

CLAUSULAS ABUSIVAS, CLAUSULAS PREDISPUES- TAS Y CONDICIONES GENERALES

Jesús Alfaro Aguila-Real
Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de La Rioja

SUMARIO: I. INTRODUCCION: La delimitación del ámbito de aplicación de la legislación de protección de los consumidores en el ámbito de la contratación. II. EL CONCEPTO DE "CLAUSULA ABUSIVA" COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEGISLACION DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO DE LA CONTRATACION: La noción de cláusula abusiva contenida en el artículo tres de la directiva 13/93. III. CLAUSULAS PREDISPUES- TAS Y CONDICIONES GENERALES EN LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION DE 1998.

I. INTRODUCCION.

1. A lo largo de los años setenta se extendió en Europa la convicción de que era necesario legitimar a los jueces para efectuar un control del contenido de aquellos contratos en los que se venía observando, sistemáticamente, la presencia de abusos, esto es, la presencia de cláusulas que imponían a una de las partes condiciones onerosas o liberaban a la otra de sus obligaciones contractuales más elementales¹. La elaboración de una legislación que fuera eficaz y, al mismo tiempo, sistemáticamente coherente, se enfrentó a dos problemas fundamentales². Por un lado, a la búsqueda de un sistema que permitiera delimitar con acierto y precisión el ámbito de aplicación de esta regulación excepcional³.

(1) V., para lo que sigue, A. SANCHEZ ANDRES, "El control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comparado: panorama legislativo", RDM 1980, pp 398 ss; J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid 1991, p 111 ss.

(2) V., MENENDEZ *laudatio* del profesor Ulmer, en RDM 209 (1993) p 999 ss.

(3) No puede olvidarse que, de lo que se trata, es de derogar una regla constitucional del Derecho privado como es el *pacta sunt servanda* y hacerlo no para casos específicos -como ordena, por ejemplo, nuestro Código civil para los pactos usurarios u otros contrarios a la moral o el orden público- sino para toda una clase de acuerdos contractuales.

Por otro, a la búsqueda de un criterio de enjuiciamiento del carácter incorrecto o abusivo de una cláusula contractual. Esta segunda cuestión se resolvió con relativa facilidad recurriendo al Derecho dispositivo⁴. La primera, sin embargo, no recibió una respuesta unánime en las distintas legislaciones. Algunos países optaron por someter a control del contenido todos los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor y otros optaron por someter a control del contenido los contratos celebrados conforme a condiciones generales⁵. Los primeros habían de definir, pues, lo que entendían por consumidor. Los segundos, lo que entendían por condiciones generales.

Ninguno de los dos conceptos son difíciles de definir⁶. Los problemas que plantean son, más bien, de política legislativa. En particular, se trata de decidir sobre la idoneidad de uno y otro concepto para “seleccionar” adecuada y racionalmente la “porción” del tráfico contractual que merece y debe ser sometido a control. El

(4) Naturalmente, aunque este extremo no ha sido siempre adecuadamente comprendido, el término de comparación que nos permite afirmar el carácter abusivo de una regulación contractual concreta se encuentra en el Derecho dispositivo, esto es, en la regulación legal o usual que sería aplicable al contrato de no existir esa regulación que ahora calificamos de abusiva (artículo 1258 del Código civil). Cuando las legislaciones repiten (art. 10.1 c) LCU) que son abusivas y, por ende, nulas, las cláusulas contrarias a la buena fe, están, simplemente, afirmando que son abusivas las cláusulas que derogan el Derecho dispositivo sin justificación. Naturalmente, si la cuestión regulada por la condición general no lo está en el Derecho supletorio, habrá que proceder de la misma forma que procedería el juez que ha de resolver un litigio contractual si el contrato carece de una previsión al respecto. Sobre este punto, en particular, insiste con razón J. M^a. MIQUEL, “Consideraciones sobre las condiciones generales de los contratos” *Estudios Menéndez*, IV, Madrid 1996, p 4954-55.

(5) Algunos Estados limitaron el control a los contratos entre empresarios y consumidores que se hubieran celebrado conforme a condiciones generales. Así, por ejemplo, nuestra ley de consumidores (v., art. 10). Por el contrario, en la ley de contrato de seguro, se optó por someter a control todas las condiciones generales de seguro con independencia de que el tomador del seguro fuera un consumidor o un empresario.

(6) Un consumidor es alguien que actúa en el mercado y frente a un empresario o profesional con el objeto de satisfacer sus necesidades personales o familiares (v., art. 10 LCU). Condiciones generales son cláusulas predispuestas para ser utilizadas en una pluralidad de contratos y que se incorporan a cada contrato por iniciativa exclusiva de una de las partes. Respecto de ambos conceptos v., ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, p 111 ss.

debate ha reverdecido con ocasión de la promulgación de la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos concluidos con consumidores⁷ y, en nuestro país, con la ley de condiciones generales de la contratación que incorpora esta Directiva a nuestro Derecho. En las páginas que siguen examinaremos la opción por la que ha optado la ley española. Brevemente descrito, ésta consiste en elaborar una ley de condiciones generales y una ley de cláusulas abusivas en contratos con consumidores. Trataremos de argumentar que la opción elegida no parece acertada ni desde el punto de vista sistemático, ni desde la finalidad perseguida por la norma comunitaria.

II. EL CONCEPTO DE “CLAUSULA ABUSIVA” COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL AMBITO DE APLICACION DE LA LEGISLACION DE PROTECCION DE LOS CONSUMIDORES EN EL AMBITO DE LA CONTRATACION: La noción de cláusula abusiva contenida en el artículo tres de la directiva 13/93.

1. Como hemos señalado, una primera opción legislativa consistió en someter a control todos los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor para declarar sin valor las “cláusulas abusivas”. La noción de “cláusula abusiva” procede del Derecho francés⁸ y a través de éste ha encontrado acogida en el “vocabulario” del Derecho comunitario, que titula la Directiva correspondiente como Directiva “sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”. Como hemos adelantado, también, su utilización plantea muchos problemas. Fundamentalmente, su inidoneidad para servir de base a la delimitación del ámbito de aplicación de un derecho “especial” como el que se pretende poner en vigor con la Directiva.

(7) DOCE 21 de mayo 1993 L 95. Al respecto, v., entre nosotros, la minuciosa exposición de A. EMPARANZA, “La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, RDM 213(1994) pp 461 ss; v., también, J. DUQUE DOMINGUEZ, “Consideraciones introductorias sobre la Directiva comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria”, *Estudios Verdera*, Madrid 1994, I, p 651 ss que recoge detalladamente las distintas versiones de la Directiva; una descripción del contenido de la Directiva se encuentra en M. GARCIA AMIGO, “Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros” en *Estudios Verdera*, p 909 ss.

(8) V., artículo 1 de la ley de 1 de febrero de 1995. J. GHESTIN/I. MARCHESSAUX, “L’applicazione in Francia della Direttiva rivolta ad eliminare le clausole abusive”, en BIANCA/ALPA (dirs.), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996 p 53 ss.. esp p 74.

2. En efecto, una cláusula es “abusiva” -según el artículo 3.1 de la Directiva- cuando su contenido implica un “*desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes*” lo que significa que cualquier cláusula contractual puede ser, en principio, calificada como abusiva. Consiguientemente, el concepto no nos sirve, en absoluto, para seleccionar, dentro de todo el tráfico contractual el ámbito en el que el legislador desea concentrar el control. Someter a control las “cláusulas abusivas” implica someter a escrutinio *todas las cláusulas utilizadas en el tráfico* sin limitación alguna, porque todas ellas son susceptibles *prima facie* de contener una regulación abusiva. Y ello es así porque el carácter abusivo de una cláusula hace referencia, no a su naturaleza, sino a su *contenido*. De ahí que, utilizada en su significado vulgar, implique acabar con la libertad contractual suprimiendo la vigencia de los principios fundamentales del Derecho contractual en todos los países europeos: eficacia vinculante de los contratos, libertad de pactos, respeto y protección legal para los acuerdos celebrados entre particulares y renuncia por parte del Estado a someter a una valoración heterónoma las decisiones adoptadas libremente por los particulares, etc. La gravedad de semejante transformación no se oculta. La autonomía privada y la libertad contractual tienen un carácter central en nuestro Derecho privado como expresión del derecho de todo ciudadano al “libre desarrollo de la personalidad” (art. 10 CE) que prohíbe al Estado fijar los fines que han de perseguir los individuos, los valores que han de orientar sus vidas o los medios que han de utilizar para conseguirlos. La libertad contractual garantiza que el principal vehículo del que disponen los particulares para perseguir sus fines vitales (el contrato como medio de articulación de los intercambios con otros ciudadanos igualmente libres), será objeto de protección y respeto por parte de los poderes públicos. Las consecuencias de este planteamiento desde el punto de vista constitucional nos parecen bastante claras: las intervenciones estatales en el ámbito de la libertad individual han de estar justificadas y han de ser adecuadas al fin perseguido con la intervención y proporcionadas, es decir, justificadas también en el sentido de que no existía una medida menos intensa a disposición del legislador para lograr el fin perseguido con la limitación⁹.

(9) V., K.W. CANARIS, “Verfassungs- und europarechtliche Aspekte da Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft”, en *Festschrift Lerche*, Munich 1993, p 873 ss; W. ZÖLLNER, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, Colonia 1996, p 20 ss. V., también, M. ARAGON, “Las fuentes. En particular el problema de los estatutos de los Bancos y de las circulares del Banco de España” en R. GARCIA VILLAVERDE, (Dir), *Contratos bancarios*, Madrid 1992, pp 39-41). Compárese con la concepción francesa de la materia que se refleja en el trabajo citado en la nota anterior. Véase también cómo la versión original del Anteproyecto no limitaba en absoluto el control -que extendía a cualquier cláusula que se utilizase entre un consumidor y un empresario- lo que hacía, probablemente, inconstitucional, la norma correspondiente: v., al respecto, RODRIGUEZ ARTIGAS, *Derecho de los negocios*, 8 (1997) n° 86 p 10 que califica tal protección como “excesiva”.

3. La situación no mejora por el hecho de que se afirme que sólo quedan sometidos a control las cláusulas abusivas contenidas en los contratos entre un empresario y un consumidor. Naturalmente, se trata de una restricción artificial. No se ve, en efecto, por qué la misma cláusula ha de calificarse como abusiva si el contratante tiene la condición legal de consumidor y ha de calificarse como no abusiva si el contratante que “la sufre” es un empresario o profesional. La restricción es, además, insuficiente. No consigue salvar la regulación. Las mismas objeciones que acaban de referirse a las cláusulas abusivas en general se aplican aunque sólo se controlen los contratos entre empresarios y consumidores. Supone una restricción estatal tan intensa de la libertad contractual que habría de considerarse derechamente inconstitucional¹⁰.

En este sentido, no constituye una justificación constitucionalmente suficiente para controlar el contenido de todos los contratos celebrados entre un empresario y un consumidor el hecho de que una de las partes -el empresario- sea, normalmente, más rico que el consumidor. El hecho de que el empresario posea, normalmente, mayor riqueza que el consumidor no implica, en absoluto, que pueda “abusar” de tal poder e imponer condiciones inicuas a la contraparte: no hay un “sometimiento estructural” del consumidor al empresario en nuestras economías de mercado¹¹. Creer tal cosa supone desconocer la protección que el mercado brinda al consumidor. El empresario -por muy poderoso económicamente que sea- perderá su clientela si trata de imponerle condiciones inicuas porque los consumidores siempre podrán dirigirse a la competencia que estará deseosa de ofrecerle los mismos bienes en mejores condiciones. Por tanto, si un empresario logra que los consumidores celebren con él contratos en condiciones claramente desfavorables para los consumidores habrá que afirmar, bien que se trata de un

(10) Estas críticas se recogen detalladamente en EMPARANZA, RDM 213(1994) p 464.

(11) Con razón, en su acerada crítica de la versión inicial de la directiva, BRANDNER/ULMER, “EG-Richtlinie über missbrauchliche Klauseln in Verbräucherverträgen”, BB 1991, p 701 ss p 704; también muy crítico con el concepto de “situaciones de desigualdad” como criterio para justificar limitaciones legales o jurisprudenciales a la libertad contractual, ZÖLLNER, *Privatrechtsgesellschaft*, p 35 ss.

empresario monopolista (más rico o más pobre), bien, que en el ámbito de la contratación de que se trate existe algún tipo de “fallo” del mercado que impide que la competencia cumpla con su función “protectora” de los consumidores¹². Al margen, naturalmente, de que la misma “superioridad económica” se plantea en las relaciones entre un empresario poderoso y rico y un pequeño y pobre empresario.

4. Conscientes de la gravedad de esta objeción, los que defienden la utilización del concepto de cláusula abusiva han de añadir nuevas restricciones al concepto para que no amplíe desmesuradamente el control del contenido. Y lo hacen afirmando que cláusulas abusivas no son todas aquéllas cuyo contenido sea desequilibrado, ni tampoco aquéllas que, teniendo tal contenido, se han incluido en un contrato celebrado con un consumidor sino aquéllas que, cumpliendo ambos requisitos, *no han sido objeto de negociación individual*.

Obsérvese que, con este paso, hemos abandonado ya el criterio del contenido para delimitar el objeto del control (cláusulas cuyo contenido resulte inaceptable) para adoptar un criterio relacionado con las *circunstancias que rodean la celebración del contrato*. La nueva restricción debe saludarse. Resulta, en efecto, mucho más coherente con el modelo de control del Derecho Privado tradicional. Desde la Codificación, por lo menos, la anulación de un negocio jurídico se ha justificado siempre por las circunstancias que rodean la celebración del contrato. No se controla el contenido pactado

(12) Una crítica a estas concepciones del Derecho de los consumidores puede verse en J. ALFARO, “Protección de los consumidores y Derecho de los contratos”, ADC 1994-II, pp 305-323. H. G. MANNE, “The Judiciary and Free Markets”, *Harvard J.L. & Public Policy*, 21(1997) p 11 ss., “To suggest that the contract should not be enforced because the buyer does not understand every provision in it is comparable to saying that the contract for the purchase of an automobile should not be enforceable because the buyer does not understand metallurgy or the physics of internal combustion engines or tire-road friction” p 34. V., no obstante, S. DIAZ- ALABART, “Actuación española en relación con la Directiva Comunitaria del 5.4.1993 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores” en ALPA/BIANCA, *Clausole abusive*, p 235 ss., p 247 nota 16, donde afirma que la competencia protege directamente a los comerciantes y sólo indirectamente a los consumidores y, a continuación, señala que la competencia no protege donde no la hay, como ocurre en el caso de empresas que disfrutan de un monopolio otorgado legalmente.

pero el ordenamiento trata de asegurar que el consentimiento de las partes ha sido otorgado de forma libre y voluntaria. Hablar de libertad contractual sin tal garantía significaría dar razón a los que afirmaban, por ejemplo, que también actúa voluntariamente la víctima de un delincuente cuando éste le da a elegir entre “la bolsa y la vida”¹³.

Pero la restricción, nuevamente, no resulta ni suficiente, ni coherente: *el hecho de que una cláusula haya sido negociada individualmente no es un indicio ni de su carácter equilibrado ni es una exigencia para que podamos afirmar que su aceptación ha sido producto de una decisión libre por parte del contratante*¹⁴. La negociación individual no garantiza al sujeto que “regatea” que lo esté haciendo sobre la base del conocimiento acerca de las condiciones que, alternativamente, podría obtener de otros vendedores. Por tanto, puede obtener condiciones más favorables de aquéllas sobre las que se inició el regateo pero, a lo mejor, mucho más desfavorables de las que podría obtener si le fuera posible, simplemente, comparar entre varias ofertas alternativas y transparentes. La confirmación de lo que se acaba de exponer puede remitirse a la experiencia privada del lector cuando realiza alguna compra en un mercado donde el regateo siga siendo (como antaño en los mercados más desarrollados) la forma de celebración de los contratos. El comprador resulta protegido si conoce suficientemente los precios y calidades de los objetos que se venden y absolutamente desprotegido en caso contrario. Evidente muestra de que lo que protege al consumidor no es la negociación, sino el funcionamiento (minimamente) transparente del mercado.

(13) V., R. EPSTEIN, “Unconscionability: a critical reappraisal”, *Journal of L. & Econ.*, 18 (1975) pp 293-315.

(14) V., ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, p 66 ss; ZÖLLNER, *Pri-vatrechtsgesellschaft*, p 44 nota 82; v., no obstante, DIAZ-ALABART, *Actuación*, p 248 nota 18 donde afirma que lo decisivo es precisamente “la imposibilidad de cambiar el contenido de esas condiciones si se pretende contratar”. A nuestro juicio, la protección del consumidor no se basa en tal posibilidad. El consumidor que celebra un contrato bancario o de seguro no trata (ni desea tratar) de convencer al banco o a la compañía de seguros para que cambie sus condiciones. Lo que protege al consumidor es la posibilidad de renunciar a contratar con tal compañía y acudir a la competencia que ofrezca mejores condiciones. Por tanto, en mercados desarrollados, no es la posibilidad de regatear lo que garantiza la protección del consumidor, sino la posibilidad de elegir o seleccionar la mejor oferta entre varias alternativas. La concepción contraria, que ve en el regateo y la negociación una garantía de equilibrio contractual está, no obstante, muy extendida v., con más indicaciones, por ejemplo, S. TROIANO, “L’ambito oggettivo di applicazione della Direttiva CEE del 5 aprile 1993: la nozione di clausula «non oggetto di negoziato individuale»” en BIANCA/ALPA (dirs) *Clauseole abusive*, p 587 ss., p 592.

5. Consecuentemente, tampoco esta noción distorsionada de cláusula abusiva parece aceptable. Se ensaya, entonces, una nueva restricción que puede obtenerse deformando ahora el concepto de cláusula abusiva como “cláusula no negociada individualmente”, que no incluye ya todas las cláusulas “no negociadas individualmente” sino sólo *las cláusulas desequilibradas incluidas en un contrato entre un empresario y un consumidor que no hayan sido objeto de negociación individual, que hayan sido predisuestas por el empresario y que, consecuentemente, hayan quedado incorporadas al contrato sin que el consumidor haya podido influir sobre su contenido*¹⁵. Nuevamente, la restricción ha de saludarse. El ámbito de aplicación del control del contenido (que declarará nulas las cláusulas desequilibradas) viene ahora determinado como sigue: el juez podrá someter a control aquellas cláusulas contractuales contenidas en contratos celebrados con consumidores cuando se trate de cláusulas predisuestas, es decir, redactadas con carácter previo a la celebración del contrato; que se incluyen en el contrato por iniciativa exclusiva del empresario y que el consumidor se limita a aceptar *in totum*. El problema es que, tras semejante transformación del concepto de “cláusula abusiva”, el control del contenido no se aplica ya a las “cláusulas abusivas”, sino que se aplica a las que podríamos llamar, *cláusulas predisuestas*. Estas son hermanas “cuasigemelas” de las condiciones generales de los contratos.

6. Pues bien, este es el concepto de “cláusula abusiva” contenido en la Directiva 13/93 y el proceso descrito fue también el largo y difícil camino que siguió desde los proyectos iniciales hasta su aprobación inicial por el Consejo de las comunidades en 1993.

(15) V., el artículo 3.2 de la Directiva 13/93. En la versión española, no se contiene esa relación causal entre el hecho de la predisposición y la imposibilidad para el consumidor de influir en su contenido, relación causal que sí se encuentra en las versiones alemana o italiana de la Directiva. V., al respecto, J. ALFARO, “Directivas a la carta”, *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n° 0.

Contra lo que parece anunciar su título (“*directiva sobre cláusulas abusivas*”), el objeto del control del contenido son las que, podríamos llamar, *cláusulas predisuestas*¹⁶.

En efecto, su artículo 3 reza como sigue: (1) *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.* (2) *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión...* La simple lectura del precepto transcrito nos permite deducir que, efectivamente, *son las cláusulas predisuestas e impuestas unilateralmente por el empresario las que resultan objeto del control* que la Directiva insta y no, como reza su título, las cláusulas abusivas¹⁷.

7. A nuestro juicio, la solución final adoptada en la Directiva debe aceptarse. El concepto de cláusula abusiva contenido materialmente en su artículo 3 delimita correctamente el ámbito de aplicación del control del contenido y respeta suficientemente la libertad contractual. La razón que justifica el control del contenido de las cláusulas predisuestas ha sido expuesta con gran brillantez en la Memoria que acompañaba al Borrador de ley de condiciones generales elaborado por el Ministerio de Justicia en 1992, donde podía leerse lo siguiente:

(16) Es más, la predisposición unilateral de un clausulado contractual para utilizarlo en un contrato concreto se produce, típicamente, en los casos en los que el predisponente está dispuesto a negociarlo. Cualquier jurista avezado en la práctica contractual estará de acuerdo con tal afirmación. Es en contratos empresariales de carácter singular en los que el proceso que conduce a su celebración se divide, por un lado, en negociar individualmente los elementos esenciales del mismo (el precio y la prestación) para dejar en manos de los asesores jurídicos la redacción del resto del contrato. Los asesores de una de las partes proponen entonces un clausulado -elaborado, normalmente, *ad hoc*- clausulado que los asesores de la otra parte enmendarán.

(17) Interpreta la Directiva en el mismo sentido, TROIANO, en BIANCA/ALPA, *Clausole abusive*, p 601: “ausencia de negociación debe entenderse como sinónimo de unilateralidad de la disciplina del contrato”. Los requisitos son dos: “que la contratación se produzca sobre la base de un texto preformulado, es decir, preexistente a la fase de celebración del contrato en sentido estricto y el segundo, que, como consecuencia de la redacción previa, el consumidor no haya podido influir sobre el contenido. Es de este segundo criterio de donde emerge la referencia a la unilateralidad de la determinación de la cláusula”

“El sentido del control del contenido que se articula a través de las previsiones comentadas no es otro que limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de modo que sólo pueda establecer un derecho que sería homologado por el legislador, es decir, un derecho que resulta coherente -para decirlo con las palabras del artículo 1258 del Código civil- con el Derecho dispositivo, los usos y la buena fe. Otro derecho, aunque pudiese ser homologado por la autonomía privada, ha de perecer, ya que en los contratos celebrados sobre la base de cláusulas predispuestas faltan precisamente las bases que permiten confiar a la autonomía privada la producción del reglamento contractual. En este sentido conviene precisar que lo que ha de juzgarse abusivo en un contrato integrado por cláusulas predispuestas nada tiene que ver con lo que merece esa consideración en un contrato negociado. Los patrones de enjuiciamiento son muy distintos en uno y otro sistema de contratos. Buena prueba de ello es que la mayoría de las cláusulas concretas que esta ley prohíbe no serían objetables en el seno de contratos negociados, precisamente porque estarían amparadas por la autonomía privada. Es el hecho de que se configuren unilateralmente por el empresario lo que las hace reprochables. Al que aspira a regular unilateralmente el contenido de un contrato en la conciencia de la falta de influencia de su contraparte sobre el mismo no le está permitido apartarse sin justificación de las normas y principios del Derecho dispositivo¹⁸.

En efecto, lo que justifica el control del contenido es, precisamente, que en las circunstancias de que se trate, *falta alguno de los elementos presupuestos por el legislador para remitir a los particulares la autorregulación de sus relaciones*. Y tal ocurre, con claridad, en el caso de las condiciones generales y los llamados contratos de adhesión, es decir, cuando las cláusulas han sido predispuestas e impuestas en el caso concreto¹⁹. Estas cláusulas han de ser objeto de un control del contenido, precisamente porque, por su carácter predispuesto y por su incorporación al contrato de forma unilateral, no hay garantía que, respecto de ellas, hayan funcionado

(18) Lo hemos tomado de J. ALFARO, “El anteproyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, Burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado”, RDBB 67 (1997) p 839 ss., p 897.

(19) v., ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, capítulo I.7.

correctamente los controles e incentivos que permiten predecir que el contenido de los contratos es, normalmente, justo. Sabemos que los contratos tienen un contenido “justo” porque, por regla general, si un contratante lo sintiera como injusto, simplemente, rechazaría firmarlo. En los contratos de adhesión, sin embargo, la predisposición de su contenido por el empresario le permite -además de obtener ciertas ventajas de racionalización- “colar de rondón” una regulación que, como ya señalara De Castro, no se atrevería a incluir en un contrato negociado individualmente. Porque cuando se trata de “letra pequeña”, el empresario puede confiar razonablemente en que el consumidor no se molestará en leer el clausulado. No lo hará porque no sería razonable hacerlo. Es esta falta de control “privado” la que explica por qué siguen existiendo tantas cláusulas desequilibradas en nuestra práctica mercantil²⁰ y la que justifica la intervención del legislador para asegurar la defensa de los derechos contractuales del que se adhiere a tales cláusulas.

III. CLAUSULAS PREDISPUESLAS Y CONDICIONES GENERALES EN LA LEY. DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION DE 1998.

1. Delimitado el ámbito de aplicación de la Directiva, procede ahora examinar si coincide o no con el manejado por la legislación española. Debe señalarse, al respecto, que el concepto utilizado tradicionalmente en nuestro Derecho para delimitar el ámbito de aplicación del control del contenido de cláusulas contractuales ha sido el de condiciones generales.

La ley de contrato de seguro dedica, como es sabido, su artículo 3° al problema de las *condiciones generales* e intentó encontrar una solución ciertamente original al ordenar a la Administración supervisora de las Entidades de Seguro el control de las condi-

(20) Como se ha señalado en repetidas ocasiones por la doctrina, esta falta de control “individual” por parte del consumidor concreto sería irrelevante si cupiera esperar que el “mercado” asegurara la protección de cada uno de los participantes. Tal ocurre, por ejemplo, cuando adquirimos un bien a un precio determinado en un establecimiento sin “regatear” con el vendedor y sin comparar dicho precio con el de otros establecimientos. Podemos estar tranquilos de que, normalmente, el precio pagado será semejante al que rige en otros establecimientos. La razón es obvia. Si el empresario nos cobrara un precio muy superior, se estaría arriesgando a perder una parte de su clientela (la formada por los compradores que sí “regatean” o, en la actualidad, que sí comparan precios antes de comprar). Tal amenaza protege así también a los compradores “negligentes”. Pero si no hay ningún consumidor que haga tal “trabajo” (en nuestro caso, si la generalidad de los que se adhieren a un condicionado general no leen las condiciones que firman), los empresarios no han de temer una pérdida de clientela por imponer condiciones abusivas y no se verán compe-

lidos a mejorar su contenido.

ciones generales de seguro de acuerdo con las resoluciones que dictara, sobre cláusulas en particular, el Tribunal Supremo²¹. La *Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LCU) utilizaba, igualmente, el concepto de condiciones generales para delimitar el ámbito de aplicación del control de la contratación que instauró, con carácter general en nuestro Derecho, su artículo 10. En efecto, el artículo 10.1 LCU se refería a las cláusulas “*condiciones o estipulaciones que, con carácter general, se apliquen a la oferta, promoción o venta de productos o servicios*” y el artículo 10.2 definía tales cláusulas “*condiciones o estipulaciones de carácter general*” como “*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*”. Aun con algunos errores justificadamente criticados por la doctrina²², la opción del legislador por el concepto de condiciones generales como criterio para delimitar el ámbito de aplicación de la legislación de control resultaba evidente. Lo propio cabe afirmar, por último, respecto de la Ley de arbitraje²³ cuyo artículo 5.2 regulaba la validez del convenio arbitral contenido en condiciones generales cuando afirma que “*si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación*”²⁴. Tanto el Anteproyecto de ley de 1984, el

(21) V., Aurelio MENENDEZ, “Introducción al estudio de las disposiciones generales (arts. 1-4) de la ley del contrato de seguro”, *Revista española de Seguros*, 1982, pp 5 ss.

(22) V., entre otros, J. DUQUE, “La protección de los intereses económicos de los consumidores” en *Estudios sobre consumo*, 4 (1984); ALFARO, *Condiciones generales*, p 115 ss; R. BERCOVITZ/J. SALAS (eds.) *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores v usuarios*, Madrid 1992, art. 10.2. comentado por COCA PAYERAS, pp 318 ss.

(23) Ley 36/88 de 5 de diciembre.

(24) Un contrato de adhesión no es más que un contrato celebrado conforme a condiciones generales. En el pasado se discutió con notable intensidad sobre los conceptos de “condiciones generales de los contratos”, “condiciones generales de la contratación” y “contratos de adhesión”, “contratos masa”, “contratos tipo” v., por ejemplo, M. GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Madrid 1969, pp 135 ss; J. GARRIGUES, *Contratos bancarios*, Madrid (2 ed. 1975) p 21 ss; F. DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, ADC 1961, pp 295 ss., y Madrid, 2ª ed. 1985, pero hoy se acepta generalizadamente que no hay diferencias sustanciales entre los conceptos citados. Para un repaso de la discusión, v., detalladamente, ALFARO, *Condiciones generales*, p 149 ss; v., también, M. PILAR PERALES, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia 1996, p 679 nota 64. Este es, también el concepto de “contrato de adhesión” que maneja la Directiva. La Directiva hace referencia al concepto de “contrato de adhesión” en su artículo 3.2 *in fine* para referirse, claramente, a contratos celebrados conforme a condiciones generales. La prueba de tal interpretación nos lo proporcionan las versiones inglesa o alemana de la Directiva. En Alemania y Gran Bretaña, el concepto de contrato de adhesión, de origen

francés, no caló nunca, de manera que se ha traducido por “vorformulierter Standardvertrag” y “preformulated standard contract”, es decir, contrato *estándar* predispuesto v., en este sentido, TROIANO, en BIANCA/ALPA *Clausole abusive*, pp 623-624.

de 1988 como el borrador de 1992²⁵, delimitaban su ámbito objetivo de aplicación mediante el recurso a la noción de condiciones generales y no mediante el recurso a la de “cláusula abusiva”.

2. La pregunta es, ahora, si el legislador español estaría incumpliendo la Directiva si continuara utilizando el concepto de condiciones generales en la ley de transposición. Para contestarla es necesario determinar qué diferencia una cláusula predispuesta de una condición general. La única diferencia entre ambos conceptos es que, para que estemos ante una cláusula predispuesta no es necesario que hubiera sido (pre)redactada para ser utilizadas en una pluralidad de contratos, como ha venido exigiendo, tradicionalmente, la doctrina y la legislación para el concepto de condición general, bastando que se hubieran prerredactado para ser utilizadas en un único contrato²⁶. Por tanto, salvo que el legislador “distorsionara” el concepto de condición general, eliminando el requisito de que se tratase de cláusulas predispuestas para ser utilizadas *en una pluralidad de contratos*, no cumpliría estrictamente la Directiva. Habría de elaborarse más bien una *ley de cláusulas predispuestas*. Obviamente, dado que se trata de una directiva de mínimos, no está obligado el legislador español a limitar el control a las cláusulas predispuestas utilizadas frente a consumidores y podría extenderlo a las cláusulas utilizadas en las relaciones entre empresarios.

3. Una ley de cláusulas predispuestas sería, no sólo coherente con la Directiva, sino coherente con un Derecho liberal de los contratos como el nuestro, en la misma medida que lo sería una ley de condiciones generales. Es probablemente correcto afirmar que el mismo problema de (falta de) libertad contractual se plantea cuando alguien se adhiere a un clausulado predispuesto *para un contrato* que cuando se adhiere a un clausulado predispuesto *para muchos contratos*. Aunque, a nuestro juicio, no es probable que alguien pre-disponga un clausulado contractual para utilizarlo en un sólo contrato con voluntad de no permitir que la contraparte pueda modificarlo (por lo que, en general, estaremos siempre ante condiciones generales), la precisión no resulta dañina.

(25) Los dos primeros fueron publicados en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia. El último ha sido publicado por C. LASARTE, *Principios de Derecho civil*, Tomo 3, Contratos, 4ª ed. Madrid 1996, p 85 ss.

(26) En sentido parecido, L. DIEZ-PICAZO, “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas” en DIEZ-PICAZO (Dir.) *Las condiciones generales de la*

contratación y cláusulas abusivas, Madrid 1996, p 29 ss., p 35; DUQUE, *Estudios Verderra*, p 661.

4. A la luz de cuanto se acaba de exponer, no se comprende qué justificación ha encontrado la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998 para adoptar un modelo tan extraño como el consistente en elaborar, simultáneamente, una ley de control de las cláusulas abusivas no negociadas individualmente (contenida en la disposición adicional primera de la ley, modificadora del artículo 10 de la ley general de defensa de los consumidores y usuarios de 1984) y una ley de control de las condiciones generales de los contratos²⁷.

5. Para que tal elección no fuera un completo sinsentido, ha tenido que usar un concepto de *cláusula abusiva* que se diferencie, en algún aspecto sustancial, del concepto de condición general. La diferencia la ha encontrado en que las primeras son cláusulas no negociadas individualmente, mientras las segundas son cláusulas predispuestas para ser utilizadas en una pluralidad de contratos por iniciativa exclusiva de una de las partes²⁸. Como hemos argumentado ya, el concepto de cláusula abusiva es, bajo tal formulación, escasamente idóneo para la finalidad de política legislativa perseguida, limita indebida y arbitrariamente la libertad contractual y, sobre todo, no se corresponde con el concepto de cláusula abusiva contenido en la Directiva.

(27) Un examen detallado del anteproyecto de ley, en lo que se refiere a su ámbito de aplicación, puede leerse en F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, "El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (A propósito de un Anteproyecto y Proyecto de ley, *Derecho de los negocios*, 8 (1997) n° 86, p. 1 ss. También este autor se muestra crítico respecto a la opción legislativa en p. 3.

(28) Así, en la Exposición de Motivos puede leerse "*Se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, conceptos que no tienen por qué coincidir. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente 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*". Un análisis detallado del concepto de condición general manejado por

el anteproyecto puede verse en RODRIGUEZ ARTIGAS, *Derecho de los negocios*, 8 (1997) n° 86, p 5 ss.

6. Pero, sobre todo, si el concepto de cláusula abusiva (entendida como cláusula desequilibrada no negociada individualmente) es más amplio que el concepto de condición general, *todas las condiciones generales cuyo contenido sea desequilibrado son cláusulas abusivas en el sentido de la ley* (v., art. 7.2 del proyecto de ley y el art. 10 bis 1 de la ley de consumidores en la redacción que le da el proyecto). *Por lo tanto, parece evidente que la ley de condiciones generales sobra*. El régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas se aplica ya a todas las condiciones generales, por lo que se duplica, innecesariamente, el régimen jurídico. La única justificación posible consiste en afirmar que la ley de cláusulas abusivas se aplica sólo a los consumidores, mientras que la ley de condiciones generales se aplica también a los empresarios, por lo que la ley de condiciones generales es necesaria para extender el régimen jurídico de las cláusulas abusivas a las utilizadas frente a empresarios. Pero para tal fin hubiera bastado con añadir una disposición a la ley de consumidores afirmando tal cosa²⁹.

(29) Una norma específicamente aplicable a las condiciones generales es necesaria para la regulación de la acción de cesación prevista en la Directiva a favor de las asociaciones de consumidores. De acuerdo con el artículo 7.2 de la Directiva, los Estados han de poner los medios para que cese el uso de cláusulas abusivas y, entre tales medios, deben figurar “disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, *redactadas con vistas a su utilización general*, tienen carácter abusivo”. El precepto transcrito muestra a las claras que se está refiriendo no a cláusulas predispuestas simplemente, sino a condiciones generales en sentido estricto. Recordemos que la diferencia entre ambos conceptos consiste, precisamente, en que hay condiciones generales cuando cláusulas predispuestas lo han sido para una pluralidad de contratos (v., supra, nota 24 y texto correspondiente). Así pues, en la ley de incorporación habría que reconocer la legitimación activa de las asociaciones de consumidores para interponer acciones de cesación contra -por lo menos- condiciones generales. No obstante, no hay inconvenientes insalvables para que se utilice, también en el ámbito de la acción de cesación, el concepto de cláusulas predispuestas, lo que parece deseable para evitar mayor complejidad terminológica. El problema se resuelve mediante el recurso a los requisitos generales para que se pueda ejercer una acción de cesación (v., F. PANTALEON, “La acción de cesación o de prohibición en la ley de competencia desleal”, *Estudios Menéndez*, I, Madrid 1996, p 953 ss). En general, el hecho de que se trate de condiciones generales permite suponer que su mera impresión es signo suficiente de la voluntad del empresario de utilizarlas en el tráfico, por lo que estarían cumplidos los requisitos para que se pudiera interponer la acción de cesación o prohibición de su uso. Por el contrario, en el caso de que se tratase de cláusulas predispuestas para un contrato concre-

to, el demandado -a semejanza de lo que ocurre en el Derecho de la competencia desleal- podría alegar que no hay peligro de repetición (de que vuelva a utilizar las mismas cláusulas en el futuro).

7. Lo más sorprendente es, sin embargo, que la ley *no quiere extender el control del contenido a las cláusulas abusivas o condiciones generales utilizadas frente a un empresario*, por lo que ni siquiera la justificación expuesta nos permite explicar la extraña configuración legal. El artículo 7.2 prevé que *el control del contenido se aplique exclusivamente a las cláusulas abusivas (sean condiciones generales o simplemente cláusulas no negociadas individualmente) empleadas frente a un consumidor, pero no a las condiciones generales empleadas frente a un empresario*. En efecto, el artículo 7.2 del Proyecto de ley afirma la nulidad de las “*condiciones generales que sean abusivas*” sólo “*cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor*”. Nuestra observación anterior queda, pues, sin respuesta. ¿qué lógica ha podido llevar al Proyecto de ley a duplicar la regulación?³⁰.

8. Podemos ya exponer algunas conclusiones:

a) La primera es que la extraña delimitación del ámbito de aplicación que hace la ley con una ley de condiciones generales y una nueva redacción del artículo 10 de la ley de consumidores tiene escasas consecuencias prácticas en lo que se refiere al Derecho sustantivo aplicable a las cláusulas predispuestas. Se modifica la ley hipotecaria, se crea el registro de condiciones generales y se legitima a las asociaciones para interponer acciones de cesación y retracción, pero *no se altera el régimen sustantivo al que se encuentran sometidas las condiciones generales en las relaciones entre empresarios*.

b) La segunda es que, en las relaciones *entre empresarios y consumidores, quedan sometidas a control todas las cláusulas que no hayan sido objeto de negociación individual*. Los autores del Proyecto no han recogido fielmente la Directiva y, aparentemente, el ámbito de aplicación de la legislación española es más amplio que el de la Directiva. La ley española se aplicaría a cualquier cláusula no negociada individualmente (aunque no hubiera sido predispuesta en el sentido de redactada anticipadamente) mientras que la

(30) Muestra igualmente su extrañeza, RODRIGUEZ ARTIGAS, *Derecho de los negocios*, 8 (1997) p 15.

Directiva, según hemos visto, se aplica sólo a las cláusulas predispuestas. Esta impresión es, sin embargo, engañosa. De acuerdo con el principio vigente en el Derecho comunitario que ordena la interpretación de la legislación nacional conforme con el Derecho comunitario, para interpretar la expresión “*estipulaciones no negociadas individualmente*” contenida en el nuevo artículo 10 bis 1 de la ley de consumidores, habrá que acudir al artículo 3.2 de la Directiva que define lo que ha de entenderse por una cláusula que “no se ha negociado individualmente” y, por tanto, entender que sólo estamos ante una cláusula así cuando “*haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido*”. La conclusión es, pues, meridianamente clara: *el objeto del control del contenido consagrado en la ley que comentamos es idéntico al de la Directiva, es decir, son objeto de control las cláusulas predispuestas que hubieran sido incorporadas al contrato de manera unilateral por el empresario*.

c) A efectos prácticos³¹, pues, los empresarios habrán de revisar sus condiciones generales de la contratación, esto es, los formularios contractuales que vengán utilizando en su relación con consumidores finales para asegurarse de que no contienen cláusulas que deroguen injustificadamente el Derecho supletorio que sería aplicable a la cuestión regulada en la condición general en perjuicio del consumidor. Pero no han de preocuparse, en absoluto, por aquellos formularios que utilicen en sus relaciones con otros empresarios. Pueden dejar para personas menos ocupadas las disquisiciones acerca de lo que sea una “cláusula prerredactada”, una cláusula “no negociada individualmente”, una cláusula en la que el consumidor “no haya podido influir” o un “contrato de adhesión particular”.

La pregunta que surge inmediatamente es si, como afirma el refrán castellano, hacían falta semejantes alforjas para este viaje. No deseo contestar a la pregunta, pero parece claro que, a menudo, los límites a los poderes del legislador no proceden sólo de la naturaleza física, sino también, de la naturaleza de las cosas.

(31) Respecto de otros problemas planteados por esta ley, en particular, el registro de condiciones generales de la contratación que instaura, v., ALFARO, RDBB 67 (1997) p 877 ss.