevante si la inclusión responde a una estrategia de desincentivos, o a una estrategia de resolver los conflictos en lugares en los que las leyes son menos protectoras de los adherentes. Como se ha expuesto en el apartado anterior, para el examen de abusividad no se examina la voluntad o conciencia del predisponente<sup>152</sup>. Por lo que debe descartarse este argumento a favor de las cláusulas de sumisión expresa.

### **3.2. Cláusula penal por incumplimiento del adherente.**

Se abordará acá brevemente las cláusulas penales por incumplimiento del adherente. Por lo que se excluye del análisis cualquier otro tipo de cláusula liquidatoria previa de daños aplicables al adherente o predisponente, incluidas las relativas a incumplimientos del predisponente<sup>153</sup>.

Cabe primero ubicarse en una situación de ausencia de condiciones generales para determinar cuál sería la normativa ideal aplicable. En ese sentido, de no existir una cláusula penal, la normativa no contempla una disposición general que regule dispositivamente el monto o cuantía de las cláusulas penales que se incorporan a los contratos. La legislación permite la incorporación de cláusulas penales por incumplimientos contractuales, pero no exige que se incorpore una a los contratos ni mucho menos establece cuantías de las mismas<sup>154</sup>. La regla general es que, ante el

---

<sup>151</sup> Así, DURÁN AYAGO, A., *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, 2008, p. 112, quien afirma que este tipo de cláusula en la contratación internacional (cláusula de elección de foro) *suele ser ajena a la celeridad de las transacciones comerciales, tendiendo a mermar la resistencia o retardar el acceso a la justicia de una de las partes, el adherente, o incluso a evitar el pleito, al forzarlo a desplazarse ante un tribunal alejado del país donde está domiciliado*. Al punto que asegura que estas cláusulas en la práctica se convierten en exoneradoras de responsabilidad.

<sup>152</sup> Se trata de una buena fe en sentido objetivo, y no subjetivo, el elemento que se examina para el análisis de abusividad.

<sup>153</sup> Cláusula esta última que puede llegar a ser abusiva por ser limitativa de responsabilidad al contemplar un monto indemnizatorio a favor del adherente más bajos que los daños previsibles al momento de contratar.

<sup>154</sup> El art. 1152 CC regula las cláusulas penales:

*Artículo 1152. [Sustitución de indemnización por pena]*

*En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado.*

incumplimiento de una obligación la parte afectada reclame los daños y perjuicios ocasionados. Hasta el momento en que ocurre el incumplimiento es que se conoce con alguna certidumbre la cuantía indemnizatoria. Por tanto, la normativa dispositiva que debe servir de comparación para el examen de equilibrio de las cláusulas penales, son las reglas generales sobre responsabilidad contractual.

El rol principal de las cláusulas penales es liquidar anticipadamente los daños que previsiblemente se generarán por incumplimiento contractual. Es decir, que las cláusulas penales desplazan las normas dispositivas de responsabilidad contractual. Para examinar si este desplazamiento se encuentra justificado, es necesario analizar las razones por las que se acostumbra introducir cláusulas penales en los contratos. Considerando a las cláusulas penales como un cálculo anticipado de daños y perjuicios, al ser introducidas en el contrato las partes se logran las siguientes ventajas:

- Reducen costes en el caso de que se presente el hecho dañoso, al eliminar los gastos para el cálculo judicial de los mismos<sup>155</sup>.
- Reducen costes mediante la disminución de la probabilidad de inicio de litigios de liquidación de daños<sup>156</sup>.
- Aseguran al acreedor la indemnización cuando se prevea que los daños no podrán ser probados con suficiente certeza en el momento en que se materialice el incumplimiento<sup>157</sup>. Son muy útiles para determinar los daños cuando éstos son inciertos por naturaleza o difíciles de determinar o imposibles de estimar<sup>158</sup>.
- Enfatizan al deudor la importancia de cumplir con sus obligaciones y crean incentivos para que así lo haga<sup>159</sup>.

---

*Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código.*

<sup>155</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2008, vol. II, p. 457; y HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages», *Cornell Law Review*, vol. 85, 2000, p. 725, disponible en: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Hillman.pdf> (consulta: 03/05/2014). En la jurisprudencia estadounidense, en *Leeber v. Deltona Corp.*, 546 A.2d 452 (1988), el tribunal señala que el rol tradicional de estas cláusulas es funcionar como una *alternativa económica frente a la costosa y prolongada litigación en una acción ordinaria por incumplimiento contractual*. Igualmente, *DJ Mfg. Corp. v. US*, 86 F.3d 1130 (1996).

<sup>156</sup> Así, HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 725. En la jurisprudencia estadounidense, el tribunal en *Leeber v. Deltona Corp.*, 546 A.2d 452 (1988), sostiene que *deben ser alentados los esfuerzos de las partes dirigidos a evitar litigios y resolver equitativamente potenciales conflictos mediante el mecanismo de cláusulas de liquidación previa de daños*.

<sup>157</sup> HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 725.

<sup>158</sup> *Priebe & Sons, Inc. v. United States*, 332 U.S. 407 (1947).

<sup>159</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2008, vol. II, p. 457, afirma que sirve como una *medida de presión*; HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 725.

- Su inclusión en un contrato, demuestra al acreedor la voluntad del deudor en cumplir sus obligaciones<sup>160</sup>. En el caso de contratos de adhesión este punto no sería aplicable cuando el deudor sea el adherente. La inclusión de la cláusula no responde a una plena voluntad reflexiva del mismo.

Ahora nos centraremos a las cláusulas penales por incumplimientos del adherente. Vale en primer lugar hacer una primera aclaración: todo el monto que exceda al monto previsto como daños es una cláusula que no busca compensar el daño sino penalizar. En ese sentido, han de distinguirse las cláusulas de liquidación previa de daños, y las cláusulas punitivas. En los ordenamientos jurídicos hispanos puede generar confusión esta situación ya que comúnmente se denomina *cláusula penal* al monto a pagar por el deudor que incumple sus obligaciones, lo cual aparenta referirse a que la misma está diseñada para penalizar al deudor y no para resarcir daños.

En cambio en otros ordenamientos están plenamente identificadas estos dos tipos de cláusulas al ser denominadas de manera distinta. Y en EUA se llaman *cláusulas de daños liquidados (liquidated damages clauses)*, y por otro lado *cláusulas penales o punitivas (penalty clauses)*<sup>161</sup>. Como se señaló *supra* en el ordenamiento español la cláusula aún cuando se la denomine *penal*, en realidad puede tratarse de una cláusula de liquidación previa de daños y perjuicios de conformidad al art. 1152 CC.

Al respecto, no hemos encontrado una justificación expuesta por la doctrina o jurisprudencia con la que se pretenda defender la validez de cláusulas de liquidación de daños desproporcionadas, salvo la evocación de la libertad contractual y manifestar que existe un consentimiento del adherente sobre las mismas que las tornan válidas<sup>162</sup>. La única justificación encontrada es la de funcionar como un fuerte desincentivo de incumplir el contrato para el adherente<sup>163</sup>. De esta manera, el predisponente asegura aun más el cumplimiento de parte del adherente al serle demasiado costoso a éste incumplir<sup>164</sup>.

---

<sup>160</sup> «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 726.

<sup>161</sup> MARROW, P. B., «The Unconscionability of a Liquidated...», *op. cit.*, p. 32; y, HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 726; y, EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 225 y ss.

En España, si en un contrato no se especifica si la cláusula es de tipo liquidatoria de daños o de carácter punitivo, se entiende que es del primer tipo según el art. 1152 CC, tal como lo señala DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2008, vol. II, p. 465.

<sup>162</sup> Vid., a manera de ejemplo, STS 18 junio 1992 (RJ 1992/5326), y STS 22 julio 1992 (RJ 1992/6449).

<sup>163</sup> MARROW, P. B., «The Unconscionability of a Liquidated...», *op. cit.*, p. 44. También mencionan al efecto disuasorio como posible razón para incluir intereses moratorios altos, la SAP Murcia 1 febrero 2000 (AC 2000/774) y SAP Murcia 31 marzo 2000 (AC 2000/1282).

<sup>164</sup> La abogada general Juliane Kokott en sus conclusiones vertidas en el asunto C-415/11 sometido a conocimiento del TJUE, al examinar los intereses moratorios de un préstamo, resalta estas dos finalidades que pueden poseer las cláusulas penales e indica sus implicaciones de cara al examen de abusividad. Así expresamente sostuvo lo siguiente: *Si la finalidad del interés de demora es únicamente fijar un importe a*

Sin embargo, esta justificación no es atendible para rechazar ser calificada como abusiva tomando en cuenta que el cobro de montos superiores a los daños previstos implica un enriquecimiento injustificado del predisponente. El solo pago de indemnización es lo suficientemente gravoso para el adherente para que se genere la función desincentivadora del incumplimiento ya que implica un coste a pagar al predisponente sin que esto reporte un beneficio a su favor. En consecuencia, las cláusulas punitivas, o si se prefiere, las cláusulas penales que se excedan del monto previsible de daños por incumplimiento, son desequilibradas. Las cláusulas punitivas no resarcan ningún daño o perjuicio por lo que no forman parte de la liquidación indemnizatoria y no tiene ninguna justificación el aumento de carga económica al adherente por incumplimiento.

La STS 15 abril 2014 (RJ 2014/3122) así lo ha determinado. Expresamente ha resuelto que la versión actual del art. 85.6 TRLCU que califica como abusiva las cláusulas que *determinen una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor que no cumpla sus obligaciones, impide que el componente disuasorio de la cláusula penal suponga para el consumidor incumplidor el pago al predisponente de una indemnización desproporcionadamente alta en relación a los daños y perjuicios efectivamente sufridos.*

Esto se encuentra acorde con las distintas legislaciones. Así por ejemplo, en Alemania el § 309 numeral 6 del BGB prohíbe completamente y de forma expresa las cláusulas punitivas en las condiciones generales de la contratación<sup>165</sup>. En EUA la jurisprudencia ha determinado que son válidas las cláusulas de liquidación de daños, sin embargo si la suma es mayor a los daños reales previstos son nulos por constituir cláusulas punitivas<sup>166</sup>.

---

*tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, el tipo de interés de demora será claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora. Sin embargo, parece evidente que un tipo de interés de demora más alto incita al deudor a no incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y a poner fin rápidamente a la situación de mora en que haya incurrido. Si el tipo de interés de demora, con arreglo al Derecho nacional, pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo.*

<sup>165</sup> Forma parte de las cláusulas en las que no se permite apreciación del juez para determinar su validez. Específicamente la legislación alemana prescribe: § 309 BGB *Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit. Auch soweit eine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften zulässig ist, ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam: (...) 6. (Vertragsstrafe) eine Bestimmung, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird;* Este párrafo se ha mantenido incólume desde la original AGBG, en la cual se encontraba situado en el § 11 numeral 6 de la AGBG.

<sup>166</sup> Criterio que es aplicado a todo contrato, y no solo a contratos con consumidores. Vid., ejemplos jurisprudenciales en que se sostiene que las cláusulas punitivas deben ser invalidadas, *Repair Masters Const., Inc. v. Gary*, 277 S.W.3d 854 (2009) ; *HMO SYSTEMS v. Choicecare Health Services*, 665 P.2d 635 (1983); *Security Safety Corp. v. Kuznicki*, 350 Mass. 157 (1966); *Massey v. Love*, 478 P.2d 948 (1970); *Southwest Engineering Company v. United States*. 341 F. 2d 998 (1965). Este criterio es



Por ello, es acertado calificarlas como desequilibradas cuando el desplazamiento del Derecho dispositivo implica un aumento del monto indemnizatorio a pagar por el adherente en caso de incumplimiento. Es un empeoramiento en la carga indemnizatoria en perjuicio del adherente. No existe una justificación atendible para dicho desplazamiento de las normas dispositivas. Y acertadamente ha sido recogido por el legislador español como un supuesto de cláusula abusiva específica en el art. 85.6 TRLCU<sup>167</sup>. Asimismo, el art. 87.6 TRLCU regula otro supuesto específico de cláusula abusiva relacionado con cláusulas penales<sup>168</sup>. Sin embargo, esta es una norma agregada por el legislador delegado en una extralimitación en sus funciones de refundición que creó el TRLCU, ya que no era un supuesto contemplado por la LGDCU<sup>169</sup>. Pese a ello, este supuesto es más general que el del art. 85.6 TRLCU debido a que se refiere a cláusula penal aplicable tanto para predisponente como adherente, y no se circunscribe al incumplimiento contractual. Por lo que para el caso que nos ocupa la disposición aplicable es el art. 85.6 TRLCU<sup>170</sup>. Cuestión que no es intrascendente puesto que el art. 87.6 TRLCU hace referencia al daño efectivamente ocasionado, lo cual modifica el análisis de abusividad.

Tomando en cuenta lo anterior, hay varios ejemplos de cláusulas de liquidación de daños por incumplimiento del adherente que han sido declaradas abusivas, por citar algunas<sup>171</sup>: STS 23 septiembre 2010 (RJ 2010/7296); SAP Asturias 27 diciembre 2001 (JUR 2002/59890), SAP Baleares 14 julio 1994 (AC 1994/1291).

Por último, destacamos el art. 62.3 TRLCU que prohíbe cláusulas penales onerosas o desproporcionadas que obstaculicen o desincentiven el derecho del consumidor a poner

---

recogido como regla aplicable a todo contrato por el § 326 del *Restatement (Second) of Contracts*. En este sentido el § 326 prescribe: §356. *LIQUIDATED DAMAGES AND PENALTIES (1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof or loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.* (el resaltado es nuestro). De manera similar lo contempla el § 2-718(1) UCC. RAKOFF, T. D., «Contracts of adhesion:...», *op. cit.*, p. 1263,

<sup>167</sup> Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario. Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: (...) 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

<sup>168</sup> Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad. Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...) 6. (...) la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.

<sup>169</sup> Vid., sobre la extralimitación en el ejercicio de potestad refundidora, apartado 4.1.4 del presente capítulo.

<sup>170</sup> Así también, la STS 15 abril 2014 (RJ 2014/3122) se inclina por analizar una cláusula penal a la luz de dicha norma.

<sup>171</sup> La jurisprudencia española ha aplicado preferiblemente el art. 1.154 CC para invalidar algunas cláusulas penales que se determinan como excesivas. Por lo que no se encuentran muchos casos en los que se hayan invalidado con base al art. 87.6 TRLCU.

fin a contratos de prestación de servicios o suministros de productos de tracto sucesivo o continuado<sup>172</sup>. Las razones de tal prohibición son las mismas que hemos expuesto anteriormente: evitar que el desplazamiento de las reglas legales sobre responsabilidad contractual tenga por objeto que el consumidor pague sumas superiores al daño que pueda ocasionar al predisponente.

### 3.3. Convenios arbitrales.

Comenzaremos el análisis bajo la perspectiva de la resolución de conflictos mediante arbitraje general, y no el especial de consumo. Así, el sometimiento a arbitraje supone una modificación de la normativa dispositiva aplicable. De no existir el convenio arbitral, los conflictos serían resueltos por tribunales estatales competentes<sup>173</sup>. Como establece el TC, la celebración de un convenio arbitral *supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros*<sup>174</sup>. Y agrega que es *un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil*<sup>175</sup>.

Las justificaciones para apartarse de la normativa procesal que determina como competentes a los tribunales estatales para dar paso a resolver conflictos mediante arbitraje, han sido expresadas repetidamente por la doctrina. Principalmente son las siguientes<sup>176</sup>:

- Celeridad. El tiempo para emitir un laudo es menor que el de un proceso judicial, además que los recursos que se pueden interponer contra las decisiones del tribunal arbitral son muy limitados<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> Art. 62 TRLCU. 3. *En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin al contrato.*

*El consumidor y usuario podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*

<sup>173</sup> Así, la SAP Barcelona 12 enero 2006 (JUR 2006/227967) señala que *de no existir la cláusula analizada, y tener que acudir a la jurisdicción ordinaria: a) el procedimiento por cuantía debería seguirse imperativamente ante los juzgados del domicilio del demandado (Art. 54 LEC); b) El coste del procedimiento podía ser muy reducido al no ser obligatoria la presencia de abogado y procurador para ninguna de las partes.*

<sup>174</sup> STC 16 marzo 1988 (RTC 1988/43) y STC 23 noviembre 1995 (RTC 1995/174).

<sup>175</sup> STC 23 noviembre 1995 (RTC 1995/174).

<sup>176</sup> Seguimos el orden y explicación del CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698.

<sup>177</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por

- Confidencialidad. No es conocido por el público general el litigio, ya que tanto las partes, árbitros e instituciones arbitrales poseen el deber legal de confidencialidad<sup>178</sup>.
- Sencillez procedimental y antiformalismo<sup>179</sup>. Los actos procesales no están revestidos de formalidades especiales para su validez, sino que basta con que respeten los principios de audiencia, contradicción e igualdad.
- Atenuación del enfrentamiento. Según algunos autores, las partes no contienden como enemigas, lo que evita un deterioro mayor en su relación<sup>180</sup>.
- Ajuste del proceso a las exigencias del caso y especialización<sup>181</sup>. De esta manera pueden crearse reglas procedimentales y de fondo, incluidas reglas probatorias, que se adecuen a la peculiaridad y especialización del caso<sup>182</sup>. Así también,

---

Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698. De esta manera el ordenamiento jurídico contempla el plazo para emitir laudo en el art. 37 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: 2. *Si las partes no hubieren dispuesto otra cosa, los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a que se refiere el artículo 29 o de expiración del plazo para presentarla.* (...), plazo que es prorrogable por acuerdo de las partes; y prescribe que no cabrá recurso alguno contra el laudo emitido el art. 19.1.a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: (...) *Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.* Es una de las razones por las que GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1739, considera que son *eficientes* los arbitrajes.

<sup>178</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698. Art. 24 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. 2. *Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.*

<sup>179</sup> Artículo 24.1. de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: *Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.*

Esta característica es resaltada por CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698; GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1739.

<sup>180</sup> Ventaja que ha sido expresada por CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698.

<sup>181</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698; GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1739.

<sup>182</sup> Artículo 25 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: 1. *Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones.* 2. *A falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración.*

pueden elegirse árbitros que sean especialistas de la materia para asegurar una mejor resolución del fondo del conflicto<sup>183</sup>.

- Costes reducidos<sup>184</sup>. Esta ventaja es expuesta por algunos autores argumentando que es un proceso eficiente por todas las ventajas anteriores que lo convierte a la larga en un proceso más económico para las partes<sup>185</sup>. De no someterse a arbitraje, el potencial demandante probablemente, ante los problemas de los procesos judiciales, tendrá que conciliar el conflicto por sumas menores a las pretendidas o desistirá de iniciar acciones contra el potencial demandado<sup>186</sup>.

Tanto los empresarios como los consumidores se ven afectados por las inconveniencias de ejercer sus acciones o defenderse de acciones ejercidas por la contraparte ante tribunales judiciales. La lentitud y onerosidad de un proceso judicial afecta también al consumidor, lo cual puede operar como un desincentivo a hacer reclamaciones judiciales o defenderse de ellas<sup>187</sup>. Por lo que, la introducción de una cláusula que

---

<sup>183</sup> Artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje: 2. *Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad (...).*

<sup>184</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 698, afirma que si bien esos costes reducidos no son reflejados en los sujetos enfrentados, sí al menos lo son para la colectividad.

<sup>185</sup> Este es uno de los argumentos principales de los autores que critican las políticas estatales y líneas jurisprudenciales renuentes a hacer efectivos convenios arbitrales en contratos de consumidores. Sostienen que estas ventajas se traducen en una reducción de costes para el empresario y a la larga es el consumidor el beneficiado porque esto impacta a la baja el precio del producto. Sobre este argumento no ahondaremos ya que fue abordado en el capítulo I respecto de los autores que se oponen a controles judiciales o legales de condiciones generales. Entre estos autores se encuentra WARE, S. J., «Paying the price of process: Judicial regulation arbitration agreements», *Journal of Dispute Resolution*, 2001, p. 89 y ss, disponible en: [http://works.bepress.com/stephen\\_ware/5](http://works.bepress.com/stephen_ware/5) (disponible: 03/05/2014). Por el contrario, STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, pp. 851 y 852, señala que la imposición de arbitrajes sin la fiscalización judicial de los mismos puede simplemente resultar en una ganancia para los predisponentes, en vez de un beneficio compartido entre empresarios y consumidores en forma de reducción de costes y precios. Además, afirma que si bien es atractiva la argumentación contraria, STEMPEL permanece escéptico *principalmente porque es muy difícil encontrar alguna evidencia de: (1) la generación de ahorros de costes provenientes de sustituir los procesos judiciales comunes por los arbitrajes, y (2) que los supuestos ahorros serán compartidos con los consumidores al incorporar de manera generalizada convenios arbitrales en los contratos*. Agrega que si las aseveraciones de esa parte de la doctrina fuesen ciertas, los autores que las han defendido durante más de 20 años deberían al menos haber producido pruebas empíricas que las respalden. Sin embargo en la actualidad siguen defendiendo esos argumentos basándose únicamente en argumentaciones teóricas.

<sup>186</sup> GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1744, por eso los autores señalan que los arbitrajes son *cost-effective* (p. 1739).

<sup>187</sup> LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Comentario al art. 1 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 2004, señala que *son de sobra conocidas las trabas que encuentra el consumidor para acceder al sistema judicial: la escasa cuantía que caracteriza a las reclamaciones de consumo, unida a la lentitud y onerosidad del proceso, supone una desproporción entre el esfuerzo requerido y el beneficio esperado, por tanto, actúa como factor disuasorio para el consumidor*. Agrega que el consumidor, *en la mayoría de los casos, considerará preferible el sacrificio del propio derecho a su intento de reparación*

establece una alternativa de resolución ágil y con todas las ventajas antedichas distinta de los tribunales judiciales justifica, en principio, que la cláusula se apartar de las normas legales que establecen la competencia del sistema judicial para resolver los eventuales conflictos. Ambas partes procesales se verían beneficiadas de esta vía arbitral.

Sin embargo, cuando se suscribe el contrato, el consentimiento del consumidor al convenio arbitral no es con pleno conocimiento del alcance del mismo, e infravalora la probabilidad de que llegue el momento de ejecutarse debido a las limitaciones racionales que hemos expuesto en el Capítulo I del presente trabajo<sup>188</sup>. Cuestión distinta sucede cuando la aceptación a someter a arbitraje se realiza una vez ha surgido el conflicto. En este caso existe mayor probabilidad de que el adherente conozca la trascendencia de ello, y sus implicaciones<sup>189</sup>. Puede calificarse a tal consentimiento como de autodeterminación plena excluyendo de control a dicha cláusula. Razones por las cuales el art. 57.4 TRLCU reconoce su validez cuando es pactada en ese momento<sup>190</sup>.

El problema se encuentra entonces en los convenios arbitrales pactados antes de que surja el conflicto, ya que es cuando el consumidor no llega a dimensionar las consecuencias de tales convenios<sup>191</sup>. Principalmente en el momento de celebrar el

---

<sup>188</sup> Así, CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 699, sostiene que en la sumisión a arbitraje realizado *ex ante*, más específicamente al momento de celebrar el contrato, *se procede a menudo con ligereza, sin conciencia clara de la trascendencia de la decisión*. También, STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, p. 767, sostiene que los convenios arbitrales merecen un escrutinio judicial sustancial de equidad más que la mayoría del resto de cláusulas *debido a la incapacidad de la mayoría de personas legas de identificar efectivamente ex ante el valor que finalmente asumirán a cambio de acceder a tribunales judiciales (...)*

<sup>189</sup> Así, CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 699, refiriéndose a ello sostiene que *la voluntad de sometimiento es actual y consciente. Se sabe cuál es el problema y qué significa el arbitraje y, por tanto, éste se aborda con la mejor disposición*. Y así lo reconoce el párrafo 12 del apartado II de la exposición de motivos del TRLCU, al respecto expresamente afirma: *Conforme a la regulación adoptada, los pactos de sumisión al arbitraje se conducen al momento en el que el consumidor puede evaluar correctamente el alcance de la decisión que, en la mayor parte de los casos, se ve obligado a adoptar, y que es aquel en el que surge la controversia*. La licitud del convenio arbitral pactado después de surgido el conflicto, ya lo había previsto DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión (a propósito del art. 22 del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación del Ministerio de Justicia de noviembre de 1991)», *AC*, n. 26, 1992, p. 381, como la única forma lícita de arbitraje en relaciones jurídicas con consumidores.

<sup>190</sup> Art. 57.4 TRLCU: *No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto (...)*.

<sup>191</sup> Al respecto, PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario al art. 90 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 934, llega a asegurar que la incorporación de un convenio arbitral al momento de celebrar el contrato *no puede considerarse consentida* por el consumidor, ya que *seguramente no conocerá la existencia de dicha cláusula de sumisión arbitral y si la conociera no está en ese momento en condiciones de valorar su trascendencia*. De tal aseveración no compartimos la idea de no considerar como consentimiento a la

contrato. Dejando a un lado los antiguos argumentos por los que los tribunales estatales analizaban con recelo la institución del arbitraje, exponemos a continuación algunos de las vulnerabilidades o desventajas para los adherentes por el sometimiento a arbitraje desde el momento de celebración del contrato<sup>192</sup>. Estas desventajas o vulnerabilidades del adherente en arbitrajes no son inherentes a la institución del arbitraje, sino más bien son problemas o riesgos sólo respecto al adherente que se plantean en la práctica y que han llevado a desacreditar al arbitraje frente a la doctrina y jurisprudencia como solución a los conflictos de consumidores<sup>193</sup>. Entre ellos se encuentran el coste del arbitraje<sup>194</sup>. Los costes iniciales que deben ser asumidos por las partes son altos y

---

aceptación del convenio arbitral. Como hemos señalado en el apartado 5.2.10 del capítulo I, la adhesión es consentimiento.

<sup>192</sup> Como por ejemplo el caso estadounidense *Munson v. Straits of Dover S.S Co.*, 102 F. 926, 928 (2d Cr. 1900). En la época en que fue dictada la sentencia, los convenios arbitrales eran interpretados por los tribunales estadounidenses como una obligación de una parte a someter los litigios a arbitrajes y, por tanto, si una parte iniciaba acciones judiciales era calificado como un incumplimiento contractual que no inhibía al tribunal estatal de conocer del caso. Simplemente la otra parte contractual podía reclamar daños por ese incumplimiento. Tomando en cuenta esto, en el caso estadounidense *Munson v. Straits of Dover S.S Co.*, 102 F. 926, 928 (2d Cr. 1900), una parte reclamaba daños por incumplimiento del convenio arbitral. Pero el tribunal estatal solo condenó a daños nominales bajo el argumento de que el proceso judicial es *al menos teóricamente, el proceso más seguro y mejor ideado por la sabiduría y experiencia humana*. Así tampoco profundizaremos en argumentos como el que señala GAVIN que era expuesto por autores antiguamente relativo a que los jueces británicos eran reacios a validar los arbitrajes debido a que los calificaban como una amenaza económica, al depender sus ingresos de los honorarios o aranceles pagados por las partes en litigio. GAVIN, S. F., «Unconscionability found: a look...», *op. cit.*, p. 251. Argumento que es repetido por FEINGOLD, R. D., «Mandatory arbitration: What process is due?», *Harvard Journal of Legislation*, vol. 39, 2002, p. 285, citando textualmente un reporte del año 1924 emitido por la *House Judiciary Committee* en el que manifestó su reporte sobre la situación del arbitraje para entonces, es así como manifiesta que la renuencia de los tribunales a tener por válidos los convenios arbitrales, son *un anacronismo de nuestro Derecho estadounidense* producto de *la envidia hacia los tribunales ingleses* buscando proteger su jurisdicción desde hace siglos. Por tratarse de una renuncia a la jurisdicción ordinaria, DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje...», *op. cit.*, p. 379, señala que los convenios arbitrales encierran los mismos peligros que las cláusulas de sumisión expresa.

<sup>193</sup> De hecho, algún autor ha llegado a aseverar que la estipulación de reglas procedimentales de arbitrajes mediante condiciones generales incorporadas en contratos de adhesión son problemáticas debido a que suelen contradecir una de las ventajas más enfatizadas por la doctrina favorable hacia los arbitrajes: La flexibilidad de las reglas procedimentales. Es decir, la oportunidad que ambas partes redacten de común acuerdo las reglas procedimentales que más convengan para el desarrollo y resolución del arbitraje, y que se adecúen mejor a sus necesidades. Los predisponentes suelen incluir reglas procedimentales desequilibradas a su favor, por lo que la flexibilidad de las reglas procedimentales no produce los beneficios que se espera para ambas partes. Vid. GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1743.

<sup>194</sup> Esta es una de las principales causas por las que son calificados de *substantive unconscionable* los convenios arbitrales por los tribunales estadounidenses. Ejemplo de ello es la sentencia estadounidense *Brower v. GATEWAY 2000*, 246 A.D.2d 246 (1998), en la que determina la existencia de *substantive unconscionability* debido a los excesivos costes que debe asumir el demandante para iniciar arbitraje bajo la administración y reglas del centro de arbitraje señalado en el contrato. Según las reglas del centro, para reclamos menores de \$50,000 (como el caso bajo estudio en esa sentencia) debe de pagarse \$4,000 con la presentación de la demanda en concepto de adelanto de honorarios, de los cuales \$2,000 no serán recuperados por el consumidor-demandante aún cuando el laudo le sea favorable. Otro ejemplo, pero esta vez en contratos entre empresarios es la sentencia estadounidense *Teleserv Sys., Inc. v. MCI Telecomms. Corp.*, 230 A.D.2d 585 (1997), que califica de *unconscionable* el convenio que somete los conflictos a un arbitraje cuyas reglas institucionales establecen el pago de honorarios por adelantado al centro administrador del arbitraje la suma de \$4,000 más 0,5% de la cuantía de la demanda. También, en la sentencia *Comb v. PayPal, Inc.*, 218 F.Supp.2d 1165 (2002), el tema de los altos costes fue unos de los

corresponden a asuntos propios de un arbitraje<sup>195</sup>. Así, antes de iniciar el proceso deben las partes pagar los honorarios de los árbitros, y si es institucional, además deben abonarse tarifas a la institución administradora del arbitraje. Por lo que puede llegar a suceder que los costes del arbitraje sean más altos que la suma reclamada al predisponente<sup>196</sup>.

También, la ventaja de la especialización puede ser finalmente contraproducente para el propio adherente. En ocasiones las instituciones o gremiales empresariales crean centros de arbitrajes o simplemente reglas arbitrales sugeridas que los empresarios incluyen en sus contratos bajo el amparo de ser especializados para ese sector, pero en realidad estas instituciones o reglas carecen del carácter imparcial e independiente que deben poseer las mismas plegándose a los intereses de los empresarios en perjuicio de los consumidores<sup>197</sup>. Así por ejemplo, a través de sus instituciones gremiales, los empresarios podrían crear sus propios centros de arbitraje especializados del sector comercial en el que se desarrollan. Las instituciones gremiales antes cuya finalidad es proteger los intereses de los empresarios del sector y son controlados por estos empresarios. Por lo que se corre el riesgo que las reglas y la tramitación de los arbitrajes no sean equilibradas. No obstante, como lo señala CASAS VALLES, *los sectores*

---

argumentos del tribunal para restarle validez al convenio, y además reprocha al predisponente que parece ser que está intentando aislarse a sí mismo mediante el contrato de cualquier significativo reclamo de sus prácticas. En la jurisprudencia española se menciona este problema del coste de los arbitrajes para el consumidor se puede encontrar, SAP Valencia 3 octubre 2005 (AC 2005/1914) y SAP Barcelona 2 mayo 2005 (JUR 2005/171394).

<sup>195</sup> GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1744. También, DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje...», *op. cit.*, p. 383.

<sup>196</sup> En este sentido, GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1737, advierte que los convenios arbitrales, junto con las renunciaciones a acciones colectivas, pueden tornar el reclamo en una *negative-value claim* que es precisamente lo expuesto (costes son superiores que el monto esperado a ser obtenido con el reclamo).

<sup>197</sup> Un caso paradigmático es el expuesto en la SAP Madrid 16 febrero 2004 (AC 2004/1224), en el que el tribunal estima el recurso de anulación por falta de imparcialidad de la institución administradora del arbitraje. El tribunal pudo comprobar que en su publicidad que era más un gestor de cobro de sus miembros que un auténtico ente imparcial dirimidor de conflictos. Entre los múltiples hallazgos de parcialidad, el tribunal encontró que la institución le brindaba asesoría jurídica a sus miembros, le facilitaba la tramitación de los mismos e incluso sus servicios consistían en hacer los trámites para lograr el completo de lo condenado. Otros ejemplos son SAP Barcelona 12 enero 2006 (JUR 2006/227967), en el que encontró que hubo conductas impropias al carácter imparcial de una institución arbitral: había asesorado al empresario demandante, y se convierte en acreedor solidario junto con la parte beneficiaria de la condena sumas a la parte perdedora en concepto de costas y gastos del arbitraje; y SAP Barcelona 2 mayo 2005 (JUR 2005/171394), en la que se señala *hay indicios para concluir que ha asesorado previamente a la empresa oferente o predisponente*. Este riesgo ya era advertido por DE CASTRO Y BRAVO, F., «El arbitraje y la nueva “Lex mercatoria”», *ADC*, 1956, p. 621, al afirmar que ninguna cláusula de las condiciones generales era más peligrosa que la cláusula compromisoria, y es que *facilita a las grandes organizaciones industriales y mercantiles, el lograr imponer a los más débiles económicamente, tribunales arbitrales y normas favorables a sus intereses*. Más recientemente, OROZCO PARDO, G., «El pacto de sumisión arbitral como abusiva», *ArC*, num. 22, 2008, p. 23, versión utilizada es la disponible en [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es); y, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «El Convenio Arbitral en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006, de 29 de Diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios», *Práctica de Tribunales*, num. 38, 2007, p. 8, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), advierten de ello.

*empresariales que desarrollan sistemas arbitrales lo hacen para satisfacer sus propias necesidades e intereses, dedican una atención menor a los de sus contrapartes*<sup>198</sup>.

De hecho los predisponentes, al ser frecuentes suscriptores de convenios arbitrales por realizar negocios de manera masificada, conocen por experiencia propia o de otros empresarios qué instituciones arbitrales poseen reglas procesales que les son más favorables en detrimento de su contraparte<sup>199</sup>. O al menos, por la misma razón, pueden tener los incentivos para analizar previamente a qué instituciones arbitrales someter sus eventuales conflictos.<sup>200</sup> Cuando la institución arbitral seleccionada no produce los resultados deseados por el predisponente, éste simplemente selecciona otra institución arbitral para sus futuros contratos. Por ello puede decirse que realizan *shopping* de instituciones arbitrales. Esto genera los incentivos para que las instituciones arbitrales compitan en brindar procesos arbitrales más *pro predisponente*, es decir, que brinden mayor seguridad de victoria a los predisponentes, a fin de ser elegidas en los negocios que éstos celebren<sup>201</sup>. Y así también, los centros arbitrales al saber de esto, pueden intentar atraer a los empresarios poseyendo reglas más *pro predisponente* que los demás centros.

Otro problema del arbitraje, muy cercano al anterior, es que para resolver el conflicto sometido a arbitraje no existe ninguna garantía de que serán aplicadas las normas sustantivas protectoras de consumidores<sup>202</sup>. Se puede configurar como una forma de evadir la aplicación de las mismas, máxime tomándose en cuenta que, por los costes existen altas probabilidades de que el adherente no participe en la elección de árbitros, de la instalación del tribunal arbitral ni ejerza su defensa en el proceso arbitral. Bajo el entendido de que es un arbitraje de equidad, los árbitros pueden desatender la normativa protectora del consumidor sin ningún control.

Así también, otras vulnerabilidades perjudiciales para el consumidor que se han presentado y pueden presentarse son: la inequidad en la designación de árbitros<sup>203</sup>; el

---

<sup>198</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 700. También, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «El Convenio Arbitral...», *op. cit.*, p. 8, advierte que *es muy posible la relación de la institución arbitral con el grupo de empresas o profesionales que utilizan ese contrato en sus relaciones con los consumidores, al que incorporan la cláusula de sumisión arbitral como un servicio más.*

<sup>199</sup> STEMPEL, J. W., ««Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium...», *op. cit.*, p. 845.

<sup>200</sup> *Ibid.*, p. 845.

<sup>201</sup> No hay que olvidar que estas instituciones arbitrales cobran tarifas y comisiones por administrar arbitrajes.

<sup>202</sup> Este problema es identificado por FEINGOLD, R. D., «Mandatory arbitration: What...», *op. cit.*, p. 288, aunque no refiriéndose específicamente a la normativa protectora de consumidores sino al peligro de que no se apliquen las leyes sustantivas en general en arbitrajes, lo que puede provocar abusos. También, OROZCO PARDO, G., «El pacto de sumisión...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>203</sup> CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 707; DÍAZ ALABART, S., «La cláusula de arbitraje...», *op. cit.*,



establecimiento de una sede arbitral distante para el consumidor<sup>204</sup>; la fijación de plazos para presentar demandas demasiado cortos<sup>205</sup>; o cualquier otra norma procedimental ventajosa para el predisponente o, simplemente desventajosa para el adherente<sup>206</sup>. Lo cierto es que pueden servir de desincentivo para iniciar acciones o defenderse en arbitraje por parte del adherente. Por tanto, la ventaja de los arbitrajes consistente en la oportunidad de adecuar o pactar reglas del proceso se convierte en un riesgo para el adherente<sup>207</sup>. La jurisprudencia es numerosa respecto de ello<sup>208</sup>.

---

p. 382; GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, p. 1743. Ejemplos jurisprudenciales es el caso *Burch v. Dist. Ct.*, 49 P. 3d 647 (2002), en el que el tribunal arbitral determinó que el convenio arbitral era *substantive unconscionable* debido a que las condiciones generales establecían que el empresario poseía el *derecho unilateral y exclusivo de decidir las reglas que regirán el arbitraje y de seleccionar a los árbitros*.

<sup>204</sup> Vid. Caso estadounidense *Brower v. GATEWAY 2000*, 246 A.D.2d 246 (1998), en el que se consideró que el convenio arbitral poseía *substantive unconscionability* por establecer Minneapolis como la sede arbitral de todos sus conflictos con sus consumidores. En el mismo sentido *Patterson v. ITT Consumer Financial Corp.*, 14 Cal.App.4th 1659 (1993). GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class...», *op. cit.*, pp. 1742 y 1743. En la jurisprudencia española se resalta esto en precedentes como SAP Valencia 3 octubre 2005 (AC 2005/1914) y SAP Barcelona 2 mayo 2005 (JUR 2005/171394).

<sup>205</sup> Así, en *Alexander v. Anthony Intern.*, 341 F.3d 256 (2003), el tribunal estadounidense calificó de *substantive unconscionable* el plazo contenido en un convenio arbitral que establecía un plazo perentorio de 30 días para interponer demanda.

<sup>206</sup> Como lo advierte, BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, p. 950, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Baird.pdf> (consulta: 03/05/2014), algunos tipos de arbitrajes carecen de muchos de los aspectos que son fundamentales en nuestra noción de proceso. En este sentido cita un caso como el del convenio arbitral incorporado por el Writers Guild of America, West (Gremio de Escritores de América, Oeste), en el que instaura el anonimato de los árbitros seleccionados por la institución para resolver un conflicto. Anonimato que no solo es extensivo hacia el público en general ajeno al conflicto, sino también hacia las partes en conflicto. Así como cada árbitro seleccionado no sabrá el nombre e identidad de los otros árbitros seleccionados. Vid. apartados D.1, D.3 y D.6 de las condiciones generales de dicha gremial disponibles en: [http://www.wga.org/subpage\\_writersresources.aspx?id=170](http://www.wga.org/subpage_writersresources.aspx?id=170) También el senador estadounidense FEINGOLD, R. D., «Mandatory arbitration: What...», *op. cit.*, p. 289, menciona este problema citando incluso casos en los que los tribunales estatales han advertido que las reglas del arbitraje establecen que no es necesario que los árbitros emitan su valoración fáctica y jurídica por escrito de las razones por las que se decidió de esa manera el caso bajo su conocimiento.

<sup>207</sup> STERNLIGHT, J. R., «In defense of mandatory binding arbitration (if imposed on the company)», *Nevada Law Review*, vol. 8, 2007, p. 88, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/283> (consulta: 03/05/2014), sostiene que la posibilidad de pactar reglas procedimentales adhoc es *potencialmente* beneficioso para ambas partes. Pero la realidad demuestra lo contrario. Adicionalmente expresa que la confidencialidad de los casos probablemente pudiera ser utilizada para encubrir prácticas comerciales cuestionables.

<sup>208</sup> Así, la SAP Jaen 23 octubre 2007 (JUR 2008/46921) desestima la ejecución del laudo porque, entre otras cosas, el árbitro era impuesto por el ejecutante empresario, imponía al adherente el pago de abogado y procurador, y la sede arbitral era lejana al consumidor. Por otro lado, en la sentencia del caso estadounidense *Sosa v. Paulos*, 924 P.2d 357 (1996), a un paciente que sería sometido a una cirugía en menos de una hora, ya estando en ropa para ser intervenido quirúrgicamente, le fueron presentados varios documentos para suscripción. En uno de ellos se determinaba un convenio arbitral, en la que se determinaba que: *si se emite un laudo condenatorio a favor del paciente por un monto menor a la mitad de la cantidad demandada por el mismo, éste será responsable del pago de todos los gastos, costes, honorarios de los árbitros y honorarios razonables de los abogados que el médico tenga que asumir en relación con el arbitraje, incluido el pago de la tarifa de \$150 por cada hora empleada por el médico en defenderse del arbitraje iniciado (traducción libre)*. El tribunal declaró que esta parte del convenio arbitral poseía *substantive unconscionability* por lo que no era válida. Otro ejemplo es el de *Arnold v. United Companies Lending Corp.*, 511 S.E.2d 854 (1998), en el que se invalidó un convenio arbitral por

En términos generales se puede aseverar que las ventajas atribuidas al arbitraje en teoría son realmente beneficiosas para ambas partes y no debe ser invalidada *in limine* un convenio arbitral. Incluso, podría decirse que en principio la institución del arbitraje es un mecanismo positivo de solución de conflictos con consumidores. El problema es que las normas legales sobre arbitrajes comunes están diseñadas para que ambas partes concurren a pactar libremente las reglas procedimentales más convenientes para su relación jurídica en ejercicio pleno de su autonomía de la voluntad<sup>209</sup>. Por lo que, al no existir en los contratos de adhesión esa concurrencia de voluntades en el diseño de las reglas, los predisponentes tienen los incentivos para introducir reglas en el convenio arbitral que les sean favorables.<sup>210</sup>

No siendo el arbitraje una figura nociva *per se* para el adherente, dependerá entonces del particular mecanismo arbitral al que se somete si se encuentra justificado renunciar a la jurisdicción estatal. Si el mecanismo respeta la equidad entre partes y no posee obstáculos, como los costes elevados, que desincentiven al adherente a accionar o defenderse contra el predisponente, estará plenamente justificado el apartarse del derecho dispositivo mediante el convenio arbitral<sup>211</sup>. Por lo que la validez del convenio

---

ser *unconscionable* debido a que señalaba que el adherente-consumidor debía resolver cualquier reclamo mediante arbitraje, en cambio permitía que el predisponente realice sus reclamos de deudas en los tribunales estatales. El convenio era irrazonablemente favorable al predisponente. En igual sentido se pronunció el tribunal estadounidense en el caso *Ticknor v. Choice Hotels Intern., Inc.*, 265 F.3d 931 (2001) y sobre todo, *Armendariz v. Foundation Health Psych Care Services, inc.*, 99 Cal.Rptr.2d 745 (2000). Esta última es una de las sentencias más importantes sobre *unconscionability doctrine* aplicada a convenios arbitrales. Si bien es sobre materia laboral, en la actualidad es aplicada en todo el ámbito contractual.

<sup>209</sup> Como lo asevera STERNLIGHT, J. R., «In defense of mandatory...», *op. cit.*, p. 106, es una técnica de resolución de disputas buena y de hecho deseada, pero siempre y cuando su sometimiento sea realmente voluntario.

<sup>210</sup> Así, STERNLIGHT, J. R., «In defense of mandatory...», *op. cit.*, p. 89, afirma: *cuando el empresario tiene la oportunidad de diseñar el arbitraje de la manera que él desee (sujeto únicamente a ocasionales impugnaciones judiciales costosas) el empresario tiene los incentivos de inclinar el proceso arbitral a su favor. Oportunidad que puede ser utilizada para prevenir o desanimar a los consumidores de demandar cualquier reclamo, y también para reducir sus probabilidades de triunfar, o ganar mucho, en el caso eventual que interpongan demanda* (nota 34).

<sup>211</sup> En palabras de CASAS VALLÉS, R., «Disposición adicional 1ª.Dos; Art. 10.4 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000, p. 707, *el problema no está pues en el recurso al arbitraje. Tampoco, necesariamente, en el momento del pacto ni en su cauce formal. Lo esencial son las características del sistema.* El senador estadounidense FEINGOLD expresó su preocupación por las decisiones de tribunales federales que aceptan la validez de muchos convenios arbitrales suscrito entre partes dispares (relaciones laborales, consumidores, etc.), y agrega que *los tribunales y poderosas instituciones están convirtiendo a los arbitrajes en una herramienta del poderoso para ejercer autoridad sobre el menos poderoso.* Vid. FEINGOLD, R. D., «Mandatory arbitration: What...», *op. cit.*, p. 284.

Sin embargo, hay autores que defienden que estas limitaciones o desviaciones que poseen algunos arbitrajes respecto a los principios que rigen un proceso judicial bajo el principio del debido proceso son beneficios porque reducen costes al empresario permitiéndole ofrecer un producto a un precio mas barato. Así, WARE, S. J., «Paying the price of process:...», *op. cit.*, p. 101. finaliza su trabajo con la siguiente frase conclusiva: *Es fácil insistir en aplicar el "debido proceso" en arbitrajes con consumidores, de*

dependerá de las reglas procedimentales previas al inicio del arbitraje y las reglas procesales sobre el desarrollo del arbitraje al que se somete<sup>212</sup>. Por el contrario, si las reglas son inequitativas o se presentan las desventajas o riesgos de los arbitrajes que se han expuesto *supra* no se encontrará justificado, puesto que la sustracción del conflicto al conocimiento de la jurisdicción estatal obedecerá a motivos de tomar ventaja procesal sobre el adherente o despojarle de sus derechos de consumidor sin oportunidad de encontrar tutela de los mismos en el arbitraje. Sus justificaciones no serán atendibles, por ende será desequilibrado el convenio arbitral de conformidad al art. 82.1 TRLCU.

Ante el riesgo de anulación de laudos arbitrales por los motivos antes expuesto, las propias instituciones arbitrales se han dado a la tarea de crear reglas especiales para los arbitrajes en los que una parte es consumidora o para arbitrajes cuya cuantía reclamada es baja independientemente de la calidad de las partes en conflicto. De esta manera se pretende que esos procesos arbitrales no contengan ningún problema de ventaja hacia una de las partes o desincentive a realizar reclamaciones<sup>213</sup>.

---

*hecho el “debido proceso” es ampliamente defendido, pero lo difícil se inicia cuando se cuestiona quién paga el precio del proceso y cuánto deben de pagar (traducción libre).*

<sup>212</sup> De hecho, el temor de carencia de garantías procesales en los arbitrajes que provocaren un proceso y laudo injusto ha sido siempre uno de los motivos por los que históricamente se ha analizado con recelo los convenios arbitrales. Vid., un interesante estudio histórico breve de la *hostilidad* judicial estadounidense hacia la validez de los arbitrajes, GAVIN, S. F., «Unconscionability found: a look...», *op. cit.*, p. 251 y ss.

<sup>213</sup> Son numerosos los ejemplos de ello. A continuación citaremos a algunas de las instituciones arbitrales mundialmente prestigiosas. La *American Arbitration Association* (AAA) contempla reglas especiales para conflictos sobre temas de consumo. Vid. [http://www.adr.org/consumer\\_arbitration](http://www.adr.org/consumer_arbitration) (consulta: 03/05/2014). Además, la AAA advierte a las potenciales partes en conflicto, que solo administrará el arbitraje si el convenio arbitral cumple con ciertos estándares de equidad que están contempladas en su Protocolo de Debido Proceso para Consumidores (*Consumer Due Process Protocol*). Sin embargo antes de rechazar el caso, la AAA le brinda la oportunidad al empresario para que adecue el convenio a ese Protocolo. Por lo que la AAA hace una revisión previa del convenio arbitral sobre diversos aspectos como los costes. Respecto de las tarifas fijadas, podemos encontrar que si es el consumidor quien demanda debe pagar \$200 por iniciar el arbitraje independientemente de la cuantía del juicio, del tipo de procedimiento seleccionado (1 o 3 árbitros, audiencia presenciales o a distancia, etc.). En cambio si el demandante es el empresario, las tarifas que éste debe pagar son más altas y varían de acuerdo al tipo de procedimiento arbitral. Adicionalmente, señala que todos los costos del árbitro, incluidos los necesarios para transportarse y otros gastos, cualquier otro gasto en que incurra la AAA, así como los costos relativos a la actividad probatoria y testigos que son originadas por requerimiento del árbitro, serán asumidos por el empresario. Además contempla reglas procesales especiales de desarrollo del arbitraje en los denominados Procedimientos Suplementarios para Disputas Relacionadas con Consumidores (*Supplementary Procedures for Consumer-Related Disputes*). Por otro lado, la National Arbitration Forum establece tarifas especialmente bajas para reclamaciones de consumidores. Vid. sus tarifas vigentes desde 2008 en castellano en <http://www.adrforum.com/users/naf/resources/2008-FeeSchedule-Spanish1.pdf> (consulta: 03/05/2014). Sin embargo, se matiza que estas tarifas se mantendrán *a no ser que se convenga lo contrario mediante contrato entre las partes o por derecho aplicable*, lo cual puede restar efectividad a dicha regla. Pese a que no posee un cuerpo de reglas especiales sobre arbitrajes de consumo, en su Código Procesal (disponible en: <http://www.adrforum.com/resource.aspx?id=1426>) una que no es del todo favorable al consumidor: la regla 32.A, la cual establece que las audiencias en que deban comparecer las partes en los casos en que una es consumidor, deberán realizarse en un lugar razonablemente conveniente dentro de los EUA donde el demandado del reclamo inicial resida o realice sus negocios. Se entiende que el demandado realiza negocios en el lugar donde tenga un mínimo contacto con el consumidor. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) no ha adoptado políticas que se ocupen de conflictos con consumidores. Lo único que posee son Pautas para Arbitrar Reclamos de Baja Cuantía,

No obstante el análisis expuesto sobre el carácter abusivo de convenios arbitrales a la luz del art. 82.1 TRLCU, el legislador español ha reaccionado ante estos riesgos y vulnerabilidades de los adherentes prácticamente como regla general prohibiendo tajantemente los convenios arbitrales en contratos con consumidores, salvo que se haya pactado en el contrato resolver los conflictos mediante el arbitraje del Sistema Arbitral de Consumo (art. 90.1 TRLCU)<sup>214</sup>. O bien, permite la sumisión de conflictos a órganos arbitrales creados legalmente para un sector o un supuesto específico. Cualquier sometimiento a otro tipo de arbitraje que no sean los supuestos antedichos será una un convenio arbitral abusivo<sup>215</sup>.

Respecto del arbitraje relativo al Sistema Arbitral de Consumo se aprecia que éste reúne reglas equitativas procedimentales, y algunas normas protectoras de los consumidores que facilitan el acceso a la justicia<sup>216</sup>. Desde la promulgación de la LGDCU se reconocía la necesidad de un procedimiento expedito y carente de los formalismos

---

que únicamente son sugerencias dirigidas a las partes. Vid. <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4095/index.html>. Éstas pueden adoptarse o no, lo cual no inhibirá que se resuelva el conflicto mediante arbitraje administrado por la CCI. Dicha institución comenta los motivos por los que las ha promulgado, manifestando que *ha recibido numerosas solicitudes de sus usuarios indicando formas en las que las Reglas de Arbitraje de la CCI pueden ser más efectivamente utilizadas para arbitrar reclamos de baja cuantía. El tiempo y coste involucrado en arbitrar tales reclamos de baja cuantía deberían ser proporcionales respecto a los montos del conflicto.* Agrega que han sido creadas estas pautas para asistir a las partes en racionalizar el uso de los recursos en estos casos que se sometan a arbitraje de la CCI. Sin embargo, la CCI se abstiene de definir cuándo un conflicto es de baja cuantía ya que considera que es un aspecto muy subjetivo que por tanto deben definir las partes. Y que, tratándose de simples pautas, las partes pueden, si así lo desean adoptarlas para conflictos de cuantías altas si desean reducir costes y tiempo. Pese a ello, el Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente desde 1998 contempla normas aplicables a todos los arbitrajes que pueden llegar a servir para corregir, aunque de manera muy limitada, algún problema de inequidad. Así por ejemplo, su art. 15.1 contempla la facultad de las partes de pactar las reglas procesales y del tribunal arbitral de hacerlo en su defecto, pero en seguida su art. 15.2 lo matiza: *En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá actuar justa e imparcialmente y asegurarse de que cada parte tenga la oportunidad suficiente para exponer su caso.*

<sup>214</sup> Cabe resaltar que también existe otro supuesto en que no será abusivo el convenio arbitral según lo dispone el propio art. 90.1 TRLCU: los arbitrajes institucionales creados legalmente para un sector o supuesto específico, pero no nos detendremos a analizar el mismo. Este artículo 90 prescribe textualmente: *Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 1. La sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector o un supuesto específico.*

<sup>215</sup> Ejemplos jurisprudenciales en los que se declara abusivo y nulo el convenio arbitral, así como el laudo dictado son la STSJ Comunidad Valenciana 7 mayo 2013 (RJ 2013/6385) y SAP Valencia 13 enero 2012 (AC 2012/608).

<sup>216</sup> Según PERTIÑEZ VILCHEZ, F., «Comentario al art. 90 TRLCU», *op. cit.*, p. 934, este arbitraje garantiza la neutralidad. Asimismo, LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Comentario al art. 1...», *op. cit.*, p. 2004, señala que el Sistema Arbitral de Consumo *surge con una declarada vocación de aproximar la justicia a los consumidores. Con ese propósito, se les habilita una vía ágil y económica para la resolución de ss controversias, ahorrándoles las diltadas esperas y los costes de litigación que la vía judicial lleva aparejados.* Por lo que, se asegura que tanto el empresario como el consumidor se beneficien de esta vía alterna de solución de conflictos al comprender normas procedimentales equilibradas.

usuales del proceso judicial que resolviera disputas en relaciones de consumo<sup>217</sup>. Debido a ello se promulgó el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, de arbitraje de consumo, el cual fue sustituido por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante RDAC)<sup>218</sup>. Con esta vía se pretende hacer más accesible al consumidor la tutela de sus derechos, aprovechando las ventajas comunes a los arbitrajes pero reduciendo grandemente los riesgos de los arbitrajes comunes que son introducidos en los contratos por los empresarios<sup>219</sup>.

El arbitraje del Sistema Arbitral de Consumo está diseñado para atender solamente reclamaciones de los consumidores contra los empresarios. La única manera que en este arbitraje se conozca de reclamos de empresarios contra consumidores es vía reconvenicional (Art. 43 RDAC). Por ende, el legislador ha proscrito al empresario introducir un convenio arbitral a cualquier institución arbitral o incluso arbitraje ad-hoc, aun cuando sus reglas sean totalmente equitativas e imparciales y superen cualquiera de los problemas y riesgos a los consumidores expuestos *supra*.

La oportunidad de pactar un convenio una vez surgido el conflicto, carece de realidad práctica puesto que en ese momento el futuro demandado no deseará pactarlo. Esta

---

<sup>217</sup> El primitivo art. 31.1 LGDCU prescribía: *Previa audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución*. De manera similar el art. 57 TRLCU contempla este requerimiento de creación del sistema.

<sup>218</sup> El Sistema Arbitral de Consumo ha sido exitoso, tal como lo asevera MARÍN LÓPEZ: Es evidente que el arbitraje de consumo constituye en nuestro país un exitoso mecanismo de resolución extrajudicial de conflictos entre empresarios y consumidores. Las Administraciones Públicas han sabido atraer a los empresarios al arbitraje de consumo, y consta que año tras año crece el número de controversias sometidas al arbitraje de consumo. Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», *La Ley*, 2008, Ref. D-82, p. 1, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es). Para un estudio sobre los nuevos retos del arbitraje de consumo, vid. LUNA SERRANO, A., y VILALTA NICUESA, A. E., «La solución extrajudicial de litigios de consumo. El arbitraje “on line”», en *Derecho y nuevas tecnologías* (coordinado por Herrán Ortíz, A. I., Emaldi Cirión, A., y Enciso Santocildes, M.), Bilbao, 2010.

<sup>219</sup> Cabe destacar que los listados de árbitros disponibles están compuestos por personas designadas por sectores empresariales, por organizaciones de consumidores y por las Administraciones Públicas, por lo que se garantiza una pluralidad de juzgadores y se reduce el riesgo de imparcialidad (art. 57.3 TRLCU y 16.1 RDAC). El Presidente de la Junta Arbitral de Consumo designa los árbitros que conocerán de un conflicto en concreto (art. 39 RDAC), debiendo elegir uno de la Administración Pública, otro del sector privado y otro de las organizaciones de consumidores (art. 20.1 RDAC). El procedimiento arbitral de consumo se desarrollará respetando los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y (art. 41.1 RDAC); pese a la declaración de gratuidad, hay algunos aspectos cuyos costes deberán ser asumidos por el consumidor en su totalidad o en parte. Por ejemplo, la práctica de pruebas solicitadas por el consumidor serán asumidas totalmente por él, y respecto a las pruebas comunes o coincidentes deberá asumir la mitad del coste (art. 45.3 RDAC). Existe deber de confidencialidad de los árbitros, mediadores y partes y servidores de las Juntas Arbitrales de Consumo sobre la información de los conflictos (art. 41.2 RDAC). Es un proceso célere debido a que el plazo para dictar un laudo es de 6 meses prorrogables por el tribunal arbitral (art. 49 RDAC). Además la disponibilidad de sus reglas al momento de celebrar el convenio arbitral es mínima, limitándose a casos como el decidir si será un arbitraje de equidad o de derecho (Art. 33.1 RDAC).

renuencia a pactarlo *ex post* no es una conducta exclusiva de los consumidores, sino que es una reacción natural de toda persona que corre el riesgo inminente de ser demandado. Éste difícilmente deseará facilitarle a su contraparte el ejercicio de una acción en contra suya. Como se señaló *supra*, la figura del arbitraje no es *per se* nociva, sino que solamente lo son los excesos e inequidades que pueden encontrarse en algunas reglas arbitrales pactadas. Es por ello que, siguiendo el ejercicio de examen de abusividad, se debe reputar abusivo un convenio arbitral en esos casos, ya que no se encontrará justificado el sustraer los conflictos del conocimiento de la jurisdicción estatal para que fueran resueltos en arbitrajes adversos para el consumidor. Sin embargo, tal como lo señalamos, el legislador optó por prohibir la celebración de convenios arbitrales cuando aún no haya surgido el conflicto debido al alto riesgo que los arbitrajes comunes representan para los consumidores.

Por ende, la promulgación de una regulación de arbitrajes especiales con normas equitativas y protectoras de los consumidores ha atacado el problema que se le atribuyen a los convenios arbitrales ordinarios. El sustraer los conflictos del conocimiento del juez natural estatal, está plenamente justificado en estos casos. En consecuencia, incorporar un convenio para someter los conflictos a tales arbitrajes no es desequilibrado, tal como lo ha pretendido el legislador al crear el Sistema Arbitral de Consumo. Bajo tal lógica el legislador ha establecido que no es abusivo ese convenio relativo a dicho arbitraje especial.

Aunado a lo anterior, los tribunales siempre tienen la potestad de anular o rechazar la ejecución de laudos arbitrales cuando el arbitraje ha padecido irregularidades de acuerdo a los mecanismos que establece el RDAC y la normativa general sobre arbitrajes<sup>220</sup>.

### **3.4. Influencia de la normativa sobre prácticas desleales en el examen de abusividad por desequilibrio objetivo de condiciones generales.**

La Directiva 2005/29/CEE del Parlamento y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales, tiene como finalidad proteger los intereses económicos de los consumidores frente a prácticas comerciales desleales de los empresarios, las cuales, en consecuencia, afectan indirectamente a los empresarios competidores<sup>221</sup>. Si bien, dicha normativa comunitaria no tiene como objeto la protección de adherentes ante condiciones generales abusivas, el legislador español emitió la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los

---

<sup>220</sup> Así por ejemplo, en la STSJ Andalucía 19 abril 2013 (AC 2013/1718) que declara nulo un laudo arbitral pronunciado por la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Autónoma de Andalucía por no haber ordenado la producción de una prueba que era trascendental para determinar la veracidad de los hechos alegados por el consumidor, pese a que el consumidor no pidió expresamente que tal prueba se realizara.

<sup>221</sup> Considerando 6 Directiva 2005/29/CEE.

Consumidores y Usuarios, con la que se introdujeron nuevos supuestos específicos de cláusulas abusivas en el TRLCU manifestando haber sido influenciada por los supuestos de prácticas desleales de la Directiva 2005/29/CEE.

Es decir, el legislador español pretendió que la prohibición de las prácticas desleales de la normativa comunitaria también tuviera cierto arraigo en la regulación española sobre validez y eficacia contractual, pese a que la finalidad del legislador comunitario con la emisión de la Directiva 2005/29/CEE no era esa. De esta manera, encontramos que el legislador español creó supuestos específicos de cláusulas abusivas tomando como base supuestos de prácticas comerciales desleales<sup>222</sup>.

Ejemplo de ello es el art. 87.6 del TRLCU, así como los arts. 62.2 y 62.3 TRLCU, todos los cuales fueron introducidos a partir del art. 9.d) de la Directiva 2005/29/CEE<sup>223</sup>. Prácticamente el legislador español tomó algunos elementos y disposiciones de dicha normativa sobre prácticas desleales y consideró que si las mismas eran plasmadas en un contrato serían reputadas cláusulas (no prácticas) abusivas<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> Precisamente GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas. Capítulo I Cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2009, p. 888, considera que la creación de supuestos específicos de cláusulas abusivas a partir de las disposiciones de prácticas desleales de la Directiva 2005/29/CEE, es una de las dos decisiones del legislador español dirigidas a concretar ésta normativa comunitaria en el ámbito de validez y eficacia contractual.

<sup>223</sup> Es necesario advertir que con la Ley 44/2006 no se traspuso la Directiva 2005/29/CEE, sino fue mediante la promulgación de la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que Modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, donde se hizo tal trasposición. Siendo el art. 8.2.d) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (modificada por la Ley 29/2009), el equivalente al art. 9.d) Directiva 2005/29/CEE.

<sup>224</sup> **Art 9 de la Directiva 2005/29/CE.** *Para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante.*

**Art. 62.2 TRLCU** *Se prohíben, en los contratos con consumidores, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.*

**Art. 62.3 TRLCU** *En particular, en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado se prohíben las cláusulas que establezcan plazos de duración excesiva o limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor a poner fin al contrato.*

*El consumidor podrá ejercer su derecho a poner fin al contrato en la misma forma en que lo celebró, sin ningún tipo de sanción o de cargas onerosas o desproporcionadas, tales como la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*

**Art. 87.6 TRLCU.** *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva [...] (todos los resaltados son nuestros).*

Todo ello nos induce a intuir que igual reflexión podrían hacerlos tribunales al examinar si es abusiva una condición general cuyo contenido es equivalente al de una práctica considerada como desleal por la Directiva 2005/29/CEE o por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuando fue plasmada como cláusula en el contrato. Ejemplo de ello es la condición general incorporada al contrato de seguro que exija al beneficiario o tomador exhibir a la empresa aseguradora la póliza original para hacer reclamación. El art. 31.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, prescribe: *Exigir al consumidor o usuario, ya sea tomador, beneficiario o tercero perjudicado, que desee reclamar una indemnización al amparo de un contrato de seguro, la presentación de documentos que no sean razonablemente necesarios para determinar la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten del mismo o dejar sistemáticamente sin responder la correspondencia al respecto, con el fin de disuadirlo de ejercer sus derechos*<sup>225</sup>. Por ende, dicho supuesto legal podrá ser utilizado al examinar la abusividad de una cláusula a la luz del art. 82.1 TRLCU<sup>226</sup>.

Ello resulta lógico en la medida en que el legislador español y comunitario consideraron antijurídicas ciertas conductas por ser desleales, las cuales no dejan de ser ilegítimas por encontrar un respaldo en las condiciones generales introducidas en el contrato por el empresario. El hecho de que no sean ya puramente prácticas no contractuales por haberse incluido la facultad de realizar tal conducta o de prohibir tal conducta al consumidor mediante la adhesión de éste a condiciones generales, no parece superar los motivos por los cuales el legislador consideró que no deben tener cabida en el ordenamiento jurídico. Precisamente, el legislador pretendía neutralizar dichas conductas y sus efectos. Por lo que es viable que los supuestos de prácticas desleales puedan ser guías, cuando ello fuere posible, para calificar de abusivas a las condiciones generales.

#### **4. Listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas (Art. 82.4, y 85 al 90 TRLCU.**

Como hemos adelantado al inicio del presente capítulo, el legislador adoptó como control de contenido, junto a la cláusula general, diversos supuestos específicos que considera como cláusulas abusivas. Estos se encuentran regulados en los arts. 82.4, y 85 al 90 TRLCU. Es usual que la doctrina se refiera a este conjunto de supuestos como *listado*, ya que originalmente en la legislación española y en la normativa comunitaria los supuestos se encontraban agrupados en un solo listado.

En todo caso, el control de contenido es un sistema dual, en tanto comprende una cláusula general y un listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Ahora bien, la dualidad de este sistema de control de contenido que siempre ha imperado en la

---

<sup>225</sup> Esta norma traspone el num. 27 del Anexo I de la Directiva 2005/29/CEE.

<sup>226</sup> No obstante, cabe resaltar que en la SAP Madrid 29 marzo 2006 (AC 2006/954) calificó de abusiva dicha cláusula sin necesidad de recurrir a la normativa sobre prácticas desleales.



normativa española desde la promulgación de la LGDCU de 1984, puede ser cuestionada a raíz de la redacción que se adoptó en diversas disposiciones legales a partir de la refundición que dio origen al TRLCU. Este tema será abordado en el siguiente apartado en virtud que es de importancia para comprender a plenitud la estructura y aplicación del examen de abusividad de las condiciones generales.

Una vez definido este tema del sistema vigente en el ordenamiento jurídico español, analizaremos la naturaleza *gris* o *negra* del listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Este punto ya ha sido analizado ampliamente por la doctrina. Sin embargo, debido a los cambios legislativos que surgen a nivel comunitario y nacional, siempre es relevante determinarlo ya que afecta directamente la manera en que debe ser concebido el rol del listado en el control de contenido. De manera que, si una condición general encaja en uno de los supuestos específicos contemplados en el listado, su validez podría depender de qué naturaleza le hemos asignado al listado. Así, podría suceder el caso hipotético que si se considera gris la cláusula es válida, pero si se considera negra es inválida. De allí la importancia de tratar este tema en el presente trabajo.

#### **4.1. Sobre el sistema dual de cláusula general y listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Problemática a raíz de la redacción del TRLCU.**

Para comprender con mayor claridad el problema primero se explicará cómo se encontraba regulado este sistema dual de la cláusula general y listado de supuestos específicos, desde la promulgación de la LGDCU en 1984 hasta la refundición de leyes que dio origen al TRLCU. En seguida se expondrán las ventajas de este sistema dual que conducen a aseverar que fue la mejor opción para un control judicial de contenido de condiciones generales. Posteriormente, se cuestionará si este sistema ha sido continuado al trasponerse el TRLCU debido a que se modificó la redacción y organización de los supuestos del listado. Debido a que el TRLCU se originó por una delegación que hizo el legislador para que el Gobierno refundiera en un solo texto diversas normas que protegían al consumidor, será necesario analizar en términos generales los aspectos constitucionales de la delegación legislativa y en particular sobre la refundición de las leyes, para así comprender sus limitaciones. Más importante aún es determinar qué consecuencias acarrea la extralimitación en el ejercicio de la potestad refundidora. Determinado lo anterior, se aplicarán dichas valoraciones al caso del TRLCU y del listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas.

##### **4.1.1. Reseña histórica del listado y del sistema dual en el ordenamiento jurídico español y comunitario.**

El origen de los supuestos de la lista se encuentra, entre otras fuentes, en el anexo de la Directiva 93/13/CEE. Dicho anexo contiene una lista de 17 casos, y según su Art. 3.3, es una lista *indicativa* y *no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas*.

Esto implica que, al ser traspuesta la normativa europea al sistema jurídico interno, los supuestos de la lista podían ser sometidas *a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas*, tal como lo pone de manifiesto el considerando 17 <sup>227</sup>. Cuestión que es acorde con el carácter de armonización mínima de la Directiva atribuido por su Art. 8, el cual permite que, en aras de mejorar la protección de los consumidores, el legislador nacional pueda adoptar normas más estrictas, siempre y cuando sean compatibles con el Tratado<sup>228</sup>.

Debido a ello, el legislador español decidió, al trasponer la Directiva 93/13/CEE mediante la promulgación de la LCGC, aumentar el número de supuestos del listado del cuerpo normativo comunitario<sup>229</sup>. Para ello, la LCGC creó una Disposición Adicional 1ª (en adelante DA1ª) en la LGDCU, en la cual se agregaron los supuestos del primitivo Art. 10.1.c) LGDCU (ya existía en ella un listado desde la promulgación de la LGDCU en 1984) y algunos de diversa procedencia<sup>230</sup>, distribuyéndolos en cinco grupos que se encontraban titulados de la siguiente manera, en su orden: *I. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional; II. Privación de derechos básicos del consumidor; III. Falta de reciprocidad.; IV. Sobre garantías; y, V. Otras*. Posteriormente, se aumentó aún más el número de supuestos con la entrada en vigor la Ley 44/2006 (dos nuevos supuestos) y, al año siguiente, la Ley 22/2007 (un nuevo supuesto)<sup>231</sup>.

---

<sup>227</sup> Párrafo 17 Exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE: *Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas.*

<sup>228</sup> Art. 8 de la Directiva 93/13/CEE *Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.*

<sup>229</sup> También adoptaron Portugal, Bélgica, Estonia y Malta en su legislación interna un mayor número de supuestos que el del anexo de la directiva. SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium –Comparative Analysis-*, prepared for the European Commission, 2006, p. 376, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf) (consulta: 03/05/2014).

<sup>230</sup> El párrafo 31 de la Exposición de Motivos de la LCGC, sobre la procedencia de los supuestos del listado, dice que han sido *extraídas en sus líneas generales de la Directiva, pero añadiendo también aquellas otras que aun sin estar previstas en ella se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo.*

<sup>231</sup> Mediante la Ley 44/2006 se agregaron las siguientes cláusulas que ahora corresponden a los Arts. 87.5 y 87.6 TRLCU, respectivamente:

**7 bis.** *Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los productos o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.*

*En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.*

**17 bis.** *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de bienes de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del*

Por último, la propia Ley 44/2006 habilitó al Gobierno para que refundiera en un solo texto diversas normas sobre materia de consumo. Fruto del ejercicio de dicha potestad, surgió el TRLCU, el cual no aumentó el número de supuestos, pero sí redactó de manera distinta alguno de ellos y reorganizó la lista. Ahora se encuentran las cláusulas distribuidas en seis grupos correspondientes al mismo número de artículos (Arts. del 85 al 90 TRLCU)<sup>232</sup>. Los grupos o partes de la lista son enunciados en el art. 82.4, a saber: *No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) Vinculen el contrato a la voluntad del empresario, b) limiten los derechos del consumidor y usuario, c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato, d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable*<sup>233</sup>.

---

*consumidor a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al profesional de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*

El número 22 (ahora Art. 89.3 TRLCU) se modificó, y quedó redactado de la siguiente manera: 22. *La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al profesional. En particular, en la compraventa de viviendas:*

*a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al profesional (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas*

*para financiar su construcción o su división y cancelación).*

*b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del profesional de la vivienda o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.*

*c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el profesional.*

*d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.*

La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre Comercialización a Distancia de Servicio Financieros, adicionó el número 19 bis (ahora Art. 88.3 TRLCU), el cual dice: *La imposición al consumidor de la carga de la prueba sobre el incumplimiento, total o parcial, del proveedor a distancia de servicios financieros de las obligaciones impuestas por la norma que los regula.*

<sup>232</sup> En realidad son más de 38 casos, en virtud que algunos apartados están compuestos de más de un supuesto. Vid., por ejemplo, Arts. 85.10, 87.5, 87.6, 89.3.

<sup>233</sup> Debido a la distribución de todos los supuestos de cláusulas abusivas en seis artículos (85 al 90 TRLCU), se puede sostener que ya no es una lista sino 6 listas. Así lo percibe CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008, p. 61. Sin embargo, en el presente trabajo hemos preferido llamar a este conjunto de cláusulas como un listado, y no varios listados.

Además, con el propósito de mejorar su comprensibilidad, el TRLCU ha tratado en apartados diferentes supuestos que anteriormente integraban un mismo apartado<sup>234</sup>. Cuestión que explica el mayor número de apartados en la lista con respecto a la que contenía la disposición adicional primera LGDCU, sin que eso represente mayor número de supuestos.

#### **4.1.2. Sistema dual de cláusula general y listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Beneficios del sistema.**

El régimen legal español sobre condiciones generales posee una cláusula general en la que se declara nula toda estipulación contractual abusiva, entendida ésta como la que en contra de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones. Así también incluyó un listado de cláusulas abusivas específicas. Actualmente la lista posee 38 apartados ubicados del art. 85 al 90 TRLCU.

Con la promulgación de la Directiva 93/13/CEE este sistema se diseminó en la mayoría de Estados miembros. Sin embargo, en la legislación española este sistema de cláusula general y supuestos específicos ya se preveía desde la promulgación en 1984 de la LGDCU<sup>235</sup> y fue respetado con la trasposición de la directiva comunitaria.

La implementación en el Derecho español solamente de una cláusula general, prescindiendo de un listado, seguramente habrían provocado problemas de concretización y de soluciones dispares, favoreciendo a la inseguridad jurídica<sup>236</sup>. Por ello, el listado es una ayuda para el juez, o, en general, para el intérprete, en la determinación del carácter abusivo de una cláusula. Ante una condición general que cumple con el supuesto de una de las cláusulas abusivas específicas, el juez no tendrá dudas de su carácter abusivo. Es más sencillo apreciar si una cláusula encaja en uno de los casos de la lista, que analizar si vulnera la cláusula general.

Este temor de impredecibilidad queda en evidencia si traemos a colación el problema que generó la cláusula de sumisión expresa a un tribunal de un domicilio distinto del

---

<sup>234</sup> De esta manera, los supuestos de los artículos 85.1 y 85.2 TRLCU antes formaban parte del número 1 de la DA1ª de la LGDCU; los Arts. 85.5 y 85.6 TRLCU, antes número 3 de la DA1ª de la LGDCU; los artículos 85.3 y 85.4 TRLCU, antes número 2 de la DA1ª de la LGDCU; artículos 86.2 y 86.3 TRLCU, antes número 10 de la DA1ª de la LGDCU; Arts. 87.3 y 87.4, antes número 17 de la DA1ª de la LGDCU; Arts. 89.8 y 90.2 TRLCU, antes número 27 de la DA1ª de la LGDCU.

<sup>235</sup> Tal como sostiene, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 5, este listado ha sido incorporado por el legislador para facilitar la concretización de la cláusula general contemplada en el art. 82.1 TRLCU, ya que esa concretización se plantea compleja sino va acompañadas de listados como el presente, y también los criterios orientadores como los del art. 82.3 TRLCU.

<sup>236</sup> DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (ponente general es él mismo, y fue coordinado por Clavero Arévalo, M.; García de Enterría, E.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.; Sánchez Calero, F.; Segimón Escobedo, J. L.), Madrid, 1996, p. 40.

consumidor. El TS se mostró renuente en declararlas nulas, pese a que en el LGDCU original establecía una prohibición general de las cláusulas abusivas en casi los mismos términos que en la actualidad (buena fe y desequilibrio)<sup>237</sup>. No fue sino hasta que se promulgó la Directiva 93/13/CEE en la que se prohibía específicamente las cláusulas de sumisión expresa, cuando el TS decidió cambiar de criterio estimando nulas dichas cláusulas<sup>238</sup>.

Aun no se había adoptado dicha directiva en el ordenamiento jurídico español, pero fue suficiente para que la TS justificara un cambio en su línea jurisprudencial en el sentido de invalidarla. Dicho tribunal, justificando su línea jurisprudencial pasada, expuso que *(e)n aquel tiempo los tribunales españoles no disponían de un apoyo legal, para declarar no vinculante a una cláusula de sumisión formalmente establecida, aunque supusiere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*<sup>239</sup>. Cuestión que no es cierta, debido a que, como ya se señaló, desde antes de la promulgación de la Directiva 93/13/CEE ya se contaba con herramientas legales suficientes para invalidar tales cláusulas por abusivas<sup>240</sup>. Nos referimos a la prohibición general de cláusulas abusivas que existía desde la entrada en vigencia de la LGDCU en 1984. En definitiva, si no se hubiese incluido en el listado de cláusulas prohibidas, probablemente aún nos encontraríamos con sentencias de los distintos tribunales considerándolas válidas. El TS no tuvo la iniciativa de desarrollar y aplicar la cláusula general de prohibición de cláusulas abusivas. Necesitó de una concretización legal para que procediera a anularlas<sup>241</sup>.

---

<sup>237</sup> Entre las sentencias que rechazan atribuirles carácter abusivo a las cláusulas de sumisión expresa, encontramos a la STS 31 mayo 1991 (RJ 1991/3955), STS 18 junio 1992 (RJ 1992/5326) y STS 22 julio 1992 (RJ 1992/6449).

<sup>238</sup> Fue la STS 23 julio 1993 (RJ 1993/6476) la que inició el giro jurisprudencial, y fue seguida por distintas sentencias, entre ellas STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580), STS 23 septiembre 1996 (RJ 1996/6721), STS 11 octubre 1997 (RJ 1997/7072), 14 noviembre de 1996 (RJ 1996/8238) y STS 20 julio 1994 (1994/6518). Consideraron que las cláusulas de sumisión expresa a un tribunal distinto del domicilio del consumidor encajaban en el literal q) del anexo de la Directiva 93/13/CEE, que describe como abusivas las que tengan por objeto *suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (...)*. Es por ello que esta norma sirvió de elemento interpretativo para estas sentencias, ante la falta de transposición a tiempo de la directiva. Vid. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Condiciones generales de la contratación. Comentario a la STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580)», *ArC*, Vol. II, 1996, p. 15 y ss.

<sup>239</sup> STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580). Argumento que fue reproducido por distintas sentencias, entre ellas: STS 23 septiembre 1996 (RJ 1996/6721) y STS 11 octubre 1997 (RJ 1997/7072).

<sup>240</sup> Resulta contradictorio los argumentos para adoptar ese nuevo criterio jurisprudencial ya que el mismo tribunal dictó la STS 29 junio 1995 (RJ 1995/5270) rechazando el carácter abusivo de una cláusula de sumisión expresa bajo los mismos argumentos que cuando no se tenía *apoyo legal*, a pesar que en este caso ya se había promulgado para entonces la Directiva 93/13/CEE.

<sup>241</sup> Actualmente la prohibición de estas condiciones generales se encuentra en el art. 90.2 TRLCU: *Son, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: 2. La previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble.* Así también las prohíbe el art. 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000: *No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.*

Por otra parte, si el legislador comunitario y el nacional hubieran optado por prescindir de la cláusula general, y hubiera estatuido únicamente una lista de cláusulas abusivas concretas, el problema habría sido que en la práctica surgirían rápidamente nuevas cláusulas igualmente abusivas que no aparecen en el listado. Es imposible que un listado contenga todas las cláusulas abusivas que existen y que surgirán a futuro en el tráfico negocial. Con el establecimiento de una cláusula general, el sistema se abre a la realidad, *procurando los criterios o parámetros de valoración que han de permitir la censura de las nuevas condiciones generales que la praxis vaya creando*<sup>242</sup>.

En definitiva, el legislador español ha adoptado un sistema que consiste en una combinación entre abstracción y casuismo, en las que *se proporcionan recíprocamente cobertura a las respectivas carencias*<sup>243</sup>. Así el control de contenido se extiende más allá de la enumeración de cláusulas prohibidas, es decir, la lista no es exhaustiva, no agota los casos de cláusulas abusivas<sup>244</sup>. La cláusula general de cobertura a casos que quedan fuera de listado *para obtener la ineficacia de cláusulas que, aun sin estar previstas en la casuística, sean igualmente abusivas*<sup>245</sup>. Y el listado ayuda a concretizar la cláusula general, facilitando la labor del juez, y la previsibilidad del fallo judicial<sup>246</sup>.

Esto último pudo ser observado en la jurisprudencia que debatió la validez de la cláusula que desplaza al consumidor la obligación legal del predisponente transmitente de pagar el impuesto de plusvalía, la cual había sido objeto de sentencias contradictorias<sup>247</sup>. Pero que con la entrada en vigor de la Ley 44/2006, esta situación

---

<sup>242</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 642.

<sup>243</sup> CADARSO PALAU, J., «La lista negra de cláusulas abusivas», *La Ley*, 2000, p. 2, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/).

<sup>244</sup> BOTANA GARCÍA, G., «Comentario a Título I. Contratos con los consumidores y usuarios. Capítulo. Disposiciones generales. Comentarios a los artículos 59, 62 y 63», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1092.

<sup>245</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., *La rescisión del contrato...*, *op. cit.*, p. 402.

<sup>246</sup> MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 315, cita diversas ventajas por la existencia de un listado de supuestos de cláusulas abusivas, las cuales son: a) *ejerce uncontrol preventivo contribuyendo a eliminar muchas cláusulas*, b) *orienta a los consumidores de cuáles son las cláusulas más lesivas y cuáles debe impugnar*, c) *facilita la prueba del carácter abusivo*, d) *facilita la labora judicial al aparecer la cláusula ya calificada legalmente*, y, e) *informa y trata de disuadir a los predisponentes de incluir en los clausulados tales condiciones*.

<sup>247</sup> El Tribunal Supremo, con anterioridad a la trasposición de la directiva, la consideró válida invocando el respeto a la autonomía privada de ambas partes. Vid. ej.: STS 18 abril 1990 (RJ 1990/2727), STS 9 julio 1994 (RJ 1994/5603) y STS 18 octubre 1993 (RJ 1993/7614). Posteriormente, ya traspuesta la directiva e incluido el parágrafo 22 en la lista de la DA1º LGDCU que prohíbe las cláusulas que impongan *gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional*, en particular, los *gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor*, persistió dicho planteamiento en algunas sentencias de Audiencias Provinciales, bajo el fundamento que la cláusula bajo examen regula gastos que por ley dispositiva, y no imperativa (como demanda el apartado antedicho para declarar su nulidad), le corresponde al profesional (predisponente). Efectivamente, la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre, atribuía la deuda de dicho impuesto al predisponente transmitente (art. 107), pero era de carácter dispositivo al permitir el art. 36

quedó superada al haber sido incluida en el número 22 de la lista de la DA1ª LGDCU (actual art. 89.3 TRLCU) como un supuesto de cláusula abusiva específica. A partir de entonces los jueces no tendrían ninguna duda para declarar su nulidad. El legislador ha resuelto el problema de una vez por todas, pese a que desde un inicio debió ser considerada abusiva en aplicación de la disposición general (art. 10.bis.1 LGDCU, actual art. 82.1 TRLC) tal como lo demuestran diversas sentencias que las declararon abusivas antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2006<sup>248</sup>. Los tribunales advirtieron que sus fallos no constituía una aplicación retroactiva de la ley, sino que el carácter abusivo de las cláusulas deriva de la aplicación de la disposición general (art. 10.bis.1 LGDCU).

Bajo esta perspectiva, estos tribunales afirmaron que la Ley 44/2006 les fue útil únicamente como *elemento interpretativo*, ya que, si el legislador las incluía como un supuesto de cláusula abusiva específica en el listado de la DA1ª, significaba que éstas no superan el control de la disposición general. El legislador mediante dicha reforma únicamente ha confirmado su carácter abusivo. O, como lo señala la SAP Asturias 12 febrero 2007 (JUR 2007/80797), *constituye un valioso indicio a la hora de valorar esta clase de cláusulas, que ya antes se podían calificar de abusivas pues la Ley no limitaba esa apreciación a las incluidas expresamente en la relación, en tanto pone de manifiesto cual es el juicio que en el momento presente merecen al legislador*<sup>249</sup>.

Igualmente puede traerse a colación la jurisprudencia favorable a la validez de las cláusulas de sumisión expresa a un tribunal distinto al del domicilio del adherente. Como se explicó *supra*, su inclusión en el listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas logró revertir la corriente jurisprudencial. Sin embargo, la presencia de conceptos jurídicos indeterminados en muchas de las cláusulas que aparecen en el listado pone en duda el alcance de su finalidad unificadora de criterios y generadora de

---

Ley General Tributaria 230/1963, de 28 de diciembre (actualmente derogada), el pacto que desplaza la deuda al consumidor adquirente. Vid. ej: SAP Cantabria 18 octubre 2005 (JUR 2005/273362), SAP Cantabria 14 abril 2005 (AC 2005/1832), SAP Valladolid 22 febrero 2003 (JUR 2003/85307). Por otro lado, hubo sentencias que la consideraron inválida por ser contraria a la buena fe y al equilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor. Argumentaron que para evitar su invalidez por pacto contrario a la norma dispositiva, era necesario que fuera producto de un consentimiento *stricto sensu*, y no de una adhesión. Vid., entre otras, SAP La Coruña 15 octubre 1999 (AC 1999/2034), SAP Palencia 4 noviembre 1998 (AC 1998/2318) y SAP Sevilla 19 enero 2005 (JUR 2005/75907). Incluso, se dictaron sentencias, como la SAP Murcia 28 mayo 2007 (JUR 2007/303395), que consideraron el pago de dicho impuesto como un gasto que por su naturaleza corresponde al vendedor (num. 22 de la DA1ª LGDCU). Vid., un análisis más completo del carácter abusivo de este tipo de cláusula, en el apartado 3 del presente capítulo.

<sup>248</sup> Vid. SAP Cáceres 7 junio 2010 (AC 2010/1244), SAP Asturias 22 febrero 2007 (JUR 2007/20442) y SAP Asturias 29 octubre 2007 (JUR 2008/57422).

<sup>249</sup> Este criterio ha sido acogido por: SAP Santa Cruz de Tenerife 3 marzo 2008 (JUR 2008/165408), SAP Ávila 25 enero 2008 (JUR 2008/132208), SAP Santa Cruz de Tenerife 7 febrero 2007 (JUR 2007/154520). De cierto modo, también ha servido el apartado 17.bis introducido en la lista de la LGDCU por la Ley 44/2006, para analizar las cláusulas de duración, renovación, cláusula penal indemnizatoria y desistimiento *ad nutum*, de un contrato de mantenimiento de ascensores en la SAP Barcelona 21 diciembre 2007 (JUR 2008/108402).

previsibilidad de la jurisprudencia, así como simplificadora en la determinación del carácter abusivo<sup>250</sup>.

Tomando en cuenta la función del listado, la labor del juez consistirá en determinar primero si la cláusula bajo estudio encaja en alguna de las cláusulas prohibidas contempladas en el mismo. Si no es subsumible en ninguna, deberá el juez analizar si la cláusula es abusiva de acuerdo al art. 82.1 TRLCU.

#### **4.1.3. Confusión originada por nueva redacción de las normas que contienen el listado a raíz de la creación del TRLCU. ¿Persiste el sistema dual?**

Hemos expuesto las ventajas del sistema consistente en una cláusula general y en un listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas. Tanto la LGDCU desde su promulgación en 1984 como la Directiva 93/13/CEE, sin ninguna duda adoptaron ese sistema. Sin embargo, cabe plantearse si al momento de realizarse la refundición legal que originó al TRLCU pudo haberse cambiado tal sistema. Duda que nace en virtud que el Gobierno (legislador delegado), en su afán de mejorar la redacción de la LGDCU, ha creado lo que parece ser nuevos supuestos de abusividad en la contratación en el art. 82.4<sup>251</sup>. Los cuales han sido tomados por el Gobierno en parte de los títulos o encabezados bajo los cuales la lista de la DA1ª LGDCU fue agrupada.

Bajo ningún concepto, el legislador al crear el listado de la DA1ª LGDCU pretendió dotarle de un carácter normativo a los encabezados, éstos representaban simplemente los criterios bajo los cuales se agrupaban los supuestos a fin de dotarle de cierto orden a los mismos. Sin embargo, el legislador delegado, con la promulgación del TRLCU, pareciera que sí pretendió dotarles calidad normativa a los que fueron encabezados o títulos. Así, el art. 82.4, habría hecho una primera enumeración de supuestos de

---

<sup>250</sup> Más adelante se tratará este punto, pero adelantamos que existen diversas reglas vagas, imprecisas y conceptos jurídicos indeterminados que no permiten lograr plenamente el objetivo. Así podemos encontrar a lo largo del listado conceptos jurídicos o reglas generales o vagas como: *plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado* (Núm. 1 de la DA1ª LGDCU, actualmente art. 85.1 TRLCU), *concurran motivos válidos* (Núm. 2 párrafo 1º de la DA1ª LGDCU, actualmente art. 85.3 TRLCU), *antelación razonable* (Núm. 2 párrafo 1º de la DA1ª LGDCU, actualmente art. 85.3 párrafo 3º TRLCU), *en un plazo desproporcionadamente breve* (Núm. 2 párrafo 1º de la DA1ª LGDCU, actualmente art. 85.4 TRLCU), *indemnización desproporcionadamente alta* (Núm. 3 de la DA1ª LGDCU, actualmente art. 85.5 TRLCU), etc..

<sup>251</sup> De hecho, no son las únicas disposiciones del TRLCU sospechosas de ser producto de una extralimitación del Gobierno, pero su análisis excede el objeto del presente trabajo. Pero pueden consultarse las observaciones sobre la refundición realizada en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El texto refundido sobre legislación de consumo», *ArC*, num. 18, 2007, la versión utilizada es la disponible en: <http://www.aranzadigital.es>; CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *ArC*, num. 5, 2008, la versión utilizada es la disponible en: <http://www.aranzadigital.es> (consulta: 03/05/2014); y, CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *ArC*, num. 1, 2008.



cláusulas prohibidas que serían unas auténticas cláusulas generales dada la amplitud de los conceptos que contiene<sup>252</sup>.

Esta sospecha de creación de auténticos nuevos supuestos puede parecer haber sido confirmada por la redacción de algunas disposiciones legales que retoman el sublistado del art. 82.4 TRLC<sup>253</sup>. De esta manera, el TRLCU consideraría abusivas las cláusulas *que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario* (art. 85), las *que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas* (art. 86), y las *que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario* (art. 87). Con ello se establecería, según algunos autores, un control de contenido de condiciones generales en tres niveles: cláusula general (art. 82.1 TRLCU), subcláusulas generales (82.4, párrafos primeros de los arts. 85, 86 y 87 TRLCU) y los supuestos de cláusulas abusivas específicas de la lista (arts. del 85 al 90 TRLCU)<sup>254</sup>.

Desde otra perspectiva, CÁMARA LAPUENTE ha sugerido que con la refundición ahora no son tres, sino cuatro *cauces* distintos por los que una cláusula es abusiva<sup>255</sup>. Según este autor existe: 1) El *criterio general* del art. 82.1 TRLCU; 2) Los *criterios auxiliares resumidos* del art. 82.4 los cuales *son un resumen o inducción del listado de concretas cláusulas abusivas en los arts. 85-90 TRLCU*, y que, debido a su vaguedad e indeterminación, estos criterios tienen sólo un carácter *ancilar* respecto del criterio general; 3) Los *criterios auxiliares desglosados* que son los contemplados en el inicio de los arts. 85, 86 y 87 TRCLU y que *por su amplitud e indeterminación, merecen necesariamente, igual que su formulación resumida en el art. 82.4, pasar por el tamiz del criterio general del art. 82.1 y del test circunstancial del art. 82.3*; y, 4) El *listado o elenco de específicas cláusulas abusivas* detalladas en los artículos 85 al 90.

Cabe preguntarse entonces, si esta redacción de la normativa sobre cláusulas abusivas ha roto con el sistema dual de cláusula general y listado de supuestos específicos de

---

<sup>252</sup> Así, CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *ArC*, num. 5, 2008, , afirma que los *antiguos criterios de clasificación desempeñan, parece, una función sistemática diversa. Los antiguos criterios de clasificación pasan a ser ahora en el art. 82.4 TR estándares de control autónomos.*

<sup>253</sup> O *subcláusulas generales*, tal como las llama CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la...», *op. cit.*, p. 9.

<sup>254</sup> Señala CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la...», *op. cit.*, p. 9, que *(e)s como si la lista de cláusulas grises-negras de los artículos 85 a 90 debieran pasar un segundo filtro para que fueran consideradas abusivas. En efecto, ahora no sólo se exigiría una congruencia de la cláusula enjuiciada con el supuesto de hecho que se describe en cada enumeración de la lista, sino que sería preciso además que se produjera el resultado prohibido por la rúbrica en la que se incluyen.* Es por ello que MARTÍN PÉREZ, J. A., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 316, respecto de estas *subcláusulas generales* indica que *lo que antes eran simples criterios de clasificación parecen haberse convertido en estándares de control autónomos.*

<sup>255</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 832.

cláusulas abusivas. Para analizar este tema es necesario en primer lugar analizar en general la potestad de refundición de normas jurídicas, y, sobre todo, sus límites.

#### **4.1.4. Sobre la delegación legislativa y en particular sobre la refundición de leyes. Límites y consecuencias de la extralimitación del ejercicio del legislador delegado.**

El Gobierno elaboró la refundición de diversos cuerpos normativos protectores de los consumidores en uso de la delegación legislativa concedida por las Cortes Generales, cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 82 CE. Las delegaciones legislativas cumplen un papel importante en el sistema jurídico, ya que cubren *una necesidad práctica de colaboración del ejecutivo con el legislativo, muy aprovechable para aclarar y sistematizar el ordenamiento jurídico, y añadir claridad a la legislación, contando con los mejores medios de que aquel poder dispone*<sup>256</sup>.

Respecto a la delegación legislativa para la refundición de textos legales, la labor que se le encomienda al Gobierno es *puramente técnica y no creadora*, y consiste en *sistematizar y articular en un texto único una pluralidad de Leyes que inciden sobre un mismo objeto (art. 82.2 de la Constitución), sin alterar la regulación material que de esa pluralidad de normas resulta*<sup>257</sup>.

La habilitación puede consistir, según el art. 82.5 CE, únicamente en la *mera formulación de un texto único*, o también, las Cortes Generales, pueden habilitar para *regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos*. Ésta última cuando es otorgada al Gobierno, *permite la explicitación de normas subsidiarias allí donde existían lagunas legales y siempre una depuración técnica, una aclaración, una armonización de preceptos, una eliminación de discordancias y antinomias*<sup>258</sup>.

En este mismo sentido, la STC 6 febrero 1992 (RTC 1992/13) ha considerado los términos *regularizar, aclarar y armonizar* como sustancialmente equivalentes entre sí, y ha dicho que permiten, *incluso, en la tarea refundidora, introducir normas adicionales y complementarias a las que son estrictamente objeto de refundición, siempre que sea necesario para colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del texto único refundido*. La finalidad del legislador delegante es *establecer una nueva sistemática, contribuyendo a la seguridad jurídica y a la claridad de la regulación de textos legales existentes*<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II. El ordenamiento jurídico*, Madrid, 2006, p. 654.

<sup>257</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra, 2006, p. 257.

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>259</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, p. 662. Así también CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007...», *op. cit.*, p. 3, inicia afirmando

Precisamente la disposición adicional quinta de la Ley 44/2006 habilita al Gobierno en este último sentido (en el de regularizar, aclarar y armonizar) para la elaboración del TRLCU<sup>260</sup>. La dispersión normativa de los textos legales de consumo, debido a que la trasposición de diversas directivas comunitarias se había realizado en leyes especiales, demandaba una armonización de todas ellas y su incorporación a un único cuerpo legal.

Era una necesidad de claridad y cohesión legal la que motivó que se otorgara la delegación legislativa. Era preciso mantener la unidad de los distintos cuerpos normativos por razones de certeza y seguridad jurídica<sup>261</sup>. Esto se aprecia a lo largo del TRLCU, y de su Exposición de Motivos. Por ejemplo, la Exposición de Motivos (II párrafo segundo), al comentar la creación del título primero del libro primero, afirma que se ha asegurado *una mayor claridad en la redacción, evitando repeticiones innecesarias e integrando lagunas que la doctrina había identificado*, mediante la incorporación de una *lista de conceptos reiteradamente utilizados* en la LGDCU.

Según la doctrina, mediante la delegación legislativa para la refundición de textos legales cuando se autoriza además a regularizar, aclarar y armonizar los mismos (como lo es el presente caso), el legislador delegado puede *añadir a los textos vigentes previsiones normativas que contribuyan a hacerlos más claros y comprensibles, de más*

---

que no se ha producido una jurisprudencia matizada sobre el alcance de los términos *regularizar, aclarar y armonizar* (cuestión que no es cierta, tal como expusimos *supra*), sin embargo en seguida asegura acertadamente que *la flexibilidad ofrecida por los referidos verbos no permite contradecir las normas que se refunden ni crear normativa ex nihilo, pero sí modificar y complementar la regulación en aquel sentido que se corresponda con una interpretación –y hasta integración- razonable de la misma*. En este mismo sentido, CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la...», *op. cit.*, p. 2, considera que (d) *la refundición no se derivan normalmente ventajas de tipo práctico, sino una mayor facilidad en el manejo de las normas preexistentes. Con todo, hay ocasiones en que la refundición habría cumplido efectos materiales de importancia*. Y cita como ejemplo la unificación y armonización que hace el TRLCU sobre la clase de información que debe darse en los contratos con consumidores.

<sup>260</sup> Disposición adicional quinta TRLCU. *Habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido. Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*.

En realidad la habilitación de la Ley 44/2006 ha sido la segunda concedida al Gobierno en vista que éste no dio cumplimiento en el plazo requerido a la primera. Ésta se encontraba en la disposición final cuarta de la Ley 23/2003, de 10 de julio, sobre Garantías en Venta de Bienes de Consumo: *Se habilita al Gobierno para que en el plazo de tres años proceda a refundir en un único texto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*.

<sup>261</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 258. Sobre el TRLCU, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «El texto refundido...», *op. cit.*, p. 2, afirma que *el texto aprobado implica una reordenación sistemática de las normas legales en cuestión, así como una redacción presididas por la claridad y el rigor técnico. Todo ello contribuirá a una mejora de nuestro Ordenamiento en materia de protección de los consumidores*.

*fácil manejo por los aplicadores*<sup>262</sup>. El legislador delegante otorga una facultad estrictamente limitada a las manipulaciones necesarias para dar coherencia de conjunto al nuevo texto único, sin comprender desde luego posibilidad alguna de introducción de elementos volitivos o decisionales nuevos, debiéndose abstener el legislador delegado de crear nueva regulación material<sup>263</sup>.

La potestad del ente delegado es tan limitada que, si éste realiza cambios sustanciales a las normas a refundir, *aún en el caso de que se mejorasen la solución original y le dieran mayor racionalidad o aumentaran la protección de los consumidores, estarían viciados porque superan y contradicen a la ley delegante*<sup>264</sup>.

Adicionalmente, la delegación legislativa para la refundición de textos legales es de tipo recepticia, en cuanto que *por una determinación adicional expresa del legislador, independiente de la técnica misma de la delegación, se viene a asignar a la norma delegada el rango de Ley*<sup>265</sup>. Esta determinación adicional *consiste en una asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por el Gobierno en virtud de la delegación prestándola su propio rango*<sup>266</sup>. Es decir, que una vez elaborado y publicado el decreto legislativo del gobierno en el que se refunden las leyes, aquél obtiene el rango de ley y deroga, o más bien, sustituyen las leyes refundidas, tal como si las Cortes Generales lo hubiesen hecho mediante el procedimiento legislativo ordinario<sup>267</sup>.

---

<sup>262</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 662.

<sup>263</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003, pp. 285 y 286. Por ello, este mismo autor sostiene que, pese a que debe de analizarse caso por caso si se ha cumplido con la tarea de refundición dentro de sus límites, puede extraerse una regla general: *el máximo respeto posible a los materiales legislativos existentes y sometidos a manipulación, compatible con el buen fin de la refundición* (p 289).

<sup>264</sup> REBOLLO PUIG, M., «La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 30.

<sup>265</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 255. Vid. STS 1 marzo 2001 (RJ 2001/3071). MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 657, no cree necesario en la actualidad fundamentar la delegación legislativa del art. 82 CE en el sentido apuntado, puesto que dichos argumentos son de la época anterior a la promulgación de la actual CE. Basta en la actualidad, según el autor, con señalar que los *decretos legislativos tienen rango de ley porque lo dice expresamente el art. 82.1 CE*. Vid., en similar sentido, PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003, p. 283.

<sup>266</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 255. Estos mismos autores, explican la delegación recepticia mediante dos instituciones jurídicas: el reenvío recepticio y la declaración de voluntad *per relationem*. En la primera *el autor de la norma reenviante quiere y asume el contenido del acto normativo al cual se reenvía como contenido de la propia norma; la norma reenviada pierde con ello su propia autonomía para convertirse en parte integrante del acto normativo reenviante, con lo cual el reenvío se convierte en un expediente técnico para incorporar contenidos normativos extraños*. En la segunda, ponen de ejemplo el art. 1447 CC, en la que *las partes contratantes se remiten al arbitrio de un tercero asumiendo anticipadamente como propia la determinación del precio que ese tercero señale*.

<sup>267</sup> El art. 85 CE prescribe que el cuerpo normativo mediante el cual se da cumplimiento a las delegaciones legislativas se denomina decreto legislativo.

Pero para que este decreto legislativo obtenga el rango de ley, es necesario que respete los límites impuestos por la CE y la ley delegante. Los excesos en que se pueda incurrir al cumplir con la delegación legislativa no pueden ser recibidos por la ley delegante, puesto que el Gobierno no tiene habilitación fuera de esos límites, y por tanto no puede aceptarse que han sido derogadas las leyes refundidas<sup>268</sup>. En otras palabras, el decreto legislativo adquiere el rango de ley, siempre que se mantenga dentro de los límites de la ley delegante y de la CE<sup>269</sup>. Ante los excesos en la delegación legislativa, las normas son nulas<sup>270</sup>.

El control de la actuación del Gobierno en estos asuntos, corresponde principalmente a los tribunales, tal como lo preceptúa el art. 82.6 CE. Los excesos son perfectamente fiscalizables vía contenciosa administrativo, ya sea mediante una acción directa o indirecta (art. 9.4 de la LOPJ, y art. 1.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998)<sup>271</sup>. Pero también, las normas que se extralimiten deben ser inaplicadas por los tribunales, tal como el Art. 6 de la LOPJ lo ordena<sup>272</sup>. Es decir, *cualquier tribunal de cualquier orden jurisdiccional y en cualquier instancia puede apreciar, por lo tanto, la nulidad de la norma que incurra en un exceso en la delegación e inaplicarla en consecuencia o no conferirla en cuanto al exceso valor de ley*<sup>273</sup>.

---

<sup>268</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 665, quien sostiene que el decreto legislativo no provoca propiamente una pérdida de eficacia de las leyes refundidas, ya que *siguen sirviendo para valorar la legalidad de la operación de refundición, determinando si se han cometido o no excesos*

<sup>269</sup> Así, PARADA, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, 2004, p. 50. O, como lo grafica GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho...*, op. cit., p.265: al haber excesos en la delegación legislativa, *el Decreto no puede darse a sí mismo un rango superior, del mismo modo que nadie puede levantarse del suelo tirándose a sí mismo por los pelos.*

<sup>270</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 666, afirma que esta consecuencia es la más acorde a Derecho cuando han existido algunos tipos de excesos, como lo es la violación de los límites que imponen los arts. 82 y 85 CE. También, vid. PARADA, R., *Derecho Administrativo I...*, op. cit., p. 50. Citando algunas tesis sobre las normas refundidas en exceso de las potestades delegantes, REBOLLO PUIG, M., «La aprobación del Texto...», op. cit., p. 31, concluye que *salvo rarisimas excepciones se concluirá igualmente en la nulidad de los preceptos del TRDCU que vayan más allá de la delegación y de lo que se deduce de las leyes refundidas.*

<sup>271</sup> Sin embargo la jurisprudencia del Tribunal Supremo no le ha restado completamente de valor a las normas producto de una refundición en exceso. Si bien no las reconoce con el pleno valor de una ley, ha reconocido que las normas pueden llegar a tener un valor reglamentario siempre y cuando se hayan dictado dentro de los límites de la potestad reglamentaria del Gobierno. Vid. STS 17 noviembre 1989 (RJ 1989/7972), STS 9 febrero 2000 (RJ 2000/323), y STS 10 febrero de 2000 (RJ 2000/789). Tesis a la que se adhiere REBOLLO PUIG, M., «La aprobación del Texto...», op. cit., pp. 30 y 31

<sup>272</sup> Art. 6 LOPJ [No aplicación de normas contrarias a la Constitución] *Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos a cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.*

<sup>273</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 266. Seguido por PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003, p. 287. La STC 5 julio 2001 (RTC 2001/159) reconoce la potestad de todos los tribunales para la fiscalización de los excesos del legislador delegado, al afirmar que el TC posee competencia para *fiscalizar la constitucionalidad de cualquier norma con rango de ley y por cualquier motivo (STC 61/1997, de 20 de marzo, F. 2), que esa tarea puede*

#### 4.1.5. Aplicación a lo sucedido en la creación del TRLCU. Interpretación conforme a la Constitución.

Atendiendo a lo dispuesto por parte de la doctrina sobre la creación de distintos niveles en el examen de cláusulas abusivas a partir de la creación del TRLCU, nos puede dar la impresión que estamos frente a una extralimitación del Gobierno en el ejercicio de la delegación legislativa. Se podría concluir que ha habido una extralimitación en la habilitación para la refundición de textos, en cuanto se han creado nuevos supuestos de nulidad contractual no previstos en la LGDCU<sup>274</sup>. Sobre todo por los primeros párrafos de los artículos 85, 86 y 87 TRLCU que parecen conformar nuevas subcláusulas a aplicar para determinar la abusividad de las condiciones generales.

Si se interpreta de esa manera el texto legal, entonces deberían inaplicarse las normas que excedan la habilitación o son susceptibles de impugnar las mismas vía acción contencioso administrativa (art. 82.4, y el párrafo primero de los arts. 85, 86 y 87 TRLCU)<sup>275</sup>.

Sin embargo, la interpretación del TRLCU con respecto a variaciones introducidas a raíz de la delegación legislativa debe realizarse de manera restringida, es decir, que debe entenderse que el legislador delegado no ha deseado modificar sustancialmente el régimen legal mediante la adición de nuevos supuestos y consecuencias jurídicas. Debe tratarse de cohonestar la nueva redacción del TRLCU con las normas refundidas con a fin de evitar nulidades de aquella.

Por lo que, mediante una lectura pormenorizada de la ley, y un análisis acorde con los límites de la delegación, se debe entender que el art. 82.4 simplemente enumera los nuevos grupos en los que se organizan las cláusulas abusivas específicas. Por ello, puede considerarse como un resumen del listado de las cláusulas concretas señaladas en los artículos 85 al 90 TRLCU<sup>276</sup>. Vale recordar que esto es fruto de la reorganización realizada por el legislador delegado para mejorar la agrupación de las hipótesis<sup>277</sup>.

---

*corresponder «no sólo al Tribunal Constitucional, sino también a la jurisdicción ordinaria. La competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos Legislativos a las Leyes de delegación se deduce del art. 82.6 de la Constitución; así lo ha entendido este Tribunal Constitucional en la Sentencia de 19 de julio de 1982), y posteriormente en el Auto de 17 de febrero de 1983. Éste auto (ATC 17 febrero 1983 (RTC 1983/69)), manifiesta que pertenecen al ámbito normal de poderes del Juez - también del Magistrado de Trabajo- el inaplicar los Decretos legislativos en lo que exceden de la delegación o más propiamente el no conferir al exceso el valor de Ley.*

<sup>274</sup> Pese a los problemas identificados, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 831, no afirma con contundencia la existencia de una extralimitación, sino que aprecia un *posible exceso respecto a la encomienda refundidora*.

<sup>275</sup> Son varios los aspectos que han sido advertidos por la doctrina como posibles extralimitaciones de la potestad de refundición. Así por ejemplo, CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al art. 3 TRLCU», *op. cit.*, p. 119, lo señala respecto del ámbito subjetivo de aplicación, específicamente del concepto de consumidor.

<sup>276</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 832. De manera similar, PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *La defensa de los*

Debido a que la utilidad del art. 82.4 radica en informar bajo qué criterios se agrupan las hipótesis del listado de cláusulas específicas, éste puede llegar a tener un carácter auxiliar interpretativo al momento de analizar una cláusula. Sobre todo esta labor auxiliar tendrá sentido cuando se trata de una cláusula que se encuentra entre los supuestos concretos de su correspondiente epígrafe. Así, para analizar los numerales del art. 86, podrá ser útil entender que se tratan de cláusulas limitativas de derechos de consumidores (82.4.b TRLCU) que el legislador considera abusivas<sup>278</sup>.

En cambio, no podrá afirmarse que, por ejemplo, el art. 82.4.b TRLCU ha determinado que toda cláusula que limite derechos del consumidor es abusiva. De considerarse abusivas automáticamente todas las cláusulas que limiten derechos del consumidor se estaría empleando el art. 82.4.b TRLCU como un auténtico supuesto específico de cláusula abusiva, lo cual contradice su verdadera naturaleza de herramienta interpretativa. Lo apegado a Derecho es que la cláusula limitativa de derechos del consumidor sea examinada a la luz de la cláusula general del art. 82.1 TRLCU, para determinar si es abusiva<sup>279</sup>.

Respecto de los párrafos primeros de los artículos 85 y 86 TRLCU se puede apreciar que no realiza ningún cambio su introducción en la normativa, por lo que no pueden ser calificadas como subcláusulas generales. En este sentido, cualquier condición general que vincule algún aspecto del contrato a la voluntad del empresario será nula por abusiva al no lograr superar el control de contenido del art. 82.1 TRLCU, y no lo será por aplicación del encabezado del art. 85. Es más, cualquier cláusula, sea condición general o no, que vincule algún aspecto del contrato a la voluntad de alguna de las partes, (no únicamente a la del empresario) es nula, en aplicación de una norma imperativa como lo es el art. 1115 y 1256 CC<sup>280</sup>. En consecuencia el art. 85 inc. 1º TRLCU no representa un cambio en el tratamiento legal de esas cláusulas.

Igual sucede con el art. 86 párrafo 1º. Si bien una cláusula puede modificar derechos que normas dispositivas otorguen a los consumidores, no lo puede hacer *en perjuicio del consumidor y usuario*, puesto que se tratara de una cláusula abusiva en aplicación del

---

*consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011, p. 1431, considera que el art. 82.4 *anuncia* el catálogo de supuestos específicos de cláusulas abusivas del art. 85 y ss TRLCU.

<sup>277</sup> Debido a ese esfuerzo reorganizativo PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1431, nota 278, afirma que el art. 82.4 TRLCU constituye un *ensayo de sistematización del catálogo de cláusulas abusivas concretas desarrollado en los arts. 85 y ss.*

<sup>278</sup> Así también puede considerarse que tienen ese carácter auxiliar interpretativo respecto del art. 82.1 TRLCU tal como propone CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 832.

<sup>279</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 832.

<sup>280</sup> Artículo 1256 CC. [Arbitrariedad unilateral en los contratos] *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.*

art. 82.1 TRLCU, y no del art. 86 párrafo 1º<sup>281</sup>. Si el derecho es otorgado por una norma imperativa, es irrelevante si el sujeto titular sea consumidor o no, debido a que la cláusula que estipule lo contrario será nula

En lo que respecta al art. 87 TRLCU, es necesario realizar algunas acotaciones. El art. 87 tiene su antecedente en el epígrafe *III Falta de reciprocidad* de la DA1ª LGDCU, bajo el cual se agrupaban las cláusulas que imponen obligaciones para el consumidor o atribuyen facultades al profesional *sin un correlativo derecho o deber en la otra parte*<sup>282</sup>. Pero con la adición, mediante la Ley 44/2006, del apartado 17 bis a dicho grupo de la DA1ª LGDCU (ahora 87.6 TRLCU), el criterio de reciprocidad originalmente concebido se quebranta. Dicho apartado contiene un gran número de supuestos que no guardan ninguna relación sistemática de ordenación entre ellos, y tampoco guardan correspondencia con el criterio de organización que enuncia el epígrafe (falta de reciprocidad)<sup>283</sup>. Es decir, que los supuestos que contiene el art. 87 no consisten únicamente en casos en los que falta reciprocidad. Incluso éstos son en número menor que los demás supuestos de abusividad que obedecen a criterios ajenos a la falta de reciprocidad. Por ello, debe de entenderse que el criterio de reciprocidad como fue entendido inicialmente, no ha seguido siendo utilizado para agrupar los supuestos bajo ese acápite por el legislador de la Ley 44/2006, ni por el legislador delegado del TRLCU. Sino que es un grupo heterogéneo de cláusulas abusivas específicas. Por lo que, la función interpretativa de la frase *falta de reciprocidad* indicada en el encabezado o título de esta disposición legal y en su correlativo art. 82.4.c) TRLCU, no es predicable en todos los supuestos contemplados en art. 87 TRLCU.

---

<sup>281</sup> Mas adelante en el presente trabajo se explicará con mayor detenimiento este aspecto del desplazamiento del derecho dispositivo por parte de las condiciones generales, y las consecuencias de ello para el examen de abusividad.

<sup>282</sup> LLAMAS POMBO, E., “Comentario a la Disposición adicional primera. *Cláusulas abusivas.*”, en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por el mismo), Madrid, 2005, p. 989.

<sup>283</sup> Incluso CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y...*, op. cit., pp. 65 y 66, encuentra divertido dicho apartado, puesto que *el legislador ha querido utilizar un solo número para declarar automáticamente abusivas muchas estipulaciones diversas que no clasifica ni ordena por contenidos, sino que acumula como quien introduce muchos objetos diferentes en una bolsa para llevárselos de prisa.*

Art. 87.6 TRLCU (anterior apartado 17 bis DA1ª LGDCU): *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no correspondan con los daños efectivamente causados.*



Además el encabezado del art. 87 es básicamente una copia de la cláusula general, con la única modificación de haber sido sustituido el término *equilibrio* por el de *reciprocidad*. Por todo lo anterior, el encabezado y el título del Art.87 al referirse al término *reciprocidad*, ésta no debe ser entendida como *correspondencia de un mismo derecho o deber a ambas partes*, como originalmente fue concebido en el epígrafe III de la DA1ª LGDCU, sino como la de *equilibrio objetivo de derechos y obligaciones* en el sentido de la cláusula general del art. 82.1. Esto supone que no hay tampoco una extralimitación en el ejercicio de la habilitación concedida al Gobierno. La repetición en otro artículo, en este caso el 87, de la cláusula general no representa un aumento en la protección de los adherentes consumidores, ni a un aumento de los supuestos de nulidad contractual.

Por otro lado, con esto el legislador no pretendió señalar que los supuestos específicos que enumera dicho artículo son los únicos que el legislador considera como condiciones generales que no superan las exigencias de buena fe y equilibrio objetivo (cláusula general), puesto que todos los supuestos específicos del art. 85 al 90 no superan dicha exigencia. Sino que el legislador ha creado un grupo misceláneo de cláusulas abusivas específicas, pero que no son las únicas. Es decir que cumple la función que antes era cumplida por el epígrafe V de la DA1ª LGDCU denominada como *Otros*. Es un grupo residual de cláusulas abusivas específicas que no encajan en los otros grupos.

Consideramos que esta interpretación es la correcta, puesto que una diferente llevaría a pensar que se establece en el encabezado del art. 87 una subcláusula general que prohíbe toda cláusula que no respete la reciprocidad (en el sentido de correlatividad) de derechos y obligaciones. Si se considerara que la reciprocidad es un elemento universal para la determinación de la validez o invalidez de una cláusula traería consecuencias indeseadas y perjudiciales para los consumidores. Así, el empresario podría evitar que se considere abusiva una obligación excesiva a cargo del consumidor, si el empresario se atribuye en el contrato esa misma obligación. Por ejemplo, en un contrato de apertura de crédito podría estipularse una excesiva tasa de interés moratoria a cargo del usuario. Y el empresario podría evitar que se declare tal tasa como abusiva, si establece en el contrato que el empresario reconocerá a favor del usuario la misma tasa de interés moratorio por no entregar en el plazo estipulado cada desembolso que sea solicitado por el usuario en el marco del contrato de apertura de crédito.

En el mismo sentido, también se evadiría que se declare como abusivo un derecho excesivo a favor del empresario, si éste incluye un derecho igual a favor del consumidor en el contrato. O bien, la aplicación de la reciprocidad como criterio determinante de la abusividad de la una cláusula podría llevarse al extremo de que un derecho a favor del consumidor reconocido por la normativa protectora de consumidores, podría igualmente atribuírselo el empresario sin que ello se repunte de abusivo según el criterio de reciprocidad. Podríamos citar como ejemplo el derecho de desistimiento (art. 68 TRLCU). De manera que, el empresario podrá incluir una condición general que establezca que, posterior a la celebración del contrato, él puede dejarlo sin efecto sin

necesidad de justificar su decisión y sin penalización de ninguna clase a reconocer a los consumidores. Derecho que podrá ejercerlo en el mismo plazo en el que los consumidores pueden ejercer ese mismo derecho.

Sin duda, esto demuestra la inviabilidad legal de la reciprocidad como elemento determinante y universal de la abusividad de cláusulas. Un derecho u obligación puede ser recíproco, pero esto no implica que sea equilibrado. Así, una obligación puede representar una gran carga jurídica o económica al consumidor. Pero esa misma obligación a cargo del empresario puede no suponer una carga importante para el empresario. Esto debido a que el empresario puede asumir sus consecuencias sin que le ocasione un grave perjuicio. O bien, porque el riesgo que contrae es bajo ya que es baja la probabilidad que ocurra la condición a la que está sujeta tal obligación (como el caso de los intereses moratorios en el contrato de apertura de crédito).

No puede caerse en el error de pensar que toda falta de reciprocidad produce un desequilibrio objetivo y contraría la buena fe. El legislador enumera algunos casos en que la reciprocidad fue considerada por el legislador como determinante en el examen de abusividad, tales son los casos de los números 1, 2, 3 y 5 del art. 87 TRLCU. Pero únicamente es aplicable a esos cuatro supuestos, no al resto de supuestos de ese mismo artículo. Ni mucho menos puede entenderse que el legislador delegado ha establecido una nueva subcláusula general que preceptúa como nula toda cláusula que falte a la reciprocidad, entendida como correlatividad, independientemente de si encaja en alguno de los supuestos contemplados en los numerales del art. 87 TRLCU. El legislador español (no el delegado) y el comunitario determinaron con carácter general que los elementos de la *buena fe* y el *desequilibrio de derechos y obligaciones* son los aplicables para examinar la abusividad, no así la reciprocidad. Por lo que, considerar que el legislador delegado ha establecido una nueva subcláusula general bajo el parámetro de la *reciprocidad* significaría que existió una extralimitación en la tarea de refundición legislativa encomendada al Gobierno.

No nos referiremos al párrafo primero de los arts. 88 al 90 TRLCU, debido a que carecen de la ambigüedad del párrafo primero de los artículos antes citados. Por lo que, no generan la confusión antedicha sobre considerar que existió una intención del legislador delegado de crear subcláusulas generales. En conclusión, tanto la enumeración contemplada en el art. 82.4 TRLCU, como el párrafo primero de los artículos 85 al 87 TRLCU no representan nuevos niveles de control. Mediante una interpretación conforme a la CE, se deduce que tienen un carácter orientador y auxilian en la interpretación de los distintos supuestos específicos que son enumerados en los artículos del 85 al 90 TRLCU. Por tanto, el TRLCU debe ser interpretado en el sentido que continúa habiendo un sistema dual de control de contenido.

## 4.2. Sobre la naturaleza *gris* o *negra* del listado.

En el presente apartado se analizará si el listado de supuestos específicos de cláusulas abusivas es de naturaleza *negra*, es decir que basta con que una condición general encaje en su supuesto para que sea declarada abusiva sin un examen adicional. Es decir, cláusulas cuya calificación como abusivas es automática por el solo hecho de que se adecúen a uno de los supuestos del listado, ya que existe una presunción *iure et de iure* de ser abusivas y sin posibilidad de acreditar que no lo es en atención a las circunstancias del caso<sup>284</sup>. La cláusula que se analice no deberá ser analizada por el tribunal a la luz del art. 82.1 TRLC, ni de las circunstancias del art. 82.3 TRLCU. El legislador considera que tales supuestos son tan manifiestamente abusivos por sí mismos que debe abandonarse todo intento de valoración relativa<sup>285</sup>.

O bien, se determinará en el presente apartado si el listado es de naturaleza *gris*, es decir que no basta con que una cláusula encaje en un supuesto para ser declarada abusiva, sino que debe adicionalmente ser examinada la cláusula en concreto a la luz de la cláusula general (art. 82.1 TRLCU) y aplicando las pautas del art. 82.3 TRLCU. Es decir, que habría una presunción de ser abusivas, pero esta sería únicamente *iuris tantum*, admitiendo prueba en contra que demuestren que no es abusiva aplicando los elementos del art. 82.1 TRLCU (no es contraria a la buena fe o no genera desequilibrio en perjuicio del consumidor) y atendiendo a las circunstancias concurrentes del caso concreto según el art. 82.3 TRLCU<sup>286</sup>.

Hemos expuesto anteriormente la importancia de este tema. Si bien existe abundante doctrina que lo trata, consideramos que siempre tiene relevancia analizarlo a raíz de los cambios legislativos que constantemente se producen y que puede modificar la naturaleza del listado. Asimismo, es importante su análisis puesto que la validez de una cláusula sometida a análisis puede depender de si el listado se considera *negro* o *gris*. Como primer punto, comenzaremos analizando la normativa comunitaria por haber sido de gran influencia para la dinamización de la figura de las cláusulas abusivas en España. Y posteriormente se analizará la normativa interna española.

### 4.2.1. Naturaleza del listado de la Directiva 93/13/CEE. Su trasposición en diversos ordenamientos jurídicos europeos.

La Directiva en su lista del anexo no contiene cláusulas que sean automáticamente abusivas, porque para serlo se necesita verificar si son contrarias a la buena fe y causan

---

<sup>284</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 833.

<sup>285</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, pp. 768.

<sup>286</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 833. En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 952, (U)na lista negra se distinguiría de una gris por la posibilidad de que ésta contenga cláusulas prohibidas en unos supuestos y permitidas en otros.

en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de derechos y obligaciones (Art. 3.1), todo esto tomando en cuenta las circunstancias a las que alude el Art. 4.1. Esto queda en evidencia del tenor literal del Art. 3.3 al afirmar que las cláusulas allí contenidas *pueden ser abusivas*. Precisamente en esto consiste el carácter *indicativo* de la lista (Art. 3.3 Directiva 93/13/CEE).

Así lo ha confirmado la STJCE 7 mayo 2002 (TJCE 2002/151) del asunto C-478/99, la cual señala que *tiene valor indicativo e ilustrativo*, y que por tanto una cláusula *que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y que, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva*<sup>287</sup>. Como lo indicó el abogado general Sra. VERICA TRSTENJAK en el asunto C-472/10 sometido a conocimiento del TJUE, *el mero hecho de que una cláusula figure en la lista no entraña necesariamente que la misma tenga carácter abusivo*<sup>288</sup>.

A tal efecto, son importantes las conclusiones del abogado general, Sr. L. A. GEELHOED, del asunto C-478/99 a cuya tesis se adhiere la STJCE 7 mayo 2002 (TJCE 2002/151)<sup>289</sup>. En ellas, se expone que al estar comprendidas en el anexo de la directiva, no se encuentran en la parte normativa y vinculante del texto legal que crean derechos a los particulares, sino en la parte indicativa ilustrativa (conclusiones num. 35, 36 y 37). El legislador comunitario no la concibió como una *lista vinculante con cláusulas per se inadmisibles* (conclusión num. 28). Simplemente se recogen en ella las cláusulas *onerosas más características y más frecuentes* (conclusión num. 28). Incluso, llega a aseverar que a los supuestos de la lista ni siquiera se les concede el carácter de presuntivamente abusivas, no puede sospecharse dichos supuestos de abusivos (conclusiones num. 26 y 37).

En consecuencia, *un particular nunca puede concluir, basándose simplemente en la lista, que una cláusula mencionada en ésta sea abusiva en un caso concreto, pues tal interpretación menoscabaría la letra y el espíritu del artículo 3, apartado 3, de la*

---

<sup>287</sup> Dicha sentencia fue motivada por una supuesta falta de adopción del listado por el ordenamiento jurídico del Reino de Suecia, limitándose a enumerar los supuestos de la lista en la exposición de motivos en una de las dos leyes mediante las que se traspone la directiva: lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (Ley relativa a las cláusulas contractuales en las relaciones con los consumidores). En similar situación se encontraban Dinamarca y Finlandia, razón por la cual se apersonaron en el proceso a defender la postura de Suecia. Así también, la abogada general Juliane Kokott en el asunto C-415/11 sometido a conocimiento del TJUE puso de relieve en sus conclusiones que *la mera mención de una cláusula en el anexo no puede determinar automáticamente y por sí sola que tenga carácter abusivo; no obstante, dicha mención constituye un elemento esencial, en el que el órgano jurisdiccional puede basar su apreciación del carácter abusivo de la cláusula* (párrafo 84).

<sup>288</sup> Conclusión 84. Este asunto fue resuelto mediante STJUE 26 abril 2012 (TJCE 2012/98). Esta idea también se infiere de otras sentencias comunitarias, como la STJUE 9 noviembre 2010 (TJCE 2010/335) en cuanto en sus apartados del 42 al 44 dejan entrever que el examen para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contempladas en el anexo de la Directiva 93/13/CEE, es decir el listado de supuestos específicos, debe hacerse tomando en cuenta los elementos contemplados en su art. 4. Por lo que se descarta que sea abusiva una cláusula de manera automática por el simple hecho de encajar en un supuesto del listado.

<sup>289</sup> Pueden encontrarse estas conclusiones en <http://curia.europa.eu>

*Directiva* (conclusión num. 37). Su función es la de servir a los *órganos jurisdiccionales y otros órganos competentes, organizaciones sociales y consumidores y vendedores individuales* como un *criterio de interpretación para aclarar el concepto de «cláusula abusiva»* (conclusión num. 29). La parte indicativa no vinculante ayuda a la interpretación para la aplicación de la parte vinculante (conclusión num. 38).

Dicha función es confirmada por la STJCE al reconocer que la lista *constituye una fuente de información, tanto para las autoridades nacionales encargadas de aplicar las medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva como para los particulares afectados por dichas medidas*<sup>290</sup>. Por ello, prosigue la sentencia, no es necesario adoptar la lista en un texto legal, sino que el Estado miembro puede *elegir la forma y los medios de adaptación del Derecho interno a la Directiva que garanticen suficientemente el conocimiento de dicha lista por parte del público*. Únicamente es obligatorio adoptar en un texto legal la parte que genera derechos a los particulares, es decir la parte normativa, y no la parte ilustrativa<sup>291</sup>.

En atención a ello, lo cierto es que ni Suecia, ni Finlandia ni Dinamarca, la incorporaron en el texto normativo vinculante de sus leyes. Limitándose únicamente a enumerar los casos por ella descritos en su exposición de motivos<sup>292</sup>. Pero no fueron los únicos Estados en adoptar dicha posición en el propio texto normativo de la ley interna. Francia utilizó la misma técnica de la Directiva, al anunciar, en la disposición L132-1(3) del *Code de Consommation*, Loi n° 89-421 du 23 juin 1989, la existencia de una lista indicativa y no exhaustiva (*liste indicative et non exhaustive*) incorporada como anexo a dicho cuerpo normativo<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Es decir, tiene una función de dotar mayor previsibilidad a los fallos judiciales sobre cláusulas abusivas.

<sup>291</sup> El abogado general lamenta la falta de una correcta técnica legislativa por haber sido incorporada una lista no vinculante en el texto de la Directiva. Conclusión num. 39: *Por otra parte, pienso que normaliter no es apropiado que una lista de ejemplos, indicativa y no vinculante, figure en un corpus legal. Estimo que habría sido mejor si el legislador comunitario hubiera optado por establecer la lista indicativa en forma de una recomendación o, eventualmente, si hubiera optado por otro instrumento no vinculante, tal como una comunicación interpretativa. Semejante solución habría casado mejor con las directrices comunes sobre la calidad de la legislación comunitaria.*

<sup>292</sup> Así, con respecto a Suecia, BERNITZ, U., «Swedish standard contracts law and the EEC Directive on contract terms», *ERPL*, num. 2, 1997, p. 218, asegura que este es un ejemplo de la conocida como *legislation through declarations of intentions in the travaux préparatoires*. En igual sentido, referido al caso finlandés, WILHELMSSON, T., «The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland», *ERPL*, num. 2, 1997, p. 154, asegura que es novedoso para el Derecho finlandés que se incluya junto a la cláusula general una lista de supuestos ejemplificativos, puesto que no existía en la *Kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38* (Ley de Protección de Consumidores de 1978). Normalmente los ejemplos figuran en el proyecto de ley o en los trabajos preparatorios (*travaux préparatoires*), razón por la cual se decidió incluir los supuestos en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley para la trasposición de la directiva, en la que, incluso, han sido comentados los supuestos. Vid., en general con respecto a los ordenamientos jurídicos de los países nórdicos, Id., «1. A Nordic perspective. The unfair contract terms directive and the Nordic contract model», en *The "Unfair Terms" Directive, Five Years on. Evaluation and future perspectives* (European Commission Directorate-General for Health and Consumer Protection), Bruselas, 1999, p.30.

<sup>293</sup> La *Commission des clauses abusives* desde su fundación en 1978 mediante la Ley 78-22 de 10 enero (integrada en 1993 al *Code de Consommation*), dicta recomendaciones no vinculantes sobre cláusulas que

Además, los *Principles of European Contract Law* no incluye lista alguna, pese a que sí posee una cláusula general de abusividad (art. 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated). No obstante, en consonancia con la STJCE 7 mayo 2002 (asunto C-478/99), los PECL disponen que *la ausencia de una lista no inhibe a los jueces y árbitros de inspirarse en la lista del anexo de la Directiva 93/13/CEE cuando apliquen la cláusula general del art. 6.110* (quiso decir 4.110)<sup>294</sup>.

Vista la STJCE antes expuesta, se puede afirmar que el carácter de mínimos de la lista, no se agota con la posibilidad de aumentar el número de supuestos de cláusulas abusivas específicas, sino también en someter los supuestos a *formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas* (párrafo 17). Es decir, que el legislador nacional puede, entre otras cosas, otorgarle el carácter vinculante, pese a que originalmente fue concebido por el legislador comunitario como de carácter ilustrativo e indicativo.

Algunos Estados en uso de sus facultades, adoptaron la lista en sus respectivas legislaciones otorgándoles el carácter de nulos en términos absolutos. Es decir, que serán nulas todas las cláusulas que cumplan con esos supuestos específicos sin que el tribunal pueda analizar ningún otro elemento o circunstancias que puedan llevar a concluir que no son abusivas. A esto se le denomina comúnmente como lista negra. Por ejemplo, Austria ya poseía desde 1979 dos listas negras en su KSchG. Una de ellas (§ 6(1)) consideraba nulas una serie de cláusulas allí enumeradas cuando fueran incluidas en un contrato celebrado con un consumidor, hubiesen sido negociadas o no. Con respecto a la otra lista (§ 6(2)), consideraba nulas las cláusulas por ella descritas siempre y cuando no fueran negociadas individualmente (*im einzelne ausgehandelt*)<sup>295</sup>. Al trasponerse la Directiva, se procedió únicamente a aumentar su número, pero no la

---

considera abusivas que el Poder Ejecutivo las pueda prohibir con carácter general a través de decretos. Sin embargo, pese a ser numerosas las recomendaciones elaboradas, han sido pocas las veces que el Ejecutivo ha emitido decretos. Solamente son dos los decretos promulgados, y han prohibido las siguientes cláusulas: *Clauses relatives au droit à réparation de l'acheteur* (Art. R 132-1 del mismo cuerpo legal), *Clauses relatives à la modification du contrat par le professionnel* (Art. R 132-2), y otras cláusulas sobre *Commercialisation à distance de services financiers* (Art. R 132-2-1). WHITTAKER, S., «Contractual Control and Contractual Review in England and France», *ERPL*, num. 6, 2005, p. 768, considera que en algunos sectores las recomendaciones han influido, pero en general, solo han sido “parcialmente respetadas” por algunas empresas ya sea por desconocimiento de las recomendaciones o por desinterés en seguirlas. Las recomendaciones elaboradas por la *Commission des clauses abusives* pueden consultarse en: <http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm>.

<sup>294</sup> LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 266.

<sup>295</sup> Vid. SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo», *RDM*, 1980, p. 426; POSCH, W., «The implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms into Austrian Law», *ERPL*, N° 2, 1997, p. 137. Vid. éste y los demás textos legales actualizados de los distintos Estados miembros mediante los cuales se da cumplimiento a la trasposición de la Directiva al Derecho interno, en: <http://www.eu-consumer-law.org> (consulta: 03/05/2014).

naturaleza de las listas<sup>296</sup>. Otros Estados que incorporaron la lista dotándoles del mismo carácter (negro), fueron: Bélgica, República Checa, Estonia, Grecia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Eslovenia<sup>297</sup>.

Otros optaron por incorporar listas *negras* y *grises*. Así, en Alemania no fue necesario modificar las listas que ya poseía la AGBG desde 1976. Dicha ley fue pionera en Europa en introducir una doble lista de cláusulas abusivas específicas: una de carácter *negro* (§ 11) y otra de carácter gris (§ 10), tal como las denominó la doctrina. Las cláusulas que cumplieran con alguno de los supuestos de hecho de la primera lista eran nulas en todo caso, es decir nulas en términos absolutos, sin posibilidad de apreciación por el juez (*ohne Wertungsmöglichkeit*). La segunda lista era de carácter gris, porque eran nulas las cláusulas que allí se describían en atención de las circunstancias del caso concreto que el juez debía apreciar (*mit Wertungsmöglichkeit*), es decir eran nulas en términos relativos<sup>298</sup>. Posteriormente, en el 2002, fue incorporado el texto de la AGBG al BGB.

Portugal, con clara influencia alemana posee ambos tipos de listas desde el Decreto-Ley número 446/85, de 25 de octubre, aún vigente, de gran influencia alemana. En realidad fueron cuatro listas las incluidas en dicha ley, una negra y otra gris aplicable a relaciones entre empresarios o entidades equiparadas, y otras dos listas (negra y gris) para las relaciones con consumidores finales<sup>299</sup>. Al trasponer la Directiva, el legislador portugués, mediante el Decreto-Ley número 220/95, de 31 de agosto, se limitó a realizar pequeños cambios en la lista<sup>300</sup>. Otros Estados miembros con listas negras y grises son: Hungría, Italia y Holanda.

Este doble listado originalmente adoptado por la legislación alemana ha influido a diversos Estados en la creación de su normativa. Incluso, en la PDDC 2008 se promovía la creación de un doble listado con similitudes al alemán. De esta manera, los supuestos que contemplaba el anexo II del PDDC 2008 pretendían ser abusivos *en cualquier circunstancia* (art. 34). En cambio los supuestos del anexo III se refieren a *cláusulas presuntamente abusivas, salvo que el comerciante demuestre que no lo son*

---

<sup>296</sup> SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, p. 337.

<sup>297</sup> *Ibid.*, p. 337.

<sup>298</sup> Vid., una versión completa en castellano de la AGBG de 1976 y brevemente comentada artículo por artículo, GARCÍA AMIGO, M., «Ley alemana occidental sobre condiciones generales», *RDP*, 1978, p. 384 y ss.

<sup>299</sup> Vid. PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», *RDM*, 1996, pp. 89 y 90.

<sup>300</sup> Vid. una versión en castellano traducida por PORTELLANO DÍEZ, P., del Decreto-Ley número 446/85, de 25 de octubre, con las modificaciones introducidas por Decreto-Ley número 220/95, de 31 de agosto, pero sin la reforma a los arts. 1 y 23 que realizó el Decreto-Ley 249/1999, de 7 de julio, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, (dirigido por Nieto Ubaldó, U.), Valladolid, 2000, p. 611 y ss.

(art. 35 PDDC 2008)<sup>301</sup>. Sin embargo, al promulgarse la Directiva 2011/83/UE no se aprobaron cambios al listado de la Directiva 93/13/CEE.

Por otro lado, hubo otro grupo de Estados que decidieron incorporar el anexo de la directiva a sus respectivos ordenamientos jurídicos atribuyéndole carácter gris. Entre ellos Chipre, Irlanda, Polonia y Eslovaquia<sup>302</sup>.

Por último, peculiar y hasta cierto punto complejo es el caso del Reino Unido, ya que en 1999 promulgó la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* transcribiendo fielmente el texto de la directiva. Por ello, el anexo 2 (*Schedule 2 Indicative and Non-Exhaustive List of Terms which may be Regarded as Unfair*) incorpora, en el mismo sentido del cuerpo legal europeo, una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Y por otro lado mantiene vigente la *Unfair Contract Terms Act* de 1977. Ella contiene dos tipos de cláusulas prohibidas que, en ambos casos consisten principalmente en limitaciones y exoneraciones de responsabilidad. El primer tipo, se refieren a cláusulas enteramente ineficaces (sección 6 y 7), y, el otro tipo, tratan de cláusulas que son nulas si no aprueban el control de *reasonableness*, es decir si el predisponente no logra probar que fue *fair* y *reasonable* su incorporación al contrato (sección 2, 3 y 11)<sup>303</sup>.

#### 4.2.2. Naturaleza del listado regulado en el TRLCU

En el ordenamiento jurídico español, al trasponerse la Directiva 93/13/CEE, la LGDCU parecía contener una lista *negra*<sup>304</sup>. Esto se infería de la redacción del art. 10.bis.1

---

<sup>301</sup> Aclaraba el art. 35 PDDC 2008 que el comerciante debía probarlo conforme al art. 32, el cual incluye, entre otras cosas, la cláusula general de abusividad y algunos aspectos que el intérprete debe tomar en cuenta para examinar la abusividad de una cláusula. Por lo que se puede concluir que el PDDC 2008 daba amplitud al tribunal (o autoridad competente) para su apreciación convirtiéndose el anexo III en una lista gris.

<sup>302</sup> SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium...*, *op. cit.*, p. 376.

<sup>303</sup> Vid. WILLET, C., «The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and its implementation in the United Kingdom», *ERPL*, num. 2, 1997, pp. 226 y 227; SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones...», *op. cit.*, p. 421 y ss.

<sup>304</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, pp. 767 y 768. Sin embargo, desde la promulgación de la LGDCU en 1984, la doctrina española había atribuido un carácter *negro* al listado su primitivo art. 10.1.c. La doctrina aseveraba que esto se desprendía del tenor literal de la disposición, la cual ordenaba que las condiciones generales *deberán cumplir los siguientes requisitos (...) buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones lo que, entre otras cosas, excluye: (...)* y a continuación se enumeraban los 12 supuestos de cláusulas abusivas. Así lo sostenían, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, A., y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, 1987, p. 197 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de...», *op. cit.*, p. 642; DÍAZ ALABART, S., «Comentario a Art. 10.1.c) de la LGDCU», *Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 1992, p. 249; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «El control de las condiciones generales de los contratos», *La Ley*, 1989, en [www.laleydigital.com](http://www.laleydigital.com)



párrafo 1º *in fine* de la LGDCU: ***En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la presente Ley*** (el resaltado es nuestro). Así como el párrafo primero de la Disposición Adicional Primera (DA1ª), la cual contenía el listado, sostenía: *A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas **al menos** las cláusulas o estipulaciones siguientes: (...)* (el resaltado es nuestro). Por ello, en principio, mediante el empleo de dichas frases se podía sostener que el legislador consideraba los supuestos de ese listado como cláusulas abusivas no importando, las circunstancias individuales de la relación contractual en concreto<sup>305</sup>.

En este sentido, la SAP Madrid 1 junio 2002 (JUR 2002/209501) afirmó que *nuestro legislador se ha decantado por introducir una lista negra o de cláusulas en todo caso prohibidas, a diferencia de la solución preconizada en este caso por la Directiva, que se inclinaba por una lista gris o de cláusulas que podían ser declaradas abusivas*.

La promulgación del TRLCU, pese a que ha reorganizado la lista, no representa cambios en el carácter de la misma<sup>306</sup>. Se puede observar que emplea la misma expresión del art. 10.bis.1 LGDCU: *en todo caso*. Así en el novedoso art. 82.4 TRLCU, el cual es un artículo enunciativo de las categorías en que han sido clasificados los supuestos del listado, prescribe: *No obstante lo previsto en los apartados precedentes, **en todo caso** son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículo 85 a 90, ambos inclusive: (...)* (el resaltado es nuestro).

Pero no solamente en este artículo fue utilizada esa frase. También lo fue en el párrafo primero de varias de las disposiciones que contemplan los supuestos específicos la utilizan. En este sentido el párrafo primero del art. 85 TRLCU dice: *Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y,*

---

<sup>305</sup> Incluso, hubo algunos autores que interpretaron de manera distinta esa expresión. Así, BOSCH CAPDEVILA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A., «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RCDI*, 2005, p. 1771, aseguraron que la frase *en todo caso* empleada en el art. 10.bis.1 LGDU denotaba que las cláusulas que contiene el listado *serán abusivas hayan sido negociadas individualmente o no, y con independencia de que se produzca una situación de «desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»*. No podemos compartir esta idea, debido a que el problema de las cláusulas abusivas se debe a la falta de negociación, o más bien, a la imposición y predisposición de cláusulas al adherente. Esto justifica la nulidad de las cláusulas. Si han sido negociadas, habrá un acto de autodeterminación, de autonomía privada, lo cual las excluye totalmente del ámbito objetivo del control de contenido. Por otro lado, como ya lo hemos sostenido, el listado es una forma de concretización de la cláusula general. Si esta es una **lista de cláusulas abusivas**, lógicamente cada una de los casos que ella contempla caben en el supuesto de hecho de la cláusula general.

<sup>306</sup> Sin embargo, de manera un tanto compleja, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, pp. 61 y 62, interpreta que los supuestos contemplados en los arts. 85, 86 y 87 son de carácter abierto o *gris* ya que inician con un párrafo primero que posee diversos elementos a considerarse. En cambio, los artículos 88, 89 y 90 carecen de este párrafo primero abierto, iniciando con un párrafo primero lacónico y contundente como el del art. 88: *En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: (...)*. Por lo que sus supuestos son rígidos o *negros*. Argumento que no compartimos por las mismas razones que hemos expuesto *supra* sobre el valor que debe otorgársele a dichos párrafos, y las razones que expondremos a continuación a lo largo del presente apartado.

*en todo caso*, las siguientes: (...); el del art. 88 preceptúa: **En todo caso se consideraran abusivas las cláusulas que supongan:** (...); y el del art. 89 afirma: **En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:** (...) (los resaltados son nuestros).

El resto de disposiciones legales, aún cuando no utilicen dicha frase (*en todo caso*), debe interpretarse que igualmente el legislador ha deseado que sus supuestos sean de carácter negro, ya que el art. 82.4 TRLCU ha prescrito que esa es la naturaleza del listado completo que es desarrollado más adelante en los artículos del 85 al 90 TRLCU. Y es que, debe interpretarse que el Gobierno al refundir los cuerpos legales de consumo respeta la naturaleza *negra* del listado completo. Interpretarlo de manera distinta, implicaría que el Gobierno se ha extralimitado en la habilitación concedida por las Cortes Generales. El Gobierno no se encontraba habilitado para cambiar el sentido de una lista negra para dar paso a una lista gris. De hecho, la STS 15 abril 2014 (RJ 2014/3122) no duda en considerar que la versión actual del TRLCU es una "*lista negra*", *en cuanto que las cláusulas enunciadas en la disposición adicional primera de la Ley (actualmente, arts. 85 a 90 del texto refundido) son abusivas "en todo caso"*.

Sería un grave cambio sustancial del régimen legal anterior, al permitir que sean válidas cláusulas que antes de la refundición legal eran inválidas por abusivas al encajar las mismas en alguno de los supuestos del listado, independientemente de las circunstancias concretas del caso e independientemente si el tribunal consideraba que son contrarias a la buena fe o causan un desequilibrio en los derechos y deberes del consumidor. Por ello, debe entenderse que los supuestos del art. 86, 87 y 90 contemplan supuestos igualmente de carácter *negro*, pese a la ausencia de una frase tan contundente como lo es *en todo caso* utilizada en el párrafo primero de los otros preceptos legales<sup>307</sup>.

Sin embargo, y pese a la contundencia del legislador español al calificar como abusivos *en todo caso* (art. 82.4 TRLCU) a los supuestos del listado, algunos de éstos poseen conceptos jurídicos indeterminados o imprecisiones o vaguedades o reglas muy generales que requieren una interpretación al ser aplicadas al caso concreto<sup>308</sup>. Ejemplo de ello son los siguientes términos o frases: *un plazo excesivamente largo o*

---

<sup>307</sup> Los encabezados de dichos artículos son los siguientes: el art. 86 dice que (e)n cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas, y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: (...); el art. 87: Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular: (...); y el art. 90, que preceptúa, sin matizaciones, que (s)on, asimismo, abusivas las cláusulas que establezcan: (...). Respecto de los arts. 86 y 87, bien podría sostenerse que la frase *en particular* tiene igual significado que *en todo caso* para el tema que nos ocupa.

<sup>308</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 833; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, pp. 768 y 769; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, pp. 953 y 954.

Algunas de estas vaguedades, o imprecisiones o reglas muy generales provienen desde la promulgación del LGDCU de 1984, pero sobre todo desde la promulgación de la LCGC producto de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico español. Por lo que no son producto de la refundición legal que dio paso al TRLCU.

*insuficientemente determinado* (art. 85.1); *fixar fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogar el contrato* (art. 85.2); *motivos válidos*, (art. 85.3); *razón válida* (art. 85.3); *antelación razonable* (85.3 y 85.4); *desproporcionadamente breve* (85.4); *motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias* (85.4); *indemnización desproporcionadamente alta* (85.6); *razones objetivas* (85.10); *el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado* (85.10); *exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos* (86.1); *liberación de responsabilidad por cesión de contrato sin consentimiento, sólo si puede engendrar merma de las garantías de éste* (86.3)<sup>309</sup>; *la imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario* (86.7)<sup>310</sup>; *indemnización por una cantidad equivalente* (87.2); *obstáculos onerosos o desproporcionados* (87.6); *plazos de duración excesiva* (87.6); *garantías desproporcionadas al riesgo asumido* (88.1); *debida claridad o separación* (89.5)<sup>311</sup>.

Debido a esta falta de concretización en muchos de los supuestos legales, acertadamente parte de la doctrina ha señalado que no puede concluirse con carácter absoluto que el listado es de carácter *negro*<sup>312</sup>. Sino que estos supuestos que contienen ambigüedades, reglas muy generales y conceptos jurídicos indeterminados pese a la intención del legislador español de atribuirles naturaleza *negra*, son realmente de carácter *gris* al ser inevitable la actividad de valoración judicial a la luz del art. 82.1 y 82.3 TRLCU<sup>313</sup>. Necesitan la ponderación de diferentes elementos por lo que no puede aplicarse con la rigidez y automatismo de una lista negra<sup>314</sup>.

La presencia de diversos conceptos jurídicos indeterminados, vaguedades y reglas muy generales implica que en su interpretación y aplicación deberá procederse como si se tratarán de auténticos supuestos *grises*<sup>315</sup>. Como sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, la diferencia entre una lista negra y otra gris puede expresarse por *contener o no conceptos indeterminados que exijan valoraciones, atendiendo a las circunstancias, de manera*

---

<sup>309</sup> Citado por CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 834, como ejemplo de una regla muy general que necesita aplicación del art. 82.1 y 82.4 TRLCU.

<sup>310</sup> Citado por *Ibid.*, p. 834, como ejemplo de una regla muy general que necesita aplicación del art. 82.1 y 82.4 TRLCU.

<sup>311</sup> Los siguientes autores también enumeran ejemplos extraídos del listado que contenía la LGDCU: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 768.

<sup>312</sup> Sobre este listado, la STS 15 abril 2014 (RJ 2014/3122) ha resuelto: En este listado se combinan normas que por su concreción responden al esquema aplicativo de las reglas, con otras más genéricas que responden más al esquema de los principios, por lo que exigen una tarea de ponderación y concreción, y que pueden considerarse como unas cláusulas generales más específicas

<sup>313</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1435; CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al Art. 86 TRLCU», *op. cit.*, p. 834; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 228; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 769; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, pp. 953 y 954.

<sup>314</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 954.

<sup>315</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 769.

que en ciertos casos las cláusulas serán válidas y en otros no<sup>316</sup>. Y es que mediante la concreción del alcance de los conceptos jurídicos indeterminados con respecto a cada cláusula considerada podrá saberse si se confirma la presunción («*iuris tantum*») de que puede ser abusiva porque está comprendida en el supuesto descrito en alguno de los apartados de la lista<sup>317</sup>. Por ello, se considera que el TRLCU contempla un listado mixto al estar compuesta por supuestos *grises* y *negros*<sup>318</sup>. En palabras de MIQUEL GONZÁLEZ: la lista es *mixta*, porque mezcla prohibiciones precisas con otras que requieren determinación<sup>319</sup>.

## **5. Cláusulas abusivas por defectos de transparencia. Examen de abusividad de cláusulas que regulan prestaciones principales de contratos.**

Junto al más comúnmente comentado control de contenido de condiciones generales que generan desequilibrio objetivo de los derechos y obligaciones del consumidor, se encuentra otro tipo de examen de abusividad que ha sido estudiado en menor medida por la doctrina española. Nos referimos al estudio que se realiza de la conducta contraria a la buena fe que realiza el predisponente modificando subrepticamente aspectos contractuales importantes para el adherente y que ello deriva en calificar de abusivas las cláusulas que lo ocasionan. Principalmente cuando se trata de alteración de precios y características de los bienes que adquiere el adherente, sin que éste repare en ello por falta de claridad u ocultación de esas cláusulas en el texto contractual.

Este fenómeno ha sido abordado usualmente por la doctrina mayoritaria desde la perspectiva puramente de deberes formales de información y transparencia a cargo del predisponente. Se resaltan a los requisitos de inclusión de condiciones generales como un mecanismo efectivo para neutralizar estos problemas. Pero existe una doctrina minoritaria que ahondan en analizar el empleo del examen de abusividad del art. 82.1 TRLCU para afrontar el problema. De manera que consideran que es viable declarar como abusiva una cláusula que modifica las prestaciones principales del contrato por no haberse percatado el adherente de ella en razón de encontrarse oculta en el texto o por falta de claridad.

Esto supone un cambio en el análisis del fenómeno de condiciones generales, ya que se trata de aplicación del examen de abusividad bajo parámetros de transparencia. Implica que los deberes de transparencia y de información tienen incidencia en el análisis de la incorporación de cláusulas al contrato, sino también en el análisis de abusividad de las

---

<sup>316</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 952.

<sup>317</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentarios a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 769.

<sup>318</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1435. También, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 952 y 953; y, También, MARTÍN PÉREZ, J. M., «Contratos con consumidores:...», *op. cit.*, p. 315.

<sup>319</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 952 y 953.

cláusulas. El problema es relativo a falta de transparencia y de información en perjuicio de los adherentes, que podría parecer un tema de control de incorporación, pero en realidad desemboca en una declaratoria de abusividad.

El enfoque que hasta ahora hemos presentado del examen de abusividad se refiere a la defensa de la autonomía de la voluntad encaminada a sustituir el desequilibrio en la regulación de los derechos y obligaciones de aspectos que son irrelevantes para el consumidor por un equilibrio ideal y objetivo representado por el derecho dispositivo. Es decir, se examina objetivamente el equilibrio de las cláusulas a fin de determinar si existe algún desbalance en perjuicio del adherente de esos aspectos, y, de existir, se anula por ser una reglamentación objetivamente desequilibrada. En cambio, en el enfoque del examen de abusividad que expondremos en el presente apartado se relaciona a infracciones al deber de transparencia de los aspectos del negocio que son relevantes para los consumidores. Como señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *el control de estas cláusulas deber un control de transparencia, en el que se valore si mediante la inclusión de una cláusula que pasa inadvertida para el consumidor se ha producido una alteración subrepticia de la carga económica del contrato*<sup>320</sup>.

Ese enfoque del control de contenido reivindica las expectativas formadas por el consumidor que lo impulsaron a contratar, pero que son defraudadas, o por la inclusión furtiva de cláusulas que las modifican o por una deficiente redacción de las cláusulas que no permiten al consumidor comprenderlas con exactitud. Por la falta de transparencia de la actuación del predisponente, ciertas cláusulas que pasan desapercibidas por el consumidor inciden en la equivalencia entre el precio y la contraprestación mediante la alteración subrepticia del pacto económico acordado por las partes<sup>321</sup>. Por lo que el examen de abusividad invalida las cláusulas que realizan esta alteración. La aplicabilidad de esta faceta del control de cláusulas abusivas ha sido ratificada por la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) en cuanto invalida por falta de transparencia cláusulas que el tribunal considera que forman parte del objeto principal del contrato, y para lo cual invoca al examen de abusividad del art. 82.1 TRLCU.

Como puede apreciarse, el tema acarrea la aplicación del examen de abusividad a cláusulas que regulan las prestaciones principales del contrato y, en general, a aspectos que son relevantes para los consumidores en su decisión de contratar. Esto no supone una contradicción a la idea que hemos expuesto a lo largo del presente trabajo sobre la inviabilidad de someter al examen de abusividad a las cláusulas que regulan las prestaciones principales. Hemos dejado claro que tal inviabilidad obedece a que sobre este tipo de cláusulas recae un consentimiento *stricto sensu* del adherente, por tanto no son *impuestas*. En cambio, si el adherente no se ha percatado de alguna cláusula relativa

---

<sup>320</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Revista para el Análisis del Derecho* INDRET, 2013, p. 4, disponible en: <http://www.indret.com/es/>.

<sup>321</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 92.

a las prestaciones principales debido a falta de claridad o por ocultación de la misma, no puede considerarse que recae sobre ella consentimiento *stricto sensu*, lo cual habilita a que sean sometidas al examen de abusividad. Ahora bien, ese control o examen será de una naturaleza distinta al que se ha explicado anteriormente debido a que sus parámetros de abusividad serán relativos a falta de transparencia y de información. Si el problema que origina su examen judicial es la falta de transparencia, el examen propiamente dicho también debe guiarse por criterios de transparencia.

De allí que en el presente apartado no nos referiremos a la figura del art. 82.1 TRLCU denominándola como *control de contenido*, sino como *examen de abusividad* o *control de abusividad*. Referirse a esa figura como control de contenido tiene sentido en los anteriores apartados del presente trabajo como una manera de diferenciarlo del denominado control de inclusión. De manera que el control de inclusión se refería únicamente a deberes de información y transparencia necesarios para la formación del consentimiento del adherente. Es un examen superficial, ya que no ahonda sobre el contenido de las cláusulas sino en su forma. En cambio, el control de contenido enfatiza el examen del fondo de las cláusulas.

Son dos controles distintos, uno de forma y otro principalmente de fondo, y en consonancia con ello tiene sentido denominar como control de contenido a éste. Sin embargo, tal como hemos adelantado, en el presente apartado del trabajo abordaremos la aplicación de la figura contemplada en el art. 82.1 TRLCU empleando como aspecto central elementos de deberes de transparencia para la formación del consentimiento del adherente y el efecto defraudador que puede generar en las expectativas de éste. Es decir, se declaran abusivas ciertas cláusulas por faltar a deberes de transparencia. Por tanto, consideramos más adecuado en este apartado referirnos a esa figura como examen de abusividad y no como control de contenido, ya que se emplean elementos de formación del contrato (deberes de transparencia e información precontractual) para invalidar por abusivas las cláusulas.

En atención a ello, en el presente apartado se abordará el tema del deber de transparencia, principalmente con énfasis en los aspectos relevantes del contrato, con lo cual se identificará el problema. Posteriormente se explicarán las razones por las que los mecanismos habituales de deber de información y transparencia tales como los requisitos de inclusión son insuficientes para afrontar el problema. Además se analizará el asidero legal del deber de transparencia en aspectos de los negocios que son relevantes para los consumidores. Para finalmente argumentar que el examen de abusividad contemplado en el art. 82.1 TRLCU es, conforme a la legislación actual, una herramienta idónea para afrontar los casos en que los deberes de información y transparencia habituales (ejemplo: requisitos de inclusión) son insuficientes.

### **5.1. Deber de transparencia. Información de aspectos relevantes del contrato.**

Antes de abordar el tema de la aplicación del examen de abusividad, debemos hacer algunas valoraciones sobre el deber de transparencia sobre los aspectos de los negocios que son relevantes para los consumidores en su decisión de contratar. Esto debido a que, como hemos adelantado, esta faceta del examen de abusividad tiene como fundamento la falta de transparencia de las cláusulas relevantes de los negocios.

Hemos expuesto que el desconocimiento y desinterés del adherente hacia el texto contractual sitúa a los adherentes en una situación de vulnerabilidad, en cuanto pueden introducirse condiciones generales en el mismo que le son perjudiciales. Estas cláusulas regulan aspectos que no son importantes para los adherentes en su decisión de contratar, por lo que esto repercute en una falta de control del mercado y competencia empresarial. Para ello hemos señalado diversos ejemplos, como el de las cláusulas penales, convenios arbitrales, cláusulas de sumisión expresa, etc.

Sin embargo, no es la única vulnerabilidad a la que están expuestos los adherentes. Así puede suceder que el adherente en el momento de contratar basa su decisión en aspectos obtenidos de los tratos previos o publicidad con el predisponente, pero que al formalizar el contrato el predisponente incorpora condiciones generales que contradicen o modifican esos aspectos y que han pasado desapercibidos por el adherente. Un ejemplo de ello sería el supuesto en que en los tratos previos o publicidad de venta de un producto se ofrece una garantía por un período superior al legal, en la primera página del contrato se establece de manera resaltada que el producto goza de garantía sin determinar el plazo, pero en las condiciones generales se establece que el plazo de duración de la garantía es igual al legal.

O casos como en el que en la primera página del contrato a suscribir se contempla un precio y las características del bien o servicio, pero más adelante en el extenso texto contractual existen condiciones generales que contradicen estos aspectos o los modifican, resultando en la entrega de un bien o prestación de servicios distinto o pagando un precio más alto del esperado por el adherente. O casos en los que la determinación del precio a pagar es complicado definirlo en el momento de contratar debido, no a la complejidad del bien o servicio, sino a la complejidad con que se ha redactado las cláusulas que lo determinan. En consecuencia, el cliente al contratar no ha comprendido a cabalidad el esfuerzo económico que deberá realizar posteriormente al pagar el precio. Al momento de pagar el precio se percata que el precio bajo el cual creía haber contratado es superior al esperado.

En todos estos casos, los aspectos de los que tratan las condiciones generales no resultan irrelevantes para los adherentes en la toma de decisión de contratar. Sino que se trata precisamente de los aspectos importantes o relevantes, como el precio y características del bien o servicio, que el adherente valora para seleccionar entre las diversas ofertas

presentes en el mercado<sup>322</sup>. El cliente se autodetermina sobre estos aspectos al seleccionar la oferta entre las existentes en el mercado. El cliente hace una valoración favorable del precio y el bien y servicio de una oferta, lo cual lo impulsa a contratar y, por ende, recae sobre ellos un consentimiento *stricto sensu*. En otras palabras, el cliente ha considerado (subjektivamente) equilibrados esos aspectos del negocio, por lo que los consiente *stricto sensu*.

El cliente se ha formado una percepción del precio y de las características y calidad de los bienes y servicios a adquirir a partir de la información brindada por el empresario. Se ha creado unas expectativas sobre estos aspectos relevantes que pretende sean satisfechas en esos términos. El problema es que en los casos expuestos *supra* esta percepción no corresponde con lo realmente plasmado en el contrato, y por ende con lo consentido en el contrato. El predisponente se aprovecha, consciente o inconscientemente, para dificultar el conocimiento pleno de la realidad de todos los extremos de los aspectos relevantes que cree estar aceptando el adherente mediante la celebración del negocio. Es decir, genera una discrepancia entre, por un lado, lo que el cliente había valorado y lo que lo había impulsado a contratar, y, por otro lado, lo que realmente se plasmó en el contrato y que acabó aceptándose o adhiriéndose. Por lo que el cliente no logra autodeterminarse respecto de esos extremos del negocio que fueron plasmados en el texto, o, al menos los asuntos sobre los que se autodeterminó no se encuentran reflejados de igual forma en el texto contractual<sup>323</sup>.

Este es un problema de actualidad abordada por estudios científicos que demuestran la falta de transparencia en el mercado. Por citar un ejemplo, en el *Study on Digital Content Products in the EU* elaborado por Stenzel, U., y Downes, J.J., y financiado por la Comisión Europea, se analizó el mercado europeo sobre productos de contenido digital adquiridos o utilizados en línea, específicamente sobre juegos, música, libros electrónicos y videos que pueden ser descargados o consumidos vía *streaming* (transferencia continua)<sup>324</sup>. El estudio se centró en dos aspectos que son, según lo exponen sus autores, características principales de dichos productos o servicios que deben ser conocidos por los clientes antes de adquirirlos. Estos aspectos son las restricciones geográficas para el uso de los productos y el dominado como *in-game-*

---

<sup>322</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 9, quien resalta que el cliente decide contratar en base a la relación entre prestación y el precio.

<sup>323</sup> Analizando la *Procedural Unconscionability* señala EISENBERG, M. A., «The role of fault...», *op. cit.*, pp. 1415 y 1416, afirma que la vinculatoriedad de los negocios se basa principalmente en que *los particulares son los mejores jueces de su propia utilidad. Sin embargo, esta aseveración se justifica únicamente cuando ambas partes actúan voluntariamente y están completamente informados y el proceso de formación de la voluntad es justo. Cuando el proceso de formación de voluntad es unconscionable – injusto o deshonesto- un presupuesto importante de la vinculatoriedad no es cumplido, y el principio de vinculatoriedad no puede ser adecuadamente aplicado para ejecutar el contrato.*

<sup>324</sup> Para mayor detalles sobre el universo, muestras estudiadas, y resultados, Vid. STENZEL, U.; SANCHES LIMA, M.A., y DOWNES, J.J., *Study on Digital Content Products in the EU*, realizado con la colaboración de Wader, B., y financiado por la Comisión Europea, 2012, versión utilizada es la disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital\\_content/docs/dcs\\_complementary\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf) (consulta: 03/05/2014).



*purchase*. El estudio concluye que la mayoría de ofertas son poco transparentes, de manera que cuando el consumidor adquiere o inicia el uso de los productos no conoce a cabalidad estos aspectos importantes del negocio<sup>325</sup>.

Dejando a un lado el ejemplo expuesto, el desconocimiento del verdadero alcance y contenido de los aspectos relevantes del contrato se origina por diversas razones. Entre ellas se encuentra el hecho de que el empresario crea o aumenta los costes de búsqueda, lectura y comprensión en aspectos que sí son relevantes para los clientes. Lleva a cabo esta actividad precisamente dificultando su búsqueda y comprensión de diversas formas: múltiples remisiones entre distintas cláusulas, introducción innecesaria de fórmulas complejas para determinar el monto del precio o que determinan las características del bien o servicio, atribuir títulos confusos que no denota que se trata de una cláusula de determinación del precio u objeto del contrato, redacción con utilización innecesaria de lenguaje técnico, etc. O, simplemente introduciendo las cláusulas que regulan aspectos relevantes subrepticamente en la maraña de condiciones generales<sup>326</sup>.

Cuando suceden estas situaciones, el cliente debe de emplear mucho tiempo y esfuerzo para encontrar y comprender todos los extremos de esos aspectos. Por lo que, siendo muy altos los costes para hacerlo y confiando en que el resto de condiciones generales no determinan las prestaciones principales, celebra el contrato sin el conocimiento

---

<sup>325</sup> Sobre el primer aspecto (restricciones geográficas para el uso de los productos) los resultados arrojaron que de las 1001 páginas web analizadas sólo 275 informan de la existencia de dichas restricciones siendo usualmente difícil encontrar ese dato en las páginas. Y, de esos 275 sitios, esa información es proveída de manera deficiente en el 12% de los sitios que ofrecen música, 25% de los que ofrecen juegos, 21% de los que ofrecen libros electrónicos y 4% de los que ofrecen videos. El segundo aspecto de las ofertas investigado es el denominado como *in-game-purchase*. Esto es, compras de objetos virtuales o puntaje o cualquier otro aspecto que es necesario que los usuarios de juegos electrónicos adquieran para mejorar un personaje, o mejorar la experiencia del juego o facilitar el avance de niveles del juego. Usualmente son utilizados por los empresarios en juegos que son anunciados como gratuitos, pero que a medida que se avanza en el juego se vuelve necesario realizar compras con dinero real para avanzar de nivel, facilitar el juego, tener mejores herramientas, suprimir anuncios durante el juego, etc., por lo que la gratuidad del juego no es del todo cierta. El resultado del estudio demostró que sólo el 13% de las páginas web analizadas son bastante transparentes en este aspecto que constituye un aspecto fundamental de todo negocio: el precio. Queda en evidencia que el mercado carece de transparencia, por lo que al momento de celebrar el contrato los consumidores o usuarios no tienen conocimiento de todo el alcance de los aspectos relevantes del mismo. Vid. STENZEL, U., SANCHES LIMA, M.A., y DOWNES, J.J., *Study on Digital Content Products in the EU*, realizado con la colaboración de Wader, B., y financiado por la Comisión Europea, 2012, versión utilizada es la disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital\\_content/docs/dcs\\_complementary\\_study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/sweep/digital_content/docs/dcs_complementary_study_en.pdf)

<sup>326</sup> En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2008, p. 10, versión utilizada es la disponible en: [http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion\\_precio\\_prestacion\\_J\\_Alfaro.pdf](http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_precio_prestacion_J_Alfaro.pdf) (consulta: 03/05/2014), afirma que la *inclusión de los elementos esenciales del contrato en cláusulas prerredatadas reduce la “visibilidad” de su contenido para el adherente o, en términos más económicos, eleva los costes de información del adherente (...)*. Siguiendo esta idea, la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) reprocha a las entidades financieras que incluyan una cláusula que regula una de las prestaciones principales dándole *un tratamiento impropiaamente secundario (...)* lo que *incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato*.

exacto de estos aspectos<sup>327</sup>. Los altos costes de transacción, más específicamente los costes de información, evitan que tal cosa suceda<sup>328</sup>.

O también, puede ser que el empresario se haya aprovechado de las limitaciones cognitivas del cliente para hacer creer que se contrata bajo un precio o se está adquiriendo un bien o servicio, pero en realidad se está adquiriendo bajo otros términos. Este punto tiene estrecha relación con lo que el efecto denominado por la doctrina estadounidense como *Framing Effect*<sup>329</sup>. Éste consiste en que, debido a las limitaciones cognitivas, los sujetos toman decisiones influidos por la forma en que la otra parte (el empresario) describe y presenta su oferta contractual<sup>330</sup>. Un ejemplo sencillo de esto es cuando un almacén ofrece un descuento del 5% por compras al contado, en vez de un recargo del 5% por pagar con tarjeta de crédito. De esta manera, el empresario manipula la forma en que es presentada la oferta para que lo que en realidad es un recargo parezca a la vista de sus clientes como un descuento o ganancia<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> Son extrapolables las consideraciones que hemos hecho en el apartado 5.2.7 del capítulo I sobre la asimetría de información y los altos costos de su búsqueda y comprensión de las condiciones generales.

<sup>328</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>329</sup> Vid. HILLMAN, R. A., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 721 y ss.; EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 218 y ss.; SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not an oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, N° 70, 2003, p. 1161, disponible en: [http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs\\_paternalism.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs_paternalism.pdf) (consulta: 03/05/2014). Planteado en términos económicos se ha analizado este tema en las siguientes obras: TVERSKY, A., y KEHNEMAN, D., «Rational Choice and the Framing of Decisions», *The Behavioral Foundations of Economic Theory*, vol. 59, 1986, disponible en: [http://www.cog.brown.edu/courses/cg195/pdf\\_files/fall07/Kahneman&Tversky1986.pdf](http://www.cog.brown.edu/courses/cg195/pdf_files/fall07/Kahneman&Tversky1986.pdf) (consulta: 03/05/2014).

<sup>330</sup> Así, HILLMAN, R., «The limits of behavioral...», *op. cit.*, p. 722, afirma que diferentes formas de descripción un mismo asunto provoca *sistemáticamente diferentes preferencias* en un sujeto; EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 219, sostiene que las decisiones de los sujetos dependen frecuentemente de cómo son presentadas las consecuencias de las opciones. Esta manipulación puede llegar incluso a que los consumidores realicen selecciones irracionales. Para respaldar lo anterior cita un experimento realizado por otros autores. Como es palpable, el *Framing Effect* es uno de las otras múltiples realidades que afectan la toma de decisiones de los sujetos. El reconocimiento por parte de la doctrina de este efecto refuerza aún más el rechazo de la premisa bajo la que descansan muchas de las teorías liberales que estudian a los sujetos como fríos maximizadores de riquezas, que realizan las mejores valoraciones y decisiones para su bienestar, y que tienen una racionalidad perfecta e ilimitada para la toma de sus decisiones.

<sup>331</sup> Por ello, analizando casos como el expuesto, EISENBERG, M.A., «The Limits of Cognition...», *op. cit.*, p. 219, sostiene que es decisivo si las opciones se presentan como ganancias o pérdidas. Otro ejemplo citado comúnmente por la doctrina es en la que a un sujeto que debe ser sometido a una cirugía riesgosa se le informa previamente el siguiente dato: 90% de las personas que se someten a esta cirugía siguen vivas después de cinco años de la operación quirúrgica. Pero puede presentarse esa información de otra manera que probablemente logrará que menos personas decidan someterse a esa operación: 10% de las personas que se someten a esta cirugía fallecen en los 5 años posteriores a la intervención quirúrgica. Vid. SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, p. 1161. Estos autores ante la vulnerabilidad por el *framing effect* para la toma de decisiones de un paciente en esa situación hacen la siguiente pregunta que no puede ser respondida por las razones apuntadas: cuáles son las *preferencias* de los pacientes sobre la oportunidad de decidir de someterse a esa cirugía? Es decir, dejan entrever que en estos aspectos puede manipularse cuáles son las *preferencias* de los pacientes.

La anterior es un ejemplo de estrategias que pretenden crear artificialmente costes de lectura y comprensión, o aprovecharse de la racionalidad limitada de los clientes, para que éstos manifiesten su consentimiento con desconocimiento del alcance total de los aspectos determinantes en la toma de decisión de contratar. En todos estos casos los términos contractuales supuestamente seleccionados no reflejarían realmente las condiciones bajo las cuales el cliente ha celebrado el negocio. Siendo las prestaciones principales los aspectos que generalmente son tomados en cuenta por los adherentes en su decisión de contratar, *los adherentes estarían tomando decisiones irracionales si la composición de lugar que se han hecho respecto del precio y la prestación no coincide con la que resulta de aplicar la cláusula presdispuesta*<sup>332</sup>.

Esto conduce a una pérdida económica para el cliente puesto que probablemente no habría celebrado el negocio de haber contado con la adecuada información o habría decidido celebrarlo con otro empresario. El contrato se vuelve más costoso para el cliente de lo que esperaba en el momento de contratar al haberse modificado los aspectos en los que basó su consentimiento. En contrapartida, el empresario obtiene ganancias aprovechándose de ello, no siendo el precio del contrato un reflejo del valor asignado por su cliente el cual lo impulsó a contratar.

Pero la trascendencia de este problema es mayor que la afectación de un particular cliente. A la larga se produce un falseo del mercado así: partiendo de la base de que se ha producido este problema con un empresario, basta preguntarse: ¿Cómo sabrá el cliente que este empresario vende a un mejor precio un producto o que las características del bien son mejores que el de los otros empresarios? Para saberlo debe de tener conocimiento pleno de todos los aspectos relevantes en la toma de decisión de contratar que usualmente son las prestaciones principales<sup>333</sup>. Sin embargo, en estos casos los clientes no logran captar plena y completamente estos aspectos por la dificultad para hacerlo<sup>334</sup>. O bien, las cláusulas que acepta al momento de contratar son discrepan de los considerados y valorados por el adherente.

Por lo que si esta situación se generaliza entre los empresarios de un mismo sector, el mercado no funciona correctamente<sup>335</sup>. Los clientes no podrán identificar cuál de las

---

<sup>332</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>333</sup> Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 9, al analizar este tema afirma que *para que exista plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato.*

<sup>334</sup> BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2003, p. 447, sobre la asimetría de información en términos más económicos señala que si las partes, entiéndase en este caso el consumidor, no cuentan con la información adecuada no se estarán asignando los bienes a sus usos más valiosos. Agrega que *el sistema de precios deja de ser un fiel reflejo de los niveles de escasez de los bienes y tal distorsión conduce a resultados ineficientes.*

<sup>335</sup> Así, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 27 y 29, afirma (s)i el cliente no puede evaluar los términos de la operación que está por concluir y por lo tanto comparar las ofertas en competición, falta las bases mínimas para la operatividad de un mercado en el que pueda desenvolverse

ofertas es la mejor de acuerdo al precio, características y calidad de los bienes y servicios en relación a sus preferencias, gustos y necesidades<sup>336</sup>. Como ha señalado la Comisión Europea: *mercados donde los consumidores son confundidos, engañados, encuentran dificultades para cambiar entre competidores o tienen pocas opciones entre las que elegir, serán mercados menos competitivos y generarán mayor detrimento a los consumidores, a costa de la eficiencia de la economía global*<sup>337</sup>.

Estos efectos negativos que se generan en el mercado cuando no se logra distinguir a los productos de distintos competidores, es explicado mejor con un ejemplo real: el caso inglés *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1892] EWCA Civ 1<sup>338</sup>. La empresa demandada vendía un producto denominado *The Carbolic Smoke Ball* que aseguraba ser efectivo para prevenir gripe y enfermedades similares. En su publicidad en periódicos la empresa aseguraba no haber registrado ni un solo caso de un consumidor que haya contraído esas enfermedades habiendo utilizado su producto. Además en la publicidad afirmaba que pagaría una compensación de £100 a cualquier persona que contrajera gripe, resfrío o cualquier enfermedad causada por el resfrío después de haber utilizado el producto cumpliendo sus instrucciones. Dicha promesa puede calificarse como una especie de garantía. Siendo esa la oferta y publicidad, uno de los compradores se enfermó pese a utilizar el producto apegándose a las instrucciones, por lo que demandó judicialmente a la empresa el pago de las £100.

La empresa se defendió manifestando que no era jurídicamente vinculante la promesa de conformidad a la normativa inglesa de la época. Ante esto, el tribunal acertó

---

la autonomía privada. Agrega este autor en, Id., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 9, que las cláusulas que enmascaran la delimitación de las prestaciones principales obstaculizan la observación del mercado e imposibilita la elección óptima.

<sup>336</sup> Advierten BEALES, H.; CRASWELL, R.; y, SALOP, S. C., «The efficient regulation of consumer information», *Journal of Law and Economics*, vol. 24, no. 3, 1981, p. 510, que la existencia de información defectuosa o incompleta en el mercado sobre la calidad de las marcas competidoras puede generar una *espuria diferenciación de productos y beneficios reputacionales, logrando un aumento de precios para algunas o para todas las marcas funcionalmente equivalentes*. En efecto, se puede producir el fenómeno conocido por la doctrina estadounidense como *lemon problem*: cuando los consumidores no pueden verificar la calidad, el mercado generará productos de baja calidad y desplazará a los de buena calidad. Vid. nota 249 del capítulo I del presente trabajo. Adicionalmente con estas conductas que tornan en intransparentes a los elementos relevantes de las ofertas, pueden generarse otros problemas (o bien pueden ser síntomas de esos problemas) tal como los sugieren GILO, D. y PORAT, A., «The hidden roles of boilerplate and standard-form contracts: strategic imposition of transaction costs, segmentation of consumers, and anticompetitive effects», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, p. 1003 y ss., disponible en: [http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo\\_Porat.pdf](http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo_Porat.pdf) (consulta: 03/05/2014). Entre ellos se encuentra el problema de la limitación de la competencia y estabilización de cárteles debido a la dificultad de los consumidores en comparar entre competidores.

<sup>337</sup> COMISIÓN EUROPEA, *The Consumer Markets Scoreboard. Making markets work for consumers*, 8va. Edición, diciembre 2012, p. 3 disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_research/editions/cms8\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/cms8_en.htm) (consulta: 03/05/2014). Se deduce que la Comisión Europea a través de la Dirección General de Sanidad y Consumidores se preocupa por identificar sectores del mercado europeo donde sucedan estos efectos negativos, realizando constantes investigaciones.

<sup>338</sup> Puede ser consultada en: <http://www.justis.com/data-coverage/iclr-r9321042.aspx> (consulta: 03/05/2014).

estimando la demanda puesto que la promesa realizada por el empresario sirvió para distinguir su producto de los demás competidores del mercado al pretender demostrar con ello que era un producto realmente efectivo<sup>339</sup>. Si el tribunal hubiese declarado no vinculante dicha promesa, el ofrecimiento de compensaciones por ineffectividad de sus productos no será un elemento útil al servicio de los productores de remedios realmente efectivos para distinguir sus productos del resto, y los usuarios no podrán identificarlos. Si los tribunales exigen el cumplimiento de estas compensaciones, los empresarios que comercializan productos de baja calidad no tendrán los incentivos para ofrecer semejante compensación porque los costes le serán muy altos al tener que enfrentar constantemente el deber de pago por la ineffectividad de su producto<sup>340</sup>.

La compensación ofrecida es una herramienta útil diferenciadora de calidad y efectividad, por lo que es necesario para el correcto funcionamiento del mercado que ella sea vinculante<sup>341</sup>. En ese sentido, es necesario que sean vinculantes todos los aspectos de las ofertas que han sido tomadas en cuenta en la decisión de contratar de los consumidores, neutralizando las cláusulas que subrepticamente las modifican para el correcto funcionamiento del mercado<sup>342</sup>.

Podría pensarse entonces que la intervención estatal es necesaria para determinar cuál es el precio justo y el bien o servicio adecuado a dar a cambio. Sin embargo, en un

---

<sup>339</sup> BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *op. cit.*, p. 948.

<sup>340</sup> Solo los productores de remedios efectivos tendrán los incentivos para hacer promesas de este tipo, puesto que saben que la probabilidad de reclamos de £100 será bajo. Los beneficios (atracción de clientes) compensarán o superarán a estos costes relativos a pagar los reclamos. En cambio, el productor de remedios que no son efectivos no tendrán incentivos de hacerlo puesto que los reclamos de £100 probablemente serán muchos, lo cual tornará en que los costes de la promesa superarán a los beneficios de atracción de clientes. En consecuencia de ello, cuando el ordenamiento jurídico asegura la ejecución de una promesa de ese tipo, ésta puede ser un indicador fiable de la veracidad de la calidad y propiedades del producto. Lo mismo es aplicable a lo sucedido después que el tribunal británico dictara dicha sentencia: la empresa publicó el mismo anuncio y aumentó la recompensa a £200, pero incluyó condiciones generales con letra minúscula en la que decidía que para poder optar a cobrarlos los individuos debían acudir a las oficinas de la empresa, llenar una solicitud con condiciones generales preformuladas y desconocidas. Con el aumento deliberado de los costes para hacer efectiva la compensación por ineffectividad del producto era obvio que la empresa pretendía desincentivar su cobro, y pretendía que en el momento de leer el anuncio pasaran desapercibidas esas condiciones a sus potenciales clientes. Obviamente esta acción es igual un obstáculo para el correcto funcionamiento del mercado. Vid. BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *op. cit.*, p. 948.

<sup>341</sup> Algunas ramas del Derecho cumplen esa función. Una de ellas el Derecho que rige las marcas. De manera indirecta se asegura proteger la calidad de los productos, ya que los empresarios con productos de alta calidad pueden distinguirlos de otros de menor calidad presentes en el mercado.

<sup>342</sup> Respecto de la prestación principal del precio, tal como señalan, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, p. 14, la inclusión subreptica de cláusulas que aumentan el precio del contrato socavan la competitividad del mercado. Es muy fácil para ciertos empresarios ganar cuotas de mercado ofreciendo y resaltando un precio bajo en su oferta y contrato (*low headline price*), pero a la vez introducir subrepticamente en el contrato cláusulas que obligan al consumidor a pagos adicionales al precio ofertado. Según dichas comisiones, *esto causa un perjuicio a los consumidores y desventajas para empresarios honestos que informan transparentemente a sus clientes sus cargos y precios.*

ordenamiento jurídico con una economía social de mercado, cuando los mecanismos de libertad contractual y libre competencia no funcionan, los remedios legales deben ir encaminados a lograr su funcionamiento. El Estado ha confiado la determinación de las prestaciones principales de los negocios a la libertad contractual y al libre juego de la oferta y demanda<sup>343</sup>. Por tanto deben impulsarse remedios que refuercen la libertad contractual para que los privados se autodeterminen de manera totalmente informada en los negocios que celebren<sup>344</sup>. En efecto, la intervención directa estatal en el contenido contractual encaminada a establecer una reglamentación contractual objetivamente equilibrada es la medida que como última opción debe de adoptarse<sup>345</sup>. Si adoptando algunas medidas estatales no intrusivas en el contenido de los contratos se logra mantener la libertad contractual y la autonomía privada de manera que provoca un funcionamiento correcto del mercado, se deben preferir estas medidas<sup>346</sup>.

---

<sup>343</sup> En este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *RDBB*, 1997, p. 897, sostiene que *no se puede convertir a los jueces en «controladores» de los precios de la economía de un país, se aclara expresamente que no quedan bajo el control del contenido los elementos esenciales del contrato, precio y prestación característica que, o bien han de ser negociados individualmente, o bien han de quedar controlados por el libre juego de oferta y demanda en el mercado.*

<sup>344</sup> Así, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 193, afirma que la tendencia del Derecho contractual de los últimos tiempos va *dirigida a formalizar la celebración de los contratos con finalidad protectora de la libertad de decisión negocial de los consumidores.*

<sup>345</sup> Refiriéndose al precio, CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, N° 224, enero 2011, p. 4, versión utilizada es la disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es), sostiene que *la evolución del derecho privado ha establecido como regla general la defensa de los incentivos para la generación de precios informativos y sólo residualmente admite su desactivación.*

<sup>346</sup> Al respecto, BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía...*, *op. cit.*, p. 665, sostiene que el Estado debe proteger lo que él denomina como *derecho del consumidor a equivocarse* en vez de que el Estado decida de manera intervencionista lo que es bueno para el consumidor. Explica que al Estado no le corresponde *corregir los errores de los consumidores, sino solo corregir factores que pueden distorsionar su libre decisión.* Agrega que es esencial respetar ese *derecho a equivocarse* del consumidor para *respetar su derecho a la libertad y a la autonomía privada. No es posible conceder el derecho a acertar y decidir correctamente sin proteger el derecho del consumidor a equivocarse.* La consecuencia de ello es que, según este autor, *la protección al consumidor debe tutelar este derecho y no sustituir la voluntad del consumidor.* En una analogía ingeniosa, dicho autor asemeja este reforzamiento de la capacidad de decidir del consumidor al derecho político al voto. Señala que el Estado está obligado a proveer un sistema electoral que permita una expresión democrática de los electores, en el que los resultados de una elección reflejen lo que los votantes quieren. Aplicándolo analógicamente al tema de contratación con consumidores, afirma que *el sistema de protección al consumidor tiene por finalidad que los “votos monetarios” de los consumidores reflejen en las decisiones de los productores lo que los consumidores quieren, a lo que llama una auténtica democracia económica.* Entonces, el sistema electoral será democratizado no porque eligió al mejor gobernante, sino porque el gobernante *refleja las preferencias del electorado, incluso aunque haya el riesgo, frecuente, que el electorado se equivoque.* De la misma manera, *el sistema de protección al consumidor, será adecuado no porque los consumidores nunca se equivoquen, sino porque puedan decidir libres de prácticas que distorsionen su voluntad.* Aseveraciones que compartimos, pero no hasta llevarlo a las consecuencias que BULLARD lo lleva de reducir al mínimo la intervención estatal en el contenido de los contratos, ya que, como hemos señalado en repetidas ocasiones, está plenamente justificada en algunas ocasiones como en el examen de abusividad de las condiciones generales.

De esta manera, el Tribunal Supremo estadounidense ha afirmado<sup>347</sup>: *mientras preservemos una economía predominantemente basada en la libertad empresarial, la asignación de nuestros recursos en gran medida será realizada a través de numerosas decisiones económicas privadas. Es un asunto de interés público que esas decisiones, en total, sean realizadas inteligentemente y bien informadas. Para este fin la libre circulación de la información comercial es indispensable.* En consecuencia, tal como lo sostuvo el Tribunal de Defensa de Competencia español refiriéndose específicamente al aspecto del precio ha aseverado: (...) *en lo que se refiere a precios nada defiende mejor al consumidor que el conocimiento "a priori" del coste del servicio*<sup>348</sup>.

En el caso que nos ocupa, habiendo identificado que el problema son los costes de búsqueda, lectura y comprensión, y conductas que explotan las limitaciones cognitivas de los consumidores, la solución acorde a un Estado con economía social de mercado deben ir dirigidas a combatir esos particulares factores que generan el incorrecto funcionamiento del mercado. Atacar a esos factores que inhiben que los clientes conozcan todos los extremos de los aspectos relevantes de los contratos a los que se vinculan y que no permiten un consentimiento totalmente informado sobre dichos aspectos.

La incorporación de condiciones generales que alteran subrepticamente estos aspectos es una conducta del predisponente contraria a la buena fe. La buena fe exige la abstención de crear o aumentar esos costes de búsqueda, lectura y comprensión de las cláusulas que contienen esos aspectos, así como abstenerse de aprovecharse de la racionalidad limitada dificultando la comprensión de esos aspectos para que los mecanismos del mercado funcionen correctamente. La aseveración de que el mercado controlará el contenido de estos aspectos parte de la premisa de que los consumidores conocen y comprenden completamente los mismos (cliente informado). Pero la buena fe exige al empresario aun más que una abstención de actuar, sino que exige una conducta positiva: reducir lo más posible los costes a sus clientes, y adecuar su contrato de tal manera que todos los aspectos relevantes del contrato sean conocidos plenamente antes de celebrar el contrato. Es por ello que se requiere un remedio legal que neutralice todas esas cláusulas que contravengan esta idea<sup>349</sup>.

Todo esto se reduce a la necesidad de un deber de transparencia más exigente e intenso que los deberes de inclusión a cargo del predisponente respecto de las prestaciones

---

<sup>347</sup> Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council, 425 U.S. 748 (1976).

<sup>348</sup> RTDC 21 julio 2004 (AC 2004/1781), agrega que (1) *la obligatoriedad de entregar un presupuesto antes de contratar el servicio es mucho más favorable al consumidor que las llamadas tarifas orientativas, porque, con el conocimiento de esos precios, el consumidor puede elegir a un profesional teniendo en cuenta la relación precio/reputación que más le convenga.*

<sup>349</sup> Así, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El proyecto de ley...», p. 897, señala que si bien la intervención judicial está proscrita respecto de las prestaciones principales de los negocios, se exceptúan los casos en los que *el predisponente pretenda aprovechar la utilización de cláusulas predispuestas para desvirtuar el contenido de los elementos esenciales incluyendo, por ejemplo, recargos adicionales al precio pactado u obligaciones añadidas significativas a cargo del consumidor.*

principales de los contratos<sup>350</sup>. El predisponente debe procurar no defraudar las expectativas de los consumidores sobre estos aspectos. Y es que *el consumidor tiene derecho a conocer los elementos esenciales del contrato sin necesidad de una ocupación intensiva y no el deber de procurarse este conocimiento mediante la lectura de farragosos clausulados contractuales*<sup>351</sup>. Para ello, el deber de transparencia exige que asegure el perfecto conocimiento del consumidor de todos estos aspectos relevantes del negocio y logre que éste manifieste su consentimiento *stricto sensu* sobre ellos. Como señala la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) refiriéndose a los intereses remuneratorios de un contrato de préstamo, los cuales son una de las prestaciones principales de ese contrato, *corresponde a la iniciativa empresarial fijar el interés al que presta el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero también le corresponde comunicar de forma clara, comprensible y destacada la oferta* (apartado 259). Lo mismo es predicable respecto de cualquier otra cláusula que regule aspectos relevantes para los consumidores.

El deber general de transparencia posee varias facetas, pero en lo que atañe al tema que se desarrolla, se puede afirmar que la finalidad de esta faceta es que todos los aspectos relevantes para el adherente sean conocidos efectivamente por él de manera que sean valorados y seleccionados<sup>352</sup>. Garantizando así la presencia de autonomía privada en la decisión de contratar, es decir, un consentimiento *stricto sensu*<sup>353</sup>. Es un deber de transparencia más intenso que el aplicable al resto de cláusulas. El empresario debe

---

<sup>350</sup> Respecto de las prestaciones principales se torna indispensable este deber de transparencia ya que, como señala ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 140, *nuestro ordenamiento exige la existencia de un acuerdo en sentido negocial estricto (esto es, de un acto de autonomía bilateral) sobre el objeto y la causa del contrato como requisitos mínimos para que el ordenamiento considere existente el contrato cfr. Arts. 1261 y 1262 CC).*

<sup>351</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 13.

<sup>352</sup> Al respecto, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 920, refiriéndose al deber de información de estos aspectos, señala que *la exigencia de transparencia las posibilidades de decisión del cliente se refuerzan de hecho, pero no en cuanto a la justicia contractual, porque el imperativo de transparencia tiene carácter procedimental y hace superfluo un control de contenido, e incluso en el fondo lo excluye*. Aseveración que no compartimos completamente, puesto que consideramos que ese deber de transparencia sí abona a la justicia contractual. Los sujetos podrán seleccionar con pleno conocimiento las distintas ofertas y elegirán la que sea subjetivamente más justa. Y es que pensar que no se abona con ello a la justicia contractual, dejaría sin sustento las razones por las que son excluidas de control estatal su contenido. En realidad a través de esa medida se pretende alcanzar la justicia contractual. Como el propio autor señala la transparencia de los elementos esenciales es decisiva ya que sin ella se desvirtúan las razones de exclusión de control expresados por la doctrina alemana como *man kann nicht, man darf nicht y man braucht nicht* (p. 918).

<sup>353</sup> Por ello, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 10, sostiene que este deber de transparencia no es contrario a la libertad contractual. Sino todo lo contrario, es coherente con el modelo de libertad económica y libertad contractual. Con ello, se activan los mecanismos protectores del mercado descartando cualquier intervención estatal en la composición del contenido de esos aspectos. Como sostiene MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española de 1998», *RES*, 117, 2004, p. 27, *La transparencia respecto de los elementos esenciales cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y la prestación que va obtener de la otra parte, o si se quiere la equivalencia de las prestaciones, siempre que el contrato se ejecute conforme a lo previsto*, lo cual en efecto activa los mecanismos del mercado.



tomar las medidas necesarias para tal fin, dejando de ser un sujeto pasivo respecto de la información contractual para convertirse en un ser activo que procura que el adherente brinde su consentimiento de manera plenamente informado sobre esos aspectos. Este deber implica entonces un traslado de la carga informativa de los consumidores al empresario.

Un claro caso jurisprudencial sobre este punto es la SAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008/514), en la que el tribunal advirtió que un adherente comprador que pacta adquirir un bien *por precio único y cerrado, de forma que nada advierte de que, satisfecho aquél, otras prestaciones dinerarias aún competen al comprador y ello sólo es imputable al vendedor quien, efectivamente, ocupa la posición y tiene el conocimiento necesarios para advertir de otras prestaciones dinerarias que no deban entenderse cubiertas por el precio*. En definitiva, el tribunal aclara que el predisponente posee la carga informativa sobre este aspecto esencial del contrato. Debe de informarle previamente sobre todo el monto que compone el precio o carga económica del contrato.

Pero ha sido la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) la que ha reconocido con un mayor desarrollo de fundamentación jurídica la existencia de un deber de transparencia superior al contemplado en el control o requisitos de inclusión, el cual es dirigido especialmente a las cláusulas sobre prestaciones principales por ser los aspectos en los que el consumidor funda su decisión de contratar. De esta manera, dicho tribunal afirmó que *(e)s preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato (apartado 211)*<sup>354</sup>. Agrega que cuando el deber de transparencia se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato *tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la “carga económica” que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiera obtener (apartado 2010)*<sup>355</sup>.

Tal deber de transparencia, como sostiene ALFARO ÁGUILA-REAL, consiste en que *las cláusulas predispuestas que regulen elementos esenciales del contrato han de ser,*

---

<sup>354</sup> Siguiendo esta jurisprudencia, en el mismo sentido resuelve la SAP Barcelona 9 mayo 2014 (AC 2014/697).

<sup>355</sup> Ahora bien, la sentencia habla que ese deber de transparencia también se proyecta sobre aspectos que definen la carga jurídica del contrato, *es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos en la ejecución o desarrollo del mismo*. Como hemos expuesto anteriormente, no compartimos la división entre aspectos jurídicos y aspectos económicos de un contrato. Es inexacta e inútil hacer tal división. Pese a ello, la idea del tribunal es clara: debe informárseles a los consumidores todos los aspectos del negocio que les son relevantes a fin de que conozcan y reflexionen sobre los mismos al contratar (independientemente sean considerados económicos o jurídicos), idea que compartimos.

sobre todo, conformes con lo pactado y, si integran dicho “pacto”, no contradecirlo<sup>356</sup>. Y así lograr que lo que el consumidor “cree” contratar es lo que realmente está contratando<sup>357</sup>. Evitando mediante la introducción subrepticia de cláusulas predispuestas la frustración de las expectativas formadas por el consumidor. Si el predisponente pretende pactar aspectos distintos de lo esperado por el consumidor, deberá informársele previamente a éste a fin de que valore si acepta o no tales términos, evitando a toda costa introducir subrepticamente en el contrato esas cláusulas distintas a lo esperado por el consumidor. El consumidor debe conocer totalmente cualquier aspecto relevante del contrato, primordialmente las prestaciones principales.

Junto a ello, el deber de transparencia también tiene su fundamento en que le resulta menos costoso al empresario proveer esa información relevante a sus clientes simplemente adecuando sus contratos *estándar* a tal deber, que a cada cliente realizar la búsqueda, análisis y comprensión de esos aspectos<sup>358</sup>. El empresario generalmente realiza de manera masificada este tipo de negocio y conoce el mercado y preferencia, en términos generales, del sector del mercado al que está dirigido el producto o servicio. El empresario conoce a cabalidad las características del bien o servicio, su precio y demás elementos relevantes, por lo que es menos costoso para él tomar todos estos aspectos, y plasmarlos en el texto de tal forma que los clientes se percaten de ellos manera ineludible antes de celebrar los contratos. Que sean efectivamente conocidos por el adherente antes de tomar su decisión de contratar y así sean plasmados en el contrato.

Esta es una de las facetas del deber de transparencia o el deber de información. En fin, se pretende que mediante un deber de transparencia intenso o exigente recaiga un consentimiento *stricto sensu* sobre estos aspectos relevantes<sup>359</sup>. Atendiendo a lo anterior, si con una cláusula se altera subrepticamente las prestaciones principales

---

<sup>356</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>358</sup> Este fundamento de los deberes informativos no es exclusivo del tema que nos ocupa, sino que es de aplicación a muchos temas, incluidos varios de Derecho de consumo. Un ejemplo de ellos son el deber de plasmar en cada producto alimenticio la información nutricional (ingredientes, niveles de grasa, colesterol, sodio, etc.). La lógica por la que se impone este deber al empresario es, entre otras cosas, debido a que es menos costoso al empresario proveerla que a los clientes conseguirla. Si debiera cada consumidor obtener esa información tendrían que hacer una búsqueda informativa sobre alimentos o realizar él mismo o contratar a un tercero para que le realice pruebas de laboratorios sobre su composición y valores nutricionales. Por lo que cada cliente deberá asumir costes altos. En cambio, al empresario tiene esa información o la puede obtener mediante pruebas de laboratorio realizadas por una vez, y plasmar sus resultados en cada producto. Por lo que el Estado obliga a los empresarios a brindar esa información nutricional mediante etiqueta de los productos. Obviamente estas son consideraciones generales sobre el etiquetado, puesto que no se toman otras variables como la preferencia de los clientes en conocer esos datos. Así por ejemplo, puede suceder que los potenciales consumidores a los que está destinado un producto les sea importante para su toma de decisión de contratar la información nutricional (por ej: productos alimenticios dietéticos). Los empresarios de ese sector tienen los incentivos de proveerla para mostrar la superioridad de su producto respecto de los otros.

<sup>359</sup> Como se ha expuesto anteriormente en el presente trabajo, además de este deber de transparencia, existe una tendencia a promover legislación protectora de los consumidores que preserve la libertad de decisión negociada de los mismos. Es el denominado por la doctrina estadounidense como *soft paternalism*.

conocidas y consentidas por el adherente, esta cláusula no debe producir efectos jurídicos. Debe prevalecer la realmente conocida y consentida por el adherente. Así, la cláusula predispuesta que aumenta sorpresivamente el precio acordado debe ser jurídicamente neutralizada, o la que modifica subrepticamente las características del bien o servicio contratado.

## 5.2. Insuficiencia de remedios legales distintos al control de abusividad.

Planteado el problema de la frustración de los consumidores sobre los aspectos relevantes del contrato y la existencia de un deber de transparencia, cabe preguntarse si es necesaria normativa especial que regule, o si basta con la normativa general contractual. Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL sostuvo que la *utilización de las reglas generales de Derecho contractual* aplicable a toda cláusula, sea condición general o no, *es generalmente suficiente*<sup>360</sup>. Principalmente por la aplicación de la regla de interpretación *contra proferentem* (art. 1288 CC)<sup>361</sup>.

Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, para el aseguramiento de la transparencia de las cláusulas relevantes para los consumidores no basta con las reglas generales del Derecho contractual<sup>362</sup>. Éstas no son adecuadas ni suficientes para afrontar la problemática especial que supone la predisposición del contrato en aspectos como los elementos esenciales del mismo<sup>363</sup>. A continuación indicaremos algunas de las herramientas legales distintas al examen de abusividad del art. 82.1 TRCLU que podrían ser aplicadas. Demostraremos que algunas no son adecuadas para afrontar este problema. Algunas sí atacan el problema pero no logran solventarlo completamente, por lo que son insuficientes.

La regla *contra proferentem* contenida en el art. 1288 CC se aplicaría, en el caso que nos ocupa, únicamente a casos de ambigüedad o vaguedad en la redacción de las cláusulas sobre elementos esenciales y demás cláusulas relevantes<sup>364</sup>. Podría ser de

---

<sup>360</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 11.

<sup>361</sup> Si bien, PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas:...», *op. cit.*, p. 13, no se pronuncia categóricamente manifestando ser innecesario un examen de abusividad de las prestaciones principales, afirma que el ordenamiento jurídico español no lo permite, y agrega: *Sin lugar a dudas, en nuestro sistema jurídico el control de los elementos esenciales del contrato se deja a las normas sobre vicios del consentimiento (art. 1262 CC), en particular a las que sancionan el error del consentimiento con la nulidad del contrato (arts. 1265 y 1266 CC), o a otras normas imperativas o prohibitivas ( art.8.1 LCGC).*

<sup>362</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 138; y, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario a disposición adicional...», *op. cit.*, p. 915.

<sup>363</sup> Así, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *op. cit.*, p. 915, sostiene que *(l)as condiciones generales (...) producen un típico efecto de ocultación y el adherente necesita especial protección contra el mismo.*

<sup>364</sup> Sobre los términos *ambigüedad* y *vaguedad*, SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al Artículo 6. Reglas de interpretación», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002, p. 397, sostiene que una condición ambigua es *aquella que admite varios sentidos*, en cambio una condición vaga es la

utilidad en esos casos de oscuridad de las cláusulas que definen las prestaciones principales, y que el predisponente pretende aprovecharse de ello entregando un bien distinto al previsto por el adherente o exigir un precio mayor del que consideraba haber pactado el adherente. Como puede apreciarse nos referimos a las que pretenden tomar ventaja de la racionalidad limitada del consumidor, incluidas las que se aprovechan ilícitamente del *Framing Effect*. No obstante, la regla *contra proferentem* deja fuera de su ámbito de aplicación cláusulas que no presentan ninguna duda de interpretación, pero no son transparentes *por contener un efecto sobre el precio o el objeto que no es fácilmente perceptible*<sup>365</sup>.

La regla *contra proferentem* también se encuentra contemplada en el art. 6.2 LCGC y en el art. 80.2 TRLCU (antiguo art. 10.2 LGDCU). Pese a la disparidad de vocablos utilizados (*dudas, oscuras*), se trata de la misma regla que la contenida en el art. 1288 CC, con la diferencia que ambas disposiciones se encuentran limitadas en su aplicación por el ámbito objetivo y subjetivo general de sus respectivos cuerpos normativos, y además la contemplada en el TRLCU está reservada su aplicación únicamente cuando se ejercen acciones individuales<sup>366</sup>. Por ello valen las mismas observaciones que realizamos *supra* al art. 1288 CC.

Por otro lado, tampoco el régimen de nulidad por vicios del consentimiento da una respuesta adecuada al problema<sup>367</sup>. Si el adherente incurre en error sobre condiciones generales que inciden en los elementos esenciales, el error sería inexcusable al haber

---

*que cuenta con un significado preciso, pero, además, con otros adicionales sobre cuya cobertura por el texto de la condición se duda.* La jurisprudencia habla de *situación de equivocidad* de las cláusulas como supuesto de hecho de la regla *contra proferentem*, vid. SSTS de 20/05/2004, y 8/10/2001.

<sup>365</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 138. Dicho autor señala como ejemplo *cláusulas sobre la fecha de valoración de las operaciones realizadas en un contrato de cuenta corriente*. También aplicando el art. 1288 CC se han desestimado pretensiones de cobro de sumas que pueden considerarse como sobrepuestos que sorprenden al adherente posteriormente a la suscripción del contrato. Más específicamente, han sido desestimadas pretensiones de predisponentes de cobro de sumas cuando de la lectura de las cláusulas predisuestas no es claro si debía entenderse incluidas en el precio ya pagado por el adherente. Así, en la SAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008/514) se sostuvo que *es criterio de nuestros tribunales que resulta de estos preceptos que la duda sobre si la satisfacción por el obligado del precio estipulado agota o no el derecho de crédito del otro contratante cuando éste pueda pretender nuevas aportaciones dinerarias justificándose en no hallarse comprendidas en aquél, debe resolverse en contra de quien dispuso o sugirió el pacto del precio sin otra precisión o salvedad que avale nuevas pretensiones*.

<sup>366</sup> Así, entre otros, ALFARO AGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 318 y 319; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y...*, *op. cit.*, pp. 554 y 555. Sin embargo, algunos autores han advertido que la consecuencia jurídica de las reglas *contra proferentem* de estos tres cuerpos normativos pueden producir en la práctica resultados desiguales al ser aplicados de forma literal, en virtud de la disparidad de redacción de las normas legales. En este sentido el TRLCU habla que ante la oscuridad o ambigüedad de condiciones generales *prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor*, la LCGC estipula que *se resolverán a favor del adherente*, y el CC dice que *no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*. Vid. principalmente SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al Artículo 6...», *op. cit.*, pp. 388 y 389; también DÍAZ ALABART, S., «Art. 6. Reglas de interpretación» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000, p. 210 y ss.

<sup>367</sup> Seguimos en este punto a PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, pp. 139 y 140.

cumplido el predisponente los requisitos de inclusión y, por tanto, haber podido el adherente conocer la existencia y contenido de dichas condiciones. En las normas del Derecho contractual general, las partes deben de procurar con diligencia ordinaria obtener la información necesaria del contrato a celebrar, ignorando la asimetría de información entre el predisponente y el adherente. Con lo que respecta al dolo, para que vicie el consentimiento *se precisa una intención de engañar, que no siempre existirá en los supuestos de predisposición no transparente de las cláusulas relativa al precio y al objeto, y aun cuando existiera, su prueba será muy difícil para el consumidor*<sup>368</sup>.

Aunado a lo anterior, la impugnación por vicios del consentimiento no sería una opción deseada por el adherente puesto que el resultado sería la nulidad de la totalidad del contrato, cuando en realidad lo que desea es que sea apartada del contrato la cláusula que modifica de forma subrepticia el precio u objeto. No vale pensar que es aplicable una nulidad parcial del contrato en el sentido de declarar ineficaz la cláusula en cuestión, puesto que ésta procede únicamente cuando de la voluntad real o voluntad presumible de las partes se infiere que ambos habrían querido celebrar el contrato aun en ausencia de dicha cláusula en el contrato. El predisponente, presentándose el caso de la posibilidad de nulidad parcial de una de las cláusulas en comento, en la gran mayoría de los casos, no hubiese deseado celebrar el contrato si no se incluye la misma en el clausulado, pues regula aspectos importantes (aun más si se trata de una que afecta a los elementos esenciales). No se puede imponer a una de las partes un clausulado cercenado.

Es por ello que no se cumple la premisa para que proceda una nulidad parcial, siendo únicamente procedente en caso de invocarse la nulidad por vicios del consentimiento, la nulidad total del contrato<sup>369</sup>. Y no es posible aplicar la nulidad parcial dispuesta en el art. 83.1 TRLCU, debido a que dichas normas establecen esa consecuencia jurídica para los supuestos establecidos en dichos cuerpos normativos, y no para casos de vicios del consentimiento<sup>370</sup>. Queda en evidencia entonces, que las reglas generales del Derecho

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>369</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2007, vol. I, p. 586 y ss., afirma que *debe preponderar el principio de autonomía privada, pues imponer la reglamentación contractual mutilada es imponer una reglamentación que no es autónoma*. Además, agrega que *a menos que se demuestre que las partes quisieron o hubieran querido el contrato sin la parte nula, la nulidad debe ser total*. En consecuencia, siendo las cláusulas que regulan el objeto y precio tan importantes para las partes en la toma de decisión de contratar, DÍEZ-PICAZO asevera contundentemente que *[n]o puede mantenerse la validez del contrato si la nulidad afecta a elementos esenciales del mismo* (p. 588).

<sup>370</sup> No puede inferirse que exista una voluntad real o presunta de ambas partes de mantenerse vinculados a ese contrato mutilado, puesto que difícilmente puede aseverarse que el predisponente deseaba vincularse sin esas cláusulas que furtivamente incorporó. Forman parte esencial del acuerdo económico que desea alcanzar. Por lo que debe rechazarse la aplicación de la nulidad parcial conforme a las teorías del Derecho Contractual general. Así tampoco la nulidad parcial regulada en la LCGC y TRLCU, ya que dichos cuerpos normativos contemplan claramente los supuestos en los que opera. No encajando en dichos supuestos el problema que se aborda en el presente trabajo. Por lo que debe rechazarse la propuesta de PAGADOR LÓPEZ, J., «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley*, num. 2, 1999, p. 1850 y ss, que consistía precisamente en ello.

contractual no son suficientes y adecuadas para realizar la labor de asegurar la transparencia de las cláusulas relevantes, en especial de las que contienen los elementos esenciales.

La regla de prevalencia (art. 6.1 LCGC) es una herramienta útil para asegurar la transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales o que regulen asuntos que han sido tomados en cuenta por el adherente para decidir contratar con un determinado empresario<sup>371</sup>. Tal vez sea la más importante para este tema junto a la regla *contra proferentem*. Ejemplificando esta regla, si un empresario acuerda con un adherente vender a 100 un bien, ese mismo precio debe ser plasmado en el documento contractual por ser el precio consentido por el adherente. Es una *condición particular* del contrato de conformidad como establece el art. 6.1 LCGC.

Esta condición particular en que se pacta un precio de 100 se plasma al inicio del texto del contrato, pero adicionalmente se incluye en el extenso texto contractual una condición general que eleva ese precio consentido hasta alcanzar un precio de 120. El empresario ha obtenido el consentimiento del cliente para un negocio a un precio de 100, pero, debido a la introducción subrepticia de una condición general, el precio total que deberá pagar el cliente será de 120. Esta condición general será ineficaz en aplicación de la regla de prevalencia, ya que contradice a la condición particular. Prevalece ésta sobre aquélla. Cuestión que pudo ser evitada por el predisponente, al hacerle saber de manera efectiva al adherente la existencia de dicha cláusula y que comprenda la consecuencia de ella. En otras palabras, el predisponente ha faltado al deber de transparencia por no haber informado al adherente del precio real del bien (120).

Sin embargo, con la regla de prevalencia no queda resuelto todo el problema, más bien resuelve una parte del problema. Muchas veces las condiciones generales que regulan aspectos relevantes no contradicen a las condiciones particulares, sino que su contenido incide en su alcance, determinación o cálculo de los aspectos relevantes<sup>372</sup>.

Tampoco los requisitos de incorporación contemplados en los artículos 80 TRLCU, y 5 y 7 LCGC, cumplirán el objetivo. Estas únicamente procuran que exista la oportunidad de que el adherente lea las condiciones generales, pero no aseguran que efectivamente sean leídas y comprendidas. Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ la función de los requisitos de incorporación no es *la de proporcionar al adherente una información precontractual suficiente a fin de que pueda adoptar una decisión libre y consciente sobre si desea o no contratar*<sup>373</sup>. Esos requisitos únicamente aseguran una posibilidad de conocer las condiciones generales, o, a lo mucho una mera cognoscibilidad de su

---

<sup>371</sup> Art. 6.1 LCGC *Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerá éstas sobre aquéllas (...)*

<sup>372</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>373</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 141.

existencia, pero no garantiza su verdadero conocimiento de su contenido y comprensión por parte del consumidor<sup>374</sup>. El análisis de una cláusula a la luz de los requisitos de inclusión no toma en cuenta el elemento de la defraudación o frustración de las expectativas del adherente. El control de inclusión es meramente formal: si se incumple uno de los requisitos es nula independientemente si ha defraudado al adherente, o viceversa<sup>375</sup>.

Los requisitos de incorporación son una manifestación del deber de transparencia pero en una faceta débil puesto que han sido diseñadas para aplicarse a aspectos del contrato que no son del interés de los adherentes. El problema que hemos descrito requiere de un deber de transparencia más fuerte que garantice el perfecto conocimiento del contenido y comprensión de las cláusulas que regulan los aspectos del negocio que sí son relevantes para los consumidores, por ende los requisitos de inclusión son insuficientes<sup>376</sup>. Los requisitos de inclusión son meros requisitos formales que son cumplidas rutinariamente por el empresario pero que no exigen al predisponente una conducta activa dirigida a procurar no defraudar las expectativas legítimas de los consumidores.

Visto lo anterior, los precitados mecanismos legales son insuficientes. No son mecanismos que protejan las expectativas legítimas y razonables del adherente sobre los aspectos que le son relevantes del negocio y que cree estar contratando. El deber de transparencia es más intenso y exigente que el contenido en las herramientas legales expuestas.

### **5.3. Asidero legal del deber de transparencia intenso sobre prestaciones principales y demás aspectos relevantes.**

Ciertamente de las disposiciones anteriores se desprende que el legislador reconoce la existencia del problema planteado. Mediante esos remedios legales, ha pretendido proteger de una u otra forma al consumidor de no ser defraudado en sus expectativas sobre los aspectos relevantes en los que funda su decisión de contratar. Además podríamos agregar disposiciones legales como la relativa a la integración del contrato con las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o

---

<sup>374</sup> Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, *op. cit.*, p. 88, opina que es inviable considerar que los requisitos de incorporación aseguran el consentimiento *stricto sensu* de las prestaciones principales, ya que (s)i se considera que mediante el establecimiento de los requisitos de incorporación y la consiguiente posibilidad de conocer el contenido de las condiciones generales se ha establecido el deber de diligencia del adherente en la lectura y comparación de los diferentes clausulado de condiciones generales, no podrá justificarse un control de validez a posteriori fundamentado en el desconocimiento de su contenido.

<sup>375</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 23.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 13.

económicas y garantías ofrecidas en la publicidad, promociones u ofertas contractuales (art. 62 TRLCU).

Las expectativas que despierta la publicidad en el consumidor y que lo mueve a elegir una de las ofertas del mercado, no pueden verse frustradas por cláusulas que de manera subrepticia han sido ocultadas o redactadas de forma incomprensible para el consumidor medio, y que, en consecuencia, el consumidor no advirtió de su alcance o existencia. El empresario, faltando a la buena fe, se aprovecha de que el consumidor no suele leer el clausulado para alterar lo ofrecido en la publicidad a través de cláusulas que la contradicen.

Para solucionar esto la ley integra en el contrato lo ofertado a través de la publicidad. De esta manera la sorpresa generada al consumidor por falta de transparencia en la redacción del reglamento contractual no podrá perjudicar a éste al prevalecer la publicidad sobre la cláusula sorprendente<sup>377</sup>.

Sin embargo, es en el art. 60 y 60 bis TRLCU que encontramos con mayor exactitud deberes de transparencia intensos que se diferencian al resto de deberes de información y transparencia contractual. El art. 60.1T RLCU que establece un deber a cargo del empresario de facilitar de forma clara y comprensible la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato. Y en el art. 60.2 del TRLCU se enumeran de manera ejemplificativa diversos aspectos de los negocios que se consideran relevantes para los efectos del art. 60.1 TRLCU. Asimismo, el art. 60bis del TRLCU establece un deber de transparencia más específico que pretende evitar la defraudación del consumidor sobre uno de los aspectos relevantes: el precio a pagar. Éste exige el consentimiento expreso del consumidor de cualquier cláusula que establezca un pago adicional del precio acordado. Este artículo fue introducido en el TRLCU a raíz de la trasposición del art. 22 de la Directiva 2011/83/UE.

Adicionalmente, el art. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, establece la figura de las omisiones engañosas. El párrafo primero de dicha disposición legal literalmente prescribe: *Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.* Asimismo, el legislador comunitario al promulgar el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE ha exigido la transparencia de

---

<sup>377</sup> Al respecto, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La defensa contractual del...», *op. cit.*, p. 182, agrega que *(l) a promoción de los productos o servicios debe proporcionar una información veraz y suficiente a los consumidores, que les permita decidir con el debido conocimiento. Por ello, esa información pasa a integrar los contratos perfeccionados con los consumidores. Por ello, cuando esa información no ha existido (total o parcialmente), los contratos perfeccionados con los consumidores se integran con las características del producto o servicio que cabe normalmente esperar.*



las prestaciones principales como condición para no ser sometidas al examen de abusividad.

Por tanto, es evidente que este es un tema que preocupa al legislador comunitario y nacional que, por ello, ha establecido dichas normas de las que se puede deducir que sobre los aspectos relevantes del negocio existe un deber de transparencia de mayor intensidad que el aplicable al resto de aspectos del negocio<sup>378</sup>.

#### **5.4. Aplicación del examen de abusividad a cláusulas con defectos de transparencia.**

Como se verá a continuación, una herramienta fundamental para lograr los fines trazados es la aplicación del examen de abusividad regulado por el art. 82.1 TRLCU. Las cláusulas bajo estudio cumplen con los requisitos para ser sometidos a dicho examen, y se adecúan perfectamente a la fundamentación doctrinal del mismo. Posteriormente se abordarán la aplicación de los elementos de buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones a las cláusulas que regulan las prestaciones principales y demás aspectos contractuales relevantes para los adherentes.

##### **5.4.1. Ámbito objetivo.**

A continuación analizaremos estas cláusulas a la luz del ámbito objetivo del examen de abusividad. Al respecto cabrían dos interpretaciones de la normativa. Una de ellas se refiere a que las cláusulas relativas a las prestaciones principales y otros aspectos relevantes del negocio son por sí mismas el objeto de control. No necesitan cumplir con los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición para ser objeto de control. Otra postura consideraría que sí es necesario que esas cláusulas cumplan con los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición para ser objeto de control. A continuación explicaremos con mayor detenimiento ambas posturas.

La primera postura considera que para la aplicación de esta faceta del examen de abusividad basta con que la cláusula bajo estudio sea relativa al precio y/o al objeto del contrato. Es decir, el ámbito objetivo de aplicación del control de contenido es propiamente estas cláusulas que regulan los aspectos relevantes del negocio, incluidas las prestaciones principales. Tal idea se encuentra apoyada en el texto del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE en cuanto mediante una interpretación *a contrario sensu* se deduce que este tipo de cláusulas son sometidas al examen de abusividad cuando no son transparente. Por tanto, si alguna cláusula de este tipo tiene un defecto de transparencia

---

<sup>378</sup> Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, pp. 18 y 19, señala que se puede deducir una conexión entre, por un lado, los arts. 20 y 60 TRLCU y el art. 7.1 de la Ley 3/1991, 10 de enero, de Competencia Desleal, y por otro, el supuesto de cláusulas abusivas contemplado en el art. 82.1 TRLCU.

debe ser sometida a control sin exigir algún otro requisito. El art. 4.2 Directiva 93/13/CEE no condiciona la aplicación del examen de abusividad a que las cláusulas que regulan las prestaciones principales además encajen en el concepto legal de *cláusulas no negociadas individualmente*.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ parece adoptar esta idea: toda cláusula que regule el pacto económico de las partes se encuentra dentro del ámbito objetivo de control<sup>379</sup>. Los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición no son propios de este control de contenido de cláusulas de contenido económico, sino sólo de las de contenido normativo. Por tanto, basta con acreditar que la cláusula es de contenido económico (regula el precio o el objeto del contrato) para que sea sometida a este tipo de control de contenido. Como puede apreciarse, esta idea de dicho autor se basa en la clasificación de cláusulas de contenido económico y las de contenido normativo. De manera que, las de contenido normativo son las que se someten al examen de abusividad en ocasión del desequilibrio objetivo de derechos y obligaciones, el cual es el control del que hemos hablado a lo largo del presente trabajo. En cambio las cláusulas de contenido económico se someten a esta faceta de control de contenido relacionado a los defectos de transparencia del que hemos hablado en el presente apartado del capítulo III.

El otro punto de vista consideraría que las cláusulas que regulan las prestaciones principales del negocio sí deben reunir los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición para que encajen en el ámbito objetivo y así ser sometidas al examen de abusividad. La remisión que el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE realiza al examen de abusividad es hecha con todas sus consecuencias, es decir, que tal remisión engloba tanto al examen de abusividad como al ámbito objetivo. En todo caso, independientemente de la existencia de dicha disposición comunitaria, el art. 82.1 TRLCU establece un solo ámbito objetivo de aplicación para toda cláusula que pretenda ser sometida al control de abusividad. Por tanto, cuando pretenda someterse al examen de abusividad a cláusulas que regulan prestaciones principales debe cersiorarse que sí cumplen con los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición para así encajar en el ámbito objetivo prescrito en el art. 82.1 TRLCU.

Expuestos los dos puntos de vista, consideramos acertado el segundo. La aplicación del examen de abusividad de estas cláusulas depende del cumplimiento de los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición. El legislador comunitario ha condicionado la sumisión de cláusulas de prestaciones principales a que éstas encajen en la noción de *cláusulas no negociadas individualmente* del art. 3 Directiva 93/13/CEE. Ese es el único ámbito objetivo de control establecido por el legislador comunitario. Asimismo, aún cuando no existiera dicha disposición comunitaria, el art. 82.1 TRLCU exige que para ser sometidas al control de abusividad deben ser siempre *cláusulas no negociadas individualmente*. A primera vista parecería que esto dificulta que estas cláusulas lleguen a ser analizadas judicialmente con un examen de abusividad, ya que supone la exigencia

---

<sup>379</sup> Al respecto, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 122.

de cumplimiento de estos requisitos que pueden terminar siendo un filtro que muchas cláusulas que regulan prestaciones principales y aspectos relevantes no lleguen a superar.

Sin embargo, como se explicará a continuación, una cláusula que regula las prestaciones principales del negocio y que ha sido incorporada de manera subrepticia al contrato cumple con los requisitos de contractualidad, predisposición e imposición. Atinadamente la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) señala que *el hecho de que se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que éstas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo* (apartado 144)<sup>380</sup>. Y es precisamente la falta de transparencia en el proceso de formación del contrato e inclusión de la cláusula al mismo determina su categorización como *cláusula no negociada individualmente* conforme al art. 82.1 TRLCU y al art. 3.1 Directiva 93/13/CEE.

En efecto, por esa falta de transparencia pasan inadvertidas o no son comprendidas totalmente por el adherente al momento de contratar. Por ello, estas cláusulas no son producto de un auténtico ejercicio de la autonomía privada. Y es que los adherentes no influyen en el contenido de dichas cláusulas, no porque no sean de su interés, sino porque el predisponente ha evitado que sean tomadas en cuenta por los adherentes al no cumplir con los deberes de transparencia. Esto no sólo es aplicable a las cláusulas sobre prestaciones principales sino también a aquellas sobre cualquier aspecto relevante para los adherentes, tales como las garantías.

Con palabras distintas la SAP Asturias 24 enero 2008 (AC 2008/514), explica el fundamento de este examen de abusividad al manifestar que *la razón de la exclusión de las prestaciones principales es clara, en cuanto que, siendo conocidas por el consumidor, son tenidas en cuenta por éste al contratar, pero si no lo es, esa falta de transparencia puede ser instrumental de una alteración subrepticia de la posición de paridad de las prestaciones pactadas por las partes alterándola y ello podría dar entrada al control de contenido dispuesto en el art. 10.bis de la LGDCU.*

Estas cláusulas cumplen con el elemento de la *imposición* al que se refieren los arts. 82.1 de TRLCU, 1.1 LCGC y 3.2 Directiva 93/13/CEE. La incorporación de esa cláusula que regula ese aspecto relevante del contrato es atribuible únicamente al predisponente. La incorpora subrepticamente sin que el adherente la conozca o la comprenda en su totalidad, por lo que únicamente es atribuible al predisponente su incorporación al contrato. El predisponente evita que el consumidor esté plenamente

---

<sup>380</sup> Es por ello que en esa sentencia, el TS analiza si las cláusulas suelo de intereses en contratos de préstamo a interés variable cumplen con los requisitos para ser consideradas condiciones generales. Y finaliza concluyendo que sí lo son. Por lo que la jurisprudencia se inclina por este criterio. Siguiendo esta línea jurisprudencial, podemos citar otras sentencias que reuelven de la misma manera: SAP Barcelona 9 mayo 2014 (AC 2014/697) y SAP Jaén 30 abril 2014 (JUR 2014/196716).

informado de ella. Precisamente, como expuesto oportunamente, en eso consiste el requisito de imposición: en que la incorporación al contrato únicamente es atribuible al predisponente<sup>381</sup>. Y es que ese es el problema de este fenómeno: el adherente no ha participado en la incorporación de esa cláusula que altera los aspectos consentidos *stricto sensu* del negocio, ya que el predisponente la introduce subrepticamente al contrato con desconocimiento del adherente. Lo mismo sucede cuando la cláusula tiene un defecto de transparencia por ser incomprensible para el adherente.

Si su incorporación al contrato fuere atribuible a ambas partes significaría que recaerá sobre esa cláusula un consentimiento *stricto sensu*, y por tanto, no sería impuesta, lo cual no sucede en el fenómeno que hemos descrito. No cabe duda que estas cláusulas que regulan prestaciones principales y otros aspectos relevantes del contrato y que son incorporadas subrepticamente al contrato reúnen el requisito de imposición. Igualmente cumplen con el requisito de *predisposición* al haber sido redactadas previamente, y el de *contractualidad* al formar parte de contratos. Por ende, se encuentran dentro de la esfera del ámbito objetivo de aplicación del control antedicho y deben ser consideradas como *cláusulas no negociadas individualmente*. Pero el punto clave es el carácter impuesto de las cláusulas por su falta de transparencia.

Precisamente esa falta de transparencia a la que nos referimos fue el motivo de inspiración del legislador comunitario al promulgar el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. El legislador comunitario proscribió que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas se refiera a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible. *A contrario sensu*, si dichas cláusulas no son redactadas de manera clara y comprensible sí son sometidas al examen de abusividad<sup>382</sup>. Esta interpretación

---

<sup>381</sup> Vid. apartado 2.1.3 del Capítulo II.

<sup>382</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva Comunitaria...*, *op. cit.*, p. 58. En contra, RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE: ámbito de aplicación», en *Cuadernos Jurídicos*, N° 11, 1993, p. 66. Así, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 25, afirma que están excluidos los elementos esenciales del examen de abusividad relativo al equilibrio objetivo. Agrega: *No obstante, están sometidos a control de contenido las condiciones generales o cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales si no son claras y comprensibles (art. 4.2 de la Directiva)*. Al respecto, refiriéndose al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE, ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en...», *op. cit.*, p. 57, manifiesta que esta exclusión del examen de abusividad sobre el equilibrio objetivo es lógica *pues la Directiva no ha de entrar, ni tampoco puede hacerlo la ley, en consideraciones sobre lo caro o barato que vende en el mercado, pero sí debe ocuparse de que el consumidor haga efectivo su derecho a la información: que este sepa qué es en realidad lo que compra y cómo se obliga (en qué condiciones lo adquiere)*. Aunque, a nuestro punto de vista, el autor falla al entender que se ordena implementar un simple control de inclusión.

Diversas propuestas o proyectos de normativa sobre el tema de cláusulas abusivas claramente se inclinan por excluir del examen de abusividad las prestaciones principales, pero tal exclusión únicamente operaría cuando las cláusulas que las regulan sean transparentes. En esa línea se encuentran la propuesta normativa para Reino Unido de THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in contracts*, Law Com n° 292, Scot Law Com n° 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, p. 153, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>, la cual señala en su disposición 4 la exclusión del sometimiento de estos aspectos al examen de abusividad siempre que sean transparentes, y siempre que

ha sido ratificada en la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08, al manifestar el tribunal comunitario que *las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*. Así como la jurisprudencia española también lo ha dejado entrever. Ejemplo de ello es la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088)<sup>383</sup>.

El legislador al condicionar el ejercicio del examen de abusividad sobre las cláusulas que regulan las prestaciones principales al hecho que sean redactadas de manera clara y comprensible denota su interés porque dichas cláusulas sean transparentes<sup>384</sup>. Si no son claras y comprensibles, el adherente podrá no percatarse o entender su contenido, por lo que no logrará conocer adecuadamente el alcance real de lo que está contratando.

Sin embargo, establecer los requisitos de falta de claridad y comprensibilidad no fue una decisión del todo atinada de parte del legislador comunitario. La claridad y la comprensibilidad de este tipo de cláusulas no eliminan en todos los casos el efecto sorpresivo que provocará al consumidor<sup>385</sup>. Así por ejemplo, una cláusula predispuesta que aumenta el precio del negocio puede ser clara y comprensible, pero debido a su ubicación en el extenso texto contractual puede pasar inadvertida por el consumidor. Logrando de esta manera el predisponente que el precio por el cual contrató el adherente termine siendo mayor por el aumento subrepticio del mismo a causa de la ocultación de la cláusula antedicha.

---

sean sustancialmente los mismos que el consumidor razonablemente esperaba. Posteriormente en 2013 dichas comisiones modificaron su propuesta legislativa original aclarando su redacción y alcance, pero mantuvieron esta idea de exclusión. También, el art. 32.3 PDDC 2008 establecía: *Los apartados 1 y 2 (que regulan el control de contenido) no se aplicarán a la evaluación del objeto principal del contrato ni a la adecuación de la remuneración prevista para la obligación contractual principal del comerciante, a condición de que el comerciante cumpla íntegramente lo dispuesto en el artículo 31 (que señala deberes de transparencia)*. Pero dicha disposición no fue aprobada en la Directiva 2011/83/UE. Esto no supone ningún problema en vista que como consecuencia de ello se mantiene vigente el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, el cual instaura el examen de abusividad que analizamos en el presente apartado del trabajo. Adicionalmente, *The Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando desarrollan esta idea, vid. LANDO, O., y BEALE, H., «Comment on Article 4:110: Unfair Terms not Individually Negotiated», en *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000, p. 266.

<sup>383</sup> Vid. apartados 206 y 207.

<sup>384</sup> Y es que, como señala CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 6, al referirse al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE *los argumentos que parecen haber excluido las cláusulas de precio del control de abusividad en la normativa europea tienen sentido cuando el precio percibido por el consumidor en la negociación se corresponda con el precio del contrato, y ése es un efecto que no puede presuponerse en cualquier contrato de adhesión*.

<sup>385</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9, 2011, p. 4, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es).

Como señala PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, la sorpresa *no deriva de una falta de claridad en la redacción de la cláusula, sino de la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se habría representado sobre el precio, a partir de la información proporcionada por el empresario*<sup>386</sup>. En efecto, no es solo la claridad y comprensibilidad de la cláusula lo que logran que las cláusulas sobre prestaciones principales y aspectos relevantes en general sean advertidas y seleccionadas por los adherentes. Es la falta de transparencia en general la que motiva el ejercicio de control sobre las mismas y que las convierte en *impuestas*.

De hecho la PDDC 2008 abandonaba condicionar el examen de abusividad a la falta de *claridad y comprensibilidad*. En su 32.2 se estipulaba que no aplicaría el control (art. 32.1 y 32.2 PDDC 2008) *a la evaluación del objeto principal del contrato ni a la adecuación de la remuneración prevista para la obligación contractual principal del comerciante, a condición de que el comerciante cumpla íntegramente lo dispuesto en el artículo 31*. Este último artículo mencionado es el que contemplaba los *Requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales*<sup>387</sup>. Es decir que bajo ese anteproyecto de directiva, si estas cláusulas que contemplan las prestaciones principales no cumplían con ciertos deberes de transparencia (que no se limitaban al de claridad y comprensibilidad), se someterían al examen de abusividad<sup>388</sup>. La Directiva 2011/83/UE finalmente no incorporó esa disposición del PDDC 2008, pero ello nos demuestra que la intención del legislador comunitario desde la Directiva 93/13/CEE es de someter control de contenido a las cláusulas de prestaciones principales únicamente cuando no son transparentes.

En esta línea, en el Reino Unido THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION ha formulado su propuesta legislativa en el sentido que las cláusulas sobre prestaciones principales se eximen de control de abusividad únicamente cuando son *transparentes y prominentes (transparent and prominent)*<sup>389</sup>. Dichas comisiones legislativas explican que su propuesta determina que las prestaciones principales son

---

<sup>386</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter...», *op. cit.*, p. 6. Así también, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Comentario al art. 82 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (Coordinados por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 727, señala que *cuando se trata de la transparencia de los elementos esenciales, no está en juego solamente la claridad y la comprensibilidad de las palabras, sino el significado y el valor de la oferta en el mercado*.

<sup>387</sup> El apartado 3 del art. 31 señalaba uno de los principales aspectos del tema que hemos tratado: la prohibición de incluir subrepticamente cláusulas que aumentan el precio. Art. 3.3. *El comerciante deberá buscar el consentimiento expreso del consumidor para todo pago adicional a la remuneración prevista para la obligación contractual principal del comerciante.* (...). El cual corresponde al actual art. 60bis TRLCU.

<sup>388</sup> Tal vez el considerando 49 de la PDDC 2008 dejaba menos dudas al respecto: *A efectos de la presente Directiva, no debe apreciarse la equidad de las cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni la relación calidad/precio de los bienes o servicios suministrados a menos que dichas cláusulas no cumplan los requisitos de transparencia.*(...)

<sup>389</sup> THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, apartado 4.27 y ss., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

*transparentes* cuando cumplen con deberes meramente formales, los cuales son: ser definidas de manera sencilla e inteligible, estar fácilmente disponibles o accesibles, y, si se encuentran escritas, deben ser legibles. Es decir, este deber se aproxima a los requisitos de inclusión.

Pero es en el examen de *prominencia* en el que se plasma el deber de transparencia intenso del que hemos hablado<sup>390</sup>. Según la propuesta legislativa, una cláusula será prominente si es *presentada durante el proceso de contratación en tal manera que un consumidor razonable se percataría de ella incluso sin haber leído el texto contractual completo* (apartado 4.27). Agregan que *cuanto más inusual u onerosa es la cláusula, más prominente debe ser la cláusula*. Se aprecia que este deber requeriría un rol activo del empresario para no defraudar las expectativas de sus consumidores presentando de manera prominente las prestaciones principales<sup>391</sup>. Y esta propuesta legislativa se asemeja al *doble filtro de transparencia* de prestaciones principales al que se refiere la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088)<sup>392</sup>.

La omisión de trasponer el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE a la normativa española ha sido interpretada por la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) como un aumento legítimo de la protección de los consumidores prescrita por dicha directiva<sup>393</sup>. Así, toda cláusula predisuelta relativa a las prestaciones principales, aún siendo claras y comprensibles, son susceptibles de ser sometidas al examen de abusividad de conformidad a la normativa española<sup>394</sup>. Literalmente asevera que *un órgano jurisdiccional nacional*

---

<sup>390</sup> Dichas comisiones legislativas hacen esta distinción entre transparencia y prominencia. En el presente trabajo no hemos hecho una distinción similar puesto que consideramos que la prominencia no es más que un deber de transparencia más intenso o más exigente que el aplicable al resto de cláusulas. Si se plantea de manera prominente una cláusula significa que es transparente al lograr que el consumidor conozca y comprenda su contenido.

<sup>391</sup> En el apartado 3.61 las comisiones legislativas aclaran que con esta formulación de la propuesta pretenden proteger las expectativas razonables de los consumidores. Y relaciona directamente las expectativas de los negocios con las cláusulas prominentes.

<sup>392</sup> Párrafos 209 y ss. LA TS se refiere a que estas cláusulas están sometidas a un primer filtro compuesto por los requisitos de inclusión, y a un segundo filtro compuesto por el deber de transparencia intenso.

<sup>393</sup> Lo cual, según la misma STJCE, es conforme con lo dispuesto en el Art. 8 Directiva 93/13/CEE relativa a la potestad de los Estados de adoptar disposiciones más exigentes con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.

<sup>394</sup> Aseveración que ha sido criticada puesto que la STJCE incurre en el error de no tomar en cuenta que la falta de trasposición del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE responde a un error legislativo. Por tanto no puede entenderse que ha habido una voluntad del legislador español en ampliar la protección del consumidor mediante esa omisión de trasposición. Así, PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5, 2011, p. 10, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es). Este error en el procedimiento de creación de la ley fue abordado en la p. 204 y ss. del presente trabajo. Así también PALAU RAMÍREZ critica la STJCE antedicha por haberse extralimitado en sus funciones ya que no tiene potestad de interpretar normas nacionales, sino *únicamente establecer criterios de interpretación de la normativa comunitaria que puedan ser de utilidad para la apreciación de las disposiciones nacionales*. Por ello, resta relevancia jurídica a la interpretación de la normativa interna española realizada por el TJCE, agregando que *carece de fundamento que los tribunales nacionales resuelvan las cuestión, sobre si el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece un control de contenido de los elementos esenciales, con la simple mención del pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia*.

*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.*

Sin embargo, es necesario remarcar que la propia STJCE señala que la cláusula que regula las prestaciones principales debe de tratarse de una *cláusula no negociada individualmente*. En otras palabras, no se trata que absolutamente toda cláusula que regule prestaciones principales es susceptible de ser sometida a examen de abusividad. Sino sólo las que reúnan los requisitos de predisposición, imposición y contractualidad antedichos ya que solo así serán cláusulas *no negociadas individualmente* de acuerdo a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE. Y, tal como hemos explicado anteriormente, las cláusulas que regulan prestaciones principales cumplen con esos requisitos cuando faltan al deber de transparencia.

Un caso ejemplificativo es la SAP Badajoz 21 febrero 2005 (JUR 2005/73845) relativo a la venta de un automotor. En lo que respecta al tema que estamos abordando, el comprador pretendía la anulación de una cláusula descriptiva de las características del bien. Específicamente la que señalaba como objeto de contrato: *un tractor usado como está, de cliente a cliente, sin garantía, como para desguace*. Adicionalmente reclamaba al vendedor vicios ocultos. Pero el tribunal absolvió al vendedor al advertir que el comprador conocía de antemano las características del bien, al haber consentido la cláusula impugnada. Mediante dicha cláusula conocía que era de segunda mano el objeto y que se encontraba en malas condiciones, por lo que el predisponente no faltó al deber de transparencia. Además afirmó el tribunal *que no existe prueba de ningún tipo que demuestre la manipulación de esa cláusula o que fuese intercalada o introducida subrepticamente en el contrato de modo unilateral por la vendedora y sin consentimiento de la compradora*.

La expresión relativa a que se vendía el tractor *como desguace*, evidencia la mala calidad del tractor, agregando el tribunal que *esta expresión da entender sin necesidad de mucho esfuerzo indagatorio que el vehículo no debería encontrarse en muy buenas condiciones de aprovechamiento (...)*. El vendedor no ha modificado las características del bien vendido introduciendo subrepticamente esta cláusula. En este caso es claro que el consumidor conocía de estas características del bien por habérselo así puesto en conocimiento el vendedor con anticipación a la formalización del contrato. En consecuencia, se sustrae del examen de abusividad por haber sido seleccionada por el consumidor. No reúne los requisitos para ser sometida al control de contenido del art. 82.1 TRLCU.

Y es que lo expuesto respecto la exclusión de semejantes cláusulas por ser transparentes no sólo se adecúa al texto normativo de la Directiva 93/13/CEE y a la normativa



española, sino también al fundamento de examen de abusividad, a la libertad económica, libertad de empresa, libertad contractual y autonomía privada.

#### 5.4.2. Examen de abusividad.

En definitiva, el legislador comunitario y español previó entonces que la validez de este tipo de cláusulas podía ser analizada a la luz de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones que regula el art. 82.1 TRLCU y 3.1. de la Directiva 93/13/CEE<sup>395</sup>. Una vez se compruebe que se ha faltado al deber de transparencia sobre aspectos relevantes del contrato se habilita su examen a la luz de dichas disposiciones. Es decir, la falta de transparencia no provoca automáticamente que esas cláusulas sean consideradas abusivas.

Como lo señala, la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), *la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor* (apartado 229)<sup>396</sup>. En el mismo sentido, en el Reino Unido

---

<sup>395</sup> En contra, CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de...», *op. cit.*, p. 179, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/5.pdf> (consulta: 03/05/2014), quien asevera que no existe asidero legal para aseverar la existencia de un deber de transparencia para prestaciones principales distinto a los deberes de inclusión. Y que tampoco existe ninguna relación normativa entre deberes de transparencia y control de contenido.

<sup>396</sup> Así, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 23, señala que (e)n la interpretación del precepto comunitario ha prevalecido claramente la idea de que la consecuencia de la lesión de este deber de transparencia no es la ineficacia instantánea de la cláusula, sino la apertura del juicio de abusividad también a las cláusulas relativas al objeto principal, de modo que una vez constatada la falta de transparencia se hace precisa una ulterior valoración sustancial del desequilibrio que la misma representa en perjuicio del consumidor. En contra, CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de...», *op. cit.*, p. 16, quienes interpretan que en esa sentencia el TS señala tres tipos de control: el de inclusión, el de abusividad y el de transparencia. Según dichos autores, el tribunal ha determinado que los elementos esenciales se someten al primer y tercer control. Además critican fuertemente esta sentencia sosteniendo que carece de asidero legal este control de transparencia. Compartimos la crítica de estos autores sobre la falta de un desarrollo adecuado de la fundamentación de la sentencia y su aplicación al caso concreto. Pero pese a ello se desprende aunque no con la suficiente claridad que el tribunal relaciona ese control de transparencia al examen de abusividad, y en éste encuentra su fundamento lega. A manera de ejemplo pueden consultarse los párrafos 206 a 208 de la sentencia. También destacamos los considerandos décimo cuarto y décimo quinto de la sentencia. Cabe aclarar que antes del pronunciamiento de esta sentencia, la jurisprudencia española había sido vacilante o al menos ambigua en determinar el tratamiento de estas situaciones. De hecho, también la jurisprudencia posterior emitida por las AP asocian ese control de transparencia con el control de abusividad. Así por ejemplo, la SAP Barcelona 9 mayo 2014 (AC 2014/697). Pero destacamos a la SAP Jaén 30 abril 2014 (JUR 2014/196716) en cuanto expresamente resuelve que la cláusula suelo forma parte de las prestaciones principales, y las declara nula por abusiva al poseer defectos de transparencia. Literalmente resolvió que (...) *tal desequilibrio jurídico y económico convierte la cláusula en abusiva y debe declararse su nulidad*. También la SAP Jaén 27 marzo 2014 (AC 2014/490) y la SAP Jaén 18 marzo 2014 (JUR 2014/132573). Esta última resolvió que *ha de concluirse en que la cláusula suelo no es transparente, y además es abusiva en tanto supone un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, en tanto no se determina un reparto real del riesgo de la variación del tipo de interés*. Vid., un estudio interesante de esa jurisprudencia, CÁMARA LAPUENTE, S., «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *Trabajos de los Investigadores del Centro de Estudios de Consumo*, mayo 2013, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/2013/05/> (consulta: 03/05/2014).

la propuesta legislativa de 2013 señala que *por el sólo hecho que una cláusula no es prominente no la convierte en abusiva, ni tampoco nace una presunción de ser abusiva, pero puede ser sometida al examen de abusividad* (apartado S.20).

Sin embargo, este examen de abusividad debe ser realizado desde una perspectiva distinta a la que hemos señalado en capítulos anteriores<sup>397</sup>. El propio legislador comunitario al haber señalado el presupuesto de falta de claridad y comprensibilidad del art. 4.2 Directiva 93/13/CEE pretendió indicarnos que esas cláusulas debían ser sometidas a un examen de abusividad o control de contenido distinto que el resto de cláusula del contrato. La propia STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) asunto C-484/08 así lo expresa al declarar que dicha disposición comunitaria *tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor* (el resaltado es nuestro) (apartado 34). Es decir, existen modalidades del control de contenido o examen de abusividad. Para el caso de las cláusulas que se refieren a prestaciones principales y cualquier otro aspecto relevante tal modalidad irá orientada a la falta de transparencia y los efectos nocivos que causan en el equilibrio económico tal situación en perjuicio del adherente.

Aun cuando en el art. 82.1 TRLCU para las prestaciones principales no se mencionen expresamente estas indicaciones (falta de transparencia), debe de entenderse a la luz de lo expuesto en el presente capítulo que el examen de abusividad de las mismas se encuentra encaminado a atacar los efectos negativos que se generan a los consumidores por su falta de transparencia<sup>398</sup>.

---

<sup>397</sup> No obstante la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), sentencias posteriores del TS han pretendido aplicar estas consideraciones pero lo han hecho deficientemente. Así por ejemplo, en la STS 12 marzo 2014. RJ 2014/1486 se controvertía la validez de una cláusula de un contrato de compraventa de vivienda en la que facultaba a la empresaria vendedora a repercutir en la compradora el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana. El tribunal resuelve que es abusiva la cláusula por contravenir la norma legal que determina al vendedor como sujeto pasivo del impuesto. Pero el último párrafo del fundamento quinto es desconcertante debido a su poca intelección al mezclar diversas ideas y figuras, y parece justificar de con otros motivos la nulidad de la cláusula. Dicho párrafo literalmente dice: *A la luz de una concepción ética de la buena fe, como modelo de comportamiento exigible y fuente de determinados deberes de conducta, valoramos la desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes, el desequilibrio que, en el contenido económico del contrato, la cláusula genera y el defecto de información que su aplicación implica - por las razones expuestas por la propia recurrente - como ausencia de buena fe en la parte vendedora, en contra de lo manifestado en su recurso*. Por lo que, parece que el TS identifica el problema con defectos de información de esa cláusula que provocó una alteración en las condiciones económicas. A contrario sensu, si es conocida y realmente consentida esa cláusula por el vendedor, sería válida si se aplica la lógica de este párrafo de la sentencia.

<sup>398</sup> Agrega PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter...», *op. cit.*, p. 5, que no tiene importancia para ello si la cláusula está redactada de manera clara y comprensible, puesto que ello no elimina el efecto sorpresivo de la cláusula. El efecto sorpresivo no deriva de la falta de claridad en la redacción, sino en la defraudación de la expectativa legítima que el mismo se había representado sobre el precio (y sobre el bien o servicio a adquirir) a partir de la información proporcionada por el empresario. Concluye que *una cláusula puede ser absolutamente clara y comprensible y sin embargo provocar un efecto distorsionador sobre el precio*.

Acertadamente PERTÍÑEZ VÍLCHEZ afirma que al ser aplicado el examen de abusividad, los tribunales *deberán hacer una correcta y sobre todo prudente gestión de esta facultad controladora de las cláusulas relativas al precio, para no vulnerar principios constitucionales de nuestro ordenamiento, como es el reconocimiento a la libertad de empresa, que proscribe que el derecho suplante a la competencia en la fijación del precio de los bienes y servicios*<sup>399</sup>. Lo cual igualmente es extrapolable a los demás aspectos del contrato relevantes para los adherentes en su toma de decisión de contratar.

Por las razones expuestas debe de rechazarse la interpretación de alguna jurisprudencia española que ha dejado entrever que a partir de la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) el legislador nacional, no habiéndose traspuesto el art. 4.2 Directiva en el ordenamiento jurídico español, ha otorgado competencia a los tribunales españoles para fijar precios, ejercer control de precios o examinar objetivamente el equilibrio de las prestaciones principales mediante la aplicación del art. 82.1 TRLCU<sup>400</sup>. Así, por ejemplo la STS 2 marzo 2011 (RJ 2011/1833) afirmó que el análisis de abusividad realizado a la cláusula bajo su estudio *resulta indiferente si se trata o no de fijación de precios* a raíz de que la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) ha dispuesto realizar semejante tipo de control<sup>401</sup>. En primer lugar, la STJCE antedicha no establece los criterios bajo los cuales se ejercerá dicho control, por lo que no puede extraerse de ella con tal alcance. No se infiere de ningún apartado de la STJCE que el tribunal comunitario se pronunciara en ese sentido<sup>402</sup>.

Aunado a ello, dicha jurisprudencia española olvida los fundamentos del control, y los límites constitucionales del mismo. El examen de abusividad de estas cláusulas debe ir orientado a su transparencia, por lo que debe de rechazarse aplicar el examen de abusividad dirigido a analizar la equivalencia entre las prestaciones principales, su justo precio, si el precio es alto en comparación a otros del mercado, si el precio es muy alto en relación a las características del bien o servicio, o que con el precio pagado debería de incluirse una u otra característica del bien o ser de cierta calidad el bien o servicio, y

---

<sup>399</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter...», *op. cit.*, p. 5.

<sup>400</sup> CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades...», *op. cit.*, p. 8, parece entender así el sentido de la STJCE 3 junio 2010 (TJCE 2010/162) al aseverar que dicha sentencia admite la *revisión judicial de los precios de contratos* y que los tribunales pueden determinar la *licitud del precio de un bien o servicio*. Con el pronunciamiento de la STJCE *cambia sustancialmente el modo en que los consumidores quedan vinculados por los precios*. Además dicho autor compara esto con otras acciones de revisión judicial de precios como la de rescisión por lesión. Vale aclarar que CASTILLA CUBILLAS califica de *inciertas las consecuencias sociales* de la STJCE antedicha, y demuestra su oposición doctrinal a estas figuras de revisión judicial de precios.

<sup>401</sup> Control que sería inconstitucional, máxime si se tratan de cláusulas sobre prestaciones principales seleccionadas (consentidas en sentido pleno). De hecho, no tendrían siquiera que ser sometidas al control puesto que no reunirían el requisito de *imposición*.

<sup>402</sup> Más bien a la luz de lo expuesto en el presente apartado, la STJCE ha dejado entrever que existen modalidades de examen de abusividad siendo una de esas modalidades la que se aplica a las prestaciones principales.

demás intervenciones judiciales sobre el núcleo del equilibrio económico de las cláusulas que incorporan al contrato los aspectos tomados en cuenta por los adherentes en el momento de celebrar el negocio.

En este sentido, la STS 1 julio 2010 (RJ 2010/6554), reconociendo en su fundamento de derecho cuarto que el ordenamiento jurídico permite el examen de abusividad de prestaciones principales, se abstiene de analizar una de las prestaciones principales de los contratos de seguro: el monto cubierto bajo la perspectiva de si dicho monto es suficiente o no. El tribunal reconoció la libertad de fijación del monto de cobertura, pero a la vez recondujo correctamente el análisis a la perspectiva del deber de transparencia de las cláusulas sobre el monto de cobertura.

Como sostiene PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, respecto de las cláusulas relativas al precio, *no se trata de enjuiciar si «por mor» de una cláusula el precio es caro o es barato, sino si a consecuencia de la misma se ha producido una alteración del precio, tal y como pudo legítimamente haber sido percibido por el consumidor*<sup>403</sup>. O como señala, PAGADOR, no queda duda que *las estipulaciones reguladoras de los essentialia negotii sí quedan sujetas a un control de transparencia, cuyo resultado puede consistir eventualmente en la calificación de una cláusula como abusiva por intransparente*<sup>404</sup>.

En conclusión, si las cláusulas predisuestas relativas a las prestaciones principales y demás aspectos relevantes del contrato no son transparentes, se cumple con los requisitos del ámbito objetivo del examen de abusividad. Acto seguido deben de examinarse a la luz del art. 3.1 Directiva 93/13/CEE y art. 82.1 TRLCU a fin de determinar si esa falta de transparencia acarrea atribuirles el carácter de abusivas. Es decir, el carácter de abusivas no se produce automáticamente al haberse detectado el defecto de transparencia de dichas cláusulas, sino que, una vez detectado esto, deben de examinarse si son contrarias a las exigencia de la buena fe causando, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLCU).

A continuación se analizan los dos parámetros del examen de abusividad: buena fe y desequilibrio de derechos y obligaciones<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Reflexiones sobre el carácter...», *op. cit.*, p. 6.

<sup>404</sup> PAGADOR LÓPEZ, J., «Título II. Condiciones generales...», *op. cit.*, p. 1424.

<sup>405</sup> Esto no contradice lo expuesto sobre los argumentos jurídicos para rechazar someter a examen de abusividad las prestaciones principales. Debe recordarse que esta advertencia se hacía partiendo de la premisa de que se pretendía examinar objetivamente el equilibrio de las prestaciones, es decir, imponer un control de precios o intervencionismo sobre el contenido de las prestaciones principales que resultaría en una violación de la libertad económica y libertad contractual. Sin embargo, el control expuesto en este apartado se refiere a uno que no pretende esto, sino que pretende potenciar estas libertades transparentando las prestaciones principales a fin de que los mecanismos de mercado funcionen correctamente sobre ellas.

### a) Violación de la buena fe.

El primer elemento que debe estudiarse es el de buena fe, el cual igualmente es protagonista en este aspecto. Hemos señalado en los apartados anteriores que la buena fe señalada en el art. 82.1 TRLCU se refiere al momento de redactar y, sobre todo, a la conducta del predisponente al incorporar al contrato las cláusulas elaboradas por el mismo. En consecuencia, el predisponente cuando redacta el contrato no debe únicamente defender sus intereses a costa de la otra parte, sino que debe respetar y asumir también los del adherente reflejándolos en una composición equitativa del contrato de acuerdo a lo consentido y tratado previamente entre las partes<sup>406</sup>.

De esta manera, es contraria a la buena fe la conducta del predisponente consistente en introducir subrepticamente cláusulas que alteran las prestaciones principales que el cliente ha consentido, incluidas las que contraríen sin conocimiento del adherente lo ofrecido en tratos previos y publicidad<sup>407</sup>. Emplear formatos de contratos o utilizar cualquier otra estrategia a fin de que pasen inadvertidas o no sean comprendidas por el cliente cláusulas como las que aumentan el precio o modifican el bien o servicio

---

<sup>406</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4. De una forma genérica, pero igualmente aplicable al tema estudiado, el tribunal estadounidense en el caso *Conoco Inc. v. Inman Oil Co., Inc.*, 774 F.2d 895 (1985) sostuvo que la buena fe *impone a cada parte el deber de no hacer nada destructivo contra el derecho de la otra parte de disfrutar los frutos del contrato y de hacer todo lo que el contrato presupone que harán para alcanzar su propósito.*

<sup>407</sup> Al respecto, BALLESTEROS GARRIDO, J.A., «Buena fe y calificación...», *op. cit.*, p. 4, sostiene que la buena fe obliga *al predisponente a tener en cuenta los intereses y expectativas de sus clientes cuando acuden a contratar con él, de tal forma que le exige que dote al condicionado general del contenido que éstos esperarían que tuviera según el tipo contractual de que se tratase y de las relaciones precias y la publicidad que hubiese habido (...).*

En este sentido, THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION en su informe de propuesta legislativa para el Reino Unido ha señalado que para examinar la *prominencia* de las cláusulas debe tomarse en cuenta los tratos previos. Así, en impugnaciones de cláusulas a través de una *acción individual se debe tomar en cuenta la evidencia de cómo la cláusula fue realmente presentada, esto incluye el material informativo que le fue entregado al consumidor y qué le dijo el vendedor. En una acción colectiva, el tribunal necesitaría analizar las prácticas comerciales generales de la empresa. Esto podría incluir evidencia sobre la el material publicitario utilizado, la estructura de la página web de la empresa, documentos en los que se especifican los puntos claves de los contratos (key fact documents), o los folletos o volantes informativos proporcionados y las instrucciones dadas a su personal de ventas. Frecuentemente implicará más que analizar la estructura del documento contractual, aunque esto también puede ser importante. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, apartado 4.29. Por otro lado, el art. 32.2 PDDC 2008, pretendía aclarar aún más la importancia de la forma en que ha sido incorporada al contrato una cláusula para determinar su abusividad al señalar: (...) *Para evaluar la equidad de una cláusula contractual, la autoridad nacional competente tendrá también en cuenta la forma en que el comerciante ha redactado y comunicado el contrato al consumidor con arreglo al artículo 31.* Vale aclarar que los autores de la PDDC 2008, confundían el elemento de la equidad y el de la buena fe, pero resaltaban la importancia de la conducta del predisponente. Adicionalmente el Considerando 48 PDDC 2008 refiriéndose directamente al elemento de la buena fe en el examen de abusividad abonaba a esta idea al describir: *Al apreciar la buena fe, debe prestarse especial atención (...)* se ha inducido de algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor. Es decir, se apreciaría si los consumidores han consentido las cláusulas. Sin embargo, el art. 32.2 PDDC 2008 finalmente no fue incluido en la Directiva 2011/83/UE.*

consentido, es una conducta contraria a la buena fe<sup>408</sup>. De hecho, tratándose de buena fe en su faceta objetiva, el art. 82.1 TRLCU no requiere de un conocimiento de parte del predisponente que se está produciendo ese efecto de ocultación o incomprensión de las prestaciones principales.

Ejemplo de ello es lo resuelto en la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088). El TS reconoce que las cláusulas suelo de intereses forman parte del objeto principal de los contratos de préstamos bancarios y financieros y que, por tanto, están sometidas al examen de abusividad si faltan al deber de transparencia. Partiendo de dicha premisa, el tribunal concluye que las entidades bancarias y financieras no comunican de *forma, clara comprensible y destacada la oferta*. Sostuvo que *le dan un tratamiento impropiaamente secundario [...] lo que incide en falta de claridad de la cláusula al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato* (apartado 221).

Adicionalmente el TS reprocha a las entidades que esas cláusulas, pese a su importancia para los consumidores, es diluida su relevancia *mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados –lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención-* (apartado 259)<sup>409</sup>. El tribunal está advirtiendo una actuación contraria a la buena fe en los términos del art. 82.1 TRLCU.

El predisponente debe atender al deber de transparencia y ser un agente activo que evite estas situaciones de defraudación de expectativas del consumidor, ya que de lo contrario su conducta podría contrariar a la buena fe. Como puede apreciarse, el elemento de buena fe se relaciona estrechamente con el examen de la conducta a la luz del

---

<sup>408</sup> Existen conductas extremas que denotan aún más una actuación contraria a la buena fe tendente a evitar que las cláusulas sean inadvertidas por el cliente. Por ejemplo, en el precedente judicial estadounidense *Sosa v. Paulos*, 924 P.2d 357 (1996), el tribunal consideró que existía *procedural unconscionability* debido a que el formulario contractual le fue presentado a una persona para su firma minutos antes de ser sometido a una cirugía. La paciente ya se encontraba con ropa quirúrgica, en un estado de miedo y ansiedad, y se sentía apresurado. Se le presentó el formulario por el personal sin explicación alguna de su contenido, estando la cláusula impugnada enterrada entre el resto de numerosas cláusulas. Lo cual, según el tribunal, debió haberse evitado presentándose dicho formulario en una de las múltiples visitas que la paciente realizó en el pasado al médico, en las cuáles pudo haber leído y haber sido solventadas sus dudas sobre el mismo por parte del médico.

<sup>409</sup> De hecho, el tribunal señala que hay otros elementos concluyentes de haber incumplido el deber de transparencia. Si bien el TS no los vincula directamente con la buena fe del art. 82.1 TRLCU, sí podemos inferirlo a raíz que uno de los puntos centrales de la sentencia es la aplicación del examen de abusividad a las prestaciones principales del contrato a la luz de los deberes de transparencia y la insuficiencia de los requisitos de inclusión para resolver el problema. Así, señala que las cláusulas suelo analizadas no son transparentes porque: *a) falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato; b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas; c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar; d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas; e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.*

cumplimiento del deber de transparencia y con el cumplimiento de los deberes informativos<sup>410</sup>.

En otras palabras, la buena fe exige al predisponente reducir al máximo posible los costes de transacción que podrían evitar que los adherentes no tengan conocimiento y comprendan esas cláusulas, o bien exige evitar conductas que exploten la racionalidad limitada de los adherentes que provoquen esta misma situación de desconocimiento o incompreensión. De no haberse cumplido con ello habrá una infracción a la buena fe en el sentido del art. 82.1 TRLCU.

En este examen de la buena fe, puede ser útil la normativa sobre prácticas comerciales desleales, principalmente la Directiva 2005/29/CEE. El TJUE en la sentencia 15 marzo 2012 (TJUE 2012/55) asunto C-453/10 ha indicado que la existencia de tales prácticas *constituye un elemento entre otros en los que el juez puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato*<sup>411</sup>. El fundamento legal para ello se encuentra en el art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE que ordena a los tribunales apreciar *todas las circunstancias que concurran* en la celebración del contrato.

La abogada general VERICA TRSTENJAK del asunto C-453/10 antedicho, indicó atinadamente que dicha disposición comunitaria *insta al órgano jurisdiccional nacional a tener no sólo en cuenta el propio contenido del contrato sino también una pluralidad de otros factores relevantes*<sup>412</sup>. El considerando 15º de la Directiva 93/13/CEE deja entrever que es posible esta interpretación, ya que prescribe que para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas *hay que prestar especial atención (...) a si ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula*.

En este sentido, la abogada general expresó que la calificación de desleal de una práctica según la Directiva 2005/29/CEE, indica una *incidencia en la capacidad de valoración de la libertad de decisión del consumidor desaprobada por el legislador*<sup>413</sup>. Lo cual proporcionará finalmente información sobre un factor esencial en la valoración del carácter abusivo de una cláusula, y, *concretamente, sobre si el profesional ha actuado en su caso incumpliendo la exigencia de buena fe establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13*<sup>414</sup>. Por lo que el art. 4.1 de la Directiva *puede en*

---

<sup>410</sup> La SAP Asturias 12 febrero 2007 (JUR 2007/80797) en este sentido asocia el deber de información (transparencia) con el elemento de la buena fe del art. 10 bis LGDCU (actual 82.1 TRLCU). Literalmente expresó que *la cláusula controvertida infringía el deber de información que imponía las exigencias de la buena fe en perjuicio del consumidor, lo que si bien no encontraba amparo literal en el art. 6 Real Decreto 515/89 ni en el art. 14 de la Ley de Consumidor en su redacción entonces vigente, sí permitía calificarla de abusiva de acuerdo con el primer párrafo del art. 10 bis de esta última ley*.

<sup>411</sup> Precisamente el caso se trataba de una cláusula que regulaba el interés convencional de un préstamo, el cual es sin lugar a dudas una prestación principal.

<sup>412</sup> Conclusión 122.

<sup>413</sup> Conclusión 124.

<sup>414</sup> Conclusión 124.

*cierto modo dar cabida a valoraciones propias del Derecho sobre competencia desleal*<sup>415</sup>.

Adicionalmente, de manera atinada, la abogada general expuso que *(l)a convergencia en la orientación protectora de ambas Directivas a la que ya he apuntado, se manifiesta en el hecho de que una influencia inadmisibile del profesional en la formación de la voluntad del consumidor debido a una práctica comercial desleal va a redundar con relativa frecuencia en un desequilibrio en las relaciones contractuales en perjuicio del consumidor*<sup>416</sup>.

Todo ello es extrapolable al ordenamiento jurídico español<sup>417</sup>. Aplicando dicha jurisprudencia comunitaria, la calificación de una práctica comercial como desleal según la Directiva 2005/29/CEE y la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que Modifica el Régimen Legal de la Competencia Desleal y de la Publicidad para la Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, siempre y cuando esta práctica tenga incidencia en un consumidor para la toma de decisión de contratar, será un elemento a tomar en cuenta para la calificación como abusiva de las cláusulas contractuales<sup>418</sup>. Más específicamente será útil para examinar la contravención de la buena fe por parte del predisponente, según lo prescribe el art. 82.1 TRLCU<sup>419</sup>. Todo ello debido a que la conducta del predisponente que provoca una influencia nociva para la toma de decisión del consumidor, es una *circunstancia concurrente* al momento de celebrar el contrato de conformidad al art. 81.3 TRLCU y art. 4.1 Directiva 93/13/CEE.

Asimismo, el art. 7.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que regula la figura de las omisiones engañosas. Esta disposición reprocha conductas del

---

<sup>415</sup> Conclusión 124.

<sup>416</sup> Conclusión 125.

<sup>417</sup> Un argumento adicional en favor de ello, es el expuesto por GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 888, en el que indica que el hecho de haberse introducido la figura de las prácticas no consentidas expresamente en el art. 82.1 TRLCU, debe entenderse como una voluntad legislativa de que se tome en cuenta la conducta desleal del empresario para el examen de abusividad de las cláusulas. En sentido similar, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., Reclamaciones de consumo..., *op. cit.*, pp. 7 y 8. Al respecto, vale recordar lo expuesto en el ámbito objetivo de aplicación del examen de abusividad, en el que expusimos que la introducción de la figura de las prácticas no consentidas expresamente en el TRLCU debe interpretarse como una indicación del legislador que la conducta del empresario tiene incidencia en el carácter abusivo de una cláusula.

<sup>418</sup> Tanto la el TJUE como la abogada general del asunto comentado, fueron cautelosos en aclarar que la comprobación de la existencia de una práctica comercial desleal en perjuicio del consumidor no implica que automáticamente una cláusula es abusiva. Simplemente la existencia de esa práctica es un elemento más a tomar en cuenta por parte del tribunal que realiza tal examen. También así lo expresó GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 889, quien manifiesta que no implica que *cualquier cláusula que provenga de práctica desleal sea abusiva, pues lo que puede ser relevante para la defensa de la competencia, para el consumidor puede ser perfectamente inocuo. Y mucho menos que para estimar abusiva una cláusula tenga que haber estado precedida de práctica comercial desleal.*

<sup>419</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a Título II...», *op. cit.*, p. 889. Como lo indican, BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., Reclamaciones de consumo..., *op. cit.*, p. 8.



empresario que engañen u oculten información necesaria al consumidor para que éste adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Sin duda, esta ocultación o engaño puede tener reflejo en el ámbito contractual cuando el consumidor celebre negocios sin conocer claramente todos los aspectos relevantes. Es una conducta contraria a la buena fe en los términos del art. 82.1 TRLCU<sup>420</sup>.

#### **b) Desequilibrio de los derechos y obligaciones.**

Pero no sería abusiva la cláusula si su ocultación no produce desequilibrio en perjuicio del consumidor<sup>421</sup>. Sin duda el elemento más difícil de explicar es el del *desequilibrio de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor*. Bajo la perspectiva planteada, este elemento no se refiere al equilibrio objetivo de las cláusulas al cual nos hemos referido en los apartados anteriores de este trabajo. No se pretende determinar objetivamente si son desequilibradas a través de una comparación de las cláusulas y las normas dispositivas que le serían aplicables. Sino que se esta face del examen de abusividad se refiere al equilibrio económico de las prestaciones principales asumido por el adherente (equilibrio subjetivo). Es en este elemento donde se palpa con mayor claridad el tipo de examen de abusividad al que son sometidas las prestaciones principales, el cual difiere del examen de abusividad que hemos desarrollado en anteriores apartados del presente trabajo.

El equilibrio (subjetivo) entre las características del bien o servicio y el precio ha motivado al cliente a aceptar la oferta. En otras palabras, el cliente ha valorado que un bien o servicio con unas específicas características ofertadas posee un precio de venta que considera justo. Esta apreciación es un equilibrio entre prestaciones puramente subjetivo (realizado por el adherente) que lo impulsa a celebrar el contrato. Por ende, la condición general que rompa este equilibrio introduciendo subrepticamente cláusulas que alteran las prestaciones principales acordadas en perjuicio del cliente, es una cláusula que causa, *en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones*. Ocasiona una alteración de ese equilibrio subjetivo de las prestaciones principales del contrato que ha valorado y considerado el adherente.

---

<sup>420</sup> Así, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 19, quien señala que la figura de omisiones engañosas *bien puede servir para definir la trasgresión de la obligación de transparencia que dé lugar a la declaración de abusividad de una cláusula relativa al objeto principal del contrato, en virtud de la regla general del art. 82 TRLCU*.

<sup>421</sup> No basta con que no sean transparentes, sino que deben ocasionar desequilibrio. Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 17, señala que a partir de lo resuelto en la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), *el deber de transparencia nada tiene que ver con la claridad y la comprensibilidad de la cláusula en sí misma considerada, sino que ha de valorarse si mediante la inclusión de una cláusula dada en el contrato, la onerosidad del contrato, es decir, el acuerdo sobre el precio y la contraprestación, resulta distinto, en perjuicio del consumidor, del que legítimamente creía haber pactado*. También, en su propuesta legislativa de 2013 para el Reino Unido se ha resultado esto, Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, apartado S.20, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

Sucede lo mismo con las que por falta de una redacción adecuada las condiciones generales crean confusión en los consumidores en cuanto al bien o servicio a adquirir y el precio a pagar<sup>422</sup>.

En palabras de PERTIÑEZ VÍLCHEZ, *en la fórmula “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato” debe tener cabida no sólo supuestos de distribución asimétrica o desproporcionada de los aspectos jurídicos del contrato, sino en general hipótesis de desequilibrio que incidan sobre los reales intereses de las partes del contrato, ya sean jurídicos o, como en el caso de la hipótesis de las cláusulas abusivas sobre el objeto principal del contrato, económicos*<sup>423</sup>.

No pretende controlar objetivamente el precio y características del bien (un control de precios), sino que prevalezca el equilibrio subjetivo asumido por el adherente al contratar<sup>424</sup>. Es decir, que el control va dirigido a esas cláusulas introducidas subrepticamente para que el precio sea mayor o se entreguen bienes o servicios distintos de los consentidos<sup>425</sup>. Esto debe guiarse bajo la idea expresada por ALFARO AGÚILA-REAL, *de que las cláusulas que regulen los elementos esenciales del contrato han de ser, sobre todo, conforme con lo “pactado” y, si integran dicho “pacto”, no contradecirlo*<sup>426</sup>.

---

<sup>422</sup> Ejemplo de ello es la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) en la que, reconociendo que forman parte del objeto principal del contrato, estima a las cláusulas suelo de intereses en préstamos bancarios y financieros como generadoras de desequilibrio en los términos del art. 82.1 TRLCU. Ello debido a que los adherentes no logran conocer a cabalidad el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. El tribunal señaló que las mismas *frustran las expectativas del consumidor de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés pactado como “variable”* (apartado 264). En resumen se podría decir que las considera abusiva ya que no llegaría a producirse la baja de los intereses reales a pagar que el consumidor podría esperar. Frustración que se genera a raíz que no son transparentes las cláusulas que regulan este aspecto. Este punto ha sido reproducido por la gran cantidad de jurisprudencia emitida a partir del pronunciamiento de esta sentencia del TS. Así también, la SAP Islas Baleares 6 noviembre 2000 (JUR 2001/28805), en la que se declara contrario a la buena fe y causante de un desequilibrio contractual cláusulas que no permiten el cálculo objetivo de los intereses en un préstamo bancario. El consumidor no puede determinar con certeza el esfuerzo económico a realizar debido a que no es claro el tipo de interés aplicable.

<sup>423</sup> PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 24.

<sup>424</sup> MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Algunos aspectos del control...», *op. cit.*, p. 28, sostiene: *Naturalmente, la falta de transparencia debe entrañar algún perjuicio para el consumidor, pero éste no ha de consistir en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones, sino que basta que el contrato en su normal ejecución suponga para él una mayor carga económica respecto de la que razonablemente podía ser prevista, aunque esté justificada objetivamente.*

<sup>425</sup> La SAP Madrid 2 enero 2005 (JUR 2005/38290) reprocha al adherente este tipo de cláusulas que aumentan subrepticamente el precio. Refiriéndose a un préstamo bancario, señala el tribunal que *la realización del fin propuesto debió constreñirse a la devolución remunerada del principal prestado, en los términos pactados esencialmente, no a la obtención de un subrepticio objetivo, derivado de una operación liquidatoria.* Todo esto causa un perjuicio patrimonial al adherente, en cuanto no guarda correspondencia lo pactado, es decir lo conocido y consentido originalmente por el adherente, y lo realmente ejecutado. En palabras del tribunal: *Todo ello causa un perjuicio claro de carácter patrimonial al consumidor, que viene definido por la diferencia entre la cantidad total pactada, intereses remuneratorios incluidos, y la realmente pagada, a la finalización del préstamo por razón de dicha cláusula (...).*

<sup>426</sup> ALFARO AGUILA-REAL, J., «El control de la adecuación...», *op. cit.*, p. 10.

Esta lógica del examen de abusividad que protege el equilibrio subjetivo de las prestaciones principales adoptado por el consumidor no sólo se encuentra en la cláusula general del art. 82.1 TRLCU, sino también en algunos de los supuestos de la lista de cláusulas abusivas específicas. Cuestión que ratifica lo expuesto *supra*. El principal de estos supuestos es el del art. 89.4 TRLCU que considera como cláusula abusiva: *La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados*. De hecho, el portavoz del Grupo Popular al aceptar la enmienda consistente en suprimir el art. 5.c) del Proyecto de LCGC que contenía la prohibición de cláusulas sorprendentes, fundamenta su decisión, entre otras razones, en que los adherentes ya se encuentran protegidos por la cláusula 23 de listado de cláusulas abusivas específicas (actual art. 89.4 TRLCU)<sup>427</sup>.

El supuesto no puede interpretarse literalmente porque podría llevar a la conclusión de que aún cuando no exista un aumento del precio, se considerará abusiva la cláusula que contemple un bien y servicio adicional beneficioso para el cliente. Ni tampoco puede interpretarse que el supuesto lo que pretende es brindarle la facultad al cliente a que cada bien o servicio adicional pueda ser aceptado o rechazado individualmente ya que sería atentatorio con la libertad de empresa (art. 38 CE) al no poder configurar libremente el empresario la oferta<sup>428</sup>.

Una correcta interpretación de la norma debe llevarnos a la conclusión de que pretende declarar abusiva las cláusulas que aumentan subrepticamente el precio por contemplar bienes o servicios adicionales no solicitados que han pasado inadvertidos por el cliente al momento de celebrar el contrato<sup>429</sup>. En sentido similar debe de interpretarse el art. 89.3 que señala como abusiva (1) *a imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario*<sup>430</sup>.

En conclusión, podemos afirmar que el legislador nacional y comunitario decidió proteger a los consumidores contra cláusulas que subrepticamente modifican el equilibrio subjetivo adoptado por el consumidor sobre los aspectos que considera relevantes del contrato, los cuales típicamente son las prestaciones principales<sup>431</sup>.

---

<sup>427</sup> Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 370, de 10/02/1998, p. 10908, el portavoz del Grupo Popular, Burgos Gallego, en su intervención manifestó que (a) *ceptamos la enmienda 81, de Convergència i Unió, que excluye la definición de cláusula insólita en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, y reconocemos la inseguridad jurídica que podría suponer su mantenimiento, recordando en todo caso que el consumidor estará siempre cubierto por lo dispuesto en la cláusula número 23 del listado de cláusulas abusivas que contempla el propio proyecto de ley.*

<sup>428</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 149.

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 152.

<sup>430</sup> Para un mayor estudio de este supuesto, Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 148 y ss.

<sup>431</sup> Así lo sostienen, PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.),

### 5.4.3. Eliminación de la ocultación u oscuridad.

Como hemos expuesto, el objetivo para calificar estas cláusulas como abusivas radica en que, siendo aspectos importantes del contrato para los clientes, pasan inadvertidas para los mismos. Los clientes deberían percatarse de ello, puesto que las valorarán en su decisión de contratar y los mecanismos del mercado funcionarán sobre dichos aspectos. El problema es la falta de transparencia que no permite que esto suceda.

En consecuencia, el predisponente para evitar que sea calificada como abusiva la cláusula debe de emplear medios para que sea verdaderamente conocida y comprendida por el cliente a fin de lograr un verdadero consentimiento. Por lo que no basta con cumplir con los requisitos de incorporación y reglas generales de transparencia, ya que únicamente logran que los consumidores tengan la posibilidad de conocer esas cláusulas y no garantizan su conocimiento verdadero. Se trata de cumplir con el deber de transparencia más intenso que el del control de inclusión, brindando la información al cliente con el propósito que cumpla el fin de un conocimiento verdadero antes de celebrar el contrato<sup>432</sup>. El predisponente debe informar previamente a la celebración del contrato de manera efectiva la existencia y contenido de esas cláusulas<sup>433</sup>. Debe de extraerla del enmarañado de condiciones generales<sup>434</sup>, y hacerla perceptible y comprensible fácilmente para los clientes. Deben ser resaltadas para que los clientes realmente las conozcan y brinden su consentimiento sobre ellas totalmente informado<sup>435</sup>. Todo ello teniendo como objetivo procurar que las cláusulas respeten las expectativas de los consumidores.

---

Valladolid, 2000, p. 257; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas...*, op. cit., p. 93; PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en...*, op. cit., p. 164.

<sup>432</sup> Es por ello que la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) denomina como *doble filtro de transparencia* (apartado 209 y ss.). Es decir, a este tipo de cláusulas además de exigir el cumplimiento de los deberes generales de transparencia del control de inclusión, también deben cumplir con un deber de transparencia más intenso tal como hemos explicado en el presente trabajo.

<sup>433</sup> Como se ha expuesto, no basta con brindarle al adherente la posibilidad de leer la cláusula lo cual es uno de los objetos del requisito de inclusión, sino que es necesario lograr un auténtico consentimiento. Por ello, resulta reprochable que la SAP Madrid 6 marzo 2009 (JUR 2009/208887) sostenga que el monto del impuesto sobre incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, pese a reconocer el tribunal que es parte integrante del precio, no es abusiva pese a aumentar el precio de la venta mediante su introducción en el enmarañado de condiciones generales argumentando en parte por que el comprador tuvo la posibilidad pudo ser conocida fácilmente de antemano por el mismo. Agregando que no importa quién paga el impuesto, debido a que esto no variará la voluntad del comprador en decidir adquirir o no el inmueble.

<sup>434</sup> En este sentido guarda cierta correspondencia con la *reasonable expectations doctrine* estadounidense, ya que como señala el precedente judicial estadounidense *Hallowell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 443 A.2d 925 (1982), dicha figura es aplicable (en Delaware) si la póliza de seguros contiene *cláusulas que son ambiguas, contradictorias, o si la póliza contiene trampas ocultas, escollos, o si las letras pequeñas pretenden quitar lo que está en las letras grandes*.

<sup>435</sup> Utilizando las palabras de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088), debe evitarse darle *un tratamiento secundario* a la cláusula que regula aspectos relevantes del negocio. Además que debe de redactarse con claridad y con lo mayor sencillez posible para el tipo de consumidor que se encuentra dirigidos los bienes o servicios.

El predisponente tiene que hacerle saber de forma efectiva la cláusula al adherente para que logre que recaiga sobre ella un consentimiento *stricto sensu*<sup>436</sup>. Es decir, evitar que sean *impuestas* en el sentido que hemos analizado este requisito del art. 82.1 TRLCU. De esta manera, la inclusión de estas cláusulas al contrato será atribuible a ambas partes, con lo cual se excluyen del ámbito de aplicación del examen de abusividad<sup>437</sup>. Esto es posible vía verbal, pero se presenta de difícil prueba en caso de conflicto judicial. Por tanto, lo ideal es que a su vez se advierta de la existencia de la cláusula en el documento contractual que se suscribe.

Por ejemplo, en la SAP Zamora 6 septiembre 2000 (AC 2000/2556), el tribunal rechazó anular las cláusulas que contemplaban el cargo por derechos de alta y fianza en contratos de suministro de gas. Las razones esgrimidas por el tribunal fueron, entre otras, que la cláusula aparece redactada en la primera página de la póliza de suministro que fue entregada a cada usuario, quienes firmaron de aceptación. Agrega que *de la simple lectura directa de su texto, perfectamente legible, sencillo y claro, se comprende, por un lado, el objeto del servicio prestado por la empresa y, por otro lado, cada uno de los conceptos económicos hasta llegar al precio a pagar.*

Sin embargo, no existe una fórmula única que asegure este objetivo, la medida a tomar dependerá de la longitud y complejidad del contrato y la importancia de la cláusula para el adherente<sup>438</sup>. Las exigencias de transparencia son dinámicas a fin de adecuarlo a las particularidades del caso o del contrato y no existirá una sola forma de lograr que una particular cláusula sea perfectamente conocida y comprendida por el consumidor<sup>439</sup>.

---

<sup>436</sup> El consentimiento sobre estos aspectos lo sustrae del control. Esta lógica ha sido seguida por parte de la jurisprudencia, como por ejemplo en cláusulas que aumentan el precio del monto económico a pagar por el adherente. Cabe citar casos jurisprudenciales como la SAP Murcia 15 diciembre 2004 (AC 2005/275) en la que se rechaza declarar abusiva una cláusula que atribuye al comprador adherente la obligación de pagar el impuesto de plusvalía en un contrato de compraventa de vivienda ya que, según el tribunal, *fueron los compradores los que asumieron el pago del controvertido impuesto de plusvalía.*

<sup>437</sup> Vale aclarar que se hace mención a evitar que sean *impuestas* debido a que el tema principal del presente apartado es el examen de abusividad del art. 82.1 TRLCU. Pero igualmente estos criterios para transparentar las cláusulas que se expresarán más adelante, podrán servir también para cualquier otra manifestación de deber de transparencia de las cláusulas que regulan las prestaciones principales. Es decir, lo mismo es predicable por ejemplo respecto de la integración publicitaria del contrato y exigibilidad de las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas (art. 61.2 TRLCU). Si el predisponente pretende evitar que el contrato sea integrado con la publicidad, el predisponente debe de acatar estas pautas para demostrar que el consumidor conocía y comprendía de antemano que los términos bajo los cuales adquirió el producto eran distintos. Con estas pautas demuestra que esas cláusulas que modificaban las características del bien ofrecidas en publicidad fueron consentidas *stricto sensu* por el consumidor, y no que fueron introducidas subrepticamente en el contrato a fin de frustrar las expectativas del mismo.

<sup>438</sup> La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, con la cual se traspone la Directiva 2011/83/UE al ordenamiento jurídico español, refuerza estos deberes de transparencia. Principalmente refuerza estos deberes sobre los aspectos relevantes de los contratos. Para ello, reformó el art. 60 TRLCU y creó el art. 60.bis TRLCU.

<sup>439</sup> PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Falta de transparencia y...», *op. cit.*, p. 13. En cambio, CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de...», *op. cit.*, p. 180 y ss., rechazan que en el examen de abusividad deba analizarse las circunstancias relativas *al modo y manera en que el*

Como ha señalado el ATS 3 junio 2013 (RJ 2013/3617) (n)o existen medios tasados para obtener el resultado: un consumidor perfectamente informado<sup>440</sup>. Agrega que el perfecto conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Para el futuro, no puede anudarse de forma automática al cumplimiento de determinadas fórmulas, tantas veces convertidas en formalismos carentes de eficacia real (párrafo 13).

Por ello debe tomarse en cuenta cómo los consumidores piensan y comprenden las cosas, lo cual implica entender cómo los consumidores (y el mercado) responden a ella para que las medidas informativas implementadas en el particular caso sean efectivas<sup>441</sup>. Lo cual es particularmente importante para el llamado *Framing Effect* que ha sido explicado anteriormente<sup>442</sup>.

Con arreglo a lo anterior, sin la intención de establecer una lista exhaustiva, se puede lograr llamar la atención del adherente destacándola sobre el resto del reglamento contractual de la siguiente manera<sup>443</sup>:

---

*consumidor ha comprendido lo que ha consentido*. En realidad, esta crítica obedece a un aspecto más de fondo: no creen apegado a la normativa afirmar que existe este deber de transparencia intenso y rechazan además que pueda ser motivo de nulidad aplicando el examen de abusividad.

<sup>440</sup> Este auto una petición de aclaración de la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088). Esta, como hemos explicado anteriormente, es una sentencia innovadora en cuanto somete a deberes de transparencia intensos a las prestaciones principales de los contratos.

<sup>441</sup> Precisamente este es uno de los puntos que BEALES, H.; CRASWELL, R.; y, SALOP, S. C., advierten y desarrollan sobre los deberes de información en general en su obra «The efficient regulation of consumer information», *Journal of Law and Economics*, vol. 24, no. 3, 1981, p. 491. Se muestran críticos ante la doctrina por centrarse en identificar cuándo es necesaria la implementación de deberes de información y cuándo no, pero evitan abordar *muchas de las complejidades que traen aparejadas las maneras en que la información es comunicada a los consumidores y las formas en que los consumidores (y el mercado) responden a ellas*. Por otro lado, en el ordenamiento jurídico británico se encuentra arraigado el criterio que considera que cuanto más irrazonable es la cláusula, más intensa debe ser la medida a tomar para llamar la atención. Así, en *Spurling V. Bradshaw* [1956] 1WLR 461, el Lord Justice Denning manifiesta: *I quite agree that the more unreasonable a clause is, the greater the notice which must be given of it*. Criterio que ha sido reproducido en distintas sentencias británicas hasta la actualidad, como por ejemplo en la sentencia *Picardi v. Cuniberti* [2002] EWHC 2923 (QB). De allí que la propuesta legislativa para el Reino Unido de 2013 incorpora esta regla de transparencia, tal como hemos expuesto *supra*. Vid. THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, apartado 4.27 y ss., disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>

<sup>442</sup> Analizando el *Framing Effect* los autores SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not...», *op. cit.*, p. 1182, sostienen que para lograr la efectividad, *cualquier esfuerzo de informar a las personas debe de fundamentarse en la comprensión de cómo las personas en realidad piensan. La forma de presentación hace una gran diferencia: las consecuencias conductuales ante dos idénticos elementos informativos dependen de cómo son formulados o enmarcados* (“framed”).

<sup>443</sup> En la enumeración que se hará citaremos algunas sentencias de tribunales estadounidenses que, en su mayoría, han rechazado la posibilidad de no ejecutar algunas condiciones generales debido a que el tribunal no ha encontrado presencia de *procedural unconscionability*. El tribunal ha considerado que no son una sorpresa deshonestas (*unfair surprise*). Las razones de ese rechazo son precisamente por haber

- Redactarla en letra de tamaño superior al resto de las condiciones generales.
- Utilizar tipografía negrita<sup>444</sup>.
- Consignarla completamente en letras mayúsculas<sup>445</sup>.
- Exigir que el adherente escriba de su propio puño y letra una cláusula y la admisión de haber sido informado de la misma<sup>446</sup>.
- Resaltarla con colores llamativos (por ejemplo: en negrita o en color rojo como símbolo de advertencia)<sup>447</sup>.
- Iconos que demuestran advertencia o cuidado. Como por ejemplo: un símbolo de *stop*, una mano roja (*red hand rule*)<sup>448</sup>
- Situar la cláusula muy cerca de la firma y redactada de forma breve
- En caso de ser un contrato compuesto por numerosos folios, se puede lograr evitar el efecto sorpresa ubicándola en el primer folio<sup>449</sup>.

---

sido resaltadas suficientemente para lograr el conocimiento y comprensión previos del consumidor. Es necesario aclarar que las condiciones generales que fueron estudiadas por el tribunal corresponden a aspectos contractuales irrelevantes para el adherente en su toma de decisión de contratar. Por lo que únicamente nos son útiles esas sentencias para ejemplos de formas de destacar cláusulas a fin de contrarrestar el efecto sorpresa. Jurisprudencia que ha sido acertadamente criticada por un sector de la doctrina estadounidense, vid. KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form...», *op. cit.*, pp. 1271 y 1272. Por otro lado, puede ser de interés respecto del estudio de la contratación electrónica el estudio realizado en forma de encuesta por HILLMAN, R. A., «On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications», *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*, paper 29, 2005, pp. 13 y 14, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=686817> (consulta: 03/05/2014), en el que uno de sus múltiples resultados demuestra que el 49% de los encuestados reconoce que la situación que los induce a leer una cláusula es que tenga que hacer click de aceptación (“*I agree*”) para cada cláusula, y el 42% afirmó que lo induce que aparezca en letras en *negrita* o en texto resaltado (los encuestados podían elegir más de una opción). Siendo la opción menos elegida con 5% de los encuestados, hacer click en un enlace que conduce a otra página para leer las condiciones contractuales.

<sup>444</sup> En la sentencia estadounidense *Bernstein v. GTE Directories Corp.*, 827 F.2d 480 (1987), se rechazaron los alegatos del adherente del contrato al afirmar que la condición general en disputa *estaba resaltada en tipografía negrita en el reverso del contrato predispuesto. La parte frontal del contrato claramente hacía referencia a las cláusulas del reverso.*

<sup>445</sup> Vid. *M.A. Mortenson Inc v Timberline Software Corp.*, 140 Wash 2d 586, 998 P2D 305, 315 (2000), en el que el tribunal determinó que la cláusula controvertida sobre licencia de un software no estaba escondida en un *laberinto de letra pequeña*, sino que se encontraba resaltada en letras mayúsculas, por lo que no posee *procedural Unconscionability*; en sentido similar, *Torgerson v. One Lincoln Tower*, 210 P.3d 318 (2009).

<sup>446</sup> BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los...*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>447</sup> Vid. Sentencia estadounidense *Transmerica Oil Corp v Lynes., Inc.*, 723 F2d 758, 764 (10th Cir 1983), en la que el tribunal descarta que es inválida una cláusula limitativa del ámbito de aplicación de una garantía, bajo el argumento que ha sido destacada en letras rojas. Esto desvirtúa las alegaciones que la cláusula causó una sorpresa injusta en el adherente. Vale aclarar que es un contrato entre comerciantes.

<sup>448</sup> SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones...», *op. cit.*, p. 428. El término *mano roja* (*red hand rule*) fue acuñada en sentencia del Reino Unido en el caso *Spurling v. Bradshaw* [1956] 1WLR 461.

<sup>449</sup> SAP Zamora 6 septiembre 2000 (AC 2000/2556) sobre cláusula que establece el pago de derechos de alta e inspección previa para la conexión del servicio de suministro de gas, al respecto el tribunal establece que es válida la condición general por, entre otros motivos, encontrarse claramente en la primera página de la póliza de suministro de gas natural; STS 20 julio 1994, SAP Asturias 29 octubre 1993 (ArC 1993/2013) y SAP Baleares 1 octubre 1996 (ArC 1996/1938) en las que los tribunales

- Exigencia de firma individual de la cláusula. Es decir que adicionalmente a la firma de aceptación de todo el contrato, se pide al cliente que firme de manera individual una cláusula importante. En los contratos de seguro es denominado como *control de doble firma*, ya que las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados requieren su aceptación individual<sup>450</sup>.

Cuando se trata de un problema de falta de claridad, debe de redactarse de la manera más sencilla para que sea entendida por sus clientes<sup>451</sup>. Esto implica evitar, en la medida de lo posible, utilizar palabras demasiado técnicas que dificulten la comprensión de los clientes.

Sin embargo, habrá cláusulas que resultan demasiado complejas que el adherente medio podrá advertir con base a lo anterior la existencia de la cláusula, pero no podrá comprenderla. Para ello el deber de transparencia va más allá, estableciendo que además de deber ser resaltada sobre el resto de condiciones, debe de explicarse de la manera más sencilla posible.

---

reprochan al empresario que incorpore una cláusula *tan gravosa* como la de duración del contrato de mantenimiento de ascensores en el reverso del documento contractual, cuando debió haberla especificado *claramente en el cuerpo principal del contrato que suscriben los otorgantes y donde se especifican sus elementos esenciales*. También ese fue el motivo en el caso estadounidense *Lake Ridge Academy v. Carney*, 66 Ohio St.3d 376 (1993).

<sup>450</sup> Art.3LCS (...) *Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito.*

<sup>451</sup> Por ejemplo en la sentencia estadounidense *Harr v. Allstate Insurance Co.*, 54 N.J. 287 (1969), el tribunal advirtió el deber de la aseguradora de elaborar las estipulaciones de la póliza, *especialmente aquellas relativas a la cobertura, exclusiones y condiciones vitales, sencillas, claras y prominentes para legos*. Ejemplo de esto ha sido lo resuelto por la STS 9 mayo 2013 (RJ 2013/3088) en cuanto reprocha a los predisponentes que una cláusula que determina una de las prestaciones principales del contrato (cláusulas suelo de intereses en préstamos a interés variable) es confusa para los consumidores y no permite comprender su alcance. De esta manera, entre los defectos de transparencia que encuentra son: a) *La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.* b) *La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.* c) *La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.* d) *Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.* e) *La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual.* f) *Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.* Como se aprecia, todos estos puntos no se refieren, al menos principalmente, a que no han sido resaltadas las cláusulas suelo, sino más bien se refiere a que su redacción dificulta su conocimiento, comprensión y alcance de manera que no permite un cálculo certero del consumidor sobre la manera en que se calcularán los intereses durante la vigencia del contrato. Además se extrae de esta sentencia que es prácticamente imposible determinar un catálogo de requisitos de transparencia sobre las prestaciones principales. Dependerá del caso concreto definirlos, pero que, en todo caso, el empresario debe procurar por cualquier medio su conocimiento y comprensión perfecta.



## CONCLUSIONES

1. La justificación tradicional para controlar el contenido de las cláusulas razona que los consumidores son la parte débil de la relación contractual y que por su bajo o inexistente poder negocial el predisponente le impone cláusulas desequilibradas. El consumidor debe soportar la inclusión de estas cláusulas en el contrato para poder adquirir los bienes o servicios. El control del contenido se erige como un remedio para establecer en la relación contractual el equilibrio que no le fue posible alcanzar al consumidor por sus propios medios a través de la negociación con el empresario. Sin embargo, consideramos que esta justificación no se ajusta al verdadero fundamento doctrinal y no describe a cabalidad el problema que pretende solucionar.
2. Como punto de partida para un estudio más adecuado de la figura, se debe apuntar que las ofertas contractuales se componen de aspectos relevantes e irrelevantes para los consumidores, de lo cual se deducen diversas consecuencias en la aplicación de la figura de las cláusulas abusivas.
3. Por un lado se encuentran los aspectos relevantes, los cuales son analizados y comparados por los consumidores, y son compuestos primordialmente por las prestaciones principales de los negocios. Así, el consumidor valora el precio que deberá pagar y las características y cualidades del bien o servicio a adquirir. Son aspectos fundamentales en su toma de decisión de contratar, de ahí que analiza detenidamente y compara las ofertas existentes en el mercado respecto de esos aspectos. Los empresarios pretenden atraer clientes mejorando sus ofertas. En virtud de ello, las fuerzas del mercado operan de manera tal que los empresarios compiten por brindar mejores precios y bienes o servicios. Los consumidores se benefician de ello en cuanto se encuentran protegidos por las fuerzas del mercado que conminan a los empresarios a ofrecer mejores precios y bienes o servicios de mejor calidad y características.
4. En cambio, existen ciertos aspectos que no son valorados por los adherentes antes de celebrar el negocio. No son analizados y tomados en cuenta para su decisión de contratar. De manera que, tampoco son aspectos que sean comparados entre las diversas ofertas del mismo bien o servicio que pudieren existir en el mercado. Éstos son los aspectos irrelevantes para los consumidores.
5. La ausencia de valoración de los aspectos irrelevantes del negocio antes de celebrar el contrato impide que surtan efecto los mecanismos protectores del mercado a favor de los consumidores sobre ellos. La falta de valoración de estos aspectos se debe a diversas razones: asimetría de información del adherente; la búsqueda, análisis, valoración y comparación de esos aspectos genera costes al adherente que no son compensados con los beneficios que obtendrá de ello; la

limitación cognitiva de todo consumidor le impide comprender todos los aspectos de un negocio y llegar a valorarlos en su justa medida antes de contratar, por lo que en su decisión contractual se centra a valorar sólo unos aspectos que usualmente son las prestaciones principales; confianza u optimismo excesivo del consumidor sobre las condiciones que regulan aspectos contingenciales o eventuales; y, stress del consumidor en el momento de tomar la decisión de contratar.

6. Existe una realidad que explica parte de la conducta de estos sujetos: la racionalidad limitada (*bounded rationality*) que posee todo ser humano, lo cual se refleja en la toma de decisiones al contratar. En el momento de valorar si celebran el contrato, los consumidores centran su atención en los aspectos relevantes. El resto le son irrelevantes y no valoran si estos aspectos le son favorables o no. Su racionalidad es limitada, por lo que el análisis de las mismas también es limitado. Las condiciones generales encarnan estos aspectos irrelevantes de los consumidores en su decisión de contratar. En consecuencia, los empresarios no compiten entre sí para ofrecer mejores cláusulas que regulan estos aspectos irrelevantes para los consumidores. Y los adherentes no se autodeterminan sobre esos aspectos irrelevantes.
7. El legislador debe intervenir para regular las condiciones generales de aspectos irrelevantes a raíz de la imposibilidad de las fuerzas del mercado para garantizar su equilibrio. Los adherentes se encuentran en una situación de vulnerabilidad ya que las cláusulas que se incorporan al contrato no son fruto de un ejercicio pleno de la autonomía privada del consumidor. Los predisponentes pueden aprovecharse de esta situación introduciendo condiciones generales desequilibradas a favor exclusivamente de sus intereses, sin temor a que esto produzca rechazo de los adherentes a la adquisición de sus bienes o servicios. El Estado debe proteger a los adherentes ante esta situación de vulnerabilidad.
8. La intervención estatal puede ser desarrollada de distintas maneras. Las medidas estatales que se adopten deben ir inicialmente encaminadas a resolver el problema de la manera menos intromisiva posible y más respetuosa a la libertad contractual y a la economía social de mercado. La principal medida que no implica una intervención estatal directa del contenido es la de establecer y/o fortalecer los deberes legales de información de las condiciones generales a fin de lograr que las tomen en cuenta en su decisión de contratar. Sin embargo, estos deberes tienen una efectividad limitada para lograr el control de la calidad de las condiciones generales, debido a que son aspectos por sí mismos a menudo irrelevantes.
9. Ante la ineffectividad de otras herramientas legales, es necesaria una intervención directa del Estado que permita examinar si son abusivas estas cláusulas. Es así como se erige una de las facetas del examen de abusividad contemplado en el

art. 82.1 TRLCU en el sentido que tiene por finalidad examinar objetivamente el equilibrio del contenido de las condiciones generales que reflejan aspectos comúnmente irrelevantes del negocio, esto es, el denominado el control del contenido. Ésta es ejercida de diversas maneras, la más efectiva es el control ejercido por los tribunales judiciales posteriormente a celebración del contrato.

10. El ámbito objetivo del control de contenido se encuentra configurado conforme a la justificación doctrinal para la existencia de tal control. La figura jurídica del control de contenido creada por el legislador se encuentra en consonancia con las razones que exigen la instauración del mismo. Esto es importante, puesto que el remedio legal a un problema debe ser diseñado y aplicado tomando en cuenta las razones doctrinales que justificaron su adopción. De esta manera se evita que la figura jurídica se aplique a situaciones en las que no exista el problema, o bien, se evita que no se aplique la figura jurídica a situaciones en la que exista el problema. Es por ello importante que el ámbito objetivo haya sido legalmente creado tomando en cuenta la justificación doctrinal del control de contenido y que los tribunales apliquen el ámbito objetivo considerando su justificación doctrinal.
11. El legislador español decidió adoptar el ámbito objetivo en el sentido que serán sometidos a control de contenido las estipulaciones no negociadas individualmente (art. 82.1 TRLCU). Si bien, la legislación española no desarrolla con claridad el significado de ese término, un análisis a la luz de la Directiva 93/13/CEE, de la jurisprudencia y, sobre todo, de la justificación doctrinal del control, lleva a concluir que son tres los requisitos para considerar a una cláusula como una estipulación no negociada individualmente: predisposición, imposición o inevitabilidad, y contractualidad. Asimismo, para ser condición general conforme a la LCGC se necesita un requisito adicional: la generalidad.
12. El requisito que caracteriza de mejor manera a las condiciones generales es el de la imposición o inevitabilidad. Tal requisito indica que las cláusulas no son fruto del ejercicio de una real autonomía privada del adherente que justifica la intervención estatal de su contenido. Pese a ello es el requisito en el que ha habido mayor divergencia doctrinal y jurisprudencial. Dependiendo de qué se considere como imposición, así serán los límites y alcances del ámbito objetivo de control.
13. La imposición consiste en que las condiciones generales son incorporadas al contrato a iniciativa exclusiva del predisponente. Estas cláusulas forman parte del contrato debido a que el predisponente exige a los adherentes como requisito de celebración del contrato que sean incluidas al mismo. No se incluyen en los contratos a iniciativa de los adherentes al serles indiferentes los aspectos del negocio que son reguladas por ellas. Ello refleja que su vinculación jurídica no

es fruto de un real y completo ejercicio de la autonomía privada del adherente. Por tanto, debe descartarse asociar ese requisito con una presión o fuerza que realiza el predisponente al adherente para que las acepte, resistencia del adherente a aceptarlas, monopolio o abuso de posición dominante del predisponente, desigualdad de fuerza negociadora en perjuicio del adherente, u otros.

14. Las cláusulas sobre prestaciones principales de los contratos, cuando son realmente conocidas, comprendidas y consentidas por el adherente no son aspectos impuestos en el sentido de la normativa protectora de consumidores. Son aspectos relevantes para los consumidores, por lo que fundan su decisión de contratar con base a ellos y su vinculación obedece a un ejercicio de autonomía privada del adherente. En consecuencia su incorporación al contrato es atribuible a ambas partes. Por tanto, a la luz del fundamento doctrinal y la normativa, no pueden ser considerados condiciones generales por no haber sido impuestas.
15. Adicionalmente, el legislador comunitario había considerado expresamente excluir las prestaciones principales de control de contenido que examine objetivamente su equilibrio, de conformidad al art. 4.2 Directiva 93/13/CEE. La autodeterminación del adherente sobre esos aspectos del negocio inhibe a los tribunales someterlas a control. Lo mismo es predicable respecto de cualquier otro aspecto del negocio que no regule las prestaciones principales, pero que no sean impuestos por recaer sobre ellos una real autodeterminación del adherente.
16. Tampoco la Constitución permite el control de estos aspectos cuya vinculatoriedad es producto de una real autodeterminación de ambas partes contractuales. De lo contrario se vulneraría la libertad contractual, al no estar justificado despojar de validez cláusulas consentidas. Mucho menos se justifica cuando se utilice para ejercer un control del equilibrio de prestaciones principales que conduzca a un control de precios. Así también, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado regulada en el art. 38 CE proscribire la utilización de tal figura para controlar precios y el equilibrio entre precio y bien o servicio.
17. El sistema de control de contenido se encuentra configurado de manera dual, ya que contempla, por un lado, una cláusula general que establece parámetros generales y abstractos que los tribunales deben aplicar en los casos concretos a fin de determinar si son abusivas las cláusulas (art. 82.1 TRLCU), y, por otro lado, encontramos una serie de supuestos específicos de condiciones generales que el legislador ha considerado que, en principio, deben ser automáticamente declaradas abusivas (Arts. 85 al 90 TRLCU). La refundición de leyes protectoras de consumidores realizada en 2007 que dio origen a la TRLCU respetó este sistema dual. Por lo que, el art. 82.4 TRLCU y el primer párrafo de los arts. 85 al 87 TRLCU deben ser interpretados en el sentido que no son subcláusulas

generales, sino que enuncian los grupos en que están organizados los supuestos específicos de cláusulas abusivas en los numerales de los arts. 85 al 90 TRLCU. Interpretar lo contrario significaría que legislador delegado se ha extralimitado en el ejercicio de sus potestades. No podía crear nuevos supuestos de nulidad contractual, sino que se le había encomendado simplemente regularizar, aclarar y armonizar las normas protectoras de los consumidores.

18. La cláusula general contemplada en el art. 82.1 TRLCU determina dos elementos a valorar para considerar a una condición general como abusiva: violación de la buena fe y desequilibrio de los derechos y obligaciones. El principio de la buena fe se examina en la actuación del predisponente en el momento de contratar. La buena fe exige que el predisponente no se aproveche de la situación de vulnerabilidad de los adherentes por su falta de interés, comprensión o valoración respecto de las condiciones generales. Habrá quebrantado la buena fe, si el predisponente incorpora condiciones desequilibradas que atiendan únicamente su interés en perjuicio de los adherentes.
19. El elemento del desequilibrio de los derechos y obligaciones requiere que el tribunal verifique objetivamente si las condiciones generales son equilibradas. Para ello, debe determinar si las condiciones generales se separan de lo regulado por el Derecho dispositivo. Es decir, el tribunal debe determinar primero cómo se regularía un aspecto si no existiera tal condición general. Posteriormente debe de verificar si la condición general regula el aspecto de igual manera como lo haría el Derecho dispositivo. Si coinciden, la condición general es válida ya que simplemente reproduce la regulación equilibrada establecida por el legislador sobre ese asunto. Pero si la condición general no se ajusta al Derecho dispositivo, deberá analizarse si esta desviación posee una justificación atendible. Si el apartamiento obedece únicamente a la razón de beneficiarse el predisponente sorteando las normas dispositivas en perjuicio del adherente, se tratarán de condiciones generales desequilibradas. Esta es la manera de ejercer el control más apegada a la voluntad del legislador comunitario, ya que en las deliberaciones legislativas se determinó que el control de contenido se encuentra dirigido a examinar únicamente cláusulas que se alejan de lo regulado en el Derecho legal nacional vigente.
20. Otra faceta del control de abusividad del art. 82.1 TRLCU tiene como objetivo proteger los aspectos relevantes del negocio que son relevantes para los adherentes. Es así como el control tiene como propósito invalidar las condiciones generales que son incorporadas al contrato con el propósito de defraudar las expectativas del adherente relativas a los aspectos que le son relevantes del negocio. El consumidor toma su decisión de contratar valorando ciertos aspectos, usualmente las prestaciones principales, que las condiciones generales pueden indebidamente modificar.

21. El predisponente puede frustrar las expectativas de los consumidores incorporando subrepticamente condiciones generales que limitan o modifican estos aspectos relevantes que habían sido consideradas por el adherente al contratar. O bien, el predisponente redacta de manera compleja las cláusulas que regulan los aspectos relevantes a fin de que el consumidor desista de leerlos y celebre el contrato sin comprender que ciertas cláusulas contradicen sus expectativas sobre las prestaciones principales o aspectos relevantes.
22. Los requisitos de incorporación son insuficientes para remediar este problema. Éstos son requisitos formales que buscan una mera cognoscibilidad o simple posibilidad de conocimiento de la existencia de las cláusulas, pero estos requisitos no pretenden asegurar el verdadero conocimiento y comprensión de estos aspectos relevantes. Además, no se trata, como lo hacen los requisitos de incorporación, de anular las cláusulas sobre aspectos relevantes por el sólo hecho de no ser transparentes, sino que además deben ocasionar un desequilibrio perjudicial al consumidor.
23. El examen de abusividad es el más adecuado remedio y se ejercerá sobre las condiciones generales que no son transparentes y que modifican o contradicen subrepticamente el equilibrio subjetivo del contrato. Es decir, condiciones que alteran esos aspectos relevantes que han sido tomados en cuenta por el consumidor en su decisión de contratar. Se trata de una perspectiva distinta del examen de abusividad, que se encuentra respaldada por la más reciente jurisprudencia del TS y del TJUE. No se encuentra encaminado a fijar judicialmente precios ni determinar si las contraprestaciones son equivalentes, sino de verificar que la voluntad y expectativas del consumidor sobre los aspectos relevantes del negocio sean respetadas por las condiciones generales. De allí que esta faceta del control no contraría los principios de libertad de empresa, libertad contractual y el sistema de economía social de mercado establecidas constitucionalmente, si no que las protege.
24. Estas cláusulas sobre aspectos relevantes cumplen con los requisitos para ser calificadas como condiciones generales. Son *impuestas* debido a que son incorporadas en el contrato de manera subrepticia por el predisponente, por lo que su incorporación al contrato es atribuible únicamente al predisponente. De allí que son consideradas como impuestas. Deberían ser aspectos sobre los recae una auténtica autodeterminación del consumidor, pero debido a que su incorporación al contrato pasa desapercibida por el consumidor o no comprende su contenido, terminan poseyendo la calidad de impuestas.
25. Los parámetros establecidos en el art. 82.1 TRLCU también son aplicados para determinar si son abusivas. La buena fe exige que el predisponente no se aproveche de la falta de lectura de las condiciones generales o de la racionalidad

limitada de los consumidores para entenderlas. Es decir, que no defraude al adherente incorporando cláusulas que alteren aspectos relevantes de la oferta. El desequilibrio de derechos y obligaciones se refiere a que las condiciones generales alteran el equilibrio subjetivo de las prestaciones principales y demás aspectos relevantes para el consumidor en su decisión de contratar. Desequilibran la valoración de esos aspectos realizada por el consumidor. Así por ejemplo, cláusulas de pagos adicionales al precio valorado por el consumidor o que modifican las características del bien, desequilibran las valoraciones económicas realizadas por el consumidor y que motivaron celebrar el contrato.

26. Siendo el problema de estas condiciones generales la falta de transparencia del predisponente, éste puede evitar que sean declaradas abusivas presentando estas cláusulas que regulan aspectos relevantes para el consumidor de manera clara, lo más sencilla posible y destacándolas del texto contractual. De manera que el consumidor advierta su presencia, las lea, comprenda y valore en su decisión de contratar antes de celebrar el negocio. Es decir, deberá procurar el predisponente que sobre esas cláusulas recaiga un consentimiento stricto sensu del consumidor.
27. Determinar si una cláusula se trata de una de las prestaciones principales o elementos esenciales ha sido uno de los temas más debatidos en la actualidad por la doctrina y jurisprudencia. Este punto es crucial para determinar qué tipo de control de abusividad se aplica. Si se llega a considerar que una cláusula regula alguna prestación principal significa que se trata de un aspecto relevante del contrato y acarrearía que es susceptible de ser sometida a la faceta de examen de abusividad a la luz de deberes de transparencia (cláusula abusiva por defectos de transparencia). En cambio si se concluye que no regula prestaciones principales significa que no se trata de un aspecto relevante del contrato y acarrearía que es susceptible de ser sometida a la faceta de examen de abusividad que analizará objetivamente el equilibrio de esa cláusula.
28. La doctrina y jurisprudencia ha planteado diversos criterios para determinarlo. Ejemplo de ello es el criterio relativo a que las cláusulas sobre prestaciones principales se identifican por tener un contenido económico. En cambio, el resto de cláusulas tienen un contenido puramente jurídico. Sin embargo, consideramos que el criterio no es acertado. Toda cláusula tiene un contenido económico ya que su introducción al contrato obedece a un cálculo o justificación económica del predisponente. Una cláusula de sumisión expresa tiene como motivo reducir costes de litigación al concentrar la resolución de los litigios en una sola localidad, por lo que no puede asegurarse que es puramente jurídica. Más aun, los intereses moratorios en préstamos tienen un contenido económico pero no pueden ser calificados como integrante de las prestaciones principales. Por lo que este criterio no es preciso.

29. Otro criterio usualmente mencionado es el de que las cláusulas que regulan asuntos secundarios del negocio no forman parte de la prestación principal. En cambio, los que regulan asuntos principales integran las llamadas prestaciones principales. Este criterio es aún más impreciso por lo que su utilidad es baja. Por último, se dice que las cláusulas reguladoras de asuntos cuya ocurrencia es eventual o incierta no forma parte de las prestaciones principales. Este argumento es útil para determinar cuándo un aspecto forma parte del precio. De manera que si el consumidor debe pagar una cantidad sólo en el caso que ocurra un suceso incierto, no forma parte del precio. Más aún cuando se trata de penalidades o sumas indemnizatorias por incumplimiento.
30. Ningún criterio es satisfactorio y definitivo. De hecho, son altamente imprecisos. Consideramos que ello se debe a que el criterio que debe guiar es el hecho de si un aspecto es relevante para los consumidores en su toma de decisión. Debido a la utilización de esos criterios auxiliares se pierde de vista que esa debe ser el punto definitorio. De esta manera se resuelve el problema de si cláusulas como las que señalan formas y fechas de pago del precio, y las que describen el bien o servicio y momento de entrega o prestación. Definitivamente son prestaciones principales ya que a los consumidores para elegir entre ofertas les es relevante cuándo deben pagar el precio, cómo se define el precio y forma de pago. Así como le son relevantes en su decisión cuándo recibirá el bien, la periodicidad con la que lo recibirá, momento que debe reintegrarlo (si es aplicable), tiempo de duración del servicio, etc. Por lo que todas estas cláusulas son susceptibles de ser sometidas a control de abusividad desde una perspectiva de transparencia. Sólo son abusivas si faltan a los intensos deberes de transparencia reservados a los aspectos relevantes y si tal falta ocasiona una defraudación en el desequilibrio subjetivo antes señalado.



## BIBLIOGRAFÍA

ACADEMIA DE JUSPRIVATISTAS EUROPEOS DE PAVÍA, *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* (traducción elaborada por De los Mozos, J. L., y Luna Serrano, A.), disponible en: <http://www.accademiagiuristieuropei.it/> (consulta: 03/05/2014).

AHDIEH, R. B., «The strategy of boilerplate», *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Ahdieh.pdf> (consulta: 03/05/2014).

AKERLOF, G. A., «The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism», *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, 1970.

ALBALADEJO, M.:

- *Derecho civil I. Introducción y parte general*, Barcelona, 2002.
- *Derecho civil II. Derecho de obligaciones*, Madrid, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.:

- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- «Nota crítica. Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», *ADC*, 1993.
- «Nota crítica. Protección de los consumidores y Derecho de los contratos», *ADC*, 1994.
- «Directivas “a la carta”», *BEUR*, 1997.
- «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: Técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *RDBB*, 1997.
- «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de la Rioja*, 1998, Nº 4.
- «Imperialismo económico y dogmática jurídica», *RDM*, 1999, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/imperialismo.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/imperialismo.pdf) (consulta: 03/05/2014).
- «El Derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas», *RJC*, 2000, nº 1.
- «Comentario al artículo 1. Ámbito objetivo», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002.

- «Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho», *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, 2007, disponible en: [http://www.indret.com/pdf/417\\_es\\_1.pdf](http://www.indret.com/pdf/417_es_1.pdf) (consulta: 03/05/2014).
- «El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del Derecho de las cláusulas predispuestas», *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil*, 2008, versión utilizada es la disponible en: [http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion\\_precio\\_prestacion\\_J\\_Alfaro.pdf](http://www.upf.edu/eventia/08/mercantil/pdf/Adecuacion_precio_prestacion_J_Alfaro.pdf) (consulta: 03/05/2014).

ÁLVAREZ MORENO, M. T., «Las cláusulas abusivas en contratos de condiciones generales celebrados con consumidores», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, num. 17, 1993.

APARICIO VAQUERO, J. P.:

- «Régimen jurídico de las comunicaciones comerciales realizadas a través del correo electrónico», *La Ley*, No. 4, 2005.
- «Los consumidores y sus relaciones con los proveedores de servicios de la sociedad de la información», *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 89, 2008.

ARENAS GARCÍA, R., «Artículo 4. Contratos excluidos» en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Arroyo Martínez, I., y Miquel Rodríguez, J.), Madrid, 1999.

ATIYAH, P. S., *Essays on Contract*, Oxford University Press, 1986.

AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe reformas del derecho de la contratación en España», *RCDI*, 1998.

BADENAS CARPIO, J. M.,

- «Artículo 2. Ámbito subjetivo», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.
- «Disposición adicional primera. Seis: Disp. Adic. 1ª último párrafo, LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.

BAIRD, D. G., «The boilerplate puzzle», *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Baird.pdf> (consulta: 03/05/2014).

BALLESTEROS GARRIDO, J. A.:

- «Buena fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999

(imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)», *La Ley*, 1999, Ref. D-211, tomo 5, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

- *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999.
- «La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas», en AC, N° 2, 2000.

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Prácticas abusivas, información, integración contractual y regla *contra proferentem*», *RDNT*, num. 14, 2007.

BAÑEGIL ESPINOSA, «Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores», *AC*, 2000.

BARNETT, R. E., «Consenting to form contracts», *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss3/2/> (consulta: 03/05/2014).

BEALES, H.; CRASWELL, R.; y, SALOP, S. C., «The efficient regulation of consumer information», *Journal of Law and Economics*, vol. 24, no. 3, 1981.

BEBCHUCK, L. A., y POSNER, R. A., «One-sided contracts in competitive consumer markets», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: [http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Bebchuk\\_Posner.pdf](http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Bebchuk_Posner.pdf) (consulta: 03/05/2014)

BECHER, S. I., y ZARSKY, T. Z., «E-contract doctrine 2.0: standard form contracting in the age of online participation», *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 14, 2008, disponible en [www.mttr.org/volfourteen/becher&zarsky.pdf](http://www.mttr.org/volfourteen/becher&zarsky.pdf) (consulta: 03/05/2014).

BEN-SHAHAR, O., «The myth of the “opportunity to read” in contract law», *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 415, julio 2008, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1162922](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1162922) (consulta 03/05/2014).

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.:

- «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (coordinados por él mismo y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, 1987.
- «Comentarios al art. 1 LGDCU», en *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 1992.

- «Marco histórico de la protección al consumidor: de los orígenes al siglo XXI», *EC*, num. 65, 2003.
- «El concepto de consumidor», en *Hacia un Código del Consumidor* (dirigido por Azparren Lucas, A.), Madrid, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.:

- «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, A., y Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Madrid, 1987.
- «Condiciones generales de la contratación. Comentario a la STS 12 julio 1996 (RJ 1996/5580)», *ArC*, Vol. II, 1996.
- «Comentario a la STS de 31 de enero de 1998», *CCJC*, nº 47, 1998.
- «Comentarios a disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por el mismo y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000.
- «El texto refundido sobre legislación de consumo», *ArC*, num. 18, 2007, la versión utilizada es la disponible en: <http://www.aranzadigital.es>.

BERMEJO VERA, J., «Aspectos jurídicos de la protección del consumidor», *RAP*, 1978.

BETTMAN, J. R.; LUCE, M. F.; y PAYNE, J. W., «Constructive consumer choice processes», *Journal of Consumer Research*, 1998, Vol. 25, No. 3, disponible en: <https://faculty.fuqua.duke.edu/~jrb12/bio/Jim/48.pdf> (consulta: 03/05/2014).

BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «El control de contenido en condiciones generales y en cláusulas contractuales predispuestas», *RJN*, 2000.

BLOCK-LIEB, S., y JANGER, E. J., «The myth of the rational borrower: rationality, behaviorism, and the misguided “reform” of Bankruptcy Law», *Brooklyn Law School, Legal Studies Paper No. 37*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=786427> (consulta: 03/05/2014).

BOTANA GARCÍA, G.:

- «Artículo 1», en *Ley general de los consumidores y usuarios* (dirigido por Llamas Pombo, E.), Madrid, 2005.
- «Comentario a Título I. Contratos con los consumidores y usuarios. Capítulo. Disposiciones generales. Comentarios a los artículos 59, 62 y 63», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011.

BOSCH CAPDEVILA, E., y GIMÉNEZ COSTA, A., «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *RCDI*, 2005.

BRUDER, F., «Burden of Proof and the Unfair Terms in Consumer Contracts Directive», *ERPL*, num. 2, 2007.

BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, 2003.

BUSTO LAGO, J. M.; ÁLVAREZ NATA, N.; y PEÑA LÓPEZ, F., «Reclamaciones de consumo: cláusulas abusivas», *Grandes Tratados*, 2008, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadigital.es](http://www.aranzadigital.es).

CABANELLAS, G., *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VII, 24ª edición, Buenos Aires, 1996.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *ADC*, 1982.

CADARSO PALAU, J., «La lista negra de cláusulas abusivas», *La Ley*, 2000, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es/](http://www.laleydigital.es/).

CÁMARA LAPUENTE, S.:

- *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, 2006.
- «Comentario al art. 1 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011.
- «Comentario al art. 3 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011
- «Comentario al art. 4 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011.
- «Comentario al art. 59 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011.
- «Comentario al Art. 86 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores* (dirigidos por él mismo), Madrid, 2011.
- «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia: De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo», *Trabajos de los Investigadores del Centro de Estudios de Consumo*, mayo 2013, disponible en: <http://blog.uclm.es/cesco/2013/05/> (consulta: 03/05/2014).

CARRASCO PERERA, A., «Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición», *ArC*, num. 5, 2008, la versión utilizada es la disponible en: <http://www.aranzadidigital.es> (consulta: 03/05/2014).

CARRASCO PERERA, A, y CORDERO LOBATO, E., «El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación. STS de 9 de mayo de 2013», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 7, 2013, disponible en: <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/5.pdf> (consulta: 03/05/2014).

CASTILLA CUBILLAS, M., «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, N° 224, enero 2011, versión utilizada es la disponible en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

CASTRO Y BRAVO, F. DE:

- El arbitraje y la nueva “Lex mercatoria”», *ADC*, 1956.
- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *ADC*, 1961.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1967.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *ADC*, 1982.

CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *ArC*, num. 1, 2008, la versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es).

CHOI, S. J., y MITU GULATI, G., «Contract as statute», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: [www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Choi\\_Gulati.pdf](http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Choi_Gulati.pdf) (consulta: 03/05/2014).

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.:

- «La predisposición del contenido contractual», *RPD*, 1979.
- «El control de las condiciones generales de los contratos», *La Ley*, 1989, en [www.laleydigital.com](http://www.laleydigital.com).
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, Barcelona, 2008.

COASE, R. H., «The problem of social cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, disponible en <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> (consulta: 03/05/2014).

COCA PAYERAS, M.:

- «Protección del consumidor y condiciones generales de la contratación», en *Jornadas sobre Problemática Jurídica de Consumo*, Burgos, 1992.
- «Comentario al Art. 10.2 de la LGDCU», en *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 1992.

COMISIÓN EUROPEA, *Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, Bruselas, 27.04.2000 COM(2000) 248 final, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/uct03\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/uct03_es.pdf) (consulta: 03/05/2014).

DÍAZ ALABART, S.:

- «Comentario a Art. 10.1.c) de la LGDCU», en *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Madrid, 1992.
- «La cláusula de arbitraje en los contratos de adhesión (a propósito del art. 22 del Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación del Ministerio de Justicia de noviembre de 1991)», *AC*, N° 26, 1992.
- «Art. 6. Reglas de interpretación» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.
- «*Pacta Sunt Servanda* e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de condiciones generales de los contratos», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000.

DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario a art. 1288» en *Comentarios al Código Civil* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2006.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.:

- «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC*, 1956.
- *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado*, Madrid, 1987.
- «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (ponente general es él mismo, y fue coordinado por Clavero Arévalo, M.; García de Enterría, E.; Díez-Picazo y Ponce de León, L.; Sánchez Calero, F.; Segimón Escobedo, J. L.), Madrid, 1996.

- «Contratos de consumo y derecho de contratos», *ADC*, 2006.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2007, vol. I.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6ª ed., 2008, vol. II.

DUQUE, J.:

- «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», *EC*, N° 3, 1984.
- «Las cláusulas abusivas en contratos de consumo», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000.

DURÁN AYAGO, A., *La protección de las pymes en el comercio internacional: propuestas de regulación*, Barcelona, 2008.

DURÁN RIVACOBBA, R.:

- «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un Código del Consumidor* (dirigida por Azparren Lucas, A.), Madrid, 2006.
- «Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 2008.

EISENBERG, M. A.:

- «The Limits of Cognition and the Limits of Contract», *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2016/> (consulta: 03/05/2014).
- «The role of fault in contract law: unconscionability, unexpected circumstances, interpretation, mistake, and nonperformance», *Michigan Law Review*, vol. 107, 2009, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/107/8/eisenberg.pdf> (consulta: 03/05/2014).

EMPARANZA, A.:

- «La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *RDM*, 1994.
- «La imposición al cliente de las condiciones generales del contrato. Comentario de la STS de 20 de Noviembre de 1996/Ar. 8371», *RDBB*, 1997.

FARNSWORTH, A., «The concept of Good Faith in American Law», 1993, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth3.html> (consulta: 03/05/2014).



FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P., y TORRES PÉREZ, F., «Comentario a Título I. Ámbito de aplicación y derechos básicos de los consumidores y usuarios. Capítulo I. Ámbito de aplicación», en *La Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentario Sistemático del Texto Refundido Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007* (dirigido por Rebollo Puig, M., y Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011.

FEINGOLD, R. D., «Mandatory arbitration: What process is due?», *Harvard Journal of Legislation*, vol. 39, 2002.

FLUME, W., *El negocio jurídico*, trad. esp. Miquel, J. M., y Gómez Calle, E., Madrid, 1998.

GARCÍA AMIGO, M.:

- *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965.
- *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- «Ley alemana occidental sobre condiciones generales», *RDP*, 1978.
- «La defensa de los consumidores desde el derecho privado», *RDP*, 1985.
- «Idea del contrato: 50 años después (consideraciones previas a una definición del contrato)», *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (coordinados por Llamas Pombo, E.), Tomo I, 2006.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., «El Convenio Arbitral en los contratos con consumidores tras la Ley 44/2006, de 29 de Diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios», *Práctica de Tribunales*, num. 38, 2007, la versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Navarra, 2006.

GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho mercantil*, t. III. vol. 1º.

GAVIN, S.F., «Unconscionability Found: A Look at Pre-Dispute Mandatory Arbitration Agreements 10 Years after Doctor's Associates, Inc. v. Casarotto», *Cleveland State Law Review*, vol. 54, 2006, disponible en: <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol54/iss3/3/> (consulta: 03/05/2014).

GILLETTE, C. P.:

- «Rolling contracts as an agency problem», *Wisconsin Law Review*, 2004, disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=542642](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=542642) (consulta: 03/05/2014).

- «Pre-approved contracts for internet commerce», *Houston Law Review*, vol. 42, 2005, disponible en: [http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/42-4\\_pdf/Gillette.pdf](http://www.houstonlawreview.org/archive/downloads/42-4_pdf/Gillette.pdf) (consulta: 03/05/2014).
- «Standard Form Contracts», *New York University Law and Economics Working Papers*, N° 09-18, 2009, disponible en: [http://lsr.nellco.org/nyu\\_lewp/181/](http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/181/) (consulta: 03/05/2014).

GILMORE, *The death of contract*, Columbus, 2ª edición, 1974.

GILO, D. y PORAT, A, «The hidden roles of boilerplate and standard-form contracts: strategic imposition of transaction costs, segmentation of consumers, and anticompetitive effects», *Michigan Law Review*, n° 104, 2006, disponible en: [http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo\\_Porat.pdf](http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Gilo_Porat.pdf) (consulta: 03/05/2014).

GLAESER, E. L., «Paternalism and Psychology», *The University of Chicago Law Review*, vol. 73, 2006, disponible en: [https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73\\_1\\_Glaeser.pdf](https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73_1_Glaeser.pdf) (consulta: 03/05/2014).

GLOVER, J. M., «Beyond Unconscionability: Class Action Waivers and Mandatory Arbitration Agreements», *Vanderbilt Law Review*, vol 59, num 5, 2006.

GÓMEZ GALLIGO, F. J., «La ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación», *RCDI*, 1998.

GÓMEZ POMAR, F., «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia», *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, 2003, disponible en: <http://www.indret.com/es/>.

GONDRA, J. M.:

- «Condiciones generales de la contratación y protección de la parte “más débil” en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Madrid, 1978.
- *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I.:

- «Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.

- «Comentario a la disposición adicional primera. Dos: Art. 10.1 a) y b) LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.
- «Comentario a Título II Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas. Capítulo I Cláusulas no negociadas individualmente», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2009.

GOODE, R., «The concept of “Good Faith” in English Law», 1992, disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goode1.html> (consulta: 03/05/2014).

GREYER, D. M.; SCHWARTZ, A., y WILDE, L. L., «The irrelevance of information overload: an analysis of search and disclosure», *Southern California Law Review*, vol. 59, 1986, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1123](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1123) (consulta: 03/05/2014).

HERRE, J., HONDIUS, E., y ALPA, G., «The notions of consumer and professional and some related questions (From the Task Force on Consumers and Professionals)», en *Study Group on a European Civil Code*, disponible en: [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm) (consulta: 03/05/2014).

HESSELINK, M. W.:

- «The Concept of Good Faith», en *Towards a European Civil Code* (editado por Hartkamp, A., Hesselink, M., Hondius, E., y otros), tercera edición, Nimega, 2004.
- «Towards a sharp distinction between b2b and b2c? On consumer, commercial and general law after the Consumer Rights Directive», *ERPL*, No. 1, 2010.

HILLMAN, R. A.:

- «The limits of behavioral decision theory in legal analysis: the case of liquidated damages», *Cornell Law Review*, vol. 85, 2000, disponible en: <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Hillman.pdf> (consulta: 03/05/2014).
- «Rolling contracts», *Fordham Law Review*, vol. 71, 2002, disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol71/iss3/6> (consulta: 03/05/2014).
- «On-line consumer standard-form contracting practices: a survey and discussion of legal implications», *Cornell Law School Legal Studies Research Paper Series*, paper 29, 2005, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=686817> (consulta: 03/05/2014).

- «Online boilerplate: would mandatory websites disclosure of e-standard terms backfires?», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Hillman.pdf> (consulta: 03/05/2014).

HILLMAN, R. A., y RACHLINSKI, J. J., «Standard-form contracting in the electronic age», *New York University Law Review*, vol. 77, 2002, disponible en: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-77-2-Hillman-Rachlinski.pdf> (consulta 03/05/2014).

JACOBY, J., “Is it rational to assume consumer rationality? Some consumer psychological perspectives on rational choice theory”, *New York University Center for Law and Business*, 2000, disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=930174](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=930174) (consulta: 03/05/2014).

JOHNSTON, J. S., «The return of bargain: an economic theory of how standard-form contracts enable cooperative negotiation between businesses and consumers», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Johnston.pdf> (consulta: 03/05/2014).

KATZ, A. W., «The economics of form and substance in contract interpretation», *Columbia Law Review*, vol. 104, 2004, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/4099302> (consulta: 03/05/2014).

KESSLER, F., «Contracts of adhesion-some thoughts about freedom of contract», *Columbia Law Review*, vol. 43, 1943, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2731](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2731) (consulta: 03/05/2014).

KING, D. B., «Standard form contracts: a call for reality», *Saint Louis University Law Journal*, vol. 44, 2000.

KLEIN, B., «Transaction Cost Determinants of “Unfair” Contractual Arrangements», en *Borderlines of Law and Economics Theory*, vol. 70, No. 2, 1980, disponible en: [http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/klein\\_B\\_unfair.pdf](http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/klein_B_unfair.pdf) (consulta: 03/05/2014).

KOROBKIN, R., «Bounded rationality, standard form contracts, and unconscionability», *The University of Chicago Law Review*, vol. 70, num. 3, otoño 2003, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=367172> (consulta: 03/05/2014).

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Vol. II, 2ª Edición, 1987.

LAFUENTE TORRALBA, A. J., «Comentario al art. 1 del RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011.

LALAGUNA, E., «La libertad contractual», RDP, 1972.

LANDO, O., y BEALE, H., *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, La Haya, 2000.

LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Tomo tercero. Contratos*, Madrid, 1994.

LAWSON, R., *Unfair clauses and unfair contract terms*, 2005, Londres.

LEFF, A.A., «Unconscionability and the Code. The Emperor's New Clause», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 115, No.4, 1967, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/2823](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2823) (consulta: 03/05/2014).

LLAMAS POMBO, E.,

- «Comentario al art. 10 bis», en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por él mismo), Madrid, 2005.
- «Comentario a la Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas», en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por él mismo), Madrid, 2005.

LLOBET I AGUADO, J., *El deber de información en la formación de los contratos*, Madrid, 1996.

LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002.

LOEWENSTEIN, G., O'DONOGHUE, T., «"We can do this the easy way or the hard way": Negative emotions, self-regulation, and the law», *The University of Chicago Law Review*, N° 73, 2006, disponible en: <https://lawreview.uchicago.edu/page/vol-73-issue-1-winter-2006> (consulta: 03/05/2014).

LÓPEZ SÁNCHEZ, M., «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», *RGLJ*, 1987.

LÓPEZ YAGÜES, V., «En torno al carácter abusivo de las cláusulas de sumisión competencial insertas en los contratos de adhesión bancarios. Comentario a la STS de fecha 8 de noviembre de 1996», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1998.

LUNA SERRANO, A., y VILALTA NICUESA, A. E., «La solución extrajudicial de litigios de consumo. El arbitraje "on line"», en *Derecho y nuevas tecnologías* (coordinado por Herrán Ortiz, A. I., Emeraldí Cirión, A., y Enciso Santocildes, M.), Bilbao, 2010.

LUSSIER, D. A., y OLSHAVSKY, R. W., «Task Complexity and Contingent Processing un Brand Choice», *Journal of Consumer Research*, vol. 6, 1979.

MANN, R. J., «“Contracting” for credit », *Michigan Law Review*, nº 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.org/archive/104/5/Mann.pdf> (consulta: 03/05/2014).

MANN, R. J., y SIEBENEICHER, T., «Just one click: the reality of internet retail contracting», *Columbia Law Review*, Nº 108, 2008, disponible en: <http://www.columbia.edu/~mr2651/JustOneClick.pdf> (consulta: 03/05/2014).

MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación», *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (dirigido por Ubaldo Nieto, C.), Valladolid, 2000.

MARÍN LÓPEZ, M. J.:

- «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», *La Ley*, 2008, Ref. D-82, versión utilizada es la disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).
- «El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2013, disponible en: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (consulta: 03/05/2014).

MAROTTA-WURGLER, F.:

- «Are “pay now, terms later” contracts worse for buyers? Evidence from software license agreements», la versión utilizada es la publicada en *New York University School of Law, 2005, Working paper No. 05-10*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=799282> (consulta 03/05/2014), posteriormente fue publicada en *The Journal of Legal Studies*, Vol. 38 (2), 2009.
- «Competition and the quality of standard form contracts: an empirical analysis of software license agreements», la versión utilizada es la publicada en *New York University School of Law, Law and economics research paper series, working paper Nº 05-11, 2005*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=799274>, posteriormente fue publicado en *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 5, No. 3, 2008.
- «“Unfair” dispute resolution clauses: much ado about nothing?», *New York University School of Law*, 2008, NYU Law and Economics Research Paper No. 08-08, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1093293> (consulta: 03/05/2014).
- «Does disclosure matter?», *New York University School of Law, Law and Economics Paper Series, Working Paper No. 10-54, 2010*, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1713860> (consulta: 03/05/2014).

MARROW, P. B., «The Unconscionability of a Liquidated Damage Clause: A Practical Application of Behavioral Decision Theory», *Pace Law Review*, vol. 22, 2001, disponible en: <http://digitalcommons.pace.edu/plr/vol22/iss1/2/> (consulta: 03/05/2014).

MARTÍ MARTÍ, J., «Cláusula penal o cláusula abusiva», *La Ley*, 2002, Ref. D-71, tomo 3, la versión utilizada es la electrónica disponible en: [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

MARTÍN PÉREZ, J. A.:

- *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, Barcelona, 1995.
- «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales. (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales)», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo* (editadas por Espiau Espiau, S., y Vaquer Aloy, A.), Valencia, 2003.
- «Comentarios al art. 10», en *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después* (coordinados por Llamas Pombo, E.), Madrid, 2005.
- «Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Estudios sobre consumo* (dirigidos por Sánchez Barrios, M. I.), Valencia, 2012.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», *ADC*, 1994.

MARTÍNEZ SANZ, F., «Buena fe», en *Derecho Privado Europeo* (coordinado por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2003.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por él mismo y Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.:

- «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (coordinados por Iglesias Prada, J. L.), 1996, vol. 4.
- «Comentario a disposición adicional 1ª, 3 (art. 10 bis.1, apdos. 1º y 4º)», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002.
- «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la ley española de 1998», *RES*, 117, 2004.

- «Comentario al art. 82 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (Coordinados por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., «Comentario a la disposición adicional tercera de la LCGC», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por él mismo y Arroyo Martínez, I.), Madrid, 1999.

MIRANDA SERRANO, L. M., «La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales», en *Tratado de Derecho mercantil, T. XXX La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores* (dirigido por Olivencia, M.), Madrid, 2006.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General II. El ordenamiento jurídico*, Madrid, 2006.

NIETO CAROL, U., «Contratos de adhesión y Derecho de los consumidores. Situaciones específicas de las condiciones generales en los contratos crediticios», en *AC*, 1993-I.

O'CALLAGHAN, X., «Condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas (a la luz de la ley 7/1998, de 13 de abril) », *EC*, 54, 2000.

OLSHAVSKY, R. W., «Task Complexity and Contingent Processing in Decision Making: A Replication and Extension», *Organizational Behavior and Human Performance*, 24, 1979.

ORDUÑA MORENO, F. J.:

- «Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación», en *Contratación y consumo* (dirigido por él mismo), Valencia, 1998.
- «Derecho de la contratación y condiciones generales», *RDP*, 2000, num. 2, 2000, la versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es)

OROZCO PARDO, G.:

- «Protección de consumidores. Condiciones generales y cláusulas abusivas. Varias Reflexiones y un ejemplo: el sistema francés de amortización de créditos hipotecarios.», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2003, vol. II.
- «El pacto de sumisión arbitral como abusiva», *Aranzadi Civil*, num. 22, 2008, versión utilizada es la disponible en [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es).

OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática del contrato», *ADC*, 1952.



PAGADOR LÓPEZ, J.:

- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999.
- «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley*, num. 2, 1999.
- «Requisitos de incorporación de las condiciones generales», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000.
- «Título II. Condiciones generales y cláusulas abusivas», en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011.

PALAU RAMÍREZ, F., «Condiciones generales abusivas: alcance y criterios sustantivos del control de contenido», *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5, 2011, versión utilizada es la disponible en: [www.aranzadidigital.es](http://www.aranzadidigital.es).

PARADA, R., *Derecho Administrativo I. Parte General*, Madrid, 2004.

PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid, 2004.

PAREJO ALFONSO, L., *Derecho Administrativo*, Barcelona, 2003.

PAZ-ARES, C., y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Un ensayo sobre la libertad de empresa», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo* (coordinados por Cabanillas Sánchez, A. y otros), Madrid, 2002, vol. IV, versión utilizada es la disponible en: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/libertad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/libertad.pdf) (consulta: 03/05/2014).

PÉREZ CONESA, C., «Comentario a disposición adicional 1ª.Seis, Disposición adicional 1ª.V.27ª LGDCU», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R., y por Salas Hernández, J.), Navarra, 2000.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F.:

- «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», *ArC*, Nº 3, 2003.
- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.
- «Comentario al art. 90 TRLCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de consumidores* (dirigidos por Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011.

- «Reflexiones sobre el carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9, 2011.
- «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario», *Revista para el Análisis del Derecho INDRET*, 2013, disponible en: <http://www.indret.com/es/>.

PETIT LAVALL, M. V.:

- *La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, Valencia, 1996.
- «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales [Comentario a la STS 31 enero 1998 (RJ 1998, 121)]», *RDPt*, 1999, num. 2.

PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», *RDM*, 1996.

POLO, A., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1942», *RDP*, 1942.

POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980.

POSCH, W., «The implementation of the EC Directive on Unfair Contract Terms into Austrian Law», *ERPL*, N° 2, 1997.

PRELEC, D. y LOEWENSTEIN, G., «The red and the black: mental accounting of savings and debt», *Marketing Science*, 1998, N° 17.

PRIEST, G. L., «A theory of the consumer product warranty», *Yale Law Journal*, Vol. 90, Num. 6, 1981, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/571/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/571/) (consulta: 03/05/2014).

QUICIOS MOLINA, S., «Disposición adicional primera. Seis: Disp. Adic. 1ª.I.3ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Navarra, 2000.

RADIN, M. J., «Boilerplate today: the rise of modularity and the waning of consent», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Radin.pdf> (consulta: 03/05/2014).

RAKOFF, T. D.:

- «Contracts of adhesion: an essay in reconstruction», *Harvard Law Review*, Vol. 96, num. 6, 1983, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1341009> (consulta: 03/05/2014).

- «The law and sociology of boilerplate», *Michigan Law Review*, vol. 104, 2006, disponible en: <http://www.michiganlawreview.com/archive/104/5/Rakoff.pdf> (consulta: 03/05/2014).

REBOLLO PUIG, M., «La aprobación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», en *La defensa de los consumidores y usuarios* (dirigida por Rebollo Puig, M., e Izquierdo Carrasco, M.), Madrid, 2011.

REICH, N., *Mercado y Derecho*, tr. esp., Barcelona, 1985.

RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoles, 1994.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, F.:

- «Notas sobre el concepto de contrato de adhesión (A propósito de un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona)», *RDBB*, 1994.
- «El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación», en *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril* (editado por Espiau Espiau, S.), Madrid, 1999.
- «Antecedentes de la ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos anteproyectos de ley», en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas* (dirigido por Nieto Carol, U.), Valladolid, 2000.

ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *ADC*, 1949.

RUIZ MUÑOZ, M., «Cláusulas abusivas en la CE: ámbito de aplicación», en *Cuadernos Jurídicos*, Nº 11, 1993.

SAFI, R.S., «Beyond unconscionability: Preserving the class mechanism under state law in the era of consumer arbitration», *Texas Law Review*, vol. 83, No. 6, 2005.

SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al Artículo 6. Reglas de interpretación», en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (dirigidos por Menéndez Menéndez, A; Díez-Picazo y Ponce de León, L.), Madrid, 2002.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., «El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo», *RDM*, 1980.

SANZ VIOLA, A. M., «Consideraciones en torno a la Ley 7/1998, de 13 de abril», *AC*, 1999, Nº 29.

SCHULTE-NÖLKE, H. (editor), *EC Consumer Law Compendium –Comparative Analysis-*, prepared for the European Commission, 2006, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/archive/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf) (consulta: 03/05/2014).

SCHWARTZ, A., y WILDE, L. L., «Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 127, 1979, disponible en: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1117](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1117) (consulta: 03/05/2014).

SEPE, S. M., «Good Faith And Contract Interpretation: A Law and Economics Perspective», Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 10-28, 2010, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1086323> (consulta: 03/05/2014).

SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Navarra, 1996.

SIMON, H. A., «A behavioral model of rational choice», *Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1, 1955.

SLAWSON, W. D., «Standard form contracts and democratic control of law making power», *Harvard Law Review*, vol. 84, 1971, disponible en: <http://www.jstor.org/stable/1339552> (consulta: 03/05/2014).

STEMPEL, J. W., «Arbitration, Unconscionability, and Equilibrium; The Return of Unconscionability analysis as a Counterweight to Arbitration Formalism», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 19, 2004, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/228/> (consulta: 03/05/2014).

STERNLIGHT, J. R., «In defense of mandatory binding arbitration (if imposed on the company)», *Nevada Law Review*, vol. 8, 2007, disponible en: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/283> (consulta: 03/05/2014).

STIGLITZ, R., y STIGLITZ, G. A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Buenos Aires, 1985.

SUNSTEIN, C. R., «Boundedly rational borrowing», *The University of Chicago Law Review*, N° 73, 2006, disponible en: [https://lawreview.sites.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73\\_1\\_Sunstein.pdf](https://lawreview.sites.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/uploads/73.1/73_1_Sunstein.pdf) (consulta: 03/05/2014).

SUNSTEIN, C.R., y THALER, R. H., «Libertarian paternalism is not an oxymoron», *The University of Chicago Law Review*, N° 70, 2003, disponible en: [http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs\\_paternalism.pdf](http://www.law.uchicago.edu/files/files/185.crs_paternalism.pdf) (consulta: 03/05/2014).

TEUBNER, G., «Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences», *The Modern Law Review*, vol. 61, 1998.

## THE LAW COMMISSION AND SCOTTISH LAW COMMISSION:

- *Unfair Terms in Contracts. A Joint Consultation Paper* (consultation paper nº 166, discussion paper nº 119, respectivamente), Londres, 3 julio 2002, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.
- *Unfair Terms in contracts*, Law Com nº 292, Scot Law Com nº 199, C, 6464, SE/2005/13, Londres, 2005, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.
- *Unfair Terms in Consumer Contracts: a new approach? Issues Paper*, Londres, 2012, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.
- *Unfair Terms in Consumer Contracts: Advice to the Department for Business, Innovation and Skills*, Londres, 2013, disponible en: <http://lawcommission.justice.gov.uk/>.

TIMMERMANS, D., «The impact of Task Complexity on Information Use in Multiattribute Decision Making», *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 6, 1993.

URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *RDM*, 1956.

VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *RCDI*, 1995.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límites de la libertad contractual*, Valencia, 2002.

VIGURI PEREA, A., *La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho angloamericano*, Granada, 1995.

VILALTA NICUESA, A. E., y MÉNDEZ TOMÁS, R. M., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 2003.

WARE, S.J.:

- «A critique of the reasonable expectations doctrine», *The University of Chicago Law Review*, vol. 56, num 4, otoño 1989, disponible en: [http://works.bepress.com/stephen\\_ware/13/](http://works.bepress.com/stephen_ware/13/) (disponible: 03/05/2014).
- «Paying the price of process: Judicial regulation arbitration agreements», *Journal of Dispute Resolution*, 2001, disponible en: [http://works.bepress.com/stephen\\_ware/5](http://works.bepress.com/stephen_ware/5) (disponible: 03/05/2014).

WHITTAKER, S.:

- «Contractual Control and Contractual Review in England and France», *ERPL*, num. 6, 2005.

- «Chapter 15. Unfair terms in consumer contracts», en *Chitty on Contracts* (editado por Beale, H.), edición 29ª, Londres, 2006.

WILHELMSSON, T.:

- «The implementation of the EC directive on unfair contract terms in Finland», *ERPL*, num. 2, 1997.
- «1. A Nordic perspective. The unfair contract terms directive and the Nordic contract model», en *The “Unfair Terms” Directive, Five Years on. Evaluation and future perspectives* (European Commission Directorate-General for Health and Consumer Protection), Bruselas, 1999, disponible en: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/unf\\_cont\\_terms/event29\\_02.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_02.pdf) (consulta: 03/05/2014).

WILLET, C., «The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts and its implementation in the United Kingdom», *ERPL*, num. 2, 1997.

WININGS, M. S., «The old, the ignorant, and the downright shameful: A Study of the Parties and Circumstances of Early American Cases that Shaped the Legal Doctrine of Unconscionability», 2005, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=650822> (consulta: 03/05/2014).

ZIMMERMANN, R., *The German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005.

# JURISPRUDENCIA CITADA

## Jurisprudencia comunitaria

### Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- **STJCE 14 marzo 1991.** TJCE 1991/155.
- **STJCE 3 julio 1997.** TJCE 1997/142. Asunto C-269/95.
- **STJCE 27 junio 2000.** TJCE 2000/144. Asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98.
- **STJCE 7 mayo 2002.** TJCE 2002/151. Asunto C-478/99.
- **STJCE 4 junio 2009.** TJCE 2009/155. Asunto C-243/08.
- **STJCE 3 junio 2010.** TJCE 2010/162. Asunto C-484/08.

### Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- **STJUE 9 noviembre 2010.** TJCE 2010/335. Asunto C-137/08.
- **STJUE 15 marzo 2012.** TJUE 2012/55. Asunto C-453/10.
- **STJUE 26 abril 2012.** TJCE 2012/98. Asunto C-472/10.
- **STJUE 14 junio 2012.** TJCE 2012/143. Asunto C-618/10.
- **STJUE 14 marzo 2013.** TJCE 2013/89. Asunto C-415/2011.
- **STJUE 21 marzo 2013.** TJCE 2013/93. Asunto C-92/11.
- **STJUE 16 enero 2014.** TJCE 2014/7. Asunto C-226-12.

## Jurisprudencia nacional

### Tribunal Constitucional

- **STC 16 marzo 1988.** RTC 1988/43.
- **STC 6 febrero 1992.** RTC 1992/13.
- **STC 23 noviembre 1995.** RTC 1995/174.
- **STC 5 julio 2001.** RTC 2001/159.

### Tribunal Supremo

- **STS 12 marzo 1957.** *Aranzadi Repertorio de Jurisprudencia*, 1957, num. marginal 753.
- **STS 10 diciembre 1959.** *Jurisprudencia Civil*, 1959, t. 84, num. 689.
- **STS 17 noviembre 1989.** RJ 1989/7972.
- **STS 18 abril 1990.** RJ 1990/2727.
- **STS 11 abril 1991.** RJ 1991/2684.
- **STS 31 mayo 1991.** RJ 1991/3955.
- **STS 18 junio 1992.** RJ 1992/5326.
- **STS 22 julio 1992.** RJ 1992/6449.
- **STS 23 julio 1993.** RJ 1993/6476.
- **STS 18 octubre 1993.** RJ 1993/7614.
- **STS 9 julio 1994.** RJ 1994/5603.
- **STS 20 julio 1994.** RJ 1994/6518.

- **STS 29 junio 1995.** RJ 1995/5270.
- **STS 8 noviembre 1995.** RJ 1995/8637.
- **STS 12 julio 1996.** RJ 1996/5580.
- **STS 14 septiembre 1996.** RJ 1996/6715.
- **STS 23 septiembre 1996.** RJ 1996/6721.
- **STS 20 noviembre 1996.** RJ 1996/8371.
- **STS 1 febrero 1997.** RJ 1997/672.
- **STS 11 octubre 1997.** RJ 1997/7072.
- **STS 21 noviembre 1997.** RJ 2007/2619.
- **STS 31 enero 1998.** RJ 1998/121.
- **STS 27 abril 1998.** RJ 1998/2933.
- **STS 30 mayo 1998.** RJ 1998/4076.
- **STS 30 mayo 1998.** RJ 1998/4077.
- **STS 13 noviembre 1998.** RJ 1998/8742.
- **STS 16 diciembre 1998.** RJ 1998/9640.
- **STS 18 junio 1999.** RJ 1999/4478.
- **STS 13 octubre 1999.** RJ 1999/8157.
- **STS 9 febrero 2000.** RJ 2000/323.
- **STS 10 febrero 2000.** RJ 2000/789
- **STS 1 marzo 2001.** RJ 2001/3071.
- **STS 8 octubre 2001.** RJ 2001/7547.
- **STS 30 noviembre 2001.** RJ 2002/9693.
- **STS 28 febrero 2002.** RJ 2002/2102.
- **STS 13 julio 2002.** RJ 2002/5910.
- **STS 20 mayo 2004.** RJ 2004/3529.
- **STS 20 septiembre 2004.** JUR 2004/277965.
- **STS 7 junio 2005.** RJ 2005/4424.
- **STS 15 diciembre 2005.** RJ 2006/1223.
- **STS 21 marzo 2007.** RJ 2007/2619.
- **STS 24 octubre 2007.** RJ 2007/8258.
- **STS 16 diciembre 2009.** RJ 2010/702.
- **STS 1 julio 2010.** RJ 2010/6554.
- **STS 23 septiembre 2010.** RJ 2010/7296.
- **STS 4 noviembre 2010.** RJ 2010/8021.
- **STS 2 marzo 2011.** RJ 2011/1833.
- **STS 18 junio 2012.** RJ 2012/8857.
- **STS 9 mayo 2013.** RJ 2013/3088.
- **ATS 3 junio 2013.** RJ 2013/3617.
- **STS 12 marzo 2014.** RJ 2014/1486.
- **STS 15 abril 2014.** RJ 2014/3122.

#### **Tribunales Superiores de Justicia de Comunidades Autónomas**

- **STSJ Andalucía 19 abril 2013.** AC 2013/1718.
- **STSJ Comunidad Valenciana 7 mayo 2013.** RJ 2013/6385.

#### **Audiencias provinciales**



- **SAP Madrid 21 febrero 1994.** AC 1994/302.
- **SAP Baleares 14 julio 1994.** AC 1994/1291.
- **SAP Zaragoza 21 noviembre 1995.** AC 1995/2550.
- **SAP A Coruña 2 de mayo 1996.** AC 1996/862.
- **SAP Burgos 6 febrero 1997.** AC 1997/233.
- **SAP Madrid 1 junio 1998.** AC 1998/1515.
- **SAP Córdoba 4 marzo 1998.** AC 1998/409.
- **SAP Asturias 23 julio 1998.** AC 1998/1376.
- **SAP Palencia 4 noviembre 1998.** AC 1998/2318.
- **SAP La Coruña 15 octubre 1999 .**AC 1999/2034.
- **SAP Castellón 18 enero de 2000.** AC 2000/2664.
- **SAP Murcia 1 febrero 2000.** AC 2000/774.
- **SAP Murcia 31 marzo 2000.** AC 2000/1282.
- **SAP Alicante 17 abril 2000.** AC 2000/1746.
- **SAP Castellón 25 abril 2000.** AC 2000/1096.
- **SAP Madrid 23 mayo 2000.** AC 2001/1356.
- **SAP Zamora 6 septiembre 2000.** AC 2000/2556.
- **SAP Islas Baleares 6 noviembre 2000.** JUR 2001/28805.
- **SAP Murcia 25 enero 2001.** JUR 2001/100867.
- **SAP Madrid 27 septiembre 2001.** JUR 2002/10881.
- **SAP Asturias 27 diciembre 2001.** JUR 2002/59890.
- **SAP Barcelona 18 enero 2002.** JUR 2002/110887.
- **SAP Barcelona 30 marzo 2002.** AC 2002/996.
- **SAP Madrid 1 junio 2002.** JUR 2002/209501.
- **SAP A Coruña 22 octubre 2002.** AC 2003/40.
- **SAP Alicante 19 noviembre 2002.** JUR 2003/53559.
- **SAP Barcelona 27 diciembre 2002.** JUR 2003/165775.
- **SAP Valladolid 22 febrero 2003.** JUR 2003/85307.
- **SAP Islas Baleares 17 marzo 2003.** AC 2003/1624.
- **SAP Cantabria 15 de abril 2003.** JUR 2003/204145.
- **SAP Madrid 17 julio 2003.** AC 2003/1985.
- **SAP Córdoba 18 julio 2003.** AC 2003/1419.
- **SAP Zaragoza 16 septiembre 2003.** AC 2003/1507.
- **SAP Navarra 1 octubre 2003.** JUR 2003/270307.
- **SAP Madrid 16 febrero 2004.** AC 2004/1224.
- **SAP Madrid 15 abril 2004.** JUR 2004/247894.
- **SAP Madrid 26 abril 2004.** AC 2004/1201.
- **SAP Asturias 9 julio 2004.** AC 2004/1163.
- **SAP Cádiz 8 noviembre 2004.** JUR 2005/147976.
- **SAP Murcia 15 diciembre 2004.** AC 2005/275.
- **SAP Madrid 2 enero 2005.** JUR 2005/38290.
- **SAP Sevilla 19 enero 2005.** JUR 2005/75907.
- **SAP Badajoz 21 febrero 2005.** JUR 2005/73845.
- **SAP Granada 7 marzo 2005.** AC 2005/1006.
- **SAP Madrid 16 marzo 2005.** JUR 2005/107840.
- **SAP Cantabria 14 abril 2005.** AC 2005/1832.
- **SAP Barcelona 2 mayo 2005.** JUR 2005/171394.

- **SAP Las Palmas 6 mayo 2005.** JUR 2005/157026.
- **SAP Madrid 11 mayo 2005.** AC 2005/832.
- **SAP Madrid 8 septiembre 2005.** AC 2005/1554.
- **SAP Cádiz 19 septiembre 2005.** JUR 2006/30429.
- **SAP Valencia 3 octubre 2005.** AC 2005/1914.
- **SAP Cantabria 18 octubre 2005.** JUR 2005/273362.
- **SAP Valencia 22 diciembre 2005.** JUR 2006/101217.
- **SAP Barcelona 12 enero 2006.** JUR 2006/227967.
- **SAP Asturias 17 enero 2006.** AC 2006/13.
- **SAP Badajoz 20 febrero 2006.** AC 2006/2039.
- **SAP Madrid 21 febrero 2006.** AC 2006/833.
- **SAP Madrid 2 marzo 2006.** AC 2007/64.
- **SAP Madrid 29 marzo 2006.** AC 2006/954.
- **SAP Almería 31 mayo 2006.** JUR 2006/279943.
- **SAP Murcia 30 octubre 2006.** JUR 2007/61698.
- **SAP Santa Cruz de Tenerife 7 febrero 2007.** JUR 2007/154520.
- **SAP Asturias 12 febrero 2007.** JUR 2007/80797.
- **SAP Asturias 22 febrero 2007.** JUR 2007/20442.
- **SAP Madrid 3 mayo 2007.** AC 2007/898.
- **SAP Murcia 28 mayo 2007.** JUR 2007/303395
- **SAP Asturias 14 junio 2007.** JUR 2007/300897.
- **SAP Jaén 23 octubre 2007.** JUR 2008/46921).
- **SAP Asturias 29 octubre 2007.** JUR 2008/57422..
- **SAP Barcelona 21 diciembre 2007.** JUR 2008/108402.
- **SAP Asturias 24 enero 2008.** AC 2008/514.
- **SAP Ávila 25 enero 2008.** JUR 2008/132208.
- **SAP A Coruña 19 febrero 2008.** AC 2008/857.
- **SAP Santa Cruz de Tenerife 3 marzo 2008.** JUR 2008/165408.
- **SAP Málaga 6 marzo 2008.** AC 2008/1274.
- **SAP Sevilla 30 abril 2008.** AC 2008/2252.
- **SAP Madrid 6 junio 2008.** AC 2008/1540.
- **SAP Valencia 11 febrero 2009.** JUR 2009/262626.
- **SAP Madrid 6 marzo 2009.** JUR 2009/208887.
- **SAP Valencia 11 septiembre 2009.** JUR 2009/262626.
- **SAP Madrid 8 febrero 2010.** AC 2010/829.
- **SAP Cáceres 7 junio 2010.** AC 2010/1244.
- **SAP Santa Cruz de Tenerife 11 octubre 2010.** AC 2011/1121.
- **SAP Alicante 22 marzo 2011.** AC 2011/452.
- **SAP Murcia 16 junio 2011.** JUR 2011/265639.
- **SAP Badajoz 3 octubre 2011.** AC 2011/2219.
- **SAP Sevilla 7 octubre 2011.** AC 2011/1569.
- **SAP Navarra 12 diciembre 2011.** JUR 2012/85918.
- **SAP Barcelona 19 diciembre 2011.** AC 2012/251.
- **SAP Valencia 13 enero 2012.** AC 2012/608.
- **SAP Barcelona 16 febrero 2012.** AC 2012/376.
- **SAP Castellón 26 marzo 2012.** AC 2012/797.
- **SAP Cáceres 24 abril 2012.** JUR 2012/154622.

- **SAP Girona 29 junio 2012.** JUR 2012/291292.
- **SAP Asturias 26 julio 2012.** JUR 2012/295932.
- **SAP Zamora 22 enero 2013.** JUR 2013/87420.
- **SAP Pontevedra 18 febrero 2013.** JUR 2013/126938.
- **SAP Valencia 8 noviembre 2013.** JUR 2014/79794.
- **SAP Ciudad Real 10 febrero 2014.** JUR 2014/64988.
- **SAP Asturias 25 febrero 2014.** AC 2014/345.
- **SAP Jaén 18 marzo 2014.** JUR 2014/132573.
- **SAP Jaén 27 marzo 2014.** AC 2014/490.
- **SAP Jaén 30 abril 2014.** JUR 2014/196716.
- **SAP Barcelona 9 mayo 2014.** AC 2014/697.

#### **Juzgados de Primera Instancia.**

- **SJPI Madrid 25 octubre 2002.** AC 2003/263.
- **SJPI Palma de Mallorca 27 noviembre 2002.** AC 2003/361.

#### **Juzgados de lo Mercantil.**

- **SJM Alicante 3 enero 2005.** AC 2005/36.

#### **Juzgados de lo Contencioso Administrativo.**

- **SJCA Oviedo 27 enero 2005.** RJCA 2005/153.

#### **Tribunal de Defensa de la Competencia**

- **RTDC 21 julio 2004.** (AC 2004/1781).

### **Jurisprudencia del Reino Unido**<sup>452</sup>

- *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Company* [1892] EWCA Civ 1.
- *Spurling v. Bradshaw* [1956] 1WLR 461, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1956/3.html>
- *George Mitchell (Chesterhall) Ltd. v Finney Lock Seeds Ltd.* [1982] EWCA Civ 5, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1982/5.html>.
- *R&B Customs Brokers Company Ltd v United Dominions Trust Ltd* [1987] EWCA Civ 3, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/1987/3.html>.
- *Walford v Miles* [1992] 1 All ER 453.
- *Director General of Fair Trading v First National Bank* [2001] UKHL 52, disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2001/52.html>.
- *Picardi v. Cuniberti* [2002] EWHC 2923 (QB).
- *Lovell Projects Ltd v. Legg and Carver* [2003] 1 BLR 487.

---

<sup>452</sup> El funcionamiento de los enlaces a páginas web que contiene este listado fue consultado el 3 de mayo de 2014.

- *Bairstow Eves London Central Ltd v Darlington* [2004] EWHC 263, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2004/263.html> (consulta: 03/05/2014).
- *Bryen & Langley Ltd v Boston* [2005] EWCA Civ 973, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2005/973.html>.
- *Office of Fair Trading v Foxtons Ltd* [2009] EWHC 1681 (Ch), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2009/1681.html>.
- *Office of Fair Trading v Abbey National Plc & 7 Ors* [2008] EWHC 875 (Comm), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2008/875.html>.
- *Office of Fair Trading v Abbey National plc* [2009] EWCA Civ 116, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2009/116.html>.
- *Office of Fair Trading v Abbey National plc & Ors* [2009] UKSC 6, disponible en: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2009/6.html>.
- *UK Housing Alliance Ltd. v Francis* [2010] EWCA Civ 117, disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2010/117.html>.
- *Office of Fair Trading v Ashbourne Management Services* [2011] EWHC 1237 (Ch), disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2011/1237.html>.

## Jurisprudencia de los Estados Unidos de América<sup>453</sup>

- *Scott v. United States*, 79 U.S. (12 Wall.) 443, 445, 20 L. Ed. 438 (1870).
- *Hume v. United States*, 132 U.S. 406 (1889).
- *Munson v. Straits of Dover S.S Co.*, 102 F. 926, 928 (2d Cr. 1900).
- *Priebe & Sons, Inc. v. United States*, 332 U.S. 407 (1947).
- *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).
- *Southwest Engineering Company v. United States*. 341 F. 2d 998 (1965).
- *Williams v. Walker-Thomas Furniture Co.* 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965), disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/350/445/74380/>.
- *Security Safety Corp. v. Kuznicki*, 350 Mass. 157 (1966).
- *Harr v. Allstate Insurance Co.*, 54 N.J. 287 (1969).
- *Massey v. Love*, 478 P.2d 948 (1970).
- *Weaver v American Oil Co*, 257 Ind, 458, NE2d 144, (1971).
- *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U. S. 1 (1972).
- *Wille v. Southwestern Bell Tel. Co.*, 549 P. 2d 903, 219 Kan. 755, (1976)
- *Pharmacy Bd. v. Va. Consumer Council*, 425 U.S. 748 (1976).
- *Industralease Automated & Scientific Equipment Corp. v. R. M. E. Enterprises, Inc.*, 58 A.D.2d 482, 396 N.Y.S.2d 427 (1977).
- *Bank of Indiana, Nat. Ass'n v. Holyfield*, 476 F. Supp. 104 - Dist. Court, SD Mississippi (1979).
- *Hallowell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co.*, 443 A.2d 925 (1982).
- *A & M PRODUCE CO. v. FMC Corp.*, 135 Cal.App.3d 473 (1982).
- *HMO SYSTEMS v. Choicecare Health Services*, 665 P.2d 635 (1983).

<sup>453</sup> El funcionamiento de los enlaces a páginas web que contiene este listado fue consultado el 3 de mayo de 2014. En todo caso, las sentencias pueden ser consultadas en las siguientes páginas web: <http://law.justia.com>, <http://lp.findlaw.com/> y <http://scholar.google.com/>.

- Resource Management Co. v. Weston Ranch, 706 P.2d 1028 (1985).
- Conoco Inc. v. Inman Oil Co., Inc., 774 F.2d 895 (1985).
- John Deere Leasing Co v Blubaugh, 636 F Supp 1569, (D Kan 1986).
- Best v. United States National Bank of Oregon, 739 P.2d 554 (1987), disponible en: <http://law.justia.com/cases/oregon/supreme-court/1987/303-or-557.html>.
- Leeber v. Deltona Corp., 546 A.2d 452 (1988).
- Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute, 499 U.S. 585, 600 (1991).
- Patterson v. ITT Consumer Financial Corp., 14 Cal.App.4th 1659 (1993).
- Sosa v. Paulos, 924 P.2d 357 (1996).
- *ProCD v. Zeidenberg* 86 F.3d 1447 (7th Circuit 1996), disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1405266.html>.
- Teleserv Sys., Inc. v. MCI Telecomms. Corp., 230 A.D.2d 585 (1997).
- *Hill v. Gateway 2000*, 105 F.3d 1147 (7th Circuit 1997), disponible en <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/105/1147/598523/>.
- Arnold v. United Companies Lending Corp., 511 S.E.2d 854 (1998).
- Brower v. Gateway 2000, 246 A.D.2d 246 (1998).
- Seus v. John Nuveen & Co., Inc., 146 F.3d 175 (1998).
- Harris v. Green Tree Financial Corp., 183 F. 3d 173 (1999).
- Rosenberg v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 170 F. 3d 1 (1999).
- Armendariz v. Foundation Health Psych Care Services, inc., 99 Cal.Rptr.2d 745 (2000).
- American General Finance, Inc. v. Branch, 793 S2d 738 (2000).
- Ticknor v. Choice Hotels Intern., Inc., 265 F.3d 931 (2001).
- America Online, Inc., v. Superior Court. 108 Cal.Rptr.2d 699 (2001).
- Burch v. Dist. Ct., 49 P. 3d 647 (2002).
- Comb v. PayPal, Inc., 218 F.Supp.2d 1165 (2002).
- East Ford, Inc. v. Taylor, 826 So. 2d 709 (2002).
- Ting v AT&T, 182 F Supp 2d 902, 929 (ND Cal 2002).
- Szetela v. Discover Bank. 118 Cal.Rptr.2d 862 (2002).
- Mandel v. Household Bank, 129 Cal. Rptr, 2d 393 (Ct. App 2003).
- Alexander v. Anthony Intern., 341 F.3d 256 (2003).
- Repair Masters Const., Inc. v. Gary, 277 S.W.3d 854 (2009).
- Monex Deposit Co. v. Gilliam, 671 F. Supp. 2d 1137 (2009).