

# EL CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS EN EL DERECHO COMPARADO Y EUROPEO

## CONTENT CONTROL OF STANDARD TERMS IN BUSINESS-TO-BUSINESS CONTRACTS IN COMPARATIVE AND EUROPEAN LAW

MARÍA NATALIA MATO PACÍN

*Doctora en Derecho*

*Profesora Ayudante de Derecho Civil*

*Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 15.07.2015 / Aceptado: 31.07.2015

**Resumen:** La imposición de contenidos contractuales que conlleva la contratación mediante condiciones generales hace necesario que la parte adherente se vea protegida por controles específicos para los negocios jurídicos concluidos mediante este peculiar procedimiento de formación, como son el control de incorporación y el control material. En España, tan solo los contratos con consumidores entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido. Por el contrario, fuera de nuestras fronteras, diversos ordenamientos jurídicos contemplan de forma expresa al empresario adherente como sujeto susceptible de ser protegido frente a cláusulas desequilibradas o bien están inmersos en procesos de reforma de su Derecho privado en este sentido (Francia, Italia, Inglaterra, Alemania, Portugal y Holanda). La misma solución adoptan las propuestas más importantes de Derecho europeo de contratos (PECL, DCFR, Principios Acquis, CESL).

**Palabras clave:** condiciones generales de la contratación, contratos entre empresarios, cláusulas abusivas, Derecho comparado, textos europeos de Derecho de contratos.

**Abstract:** The use of standard contract terms entails the lack of a full freedom of negotiation. Due to this particular process of contractual formation, it becomes necessary to protect the weaker party – the adherent- against unfair clauses by means of an incorporation and a content control. Under Spanish regulation, only consumer contracts are subject to a content control. On the contrary, several European legal systems provide material protection against unfair terms included in business-to-business standard form contracts. In others, reform projects are being undertaken to review and extend that protection further than consumer contracts. Almost every European Contract Law projects, for their part, have taken the same wide approach to the control of business-to-business non negotiated terms.

**Keywords:** standard contract terms, business-to-business contracts, unfair terms, Comparative Law, European Contract Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. Una visión de derecho comparado. 1. Protección en el ordenamiento jurídico francés. A) Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. B) Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones. a) Protección mediante reglas contenidas en el *Code civil*. b) La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio. c) Reforma del Derecho de obligaciones. d) Breve recapitulación. 2. Protección en el ordenamiento jurídico italiano. A) *Codice Civile*: artículos 1341

y 1342. B) Codice del consumo: artículo 36.4 y el “derecho de regreso”. C) Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual. D) La perspectiva de una reforma del Libro IV del *Codice Civile*. 3. Protección en el ordenamiento jurídico inglés. A) Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999. B) Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: Unfair Contract Terms Act 1977. a) Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil. C) Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (*Law and Scottish Law Commission*): propuestas. 4. Protección en el ordenamiento jurídico alemán. A) Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la *AGB-Gesetz* de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002). B) Protección del empresario adherente. a) Cláusula general de buena fe y *Transparenzgebot* (§ 307.1 y 2 BGB). b) *Indiztheorie* (§§ 308 y 309 BGB). C) ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?. 5. Protección en el ordenamiento jurídico portugués. A) Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor. B) Protección al empresario adherente: LCCG. III. La protección al adherente empresario en los Textos europeos de Derecho de contratos. 1. De los PECL al DCFR, pasando por los Principios Acquis y el Proyecto de Pavía. A) Control de incorporación. B) Control de contenido. 2. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. El proceso de formación de los contratos mediante condiciones generales difiere del de los contratos negociados en un aspecto básico: la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral. Una de las partes –el adherente- no ha tenido oportunidad de participar en la determinación del contenido del contrato sino que éste le viene impuesto por su posición débil en el mismo frente al predisponente. No se puede decir, por lo tanto, que dicho contrato sea expresión de la libertad e igualdad de los contratantes, como lo sería un contrato negociado.

Esta idea del déficit de la autonomía de la voluntad, a nuestro juicio, no es exclusiva de los contratos de consumo. Con matices, también en contratos mediante condiciones generales entre empresarios se pueden producir problemas de desigualdad y también en estos contratos el adherente, empresario parte débil de la relación, puede estar necesitado de protección frente a contenidos abusivos que le son impuestos.

2. La regulación *ad hoc* prevista en nuestro ordenamiento jurídico y aplicable a estos contratos predispuestos entre empresarios de forma general –sin perjuicio de puntuales normas sectoriales- se limita a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC). Esta norma solo prevé a favor del empresario adherente un control de incorporación basado en los requisitos de cognoscibilidad y de transparencia en la redacción del clausulado (arts. 5 y 7). Este control de inclusión es de aplicación a los contratos mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente. Por lo tanto, consumidores y empresarios se ven protegidos por este filtro obligatorio para que las cláusulas formen parte del contrato. Y lo hacen sin diferencias en la regulación, es decir, sin que el nivel de tutela sea más intenso para los consumidores que para los empresarios adherentes. El control de incorporación se complementa, a su vez, con las reglas clásicas de interpretación en este tipo de contratos –regla de la prevalencia y, en especial por su importancia práctica, regla de interpretación *contra proferentem*- aplicables, también, a todo adherente. Por el contrario, el control de contenido de las cláusulas abusivas está reservado solo para los contratos con consumidores, sin que sea de aplicación a los contratos predispuestos entre empresarios. Así, en virtud del art. 8 LCGC, solo puede ser declarada la nulidad de condiciones generales en contratos en los que no interviene un consumidor en la medida en que se trate de cláusulas contrarias al Derecho imperativo, pero no por su contenido abusivo. El sentido de esta regulación, por otra parte, se consolida con la publicación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (RDL 1/2007, de 16 de noviembre), norma que vuelve a limitar de forma expresa a los contratos de consumo el ámbito de aplicación subjetivo de la nulidad por abusividad.

3. Como se aprecia, por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico no prevé ninguna especialidad para los contratos predispuestos entre empresarios respecto del régimen que sería aplicable a cualquier contrato negociado en lo que a control material se refiere. Solo se verían afectados, por tanto, por las normas imperativas o prohibitivas generales, esto es, por los límites generales a la autonomía de la voluntad contenidos en el art. 1255 Cc para todo contrato: Ley imperativa, moral y orden público. Y ello, a pesar del peculiar procedimiento de formación de los negocios jurídicos mediante condiciones generales, caracterizado, como decíamos, por un déficit de autonomía de la voluntad. Déficit que, por otra parte, no se ve compensado o equilibrado por la exigencia de un mero control de incorporación.

4. Esta situación, sin embargo, contrasta con la regulación del problema fuera de nuestras fronteras. El empresario adherente, parte débil de la relación jurídica no negociada, sí que se incluye en muchos ordenamientos como sujeto susceptible de ser protegido mediante un control material. De ahí que el análisis de estos diversos regímenes y su configuración resulte de gran interés para el estudio y justificación del control de contenido en los contratos mediante condiciones generales también entre empresarios. En este sentido, veremos a lo largo del trabajo cómo el estudio del Derecho comparado, primero, y de los Textos de Derecho europeo de contratos, después, sirve como refuerzo para el argumento a favor de la necesidad de tal control material en este tipo de contratos predispuestos, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico.

## II. Una visión de derecho comparado

5. Dado el enorme desarrollo de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales y el proceso unificador de las reglas del mercado y del contrato en el que está inmersa Europa, no es posible abordar, desde una perspectiva meramente nacional, la problemática que genera la cuestión de la tutela de este tipo de sujetos cuando se sitúan en la parte débil de la relación contractual.

6. La unificación de regímenes que pretendió en su momento la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se queda reducida a la contratación entre un profesional y un consumidor, excluyendo de su ámbito de aplicación la contratación entre sujetos que actúan dentro de su esfera comercial o de negocios. Como tendremos ocasión de analizar, el sistema elegido por cada ordenamiento jurídico para la regulación de esta disciplina presenta sus propias peculiaridades aunque se pueden diferenciar dos modelos generales en torno al sistema francés y al sistema alemán<sup>1</sup>. Mientras que el primero tiende a la protección del consumidor como única parte débil, la preocupación del segundo está centrada en poner coto al abuso de ciertas cláusulas contractuales que atentan contra el equilibrio contractual protegiendo a todo adherente, con independencia de que sea consumidor o profesional.

7. En las siguientes líneas pasaremos a estudiar los rasgos básicos de una serie de ordenamientos jurídicos vecinos en lo que a protección del empresario adherente se refiere. No se hace mención de todos los que, en el marco europeo, ofrecen una protección en este sentido<sup>2</sup> sino que se han elegido cinco

<sup>1</sup> P. NEBBIA., *Unfair contract terms in European Law, A study in Comparative and EC Law*, Oxford and Portland, Hart, 2007, p. 34.

<sup>2</sup> M. EBERS, "La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei Paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/12/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione", *Contratto e impresa/Europa*, anno XII, n° 1, gennaio-giugno 2007, pp. 696 – 733, clasifica en cuatro grupos a los Estados según su modelo de control de la abusividad: los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Suecia), que admiten un control de todos los contratos (también entre empresarios) y también de las cláusulas individualmente negociadas; los Estados que siguen la "teoría del coste de transacción" (Alemania, Portugal, Austria, Holanda, Hungría, Lituania, Eslovenia), que incluyen un control de todos los contratos pero sólo respecto a las condiciones generales; ordenamientos que circunscriben el control de contenido a los contratos con consumidores aunque también respecto de las cláusulas individualmente negociadas (Francia, Bélgica, Luxemburgo, República Checa, Letonia o Malta); Estados en los que el control de contenido se reduce a los contratos con consumidores y tan sólo a las cláusulas que no han sido objeto de negociación individual (España, Grecia, Irlanda, Italia, Reino Unido, Polonia, Eslovaquia y Chipre). Fuera de Europa, es de señalar el caso de Israel, que ya el 12 de febrero de 1964 aprueba su *Standard Contracts Law*, que recoge un control

Estados que se podrían organizar en torno a los dos modelos señalados y que, por las peculiaridades de su aproximación a la problemática, presentan un gran interés.

El orden elegido, por otra parte, no es aleatorio, estando escalonados estos Estados de menor a mayor protección: los casos francés e italiano comparten la ausencia de regulación expresa del control de contenido de los contratos entre empresarios —al menos hasta ahora, en el caso francés— mientras que, en el ordenamiento jurídico inglés, existe este control pero sólo para cierto tipo de cláusulas. Por su parte, Alemania y Portugal, como veremos, recogen una protección específica para el empresario adherente en lo que a control de contenido se refiere, al igual que hace el ordenamiento jurídico holandés, respecto del que haremos un breve comentario.

## 1. Protección en el ordenamiento jurídico francés

### A) Protección expresa en la regulación sobre condiciones generales y cláusulas abusivas

8. Sin perjuicio de lo que señalemos posteriormente en relación con la reforma del Derecho de obligaciones que se está tramitando en estos momentos en el país, el ordenamiento francés carece en la actualidad de una normativa específica relativa a las condiciones generales de los contratos. No se recoge ninguna previsión al respecto en el Código civil ni se ha promulgado ninguna ley específica, como podría ser una equivalente a la Ley española 7/1998, de condiciones generales de la contratación.

Como tendremos ocasión de analizar, ha sido la jurisprudencia la que ha intentado otorgar protección al adherente que se ve perjudicado por la desigualdad entre las partes contratantes, desde unos planteamientos contractualistas<sup>3</sup>.

9. Por el contrario, las cláusulas abusivas se encuentran expresamente reguladas en el Código de consumo francés<sup>4</sup>, que define esta figura de manera similar al resto de países europeos<sup>5</sup>. Mientras

---

administrativo voluntario destinado a evitar la incertidumbre que caracteriza el control judicial y a permitir la aprobación de la cláusula introducida en el contrato antes de su utilización o de surgir la controversia. Esta ley, modificada en 1969 y, posteriormente, en 1982, es considerada una de las primeras leyes en la materia y atrajo una gran atención internacional. No distingue entre contratos con consumidores o contratos entre empresarios y son los tribunales los encargados de diferenciar caso por caso e interpretar las reglas según las específicas circunstancias del caso en particular. Con un sistema de control dual, judicial y administrativo, incluye también una lista “gris” de cláusulas que se presumen abusivas. Para un primer acercamiento, ver L. D’AMBROSIO, “Tecnique e strumenti di controllo sulle condizioni generali di contratto: il modello israeliano”, en M. BIANCA (dir.), *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2º, Milán, Giuffrè Editore, 1981, pp. 342 – 399; A. BIN-NUN, *The law of the state of Israel*, Jerusalem, Rubin Mass, 1999, pp. 88 - 90; R. DELFINO, “Consumer protection in the European community and in Israel before and after Maastricht”, en A. MORDECHAI (ed.), *Essays on European Law and Israel*, Jerusalem, Harry and Michael Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, pp. 493 – 510.

<sup>3</sup> Esta tesis se basa sobre la idea de que los contratos de adhesión no presentan particularidades en su configuración respecto de los contratos en general. Como veremos, los tribunales aplican a los primeros las reglas generales de formación, interpretación y control de los contratos (M. SERRANO FERNÁNDEZ, *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 211 y ss.)

<sup>4</sup> Texto promulgado el 26 de junio de 1993 y modificado en 1995 por la Ley nº 95-96, de 1 de febrero, para transponer la Directiva europea.

<sup>5</sup> El artículo L. 132-1 del Código de consumo, en su primer párrafo, precisa que se entiende por abusivas aquellas cláusulas “que tienen por objeto o por efecto crear, en perjuicio del no profesional o del consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato”. Esta definición se completaba hasta la Ley nº 2008-776, de 4 de agosto con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas presumiblemente abusivas, lista que en la actualidad se ha duplicado, dando lugar a un elenco de cláusulas que se podrían denominar “grises”, es decir, presumiblemente abusivas pero que admiten que el profesional aporte prueba sobre el carácter no abusivo de la cláusula litigiosa en cuestión y a otra serie de cláusulas, “negras”, que son declaradas abusivas de manera irrefutable (listas reguladas, respectivamente, en los artículos R. 132-2 y 1 del Código de consumo, modificados por el Decreto nº 2009-302, de 18 de marzo). Sobre esta modificación, entre otros, G. NOTTE, “Liste des clauses abusives (Décret nº 2009-302 du 18 mars 2009)”, *Contrats, Concurrente, Consommation*, nº 4, 1 avril 2009, pp. 2 – 3; “Liste de clauses abusives; Note sous Décret numéro 2009-302 du 18 mars 2009, *Journal Officiel* du 20 mars 2009, page 5030”, *JCP E, Semaine Juridique (édition entreprise)*, nº 13, 26 mars 2009, pp. 3 – 4; M. DEPINCE, “Nouveau décret sur les clauses dites abusives en droit de la consommation”, *Lexbase Hebdo-Edition Privée Générale*, 2 avril 2009, nº 344.

En 2014 algunos artículos han sufrido una reforma como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley nº 1014-344, de 17 de marzo, relativa al consumo. Además de incluir modificaciones sobre la actuación de los jueces (art. L.141.4) y las acciones colectivas (arts. L-421-2, L-421-6 y L.141-1 VIII), el art. L.132-2 regula sanciones de carácter administrativo para los casos en

que los textos de consumo existentes en aquellos Estados con una regulación específica al efecto suelen restringir el ámbito subjetivo de aplicación a los consumidores personas físicas<sup>6</sup>, el Código de consumo francés introduce una novedad en ese sentido en la medida en que la protección frente a las cláusulas abusivas no se limita a los contratos entre profesionales y consumidores sino que también se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y “no profesionales”, como figura equiparada, en este sentido, a la del consumidor.

**10.** Debemos, pues, detenernos a examinar qué se entiende por “*non-professionnel*” y si esta mención, como alusión separada de la del consumidor, implica que el ordenamiento jurídico francés otorga algún tipo de protección al empresario adherente.

**11.** Respecto a lo primero, y dado que el Código de consumo no recoge una definición de profesional, de consumidor ni de no-profesional, debemos recurrir a la jurisprudencia y a la doctrina, como cauce a través del que se ha dotado de contenido a estos conceptos.

**12.** Si la figura del consumidor se caracteriza en la legislación francesa por su restricción a las personas físicas<sup>7</sup>, *a sensu contrario*, parece que la de “no profesional” pretendería incluir a las personas jurídicas dentro de la protección contra las cláusulas abusivas. Así lo ha entendido la Corte de Casación, en su comentada sentencia de 15 de marzo de 2005<sup>8</sup>, que ha venido a consagrar la protección de las personas jurídicas en el ámbito del Código de consumo, en resistencia a una “comunitarización” del Derecho francés y recogiendo los argumentos anticipados por una parte de la doctrina a favor de dicha extensión<sup>9</sup> sin que, sin embargo, se decida en la mencionada sentencia a favor de la

---

los que en estos contratos se incluya una o más cláusulas abusivas. Sanciones que no pueden exceder de los 3000 euros para una persona física y 15000 euros para una jurídica. Puede ser objeto de publicidad de la conminación hecha al profesional para que suprima de sus contratos u ofertas de contratos cláusulas abusivas.

Es interesante resaltar la labor en materia de cláusulas abusivas de una Comisión creada por el art. L.132-2 del Código de consumo, denominada *Commission des Clauses Abusives* y encargada, entre otros, de examinar los modelos de contratos propuestos por los profesionales y las recomendaciones de supresión o modificación de cláusulas que puedan ser abusivas (<http://www.clauses-abusives.fr/index.html>).

<sup>6</sup> Como excepción, podemos mencionar nuestro Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo artículo 3 incluye dentro del concepto de consumidor o usuario, a efectos de esta norma, no sólo a las personas físicas que actúen en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, sino también a las personas jurídicas que actúen en las mismas circunstancias.

<sup>7</sup> Sobre la noción estricta de consumidor existe una unanimidad: es consumidor la persona física que adquiere un bien o un servicio para un objetivo no profesional, J. CALAIS-AULOY, “La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire”, en L. THÉVENOZ; N. REICH (dir.), *Droit de la consommation, Liber amicorum Bernd Stauder*, Genève; Zurich, Bâle, Schulthess, 2006, p. 67; J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consommation...*, op. cit., pp. 7 y ss.

<sup>8</sup> Cass. Civ. 1, 15 mars 2005, n° H 02-13285, Syndicat départemental de contrôle laitier de la Mayenne c/ Sté Europe computer systèmes (ECS). Los hechos se centran en un contrato de alquiler de material informático con opción de compra entre una comunidad de ganaderos y un proveedor informático, contrato que incluye una cláusula según la cual a la expiración del periodo inicial de alquiler, el arrendatario tendrá la facultad, con un preaviso de nueve meses, de adquirir el equipo, restituirlo o firmar un nuevo contrato de alquiler. Si no se lleva a cabo esta elección, se entiende que el alquiler se prorroga por tácita reconducción, lo que la comunidad de ganaderos considera tiene carácter abusivo. Comentando esta sentencia, entre otras, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ; E. BLARY-CLEMENT, *Droit commercial. Activités commerciales, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 9 ed., Paris, Montchrestien, 2007, pp. 104 – 107.

<sup>9</sup> La Corte de Casación hace referencia a la sentencia de 22 de noviembre de 2001 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, según la cual la noción de consumidor de la Directiva 93/13/CEE debe ser interpretada de forma restrictiva incluyendo tan sólo a las personas físicas, para concluir que, por tanto, la noción francesa de “no profesional” debe abarcar, por el contrario, a las personas jurídicas dentro del ámbito subjetivo de aplicación de las cláusulas abusivas. A favor, D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs. L’application de la législation sur les clauses abusives aux personnes morales”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, n° 21, mai 2005, pp. 856 - 857. En la misma línea, A. BOUJEKA, “L’influence du droit communautaire sur la distinction entre professionnel et consommateur”, *Petites Affiches*, 393 année, n° 168, 23 août 2004, pp. 6 – 9; “Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français”, *Recueil Dalloz*, n° 28, 21 juillet 2005, p. 1952, para quien no existe una oposición radical entre la concepción francesa que distingue entre no profesional y consumidor y la aproximación comunitaria que sólo tiene en cuenta al consumidor. Otro punto de vista aportan J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consommation...*, op. cit., p. 17, al cambiar su opinión respecto de anteriores ediciones en lo que a la protección de ciertas personas jurídicas se refiere. Según los autores, aceptar que ciertas personas jurídicas sean protegidas porque están en situación de debilidad, conduce, en ciertos casos, a elecciones

aplicación de las normas del Código de consumo al supuesto de hecho, por entender el Tribunal que la parte que reclamaba la protección “*no había podido concluir el contrato más que en calidad de profesional*”<sup>10</sup>.

**13.** Y es que, en cualquier caso, la admisión de la tutela respecto de las personas jurídicas está subordinada, de igual modo que en el caso de las personas físicas, al hecho de que el contratante actúe con motivo de un fin no profesional. La jurisprudencia ha evolucionado en la forma de aplicación de este criterio, abandonando un primer criterio subjetivo de incompetencia del profesional<sup>11</sup> para aplicar uno más objetivo y decidir que las disposiciones protectoras contra las cláusulas abusivas no tienen cabida en los contratos llevados a cabo por un comerciante en “*los contratos de suministro de bienes o de servicios que tengan una relación directa con la actividad profesional ejercida por el contratante*” o, en general, “*para las necesidades de su comercio*” o “*dentro del cuadro de relaciones profesionales habituales*”<sup>12</sup>.

Así, se entiende que la adquisición de material gráfico en un salón internacional por parte de un comprador -a su propio nombre- que, acto seguido, suscribe un crédito en nombre de una explotación de imprenta en proceso de creación, unido este hecho a la tecnicidad y coste del material, sólo puede corresponder a una adquisición llevada a cabo por un profesional y, por tanto, “*tener una relación directa con la actividad profesional, incluso futura*” (Corte Casación Civil 1ª, de 10 de julio de 2001<sup>13</sup>). En el caso de un contrato de suministro de agua a una sociedad de depuración y desgasificación, no se considera de aplicación el artículo L. 132-1 Código de consumo respecto de una cláusula que prohíbe una reclamación en caso de aumento excesivo de consumo como consecuencia de una fuga en el empalme entre el contador y la empresa, por considerar que, aunque esté contratando “*fuera de su esfera habitual*”, existe una relación directa con la actividad de la sociedad (Corte Casación Civil 1ª, de 5 de marzo de 2002<sup>14</sup>). En la misma línea, se reputa fuera del campo de aplicación de la protección frente a las cláusulas abusivas una cláusula parte de un contrato de seguro que exige para su ejecución, no sólo encontrarse el sujeto en situación de imposibilidad de realizar ninguna actividad remunerada, sino incluso la obligación de tener que recurrir a una tercera persona para los actos ordinarios de la vida, en la medida en que, con independencia del contenido de la cláusula, dicho contrato de seguro “*tiene un carácter accesorio respecto de unos préstamos profesionales suscritos por el sujeto para las necesidades de la explotación de unos fondos de comercio*” (Corte Casación Civil 2ª, de 18 de marzo de 2004<sup>15</sup>). Por último, en el caso de un contrato de instalación y mantenimiento de un distribuidor automático de bebidas calientes en un local, contrato que contiene una cláusula de exclusividad a favor del distribuidor, tampoco se considera de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo respecto de dicha cláusula de exclusividad por entender que “*no se aplica a los contratos de suministro de bienes o de servicios concluidos entre sociedades comerciales*”, dado que se está contratando para las necesidades de la actividad profesional al

---

difíciles e inciertas, lo que va en contra de la necesidad de seguridad jurídica de los contratantes. Así, lamentan que el Derecho francés no siga la misma línea que el Derecho comunitario en este sentido.

<sup>10</sup> El Tribunal, aún admitiendo, como hemos visto, la posibilidad de que se proteja a las personas jurídicas frente a este tipo de cláusulas, entiende que la comunidad ha concluido el contrato en calidad de profesional, al valerse del material informático para realizar las operaciones de control de resultados e identificación del ganado, tareas que integran su objeto social, no siendo de aplicación el artículo L. 132-1 del Código de consumo.

<sup>11</sup> Se entendía que la necesidad de proteger a los profesionales derivaba del hecho de encontrarse en el mismo estado de ignorancia que un consumidor al estar contratando fuera de su sector económico de actividad, desprovistos de competencias particulares respecto de la operación que concluyen o el producto que utilizan (Cass. Civ. 1, 20 octubre 1992, nº 89-16736, Société Diris et Cie SNC c/ Le Maréchal).

<sup>12</sup> Alusión a dicha evolución encontramos en D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs...”, op. cit., pp. 857 – 858; L. LEVENEUR, “Une société commerciale n’est ni un consommateur, ni un non-professionnel”, *Contrats Concurrence Consommation*, nº 3, mars 2009, pp. 18 – 19; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud”, *Petites affiches*, nº 31, 12 février 2009, p. 54.

<sup>13</sup> Cass. Civ. 1, 10 juillet 2001, nº 99-12512, M. Jean-Yves Leblanc c/ M. Bernard Soinne.

<sup>14</sup> Cass. Civ. 1, 5 mars 2002, nº 00-18202, Commune de Bayonne c/ Société atlantique d’assainissement et de dégazage (SAADEG).

<sup>15</sup> Cass. Civ. 2, 18 mars 2004, nº 03-10327, Caisse nationale de prévoyance assurances c/ M. Jean Fourcade.

buscar “ofrecer un espacio de descanso a su personal y a sus clientes y para hacer agradable el ámbito de trabajo y de las relaciones comerciales” (Corte Casación Civil 1ª, de 11 de diciembre de 2008)<sup>16</sup><sup>17</sup>.

14. A la vista del Código de consumo, parece que el solo hecho de que un adherente tenga la cualidad de profesional no implica de forma inmediata que se le excluya de la protección respecto de las cláusulas abusivas, siempre que ese sujeto esté contratando en un ámbito desprovisto de cualquier relación con su actividad profesional. Sin embargo, la práctica jurisprudencial nos revela que son raros los casos en los que se aprecia que una persona jurídica puede contratar sin “*rapport direct*”, jugando este criterio, por tanto, casi sistemáticamente en perjuicio del profesional<sup>18</sup>.

Como ejemplo, en la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 5 de noviembre de 1996<sup>19</sup>, se estima como existente la relación directa con la actividad profesional en un contrato de material telefónico de un fabricante de pulseras de cuero. Por el contrario, y siendo interesante por apartarse de alguna manera de la orientación general de la jurisprudencia en la materia, podemos citar la sentencia de la Corte Casación Civil 1ª, de 8 de julio de 2003<sup>20</sup>, en la que se considera que no existe relación directa entre la actividad pastoral ejercida por el cura de una parroquia y la adquisición, para las necesidades de la misma, de una fotocopiadora<sup>21</sup>.

15. Se deriva de esto, pues, que por la vía de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo a la figura del “*non-professionnel*” no se alcanza una verdadera protección al empresario, incluso cuando contrata fuera de su especialidad profesional<sup>22</sup>. Tanto más cuando, por consiguiente, contrate mediante actos que se incluyan dentro de su comercio o negocio –tema objeto del presente trabajo–: aún interpretando esta figura novedosa que introduce el Código de consumo francés

<sup>16</sup> Cass. Civ. 1, 11 décembre 2008, n° 07-18128, Sté Éts Jean Patouillet c/ Sté Sonalp, comentada por L. LEVENEUR, “Une société commerciale...”, op. cit., pp. 18 - 19. El autor muestra su acuerdo con la resolución y su rechazo al argumento, sostenido por la empresa receptora de las máquinas, de que no tener conocimientos acerca de los distribuidores automáticos de bebida implique no saber el significado de una cláusula de exclusividad.

<sup>17</sup> También negando la posibilidad de aplicación del art. L.132-1 del Código de comercio por existir una relación directa entre el contrato y la actividad profesional del adherente, véase: Cass. Civ. 1, 22 mai 2002 (contrato de *leasing* de una embarcación concluido con el banco por un farmacéutico que tiene, no obstante, la cualidad de arrendador profesional de embarcaciones tal y como se desprende de los beneficios y desgravaciones en sus declaraciones fiscales); Cass. Civ. 1, 15 mars 2005 (contrato de alquiler con opción de compra de equipo informático concluido por un sindicato profesional en calidad de empresario); Cass. Civ. 1, 27 septembre 2005 (un préstamo contratado por una federación deportiva para financiar la adquisición y acondicionamiento de su nueva sede social entra dentro de la actividad profesional del sujeto).

<sup>18</sup> D. BAKOUCHE, “Protection des consommateurs...”, op. cit., p. 858; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54.

<sup>19</sup> Cass. Civ. 1, 5 novembre 1996, n° 94-18.667, Compagnie des téléphones et d’électronique du Centratel c/ Etablissements Boss.

<sup>20</sup> Cass. Civ. 1, 8 juillet 2003, n° 01-11640, Société Actibail c/ M. Jean-Marc Dante La France.

<sup>21</sup> En la sentencia de la Corte Casación Comercial, de 14 de mayo de 2001 (Cass. Com., 15 mai 2001, n° pourvoi 98-18603), por su parte, si bien parece reconocer la existencia de una relación, poca importancia le da por el diferente sector de especialización de los contratantes. Al hilo de un contrato de venta de un sistema informático, el órgano jurisdiccional encuentra correctamente suprimida por la Corte de Apelación la cláusula de exclusión de garantía contenida en las condiciones generales de venta, a pesar de tratarse de un negocio jurídico entre empresarios pues el comprador no era un profesional de la informática sino que ejercía una actividad de mayorista en otro ámbito, de tal forma que el contrato se había concluido entre profesionales de especialidades diferentes.

<sup>22</sup> Dada la incertidumbre que genera esta mención, dependiendo el resultado del criterio interpretativo que se utilice en cada caso para valorar la relación existente en el objeto del contrato y la actividad empresarial, ciertos autores han abogado por una supresión de la figura. Ver pie de página 9 *in fine*. Por su parte, G. PAISANT, “La protection par le droit de la consommation”, en C. JAMIN; D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Economica, Paris, 1998, p. 32, apunta que, para preservar la equidad de los profesionales que contratan en situación de inferioridad, no es oportuno arriesgarse a desnaturalizar el Derecho de consumo. La supresión de la noción de “no profesional” del artículo L. 132 del Código de consumo, dado los efectos perturbadores que genera, presentaría numerosas ventajas, como asegurar una mayor coherencia dentro del propio Código de consumo, reforzar la protección que se le presta a los sujetos protegidos por esta normativa o eliminar una fuente –“*inutile*”– de inseguridad jurídica. En la literatura española, J. LETE ACHIRICA, “La transposición de la Directiva de 5 de abril de 1993 en el Derecho francés: la Ley de 1 de febrero de 1995 sobre cláusulas y presentación de los contratos”, *La Ley*, n° 1, 1996, pp. 1720 – 1728, con motivo de la Ley de 1995, apuntó que la tendencia a ampliar la noción estricta de consumidor para abarcar también el consumo empresarial excede de la finalidad inicial de la norma jurídica sobre protección de consumidores y convierte la noción de “consumidor” en superflua por demasiado general (p. 1725).

del modo más favorable al empresario, quedarían igualmente desprotegidos aquellos sujetos que, siendo adherentes y aún contratando en el curso de su actividad económica, fueran merecedores de amparo.

## B) Mecanismos protectores en el Derecho general de las obligaciones

16. La falta de una disciplina legislativa acerca del control de las cláusulas predisuestas que pudieran resultar desproporcionadas en contratos entre empresarios ha hecho que la jurisprudencia francesa recurra a figuras del Derecho general de las obligaciones, intentando cubrir dicha carencia normativa. Entre todas ellas, la causa tendrá una relevancia especial como instrumento de control del equilibrio contractual respecto de las cláusulas limitativas de responsabilidad en contratos no negociados (a). Además, por otra parte, una reforma del Código de comercio llevó a incluir una sanción para los desequilibrios entre profesionales, a la manera de las cláusulas abusivas del Derecho de consumo, inclusión a la que dedicaremos el segundo apartado (b).

### a) Protección mediante reglas contenidas en el *Code civil*

17. Respecto de un tipo de cláusulas frecuentes en la contratación entre empresarios, las cláusulas limitativas (o exoneratorias) de responsabilidad, el Código civil francés prevé una excepción general a su validez que no es otra que la imposibilidad de que el deudor se beneficie de ellas en casos de *dol* o *faute lourde* (falta grave), igual que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico nacional en el art. 1102. Así lo dispone el art. 1150 del Cc francés<sup>23</sup>, por lo que una cláusula limitativa de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave podría ser eliminada y el acreedor resarcido en todos los daños –tanto si el contrato es negociado como si no lo es-. Pero, a esta previsión legal específica que supone un límite a las cláusulas de limitación de responsabilidad, la jurisprudencia ha sumado una segunda fundamentada sobre una “*utilización original*”<sup>24</sup> de la figura de la causa.

18. Y es que cuando la mayoría de los países europeos han dejado a un lado la idea de la causa y cuando varios proyectos de armonización europea no recogen ninguna referencia a la misma, el Derecho francés permanece apegado a este concepto<sup>25</sup>. En materia de control contractual, la causa parece que puede ser utilizada para controlar la equivalencia de las prestaciones intercambiadas<sup>26</sup>. Así lo han hecho los tribunales franceses, devolviendo fuerza y utilidad al concepto y forjando un instrumento que pretende luchar por la protección de los intereses de cada parte contractual y, especialmente en el caso de los contratantes profesionales, para paliar la ausencia de protección de los mismos frente a las cláusulas abusivas<sup>27 28</sup>.

<sup>23</sup> Article 1150 Cc.: “*Le débiteur n’est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu’on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n’est point par son dol que l’obligation n’est point exécutée*”. Y lo mismo cabe decir, por asimilación con el dolo, respecto de culpa grave (F. TERRÉ; P. SIMLER; Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 9ª ed., Paris, Dalloz, 2005, pp. 565, 608, 612; P. MALAURIE; L. AYNES; P. STOFFEL-MUNCK; *Droit civil. Les obligations*, 2ª ed., Paris, Defrénois, 2005, p. 499; A. ÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 10ª ed., Paris, Montchrestien, 2005, p. 288; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 2ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 2010, p. 659).

<sup>24</sup> En palabras de E. SAVAUX, *L’objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

<sup>25</sup> J. ROCHFELD, “A future for the cause?...”, op. cit., p. 73. Para una lectura más profunda acerca de la causa en relación con la validez del contrato, ver J. GHESTIN, *Cause de l’engagement et validité du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2006, 944 p., especialmente, en cuanto a la conservación de la figura en Derecho francés por parte de la doctrina, la definición subjetiva y objetiva de la misma, pp. 51 y ss. Hay que tener en cuenta, no obstante, los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones y su configuración de la causa, que no permanece en todos invariable ni corre la misma suerte.

<sup>26</sup> J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 39, 50 – 51.

<sup>27</sup> Sobre la renovación de la definición de causa, de su uso y de sus sanciones, en relación al control de existencia de la misma, J. ROCHFELD, “A future for the cause?...”, op. cit., pp. 75 – 100. Respecto al recurso a la causa por parte de los tribunales franceses como instrumento de control del equilibrio del contrato, ver también J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, op. cit., pp. 174 y ss.; D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur d’une règle générale sanctionnant l’abus de dépendance en droit des contrats”, en P. DIDIER, *Études de droit privé*, Paris, Economica, 2008, pp. 345 y ss.; J. ROCHFELD, A future for the cause?...”, op. cit., pp. 94 - 99.

<sup>28</sup> Sin embargo, hay que matizar que, aunque se ha dicho que, en su origen, este nuevo recurso a la causa se concibió para luchar contra las estipulaciones no negociadas incluidas en contratación en masa (B. FAGES, “Obligations et contrats spéciaux. Obligationss en général, Manquement à une obligation essentielle et clause limitative de responsabilité (Com. 13



19. El primer pronunciamiento al respecto –primero de una famosa saga de sentencias– fue el referente al llamado *caso Chronopost*, mediante la sentencia de la Corte de Casación de 22 de octubre de 1996<sup>29</sup>, en la que el tribunal entiende que debe ser considerada como no escrita una cláusula de un contrato predispuesto de transporte de mercaderías que limita la responsabilidad, en el caso de incumplimiento del plazo de entrega, a la devolución del precio pagado por el transporte. Dado que se trata de un contrato llevado a cabo por una empresa especialista en el transporte rápido, garantizando la fiabilidad y celeridad de sus servicios (de hecho su lema es “*Les maîtres du temps*” (“Los dueños del tiempo”)), la obligación de entrega en tiempo se considera como esencial para la voluntad contractual y, por tanto, la presencia en el contrato de tal cláusula limitativa de responsabilidad, que permite al transportista incumplir sin apenas consecuencias, contradice la propia causa del contrato<sup>30</sup>. La novedad de esta primera sentencia consiste en vincular por primera vez la violación de una obligación fundamental con la noción de causa y no con la de culpa grave<sup>31</sup>. Sin embargo, la Corte de Casación vuelve al criterio subjetivo de la culpa grave como límite a este tipo de cláusulas en su sentencia de 9 de julio de 2002<sup>32</sup>. En ella conoce de un nuevo caso de contrato de transporte, esta vez regulado por un contrato-tipo (“*contrat type messagerie*”) establecido reglamentariamente para el sector, contrato-tipo que incluye una cláusula según la cual solo se permite reclamar todos los daños al transportista en caso de que haya incurrido en culpa grave. A partir de este momento la posición de la Corte de Casación frente a estas cláusulas de limitación de responsabilidad será la siguiente: en el caso de contratos-tipo de transporte establecidos por Decreto, solo se podrán reclamar todos los daños al transportista en el caso de que éste haya incurrido en culpa grave –en aplicación de la limitación prevista reglamentariamente-<sup>33</sup>; en el caso de contratos cuyo contenido sea el establecido convencionalmente y no el del contrato-tipo<sup>34</sup>, además del dolo o la culpa grave<sup>35</sup>, la cláusula limitativa de responsabilidad puede ser eliminada en caso de incumplimiento de una obligación esencial sobre el argumento de la ausencia de causa<sup>36</sup>.

---

février 2007)”, *Revue Trimestrielle de Droit civil*, n° 3, 2007, p. 567), en las distintas argumentaciones no siempre aparece como requisito esa ausencia de negociación. Es cierto que por el tipo de contratos –en los ejemplos, en su mayoría de transporte– lo normal es que haya una imposición por parte del contratante fuerte y sí que hay referencias en este sentido a situaciones en las que una parte “se prevalece” de su clausulado o a que se trata de contratos mediante condiciones generales. Pero se advierte que no en todas las resoluciones el elemento de la no negociación aparece como una pieza clave en los razonamientos jurídicos.

<sup>29</sup> Cass. Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632, *Société Banchereau c/ Société Chronopost*. Comentarios en J. GHESTIN, *Cause de l’engagement...*, pp. 181 - 212; D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur...”, op. cit., pp. 345 - 346; J. ROCHFELD, “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 94 - 95. En la misma línea, Cass. Com. 17 juillet 2001, n° 98-15678, *Securinfor c/ Sté AC Timer et Sté Higway*.

<sup>30</sup> Se trata de un contrato entre Chronopost y otra sociedad por el que esta última encarga la entrega ante un organismo público en París de varios sobres que contienen documentos de licitación para una contrata. No se respeta el plazo de entrega en 24 horas garantizado sino que se entrega en 48 horas, lo que, si bien para la sentencia recurrida no era constitutivo de culpa grave que pudiera excluir la limitación de responsabilidad, lleva a la Corte de Casación a considerar que supone un incumplimiento de una obligación esencial y a concluir que la cláusula limitativa de responsabilidad debe reputarse como no escrita, pues contradice el alcance de la obligación contraída.

<sup>31</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664.

<sup>32</sup> Cass. Com. 9 juillet 2002, n° pourvoi 99-12554.

<sup>33</sup> La valoración de la *faute lourde* necesaria para eliminar la limitación de responsabilidad en los contratos-tipo que hace la Corte de Casación a raíz de estas sentencias es estricta, es decir, no aprecia fácilmente la existencia de la misma (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations...*, op. cit., p. 664). Y, como consecuencia de la distinción entre las dos vías –dolo/culpa grave vs. causa y obligación esencial–, se profundiza en el aspecto subjetivo y se dice que no puede deducirse la culpa grave únicamente del incumplimiento por el deudor de una obligación, aunque sea esencial, sino que debe deducirse de la gravedad de su comportamiento: “[...] [*La faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d’indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur [...]*” (Cass. Com. 13 juin 2006, n° pourvoi 05-12619). “*Constitue une faute lourde un comportement d’une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l’inaptitude du débiteur de l’obligation à l’accomplissement de la mission contractuelle qu’il avait acceptée*” (Cass. Chambre Mixte 22 avril 2005, n° pourvoi 02-18326).

<sup>34</sup> Aquí *convencional* se entiende por oposición a regulación *legal* y no a *predispuesta* porque, de hecho, como decíamos, una buena parte de los contratos, por la forma común de proceder en el sector, son predispuestos y no negociados. Es decir, se refiere a todo contrato que no sea el contrato-tipo establecido reglamentariamente.

<sup>35</sup> Entendemos que por aplicación del ya citado art. 1150 del Código civil francés.

<sup>36</sup> Así, en la sentencia de 30 de mayo de 2006 (Cas. Com. 30 mai 2006, n° pourvoi 04-14974), que conoce también de un clausulado de Chronopost, se confirma esta posición pues la Corte de Casación entiende que en la sentencia de instancia se tenía que haber analizado, antes de su aplicación, si la cláusula limitativa de indemnización de la que prevalecía la compañía de transporte –no prevista por un contrato-tipo establecido por Decreto–, debía haber sido reputada como no escrita por el efecto de incumplimiento del transportista a una obligación esencial del contrato.

Por lo tanto, entremezcladas en el tiempo, la Corte de Casación aborda la validez de cláusulas limitativas de responsabilidad en otros casos a través de la figura de causa. Así se hace en el ya citado primer caso Chronopost de 1996 o en la también referida con anterioridad sentencia de 30 de mayo de 2006<sup>37</sup>. De igual modo, en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 5 de junio de 2007<sup>38</sup>, se priva del beneficio de la cláusula limitativa de responsabilidad a un transportista que pierde las mercancías sin haber incurrido en culpa grave, en atención a la naturaleza esencial de la obligación vulnerada, que afecta a la causa. Y también la sentencia de la Sala primera de la Corte de Casación, de 22 de junio de 2004<sup>39</sup>, neutraliza una cláusula de no garantía de horario que una compañía aérea opone a un cliente, cuyo avión se retrasa más de veinticuatro horas y que decide volar con otra compañía, por considerar que se trata de un retraso excesivo por el que el transportista no se puede exonerar previamente de toda responsabilidad sin atender a la esencia del contrato de transporte aéreo de personas.

**20.** Cambiando de sector, la causa ha servido para evitar los efectos de una cláusula de limitación de garantía en un contrato de prestaciones informáticas entre dos empresas en la sentencia de la Corte de Casación de 13 de febrero de 2007 (Cass. Com. 13 février 2007, n° pourvoi 05-17407): se constata que la sociedad que se había comprometido a entregar una versión de un paquete de software no había procedido a cumplir con dicha obligación de entrega, sin justificar caso de fuerza mayor, y sin que se hubiera convenido ningún otro desarrollo más que esa versión, de lo que resulta un incumplimiento de naturaleza esencial que frustra la aplicación de la cláusula limitativa de responsabilidad. Pero la jurisprudencia parece que endurece en otras resoluciones los requisitos para entender afectada la “*obligation essentielle*” en el sentido de declarar sin efecto las cláusulas de limitación de responsabilidad. Así, en la sentencia de la Corte de Casación de 29 de junio de 2010 (Cass. Com. 29 juin 2010, n° pourvoi 09-11841), vinculada con la anterior pues se trata de las mismas sociedades y también de un contrato de licencia, mantenimiento, formación y puesta en marcha de un software, el órgano jurisdiccional señala que el simple incumplimiento de una obligación del contrato no es suficiente para eliminar los efectos de una cláusula limitativa de responsabilidad y que es necesario que la cláusula contradiga el alcance de la obligación esencial suscrita por el deudor: es necesario apreciar la cláusula limitativa teniendo en cuenta la economía general del contrato y determinar si vacía de toda sustancia a la obligación esencial del contrato<sup>40</sup>. Y lo mismo había argumentado en la sentencia de la Sala comercial de 18 de diciembre de 2007, al hilo de un contrato de suministro de electricidad con un profesional, al recurrir al argumento de ver privada de toda sustancia a la obligación esencial del contrato por parte de la cláusula limitativa de responsabilidad<sup>41</sup>.

**21.** Parece, a la vista de lo expuesto, que la doctrina de la causa puede ser una nueva base legal para introducir el control de las “*clauses abusives*” –no negociadas y desequilibradas- entre profesionales,

<sup>37</sup> Vide nota al pie anterior.

<sup>38</sup> Cass. Com. 5 juin 2007, n° pourvoi 06-14832.

<sup>39</sup> Cass. Civ. 22 juin 2004, n° 01-03926, Société MVC Marketing voyage conseil c/ société Decléor.

<sup>40</sup> En el caso concreto, aplicando esta idea, se considera válida la cláusula de limitación de responsabilidad pues no tenía el efecto de liberar a la sociedad deudora del cumplimiento de una obligación esencial o de privar de toda sustancia a dicha obligación, sino solamente de fijar un techo de indemnización que no era irrisorio, pues era igual al montante de precio pagado por el cliente por razón del contrato de licencia, lo que supone un reparto del riesgo y no priva a la contraparte de toda contrapartida. Es de resaltar, asimismo, que se menciona en la sentencia como dato a tener en cuenta, que, en este supuesto de hecho, el tribunal entiende que la cláusula ha sido libremente negociada y aceptada por ambas sociedades.

<sup>41</sup> Cass. Com. 18 décembre 2007, n° pourvoi 04-16069. Aunque el fallo no estima la privación de efectos de la cláusula, se alude para llegar a esa conclusión -entre otros argumentos vinculados con el Derecho de la competencia-, a la obligación esencial, que no se ve vaciada en este caso por la existencia de la cláusula limitativa pues la limitación se refiere solo a los supuestos de corte de electricidad imprevistos, salvo caso de culpa grave del suministrador.

Según D. MAINGUY, “Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats”, *Recueil Dalloz*, n° 5, 5 février 2009, p. 314, esta sentencia demuestra que se puede aplicar un control a las “cláusulas exageradas” en los contratos de adhesión entre profesionales sin recurrir a las técnicas de aplicación del artículo L. 132-1 del Código de consumo -no hay que olvidar que el ámbito de esta sentencia, un contrato de suministro de electricidad para un profesional, es el mismo precisamente sobre el que, en otras ocasiones, se ha debatido la aplicación del Derecho consumo en torno a la controvertida noción de “relación directa”-.

concretamente en lo que respecta a las limitaciones de responsabilidad<sup>42</sup>. La pieza clave de esta solución es identificar cuáles son las obligaciones esenciales del contrato (“*obligations essentielles*”) que, por ser esenciales, no pueden verse afectadas por las cláusulas limitativas de responsabilidad, reputándose éstas como no escritas en caso contrario. Sin embargo, para algunos autores<sup>43</sup>, esta forma de proceder jurisprudencial no es la más adecuada. Primero, porque, a la vista de las resoluciones que han ido dictando los tribunales franceses en supuestos de eliminación de cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad, no existe unanimidad a la hora de determinar cuáles son estas obligaciones esenciales<sup>44</sup>. Tampoco está claro cómo tiene que afectar la cláusula limitativa de responsabilidad a esa obligación esencial, pues la postura ha ido variando (y, por otra parte, ¿qué significa contradecir? ¿Qué supone vaciar de todo contenido la obligación esencial?). Además, coexisten dos aproximaciones para justificar la aplicación o no aplicación de cláusulas limitativas de la responsabilidad en supuestos de hecho similares: unas veces se recurre al criterio de carácter objetivo de la naturaleza de la obligación y su carácter esencial (causa), y otras a un criterio subjetivo que atiende al comportamiento de las partes a través de la figura de la *faute lourde*, aunque en ambos casos, sin embargo, ambas serían realmente de aplicación por tratarse de figuras de “*Droit commun*” de obligaciones. En definitiva, el hecho de que se aprecien ciertas disparidades a la hora de aplicar los criterios, incluso en sentencias procedentes de una misma sala de la Corte de Casación, conlleva una cierta falta de predicción y, por tanto, inseguridad jurídica, lo que hace que el criterio de la causa tenga sus detractores por falta de efectividad para solucionar los problemas que surgen en relación con las cláusulas contractuales abusivas<sup>45</sup>.

22. Por otra parte, no parece que el recurso a otras normas de Derecho general de las obligaciones, tales como la noción de lesión, el principio de buena fe, la figura del abuso de derecho o la necesidad de un equilibrio mínimo respecto a las cláusulas penales, sean instrumentos suficientes para ofrecer una protección adecuada a los adherentes empresarios<sup>46</sup>.

Respecto a la teoría de la lesión, el art. 1118 Cc francés es la única disposición en la que se consagra en la actualidad en el Código civil francés la falta de equivalencia entre las prestaciones de las partes en los contratos conmutativos. Además del papel reducido que juega esta figura, que sólo causa un vicio en los contratos en ciertos casos particulares<sup>47</sup>, la ubicación del artículo, recogido dentro de la sección referida a los vicios del consentimiento, ha sido criticada por la mayoría de la doctrina en la medida en que se considera más conveniente situar una disposición acerca de la falta de equivalencia en las prestaciones en la sección relativa al objeto o en un precepto específico dedicado a las cláusulas abusivas<sup>48</sup>. Por su parte, en cuanto al principio de buena fe, aunque éste podría llevar a sancionar de forma

<sup>42</sup> En este sentido, según J. ROCHFELD, “A future for la cause?...”, op. cit., pp. 98 – 99, la generalización de este tipo de sanción muestra la vocación renovada del control de ausencia de causa, en particular, respecto al restablecimiento del equilibrio en el contenido del contrato, con independencia del estatus de las partes –consumidores o empresarios-. Como consecuencia, la noción de ausencia de causa se ha convertido en un arma en la lucha contra las cláusulas injustas introducidas con motivo de la diferencia de poder de negociación de las partes.

<sup>43</sup> R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length of the French judiciary’s foot”, en J. CARTWRIGHT; S. VOGENAUER; S. WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford, Hart, 2009, pp. 113 – 115.

<sup>44</sup> Sobre la dificultad de delimitar la noción de obligación esencial, T. GENICON, “El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº 13, diciembre 2009, pp. 135 y ss.: “Al final, ya que no se puede predecir con total seguridad que tal obligación del contrato es una obligación esencial o una parte suficientemente importante de una obligación esencial, no podemos predecir de manera segura que la cláusula limitativa de reparación que la apunta será admitida a sobrevivir o no. El sistema, en realidad, promete mucho más de lo que puede: tienta a los observadores con una previsibilidad que no puede cumplir” (p. 137).

<sup>45</sup> R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length...”, op. cit., pp. 115 – 117, evidencia que el criterio no actúa como un elemento disuasorio para prevenir el uso de cláusulas abusivas en los contratos. El autor critica, no que los jueces franceses eliminen cláusulas contractuales, sino la forma en la que las eliminan, proponiendo enviar un mensaje claro a los predisponentes con una especificación de los límites de uso de ciertas cláusulas.

<sup>46</sup> Sobre la protección de los profesionales por el “*droit commun*” y la inferioridad e insuficiencia de la tutela, D. MAZEAUD, “Le protection par le droit commun”, en C. JAMIN; D. MAZEAUD, *Les clauses abusives entre professionnels*, Collection Études Juridiques, 3, Paris, Economica, 1998, pp. 33 – 54.

<sup>47</sup> Article 1118 Cc.: “La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l’égard de certaines personnes, ainsi qu’il sera expliqué en la même section” (“El perjuicio solo viciará los acuerdos en ciertos contratos o en relación con ciertas personas, como se explicará en la misma sección”).

<sup>48</sup> J. HUET; R. CABRILLAC, “Validité – Objet (art. 1121 à 1123)”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations*

general los desequilibrios contractuales, los tribunales franceses no son tendentes a utilizar directamente este principio para eliminar aquellos desequilibrios más relevantes, como sí lo hacen los alemanes, tal y como estudiaremos en el apartado correspondiente. La noción de buena fe inspira en Derecho francés ciertas decisiones pero no constituye una técnica jurídica autónoma<sup>49</sup>. En el mismo sentido se puede argumentar la insuficiencia de la figura del abuso de derecho, en la medida en que también los tribunales franceses son reacios admitir el abuso de derecho en materia contractual<sup>50</sup>. Por último, sí que disponen los tribunales de un poder de revisión de las cláusulas penales ya que, en virtud del art. 1152 Cc francés, pueden moderar aquellas penas convenidas que sean excesivas –o irrisorias-<sup>51</sup>.

**23.** Existen otros preceptos de Derecho general de obligaciones –no reservados, por tanto, para contratos con consumidores- que podrían utilizarse para luchar contra cláusulas abusivas concretas. Por una parte, el Código civil francés determina que la presencia de ciertas cláusulas implica una causa de nulidad del contrato, como aquellas cláusulas que hacen depender la ejecución del contrato de la voluntad de una de las partes (artículo 1174 Cc.), cláusulas en virtud de las cuales se determina unilateralmente el precio de venta (artículo 1591 Cc.) o cláusulas por las que uno de los contratantes se encuentra obligado por un contrato cuya duración puede continuar indefinidamente. Por otro lado, se pueden reputar como no escritas, entre otras, aquellas cláusulas que tienden a suprimir o a reducir la garantía en caso de vicios ocultos de la cosa vendida (artículo 1643 Cc.) o aquellas por las cuales un transportista pretende exonerarse de su responsabilidad por la pérdida o deterioro de los objetos transportados (artículo L. 133-1 Código de comercio). Son, como se puede apreciar, soluciones que implican una protección meramente puntual para aquellos casos más evidentes que no suponen un cambio en la idea de la insuficiencia de instrumentos para el control en la contratación entre empresarios<sup>52</sup>.

**24.** Se puede concluir, por tanto, que las relaciones mediante condiciones generales entre empresarios necesitan de una regulación efectiva en el Derecho francés, con directrices más claras sobre qué se entiende por abusivo y qué cláusulas pueden ser eliminadas. Esta carencia general no tiene solución a través del Derecho de consumo y no se ve cubierta con el recurso a las normas generales contenidas en el Código civil vigente hasta la fecha.

**25.** Fue el Código de comercio el que, a raíz de una reforma en 2008, albergó una especie de norma de control en las relaciones entre empresarios. Cerrando la sección de los mecanismos protectores existentes en estas relaciones, nos centraremos, precisamente, en el análisis de esta regla del texto mercantil y su relación con las cláusulas abusivas en la contratación empresarial.

**26.** Por otra parte y desde hace años, un sector de la doctrina, aprovechando la época de reforma del Derecho francés de las obligaciones, ha abogado por integrar una regla general de control del equili-

---

*et de la prescription*, Paris, La documentation Française, 2006, p. 36. Tendremos ocasión de volver sobre esta cuestión en el apartado relativo a la reforma del Derecho de obligaciones francés. Acerca de la relación de la causa y la lesión, ver J. GHESTIN, *Cause de l'engagement...*, op. cit., pp. 701 – 713.

<sup>49</sup> Tal y como señalan S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, “Good faith...”, op. cit., p. 38, si se analiza el impacto de la buena fe en el Derecho de contratos francés, “*nadie respondería que la idea de la buena fe inspira muchas de las soluciones actuales a problemas legales*”.

<sup>50</sup> J. CALAIS-AULOY; F. STEINMETZ, *Droit de la consummation...*, op. cit., pp. 201 – 202.

<sup>51</sup> Según el artículo 1152 Código civil francés, el juez puede, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria, siendo nula toda estipulación en contrario (“*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite*”).

En nuestro ordenamiento jurídico es posible moderar las cláusulas penales cuando están pensadas para un incumplimiento total y se produce un incumplimiento parcial (art. 1154 Cc). No se permite al juez, por el contrario y siguiendo a la doctrina mayoritaria, reducir una pena por ser excesiva o desproporcionada si se ha producido el incumplimiento para el que había sido prevista.

<sup>52</sup> No descubrimos nada nuevo si decimos que estos supuestos, en líneas generales, están contemplados también en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otros, podemos señalar el art. 1256 del Cc español, como sede de la prohibición de que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, o el art. 1485.II del mismo texto, declarando nula la limitación de responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe.

brio de los derechos y obligaciones recíprocos en el contrato que permita a todo contratante, profesional o particular, solicitar la revisión de aquellas cláusulas que pudieran calificarse como “abusivas”. A ello dedicaremos la última parte del epígrafe, en la que recogeremos unas notas sobre los diversos proyectos de modificación del Derecho de obligaciones francés y, en especial, respecto del último texto de reforma por estar próxima su aprobación.

## b) La Ley para la Modernización de la Economía: el artículo L. 442-6 I 2º del Código de comercio

27. La llamada Ley para la Modernización de la Economía<sup>53</sup>, junto a otras modificaciones, algunas de las cuales suponen un refuerzo de la protección del consumidor y del no profesional en el Código de consumo<sup>54</sup>, introduce en el Código de comercio un mecanismo en las relaciones entre los profesionales que guarda ciertos parecidos con la protección frente a las cláusulas abusivas. Vaya por delante, sin embargo, que hay una diferencia principal de base y es que los instrumentos de tutela de la norma mercantil no se limitan a los contratos predispuestos sino que resultan de aplicación a todos los contratos, negociados y no negociados<sup>55</sup>. Esto no quiere decir que en algunos supuestos no pueda ser tenido en cuenta el factor de imposición de las cláusulas, como es el caso que nos ocupa.

28. Así, el artículo L. 442-6 I 2º, Libro IV, Capítulo II, *De las prácticas restrictivas de la competencia*, recoge la responsabilidad y obligación de todo productor, comerciante, industrial o persona en el desempeño de un oficio de reparar los perjuicios causados como consecuencia de “*someter o intentar someter a la otra parte comercial a obligaciones que creen un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”<sup>56</sup>. Aunque no se exige formalmente la predisposición del contenido contractual está claro que la ausencia de negociación y el hecho de que una parte se pliegue a la voluntad unilateral del otro contratante –característica de los contratos predispuestos–, encaja con la idea que subyace en los términos “someter” o “intentar someter”.

29. A primera vista, parece evidente la influencia del Derecho de consumo en el citado artículo en la medida en que hace referencia a las cláusulas que generen un “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*”, expresión similar a la del artículo L132-1 del Código de consumo y que podría llevar a pensar que se ha introducido un control frente a las cláusulas abusivas en las relaciones comerciales<sup>57</sup>. Sin embargo, aunque la reforma se presenta como lo que parece ser una modi-

<sup>53</sup> Loi n° 2008-776 du 4 août, de Modernisation de l'Économie.

<sup>54</sup> Ver nota pie página número 5.

<sup>55</sup> Y. PICOD, *Les clauses abusives*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011.

<sup>56</sup> Article L.442-6 I Code commerce: “I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers: [...] 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.”

El precepto ha sido modificado por dos normas, la primera, la Loi n° 2010-874, 27 juillet 2010, y la segunda, recientemente a través de la Loi n° 2014-344, 17 mars 2014. Las reformas, no obstante, no han afectado a este apartado en concreto y sí a otros supuestos que recoge el artículo y que son penalizados con la nulidad por restringir la libre competencia.

Curiosamente, cabe resaltar que este artículo ha sido objeto incluso de una cuestión de constitucionalidad, presentada por una gran empresa distribuidora (DARTY) planteando la conformidad de sus disposiciones (la sanción del desequilibrio con multas) con los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El Consejo Constitucional, sin embargo, en su Decisión de 13 de enero de 2011 (Décision n° 2010-85 QPC), concluye la conformidad del artículo con la Constitución puesto que el concepto “desequilibrio significativo” no es desconocido en el ordenamiento jurídico francés y los criterios para determinarlo están suficientemente desarrollados y clarificados por la jurisprudencia por ser una noción clave en el Derecho de consumo. No hay peligro, pues, de una interpretación arbitraria del mismo.

<sup>57</sup> B. FAGES, “Obligations en général...”, op. cit., pp. 116 - 118. El autor, en su comentario a la sentencia Cass. Civ. 1, de 27 de noviembre de 2008, n° 07-15226, acerca de un contrato que incluye una cláusula de vinculación por impago, señala que, después de que la Ley para la Modernización de la Economía haya exportado del Código de consumo el criterio de calificación de las cláusulas abusivas para introducirlo en el Código de comercio, toda sentencia que califique como abusiva una cláusula contenida en un contrato de consumo puede adquirir una relevancia particular, sobre todo si se trata de una estipulación frecuente en los contratos entre empresarios.

ficación sustancial del Derecho francés, la influencia real del Derecho de consumo sobre el Derecho de la competencia es relativa, siendo necesarias una serie de apreciaciones.

**30.** En primer lugar, si bien la *ratione personae* del artículo L.442-6 I 2º Ccom se refiere claramente a las relaciones entre “*partenaires commerciaux*”, la *ratione materiae* es más imprecisa que en el caso del Derecho de consumo: el “*desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes*” al que hace mención es el generado por las “obligaciones” y no por las “cláusulas” como en el caso del artículo L.132-1 del Código de consumo<sup>58</sup>. Por otra parte, a pesar de ser utilizada esta expresión en ambas normas, no es evidente que la aproximación a su interpretación deba ser la misma en los dos casos: las situaciones de hecho son suficientemente diferentes para justificar un tratamiento jurídico diferenciado<sup>59</sup>. Efectivamente, aunque el objetivo de los textos es similar, esto es, sancionar los abusos susceptibles de ser cometidos por un contratante dominante, hay quien piensa que el artículo L. 442-6 I 2º Ccom parece haber sido creado para atemperar la negociación de tarifas y condiciones de venta, huérfanas de regulación con la supresión del punto 1º del mismo precepto -referente a la prohibición de discriminaciones-, intención alejada de la figura de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que, precisamente, no entran a valorar los desequilibrios en relación con el precio<sup>60</sup>.

**31.** A ello se le suma que, mientras que en Derecho de consumo el solo desequilibrio permite la aplicación del control del artículo L. 132-1 puesto que se entiende que, al ser el contrato de consumo un contrato de adhesión, el consumidor es la parte débil y su consentimiento se presume forzado, en el caso de la contratación profesional no ocurre así. No existe, como decíamos, ninguna mención acerca de la necesidad de que las partes se encuentren, por ejemplo, en una relación de dependencia económica<sup>61</sup> ni tampoco de que se trate de un contrato de adhesión<sup>62</sup>. Por último, en lo que al concepto de “*déséquilibre significatif*” se refiere, junto a esta figura que, a primera vista parece ser la noción clave y central del control de abusos en las relaciones entre profesionales en el sentido del Derecho de consumo, subsisten alrededor otra serie de situaciones que sancionan igualmente abusos y que hacen que el concepto analizado, en principio de gran trascendencia, esté, en cierto modo, diluido<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 55.

<sup>59</sup> F. BUY, “Entre droit spécial et droit común: l’article L. 442-6,I,2º du Code de comerce”, *Petites affiches*, nº 252, 17 decembre 2008, p. 3.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 4. La Ley para la Modernización de la Economía suprime el artículo L. 442-6 I 1º, regulador del principio cardinal del Derecho económico francés de prohibición de discriminaciones. Dicho artículo prohibía el hecho de “*pratiquer, à légard d’un partenaire économique ou d’obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d’achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties reyes en créant, de ce fait, pour un partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrente*”. BUY señala como una gran diferencia entre el artículo del Código de comercio y el que podría ser equivalente en el Derecho de consumo el hecho de que el texto mercantil considere como abuso el hecho de obtener o intentar obtener de la otra parte negocial una ventaja que no se corresponde con ningún servicio efectivamente prestado o manifiestamente desproporcional en relación con el valor del servicio prestado, mientras que el artículo L.132-1 del Código de consumo prohíbe de modo expreso que se pueda controlar mediante las cláusulas abusivas un desequilibrio referente al precio. Acerca de la supresión del artículo L. 442-6 I 1º y la inclusión del punto 2º, ver D. MAINGUY; J. L. RESPAUD; S. DESTOURS, “Droit de la distribution”, *La Semaine Juridique, Édition Entreprise et Affaires*, nº 19, 7 mai 2009, pp. 22 – 29. Acerca de la supresión de dicho artículo y de las vías restantes para limitar las discriminaciones, E. DIENY, “La prohibition des discriminations après l’abrogation de l’article L. 442-6-I, 1º du Code de commerce”, *Concurrences*, nº 2, 2009, pp. 89 – 97.

<sup>61</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle?”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, p. 17. La autora se pregunta si el hecho de aceptar libremente las condiciones que suponen un desequilibrio implicaría un obstáculo a la aplicación del artículo L. 442-6 del Código de comercio, teniendo en cuenta que existe jurisprudencia según la cual el hecho de haber concluido voluntariamente una contrato con una cláusula de exclusividad excluye el abuso de dependencia económica en el sentido del artículo L. 420-2 del Código de comercio (artículo que regula dicha figura).

<sup>62</sup> Aunque, como se ha señalado antes, la imposición de un contrato tipo predispuesto será un claro indicio a favor de que, en su caso, la cláusula se considere generadora de un desequilibrio significativo. Así, K. RIERA- THIEBAULT; A. COVILLARD, “La notion de déséquilibre significatif visée à l’article L. 442-6,I,2º du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?”, *Gazette du Palais*, vol. 133, nº 1, 13 – 14 février 2013, p. 207, señalan que el desequilibrio significativo se presume cuando la cláusula presenta un carácter unilateral no negociado sin contrapartida y desproporcionado. Tras el análisis de diversas cláusulas sancionadas por los tribunales, las autoras ponen de relieve que el punto en común en muchas de ellas –además de la desproporción y ausencia de contrapartida- es que se trata de cláusulas determinadas unilateralmente, no negociadas.

<sup>63</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 14. Podemos citar las “*condiciones manifiestamente*

**32.** Más allá de los matices respecto a la noción de desequilibrio significativo, existen otra serie de aspectos a destacar no menos importantes. La sanción que se prevé en el artículo L. 442-6 I 2º no es equivalente a la recogida en el artículo L. 132-1 del Código de consumo. Así, la consecuencia de que se genere el desequilibrio significativo en las relaciones entre empresarios no es la supresión de la cláusula, como en el caso de los contratos con consumidores, sino, entre otras, la responsabilidad y la obligación de reparar los perjuicios causados a la contraparte<sup>64</sup>.

**33.** Aunque de menor entidad, también podemos señalar diferencias respecto a la carga de la prueba, que, en el caso de la contratación entre empresarios, correspondería a aquella parte que quisiera beneficiarse de la abusividad de la cláusula, sin que exista una presunción de abuso como en la contratación con consumidores, y diferencias en cuanto a la estructura de la regulación del mecanismo de control, puesto que no recoge el Código de comercio ninguna lista de cláusulas que se presumen o que son irrefutablemente abusivas<sup>65</sup>.

**34.** Por último, dada la particularidad del Derecho francés de la competencia, cuya regulación sobre prácticas restrictivas no pretende tanto preservar la competencia en el mercado como equilibrar las relaciones entre las partes económicas, especialmente en el sector de la distribución, y una vez analizada una cierta –aunque matizada– relación entre el artículo L.442-6 I 2º y el artículo L.132-1 del Código de consumo, la doctrina se ha preguntado acerca del enfoque que se le debe dar al primer artículo: ¿una interpretación civilista (o, más bien, contractual) del desequilibrio significativo o una interpretación concurrencial, retomando la condición del abuso de dependencia?. Hay autores<sup>66</sup> que estiman que si la jurisprudencia adoptara una interpretación del texto en cuestión desde el punto de vista de Derecho de la competencia, en base a la condición de la dependencia, la reforma no habría servido para nada<sup>67</sup>, mientras que quienes defienden la interpretación concurrencial<sup>68</sup> entienden que la situación de dependencia está igualmente implícita para aquel al que se le impone un desequilibrio desfavorable. En cuanto a la aceptación de una postura contractualista, se ha señalado como aspecto negativo el riesgo de conducir a un control generalizado del equilibrio contractual con la consiguiente incertidumbre jurídica<sup>69</sup>. En el derecho de la distribución, las partes no se encuentran necesariamente en una situación de desigualdad, con lo que no todo desequilibrio significativo debería ser sancionado por sí solo, especialmente si la Ley para la Modernización de la Economía pretende reforzar la libertad de negociación. Una solución para este peligro, se ha dicho, residiría

---

*abusivas respecto a los precios, los plazos de pago, las condiciones de venta o los servicios no correspondientes a las obligaciones de compra y de venta*” (artículo L. 442-6 I 4º), las condiciones “*manifiestamente abusivas*” (artículo L. 442-6 I 7º) o la sanción de la ventaja “*manifiestamente desproporcionada*” (artículo L. 442-6 I 1º).

<sup>64</sup> El art. L.442-6.III Ccom legitima para ejercitar la acción a “toda persona interesada” (entre ellos, obviamente, la parte contractual afectada), en cuyo caso la “sanción” de haber sometido al contratante a un desequilibrio significativo sería la ya mencionada indemnización por los perjuicios sufridos. Pero también legitima, por otra parte, al Ministerio Público, al Ministro de Economía y al Presidente de la Autoridad de la Competencia, en cuyo caso, además de reclamar el resarcimiento de los perjuicios sufridos, podrán ordenar el cese de las prácticas, la nulidad de las cláusulas o del contrato y, sobre todo, imponer una multa, que puede llegar a ser el triple del importe de las sumas indebidamente pagadas. Según la Corte de Casación comercial (Cas. Com. 21 janvier 2014, n° 12-29166), la multa civil no tiene como objeto reparar un perjuicio sino reprimir las prácticas prohibidas por el legislador y evitar que se repitan (“[...] *l’amende civile prévue par l’article L. 442-6 III du code de commerce a pour objet, non de réparer un préjudice, mais de réprimer les pratiques interdites par le législateur pour en empêcher la répétition [...]*”).

No parece, por lo tanto, que el contratante afectado por el desequilibrio significativo pueda lograr la nulidad de la cláusula ejercitando la acción correspondiente. Además, el elenco de legitimados activamente para el ejercicio de la acción y algunas de las consecuencias es bastante elocuente en cuanto a la naturaleza de la misma.

<sup>65</sup> En este sentido, es importante volver a traer a colación la resolución del *Conseil Constitutionnel* de 13 de enero de 2011 (decisión 2010-85 QPC), que considera que los jueces se pueden inspirar en la jurisprudencia relativa al art. L.132-1 del Código de consumo para su aplicación del art. L.442-6.I.2º Ccom. Eso sí, como se ha precisado posteriormente, si bien pueden inspirarse para delimitar los contornos de la infracción de desequilibrio significativo, no pueden recurrir a un razonamiento por analogía en cuanto el campo de aplicación de ambos textos es distinto (Sentencia de la Corte de Apelación de París de 29 de octubre de 2014 (Cour D’Appel de Paris, 29 octobre 2014, n° 13/11059)).

<sup>66</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., pp. 16 – 17.

<sup>67</sup> A partir del artículo L. 442-6 I 2º se sanciona el “desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes” en lugar de la noción utilizada anteriormente “*abus de la relation de dépendance*” o “*puissance d’achat*”.

<sup>68</sup> D. FERRIER; D. FERRE, “La réforme des pratiques commerciales (Loi numéro 2008-776 du 4 août 2008)”, *Recueil Dalloz Sirey*, n° 32, 18 septembre 2008, pp. 2235 – 2240.

<sup>69</sup> M. MALAURIE-VIGNAL, “Le nouvel article L. 442-6...”, op. cit., p. 17.

en conectar el desequilibrio significativo con la noción de buena fe, entendiendo que se debe exigir a tal desequilibrio, para que pueda ser condenado, que sea contrario a la buena fe contractual<sup>70</sup>.

**35.** Desde la entrada en vigor del artículo que nos ocupa hasta la actualidad, se han adoptado algunas resoluciones que pueden orientar respecto del enfoque del mismo<sup>71</sup>. Los supuestos se encuadran en contratos de distribución y las cláusulas que se han valorado como generadoras de un desequilibrio significativo en el sentido del art. L.442-6 I 2º Ccom<sup>72</sup>, de la forma en que están configuradas, aprovechan al distribuidor y suponen una posición claramente desventajosa para el proveedor sin que, además, se demuestre la existencia de otra condición que implique un reequilibrio de las partes. Así ocurre con las cláusulas relativas a la revisión de precios o tarifas que, aunque son lícitas, para no ser consideradas como generadoras de un desequilibrio significativo deben guardar una cierta reciprocidad e impedir que toda bajada de precios repercuta siempre negativamente en el proveedor o que el distribuidor pueda tener una absoluta discrecionalidad al respecto<sup>73</sup>. También con las relativas a la “*taux de service*”<sup>74</sup>, tasa o nivel de servicio al que se obliga el proveedor en las sentencias citadas que también genera un desequilibrio significativo pues es muy elevada (98.5%)<sup>75</sup>, es de aplicación automática -sin tener en cuenta otras circunstancias- y no está claramente especificada su definición y cómo ha de calcularse. Por otra parte, las cláusulas en virtud de las que el proveedor debe recoger y quedarse con los productos sin vender, suponen cargar al proveedor con todas las consecuencias de una bajada de ventas de un producto -que, además, al desconocer, no puede gestionar de cara una reventa posterior- así como con los costes de la recogida<sup>76</sup>.

También referidas en su mayoría a contratos de distribución, se han considerado generadoras de un desequilibrio significativo algunas cláusulas de terminación unilateral del contrato -sin preaviso y sin indemnización o dependiendo de la voluntad unilateral de una de las partes-<sup>77</sup>; cláusulas relativas a los plazos de pago -imposición de pagos anticipados desproporcionados y en asimetría con las condiciones de pago de la contraparte-<sup>78</sup>; o cláusulas penales exorbitantes<sup>79</sup> 80. Muchos de estos supuestos serán también objeto de cuestionamiento en el ordenamiento jurídico español.

**36.** Esta norma del Código de comercio, por lo tanto, está situada entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia pero con una intención y filosofía más vinculada con este último. Ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas son compartidos plenamente con los de un régimen de control de contenido en contratos predispuestos. Solo hace falta recordar, a modo de detalle, la legitimación activa para la acción y la importancia que representa la multa dentro del sistema de sanciones del precepto, fruto sin duda de que, en última instancia, se esté preservando la afectación de la competencia y, por ende, del orden público económico. Aunque el art. L.442-6.I.2º Ccom pueda perseguir algunos objetivos comunes a los del Derecho de condiciones generales -la protección de la parte débil frente a desequilibrios significativos-, y en este sentido sí que puede amparar ciertos supuestos protegibles también vía control de contenido en condiciones generales, al primero le preocupa la competencia y el equilibrio del mercado y al segundo paliar el déficit de autonomía de la voluntad en la formación del contrato.

<sup>70</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 17.

<sup>71</sup> Entre otras, Tribunal de Commerce de Lille, 7 septembre 2011, nº 2009/05105; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 5, 4 juillet 2013, nº 12/07651; Cour D’Appel de Paris, Pôle 5, Chambre 4, 11 septembre 2013, nº 11/17941.

<sup>72</sup> Sin perjuicio de las indemnizaciones a la contraparte, en lo referente a las multas impuestas, éstas ascienden en los ejemplos tomados a 1.000.000 de euros en los fallos del Tribunal de Commerce de Lille y de la Cour D’Appel de Paris, de 11 septembre 2013, y a 600.000 euros en el caso de la Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

<sup>73</sup> La Corte de Apelación de París, en su sentencia de 4 de julio de 2013, en este sentido, señala la importancia de que el proveedor tenga conocimiento de la evolución de los precios durante el contrato para su competitividad.

<sup>74</sup> La tasa o nivel de servicio del proveedor, es decir, el porcentaje obligatorio de respuesta a un pedido. Según lo describe la sentencia de la Corte de Apelación de París, de 4 de julio de 2013, la diferencia de cantidades entre los pedidos y las entregas.

<sup>75</sup> Cour D’Appel de Paris, 11 septembre 2013.

<sup>76</sup> Cour D’Appel de Paris, 4 juillet 2013.

<sup>77</sup> Tribunal de Commerce de Meux, 6 décembre 2011, nº 2009/02295.

<sup>78</sup> Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, nº 2009-5184; Tribunal de Commerce de Meaux, 6 décembre 2011, nº 2009/02295.

<sup>79</sup> Tribunal de Commerce de Lille, 6 janvier 2010, nº 2009-5184.

<sup>80</sup> K. RIERA-THIEBAULT; A. COVILLARD, “La notion de déséquilibre significatif...”, op. cit., pp. 206 – 208.



### C) Reforma del Derecho de obligaciones

37. Como hemos visto hasta ahora, la visión que se tiene del control de contenido en la contratación predispuesta entre empresarios en el Derecho francés es la de una regulación desmembrada, a través de diferentes fórmulas que van desde el control más expreso que se deriva del artículo L. 442-6 I 2º Ccom hasta el recurso a reglas generales de Derecho de obligaciones, como puede ser la causa en la doctrina *Chronopost* para las cláusulas limitativas de responsabilidad. Dado este panorama, se apuntó por parte de la doctrina la posibilidad, aprovechando la situación de reforma en la que está inmerso el Derecho de obligaciones francés, de introducir en el mismo una regla general que permitiera el control de los abusos contractuales para cualquier tipo de adherente<sup>81</sup>. Así ocurrirá, de hecho, cuando en un periodo corto de tiempo se apruebe el texto de reforma que está en las últimas fases de tramitación.

38. Las intenciones de reforma del Derecho de obligaciones en Francia se plasmaron, inicialmente, en tres textos diferentes: el Ante-proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y de la prescripción, conocido como *Avant-projet Catala* (2005)<sup>82</sup>, el más inspirado en la tradición histórica francesa; un Anteproyecto del Ministerio de Justicia francés, el Proyecto de reforma del Derecho de contratos de la Cancillería (primera versión, 2008)<sup>83</sup>; y, por último, el *Projet de réforme du droit des contract de l'Academie des Sciences Morales et Politiques*, denominado Proyecto Terré (2009)<sup>84</sup>, que, al contrario del proyecto Catala, presenta un perfil innovador dando cabida, más bien, a las nuevas corrientes de Derecho europeo de los contratos<sup>85</sup>.

39. Si entramos en el contenido de los distintos proyectos de reforma respecto a lo que aquí nos ocupa, la contratación no negociada y las opciones de control material en estos supuestos, cabe señalar que todos recogen la figura del “*contrat d'adhésion*” –en el caso del proyecto Catala (art. 1102(5)) y de la Cancillería (art. 11)- o de las “*conditions générales*” –en el caso del proyecto Terré (art. 23(2))- de forma general, para todo adherente<sup>86</sup>. En cuanto a la previsión de reglas que pudieran conllevar un con-

<sup>81</sup> A partir de esta idea, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 57 – 61, sugiere una disposición basada sobre la noción del desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato para aquellas cláusulas no negociadas. Por su parte, D. MAZEAUD, “Plaidoyer en faveur...”, op. cit., pp. 325 – 352, argumenta la apuesta por la integración de una regla general basada en la sanción del abuso de dependencia, esto es, una regla que, en el caso de que la formación del contrato esté caracterizada por una situación de dependencia entre los contratantes –situación que requiere la imposibilidad de negociar libremente la cláusula- se prevea la revisión o anulación del contrato afectado por un desequilibrio contractual excesivo. Según el autor, en la normativa y jurisprudencia del momento se podían encontrar signos de esa voluntad de crear una regla general en el Derecho de contratos francés.

<sup>82</sup> En septiembre de 2005 es presentado al Ministro de Justicia francés, por un grupo de juristas franceses, bajo la dirección de Pierre Catala un Ante-proyecto de reforma que pretendía la mayor reforma del Código civil llevada a cabo desde su entrada en vigor en 1804 alterando varios aspectos centrales del derecho de contratos, entre otros. Acerca de este Ante-proyecto Catala, ver P. CATALA, “Présentation générale de l'avant-projet”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation Française, 2006, pp. 11 – 16; G. CORNU, “Introduction, Des obligations”, en P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation Française, 2006, pp. 19 – 24; J. CARTWRIGHT; S. VOGENAUER; S. WHITTAKER, *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford, Hart, 2009, 930 p.

<sup>83</sup> Ha habido varias versiones desde la primera en 2008. Nosotros utilizamos el texto de mayo de 2009 (disponible en: [http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD\\_contrats/projet\\_contrats\\_mai\\_2009.pdf](http://droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf)). Sobre el proyecto de reforma de la Cancillería y sus líneas generales, L. LEVENEUR, “Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats: à améliorer”, *Contrats Concurrente Consommation*, nº 11, novembre 2008, pp. 1 – 2.

<sup>84</sup> Texto y comentarios de este proyecto en F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats: reflexions et propositions d'une groupe de travail*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>85</sup> Un estudio en español del Anteproyecto Catala en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción: (Estudio preliminar y traducción)”, *Anuario de Derecho civil*, vol. 60, nº 2, 2007, pp. 621 – 848. Algunas notas en general acerca de estos proyectos en español en A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *Observaciones comparadas de los Proyectos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17 – 18 de febrero de 2011; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 206 – 209; P. SABORIDO SÁNCHEZ, “La pervivencia de la relevancia jurídica de los propósitos o intereses de las partes en el contrato”, *InDret*, nº 1, enero 2013, pp. 18 y ss.

<sup>86</sup> Asimismo, incluyen expresamente la regla de interpretación *contra proferentem* y prevén un control de incorporación –en el caso de los proyectos de la Cancillería (art. 24) y Terré (art. 23(2)), no así en el proyecto Catala-

trol de contenido, existen diferencias entre las figuras a las que recurren los distintos textos. En el caso del Proyecto Catala, caracterizado por su conservadurismo, la doctrina de la causa sigue presente como base legal para la eliminación de ciertas cláusulas al estipular su art. 1125(2), respecto de todo contrato, que “*se reputa como no escrita toda cláusula inconciliable con la realidad de la causa*” (recordamos la famosa saga *Chronopost*)<sup>87</sup>. Como mención innovadora, cabe señalar que la no negociación tiene relevancia en este texto respecto de la posibilidad de controlar el contenido de un contrato. Así, aquella cláusula que cree en el contrato un desequilibrio significativo en detrimento de una de las partes puede ser revisada o suprimida a la demanda de ésta, en el caso en el que la ley la proteja por una disposición particular, especialmente por su cualidad de consumidor o aún aquellas que no hayan sido negociadas (art. 1122(2)). Este precepto permitiría, no sólo que un consumidor pueda solicitar la revisión o supresión de una cláusula que podría ser calificada de “abusiva”, tanto si ha sido negociada como si no lo ha sido, sino también que todo contratante, esto es, tanto consumidor como profesional, pueda solicitar dicha revisión o supresión en aquellos casos en los que la cláusula no haya sido negociada<sup>88</sup>.

En cuanto a los proyectos de la Cancillería y Terré, en ambos textos se recoge una disposición similar, ya prevista expresamente para las cláusulas no negociadas y todo adherente. De esta forma, aludiendo al mismo criterio -el desequilibrio- se permite el control de contenido de aquellas condiciones que creen un “*déséquilibre significatif*” en el contrato, si así lo solicita la parte perjudicada<sup>89</sup>. Mientras que en el caso del proyecto de la Cancillería, el juez puede solo suprimir la cláusula, en aplicación del proyecto Terré, del mismo modo que ocurría en el Catala, se le permite tanto la supresión como su revisión.

**40.** Si el paso del tiempo desde que viera la luz en 2005 el primero de los proyectos -el Proyecto Catala- y la aparición de diversos textos, podía hacer pensar que la reforma del Derecho francés de obligaciones y contratos no llegaría, parece que desde finales de 2013 se acelera y, tras varias idas y venidas<sup>90</sup>, está abierto en la actualidad un proceso de reforma en torno a una propuesta de *Projet*

<sup>87</sup> Esta disposición fue criticada en la medida en que se limitaba a mantener el *status quo* precedente sin aportar directrices que los jueces pudieran seguir para llevar a cabo su tarea de eliminar las cláusulas que sean incompatibles con las obligaciones fundamentales del contrato. Ver R. SEFTON-GREEN, “La cause or the length...”, op. cit., pp. 112 – 113, 115.

<sup>88</sup> A favor de esta interpretación, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., p. 54. En contra, considerando que solo se ven afectados los contratos con consumidores, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 207.

La autora (N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, “Observations de Natacha Sauphanor...”, op. cit., pp. 54 – 57), se mostró en su momento favorable a una norma así ante la falta de regulación al efecto en el Derecho interno mediante otros mecanismos. Consideraba justificada la incorporación de una disposición de esta naturaleza en el Derecho de contratos de cara a erradicar las cláusulas abusivas, sin que esto supusiera una desnaturalización del Código civil dado que, tanto el legislador nacional como los legisladores de otros países europeos, tienen una voluntad de proteger al contratante víctima de un desequilibrio.

<sup>89</sup> El art. 79 del Proyecto de la Cancillería dispone que: “*Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L’appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l’objet du contrat ni sur l’adéquation du prix à la prestation*”. Por su parte, en virtud del art. 67 del Proyecto Terré: “[...] *la clause non négociée que crée dans le contrat un déséquilibre significatif au détriment de l’une des parties peut être révisée ou supprimée à sa demande*”.

<sup>90</sup> En noviembre de 2013 se presenta un Proyecto de Ley en el Senado por el que, de ser aprobado, se habilitaría al gobierno a legislar por *ordonnances* (sin debates parlamentarios) las medidas de simplificación del derecho y de los procedimientos en el ámbito de la justicia y asuntos internos. Con esto, se pretendía tomar las medidas necesarias para “[...] *modifier la structure et le contenu du livre III du code civil afin de moderniser, de simplifier, d’améliorer la lisibilité, de renforcer l’accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l’efficacité de la norme [...]*” (art. 3 del *Projet de loi* depositado en el Senado el 27 de noviembre de 2013). En enero de 2014 el Senado no acepta el Proyecto de Ley en lo referente a la legislación mediante *ordonnances* del Derecho de contratos y obligaciones, suprimiendo el artículo correspondiente (Sénat n° 69, Session ordinaire, 23 janvier 2014). Al respecto, la Comisión de Leyes del Senado había considerado que la reforma del Derecho de obligaciones y contratos, reforma mayor del Código civil, era demasiado importante para ser regulada por *ordonnances*, siendo merecedora de un debate público (comunicado disponible en: <http://www.senat.fr/presse/cp20140115c.html>). Sin embargo, después de un año de tramitaciones, el 28 de febrero de 2015, la Asamblea Nacional reintroduce de nuevo la habilitación al Gobierno para legislar por este procedimiento (texto n° 467, disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0467.asp>), hecho que lleva a sesenta senadores al día siguiente a plantear la constitucionalidad de este artículo ante el *Conseil constitutionnel*. Este órgano, en una decisión del 12 de febrero de 2015, concluye la constitucionalidad del artículo que habilita al Gobierno a legislar mediante *ordonnances* en materia de Derecho de contratos (Décision n° 2015-710 DC, disponible en: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-710-dc/decision-n-2015-710-dc-du-12-fevrier-2015.143268.html>). Parece, por tanto, que será éste el procedimiento por el que se llevará a cabo en Francia la reforma del Título III del Libro III del Código civil.

*d'Ordonnance du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, publicada por el Ministerio de Justicia francés el 25 de febrero de 2015 y cuya aprobación definitiva se estima para los últimos meses de este mismo año.

Respecto del contenido de este nuevo *Projet d'Ordonnance*<sup>91</sup>, en lo que aquí nos interesa y dado que parece que estará cercano al contenido final de la reforma, cabe señalar que el texto concibe el “*contrat d'adhésion*” como aquel cuyas estipulaciones esenciales, sustraídas a la libre negociación, han sido determinadas por una de las partes<sup>92</sup>, regulando un control de incorporación –pues es necesario que las condiciones generales invocadas por una parte hayan sido dadas a conocer a la otra y las haya aceptado<sup>93</sup>- y, lo más importante, un control material. Así, el juez, a instancia de la parte perjudicada, puede suprimir una cláusula que cree un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato, dejando fuera de esta apreciación de desequilibrio los elementos esenciales del negocio jurídico<sup>94</sup>. Eso sí, es de resaltar que, si bien en los otros textos de reforma el elemento de la ausencia de negociación tenía presencia en el control de contenido de las cláusulas desequilibradas, parece que aquí este control se extiende a todo tipo de cláusulas, negociadas o no, puesto que el precepto no distingue, ni por su ubicación ni por su redacción<sup>95</sup>.

## D) Breve recapitulación

41. Se ha observado una progresiva concienciación entre la doctrina francesa acerca de la insuficiencia de los mecanismos correctivos existentes para hacer frente a cláusulas que podrían considerarse como abusivas en la contratación entre empresarios. Ejemplo de ello es la utilización jurisprudencial de la figura de la causa para conseguir la nulidad de ciertas cláusulas. O también la reforma del Código de Comercio y su correlativa inclusión del concepto de “desequilibrio significativo de derechos y obligaciones” en este ámbito, aunque con las salvedades y cautelas que han sido señaladas. En todo caso, el avance más claro en este sentido, sin duda, se produce en los distintos proyectos de reforma del Derecho de obligaciones francés que, por fin, va a llevarse a cabo. Hoy por hoy, hasta la aprobación de este último texto tan amplio en cuanto a la protección frente a cláusulas desequilibradas, la conclusión es que no se puede afirmar que exista en el ordenamiento jurídico francés un régimen general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, del mismo modo que tampoco existe, como pasaremos a estudiar a continuación, en el sistema italiano.

## 2. Protección en el ordenamiento jurídico italiano

### A) Codice civile: artículos 1341 y 1342

42. El Código civil italiano, dando respuesta normativa a un problema que la jurisprudencia precedente a la entrada en vigor del texto había advertido, regula en 1942 el fenómeno de las condiciones

<sup>91</sup> Texto disponible en:

[http://www.justice.gouv.fr/publication/j21\\_projet\\_ord\\_reforme\\_contrats\\_2015.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf).

<sup>92</sup> Article 1108(2): “*Le contrat d'adhésion est celui dont les stipulations essentielles, soustraites à la libre discussion, ont été déterminées par l'une des parties*”.

<sup>93</sup> Article 1120: “*Les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard d l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées. En cas de discordance entre des conditions générales invoquées par l'une et l'autre des parties, les clauses incompatibles sont sans effet*”.

<sup>94</sup> Article 1169: “*Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation*”.

<sup>95</sup> Acerca de esta regulación de las cláusulas abusivas podemos remitir a N. DISSAUX, “*Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte*”, *Droit & Patrimoine*, n° 240, octobre 2014, pp. 53 – 56; P. STOFFEL-MUNCK, “*Les clauses abusives: on attendait grouch...*”, *Droit & Patrimoine*, n° 240, octobre 2014, pp. 56 – 59. Se trata de comentarios, no sobre el *Projet d'Ordonnance* de febrero de 2015 pero sí sobre el texto del que proviene este proyecto, un documento de trabajo del Ministerio de Justicia francés fechado en octubre de 2013 y publicado a principios de enero de 2014, que tiene exactamente el mismo contenido. Texto disponible en: [http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733\\_document---avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats.htm](http://www.lesechos.fr/15/01/2014/lesechos.fr/0203242436733_document---avant-projet-de-reforme-du-droit-des-contrats.htm) (definición de contrato de adhesión, art. 8(2); control de incorporación, art. 20; control de contenido, art. 77).

generales del contrato<sup>96</sup>. El artículo 1341 es el encargado de instaurar un control para este tipo de cláusulas que, como veremos, es meramente formal, sin que el precepto contenga, por otra parte, definición alguna del concepto de “*condizioni generali*”. Han sido la jurisprudencia y la doctrina las que, posteriormente, han precisado el significado de dicha expresión a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación de la norma<sup>97</sup>.

El control al que hace referencia el citado artículo se basa en la cognoscibilidad de las condiciones generales predisuestas por uno de los contratantes (conocía o debía haber conocido desplegando una diligencia normal), requisito para la eficacia de las mismas<sup>98</sup>. A su vez, el apartado segundo del artículo 1341 introduce lo que se han llamado “*clausole vessatorie*”, una serie de cláusulas que, por ser especialmente gravosas para el adherente, no tendrán efecto si no son específicamente aprobadas por escrito<sup>99</sup>. El control de estas cláusulas, lo que en España se conocería como “cláusulas abusivas”, no es un control de contenido sino meramente de incorporación en la medida en que se limita a requerir una específica aceptación<sup>100</sup>.

Por otra parte, el artículo 1342 Cc está previsto para la contratación mediante la suscripción de formularios preparados para el propósito de regular ciertas relaciones contractuales de una manera uniforme, respecto a los que se prevé una regla de prevalencia de las cláusulas añadidas a estos formularios sobre los términos originales de los mismos cuando sean incompatibles con ellos<sup>101 102</sup>.

A la vista de estos artículos, podemos concluir que el control que regulan es meramente formal y su ámbito de aplicación subjetivo incluye cualquier tipo de contratante, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos entre empresarios<sup>103</sup>, sin que sea necesaria, además, la debilidad económica

<sup>96</sup> E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza”, en C. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2, Milano, Giuffrè, 1981, p. 4.

<sup>97</sup> Los elementos constitutivos de la figura serían la predisposición unilateral y las características de generalidad, uniformidad y rigidez de la cláusula predispuesta. Sobre los elementos definitorios de las condiciones generales ver E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 4 - 8; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, F. GALGANO (dir.), I grande orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale, n° 28, Padova, Cedam, 1996, pp. 1 - 12.; E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, vol. III, Padova, Cedam, 1997, pp. 1 y ss.; L. VALLE, “Commentario articoli 1341 e 1342 Codice civile”, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, pp. 1120 - 1121; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile, annotato con la giurisprudenza*, Torino, Utet Giuridica, 2006, p. 1587; A. ZACCARIA, *Commentario articolo 1341*, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1420 - 1421.

<sup>98</sup> Artículo 1341.1° Codice civile: “*Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza*”.

<sup>99</sup> Las cláusulas a las que hace referencia el artículo 1341.2° son, entre otras, cláusulas de limitación de responsabilidad, de terminación del contrato, de limitación de la facultad de oponer excepciones, cláusulas que restringen la libertad contractual en relaciones con terceros o cláusulas de prórroga tácita. Tras una discusión doctrinaria acerca del carácter taxativo o no de este elenco de cláusulas, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han entendido que tiene carácter taxativo y no ejemplificativo. A modo de ejemplo, Sentencia Cass. Civ. Sez. I, 19 de marzo de 2003, n° 4036, *Giustizia Civile, Massimario annotato della Cassazione*, 2003, n° 1, pp. 553 - 554. Ver E. CÉSARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., pp. 89 y ss.; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 207 y ss.; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., p. 1587; L. VALLE, “Commentario articoli 1341...”, op. cit., p. 1122; A. ZACCARIA, *Commentario articolo 1341...*, op. cit., pp. 1421 - 1422.

<sup>100</sup> En palabras de E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 80, la voluntad del legislador reside en “*assicurare la contrattualità effettiva delle singole clausole onerose inserite nelle condizioni generali di contratto*”.

<sup>101</sup> Artículo 1342 Codice civile: “*Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse, anche se queste ultime non sono state cancellate. Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell’articolo precedente*”.

Acerca del concepto de “*moduli*” y de “*formulari*”, ver E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 27 - 31; S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 665 y ss.

<sup>102</sup> Parece que la diferencia de ámbito de aplicación entre ambos preceptos se centra en el carácter más “general” de las condiciones recogidas en el 1341 respecto del artículo siguiente, donde el acento se pone en la “predisposición”, A. ZACCARIA, “*Commentario articolo 1342*”, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, p. 1420. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., p. 665, entiende que este artículo se centra, no en un problema de formación del contrato, sino de interpretación del mismo.

<sup>103</sup> Respecto a la coordinación con la figura y la disciplina de la tutela del consumidor, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, n° 35, Scuola di perfezionamento in diritto civile dell’Università di Camerino, Camerino pp. 108 - 110; L. VALLE, “*Commentario articoli 1341...*”, op. cit., p. 1126. La autora entiende que el artículo 1341 Cc, desarrolla una función propia en los contratos con consumidores como control formal, complementario al control sustancial recogido en el artículo 33 del Código de consumo.

de una de las partes. Así, se entiende que es suficiente con que uno de los contrayentes haya predispuerto las condiciones generales del contrato a las que se haya adherido el otro contratante<sup>104</sup>.

**43.** La protección que dispensan estas normas se complementa con la previsión del artículo 1370 Cc italiano, que no recoge sino la regla *contra proferentem*, según la cual, las cláusulas insertadas en los contratos con condiciones generales o en modelos o formularios predispuertos por uno de los contratantes se tienen que interpretar, en caso de duda, a favor del otro<sup>105</sup>.

**44.** La inexistencia de un instrumento de control de contenido en los artículos específicos prece-dentes<sup>106</sup> se soluciona para los contratos con consumidores a partir de la transposición en 1996 de la normativa comunitaria de consumo, pues ya en ella se preveía un control específico de contenido mediante una cláusula de buena fe, como se apuntará en el siguiente epígrafe. Quedan sin protección material, sin embargo, los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. La doctrina se planteó, como se ha visto en el caso del ordenamiento jurídico francés y se verá en el nuestro, la posibilidad del empleo de otros mecanismos ya existentes y de aplicación general por tratarse de reglas generales del Derecho de obligaciones. La prohibición general de excluir o limitar la responsabilidad por dolo o culpa grave -declarando tal cláusula nula el artículo 1229 Cc<sup>107</sup>-, el principio de la buena fe<sup>108</sup> o el recurso al orden público, especialmente al orden público económico<sup>109</sup>, son figuras con las que se pretende ejercitar un control sobre las condiciones generales del contrato, permitiendo al juez una intervención sobre la regulación contractual de forma que fuera posible la completa realización de la operación económica en la cual las partes estaban interesadas<sup>110</sup> y transponiendo en cierta medida, así, algunas de las soluciones

<sup>104</sup> E. V. NAPOLI, “Le condizioni generali di contratto...”, op. cit., pp. 8–9. En la misma línea, E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., p. 80.

<sup>105</sup> Esta regla interpretativa, que se puede relacionar con el artículo 35.2º del Código de consumo y que no excluye la aplicación de las reglas interpretativas generales recogidas en el artículo 1362 Cc., presenta dos presupuestos de aplicación: por una parte, su ámbito de aplicación está restringido a los contratos recogidos en los artículos 1341 y 1342 Cc.; por otra, es un criterio subsidiario que sólo es de aplicación en los casos en los que la voluntad manifestada en las cláusulas no sea clara (según la sentencia Cass. Civ. Sez. III, 8 de marzo de 2001, nº 3392, *Giustizia Civile*, nº 52, 2002, 2, pp. 2270–2275, respecto de un contrato de distribución de hidrocarburos, no es de aplicación el principio interpretativo recogido en el artículo 1370 Cc. puesto que el contrato del supuesto de hecho es un contrato negociado de modo individual y, por tanto, carece de las características de las condiciones generales de contratación y de los formularios). Acerca de la relación con los artículos 1341 y 1342 Cc., V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., pp. 315 y ss (en relación con artículo 1341) y pp. 323 y ss. (en relación con artículo 1342). Acerca del precepto, S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto...*, op. cit., pp. 187 y ss.; E. CESARO (dir.), *Le condizioni generali...*, op. cit., pp. 83–84; P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., p. 1637; G. SICCHIERO, “Commentario artículo 1370 Codice civile”, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, p. 1153; A. ZACCARIA, “Commentario artículo 1370”, en G. CIAN; A. TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile, complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 1533–1534.

<sup>106</sup> Ya en 1983, V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., pp. 11–14, manifiesta la inadecuación del sistema codificado y la necesidad de prestar atención, no sólo a una perspectiva procedimental y a la fase de formación del contrato, sino también a la necesidad de individualizar nuevas formas de control que puedan garantizar una justa regulación desde una perspectiva sustancial. Por su parte, L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, Cedam, 2004, pp. 342 y ss., pone de manifiesto la limitada eficacia como medio de control de los artículos 1341 y 1342 Cc., en la medida en que sólo aseguran protección en los casos taxativos y sólo en cuando a la incorporación.

<sup>107</sup> Nulidad por exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave o por constituir una vulneración de obligaciones derivadas del orden público. Artículo 1229 Codice civile: “È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”. Sobre la relación entre este artículo y el artículo 1341 C.c., D. MEMMO, *Commentario articolo 1229 Codice civile*, en F. GALGANO, *Commentario breve al Codice civile*, Piacenza, La Tribuna, 2006, pp. 984. Ver, asimismo, P. CENDON; A. BALDASSARI, *Codice civile...*, op. cit., pp. 1445–1446; A. ZACCARIA, “Commentario artículo 1229...”, op. cit., pp. 1273–1275.

<sup>108</sup> Según el art. 1337 del Código civil italiano, las partes deben comportarse de buena fe en el desarrollo de las negociaciones en la formación del contrato (“*Le parti, nello svolgimento delle trattative nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede*”).

<sup>109</sup> Ver V. RIZZO, *Condizioni generali...*, op. cit., p. 84.

<sup>110</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 74 y ss. El autor sostiene que, de las tres vías en las que es utilizada la buena fe –como instrumento de integración del contrato y fundamentos de obligaciones accesorias, como instrumento de delimitación de las condiciones de ejercicio del derecho y como instrumento para la modificación del contenido del contrato en el sentido de la eliminación de las cláusulas iníquas y de la formación judicial de una regulación de intereses justa y de equidad- es la última la que ha hecho sentir más el peso del principio en materia de condiciones generales del contrato (p. 77).

características de la disciplina de las cláusulas “vejatorias” en los contratos con consumidores a las relaciones contractuales entre empresarios<sup>111</sup>.

En este sentido, se puede traer a colación la sentencia de la Corte de Casación de 2 noviembre de 1998<sup>112</sup>, mediante la cual se declara la nulidad de una cláusula en un contrato de *leasing* entre empresarios que confiere al arrendatario la facultad de pagar al suministrador (“*fornitore*”) antes de que este último haya entregado el bien al usuario, con lo que se invierte el riesgo de la falta de entrega del bien por parte del vendedor. La Corte Suprema entiende que esta cláusula es contraria a la previsión de la buena fe en la ejecución del contrato recogida en el artículo 1375 Cc<sup>113</sup>, de la que se deriva la obligación de garantizar al usuario el goce del bien objeto del contrato.

45. La figura del abuso del derecho y de la buena fe ha sufrido una revalorización a partir de la muy comentada sentencia de la Suprema Corte de Casación de 18 de septiembre de 2009<sup>114</sup>. En la resolución se recurre a ambas para legitimar el control por el juez del ejercicio de un derecho de desistimiento *ad nutum* incluido en una de las cláusulas de un contrato de concesión de ventas de automóviles. Aunque se trata de un control del ejercicio del derecho y no de la cláusula en sí y no se declara la nulidad de la cláusula sino que se atiende a lo demandado, esto es, el resarcimiento de los daños sufridos por la parte afectada<sup>115</sup>, esta sentencia ha dado pie a que la doctrina se haya replanteado la posibilidad de la buena fe y el abuso del derecho como remedios para tutelar a las partes débiles en el mercado y su vinculación con otras figuras como el abuso de dependencia económica, que tendremos ocasión de ver en epígrafes siguientes<sup>116</sup>.

## B) Codice del consumo: artículo 36.4 y el “derecho de regreso”

46. Con motivo de la transposición de la Directiva 93/13/CEE, Italia promulga una nueva legislación mediante la Ley de 6 de febrero de 1996, n. 52 que se incluyó de forma singular en los artículos 1469 *bis* a 1469 *sexies* del Código civil<sup>117</sup>. En 2005, estos artículos pasarán a integrar el llamado *Codice de consumo*<sup>118</sup>, recogiendo en el artículo 33 y siguientes un control de contenido, mediante una cláusula que hace referencia, de forma similar a la Directiva, a la buena fe y al desequilibrio significativo de derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor<sup>119</sup>. Sin embargo, el ámbito subjetivo de aplicación de esta protección se restringe a los consumidores, sin que, por tanto, el ordenamiento jurídico italiano prevea, en esta sede, tutela para el empresario adherente<sup>120</sup>.

<sup>111</sup> L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie...*, op.cit., p. 362.

<sup>112</sup> Sentenza Cass. Civ. Sez. III, 2 de noviembre de 1998, n. 10.926, *Foro Italiano*, n° 121, 1998, 2, pp. 3081 – 3109, comentada por G. LENER, “Commentario sentenza Corte di Cassazione, sezione III civile, 2 novembre 1998”, *Foro Italiano*, 121, n° 2, 1998, pp. 3081 – 3092.

<sup>113</sup> Artículo 1375 Cc.: “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”.

<sup>114</sup> Suprema Corte di Cassazione, Sezione III Civile, sentenza 18 settembre 2009, n° 20106.

<sup>115</sup> Lo que, indirectamente, implica privar de efectos a la cláusula.

<sup>116</sup> Al respecto de esta sentencia, señala A. SCOTTI, “Il controllo giudiziale sull’esercizio del diritto di recess nei rapporti di integrazione vertical tra imprese: un problema di mercato”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, p. 140, que es encomiable el intento del Tribunal de colmar la laguna existente en tanto en cuanto el abuso del derecho es una posible vía de tutela para salvaguardar el equilibrio formal y material del contrato. Otros comentarios sobre la referida sentencia se encuentran en E. BARCELONA, “Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: “solidarietà sociale” o inderogabilità del “mercato”? (Note a propósito di Cass. n. 20106/2009)”, *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 165 – 216; R. PARDOLESI, “Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale”, *Danno e Responsabilità*, vol. 17, n° 12, pp. 1165-1177.

<sup>117</sup> Acerca de la doble regulación en los contratos con condiciones generales, G. FURGIUELE, “Problemas jurisprudenciales en Italia en torno a la prohibición de cláusulas abusivas”, *RDP*, febrero 2001, pp. 141y ss.

<sup>118</sup> Ley 6 de septiembre de 1995, n. 206.

<sup>119</sup> En la definición de cuándo una cláusula es considerada abusiva se recurre a los términos ya conocidos -contrariedad con la buena fe que conlleva un desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones del contrato en perjuicio del consumidor (“*malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*”)-, completando esta cláusula general con una listas de cláusulas que se presuponen abusivas.

<sup>120</sup> El artículo 33.1 del Código de consumo extiende la aplicación de la normativa referente a las cláusulas abusivas solamente a los contratos entre un consumidor y un profesional. Acerca de la noción restringida de consumidor, G. FURGIUELE, “Problemas jurisprudenciales en Italia...”, op. cit., pp. 142 – 144; F. LUCCHESI, “Commentario articolo 3”, en G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo*, Padova, Cedam, 2007, pp. 45 – 64.

47. No obstante, debemos hacer referencia a una novedad que presenta la normativa italiana respecto a la Directiva del año 1993 y que se ubica en el artículo 36.4 del Código de consumo –antiguo 1469 *quinquies*, 4º del Código civil. En esta disposición se establece un “derecho de regreso” del vendedor respecto a su proveedor. Concretamente, el texto normativo recoge la previsión de que un vendedor minorista tiene el derecho a reclamar a su proveedor una compensación por los daños que pueda haber sufrido si las cláusulas en el contrato del minorista con el consumidor han sido declaradas abusivas<sup>121</sup>. Nos encontramos con sorpresa, en un contexto de disciplina dedicada a la protección del consumidor, con una exigencia de tutela a favor de un sujeto de la cadena interna de la distribución comercial<sup>122</sup>.

48. Para comprender el alcance del precepto y poder establecer una comparación con la protección que se le otorga al consumidor, debemos partir del análisis del tipo de medida correctora que se ha incluido en el Código de consumo y que afecta a un contrato entre empresarios. Se trata del reconocimiento de un “*diritto di regresso*”, respecto de cuya naturaleza la doctrina no se ha puesto de acuerdo<sup>123</sup>, que tiene por objetivo evitar que el proveedor-mayorista pueda beneficiarse de las consecuencias de una cláusula que él impone al vendedor-minorista y de las que no se podría haber beneficiado si hubiera contratado directamente con el consumidor sin intermediarios. La intención, así, es impedir que recaiga sobre el vendedor-minorista –que ostentaría la posición de contratante débil- el coste de una operación comercial determinada e impuesta por otro. Este coste sería el resultante de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión a la que está expuesto el minorista en su contrato con el consumidor. De este modo, se evita que aquél traspase a este último el propio riesgo contractual en términos de un mayor precio de los bienes o servicios objeto del contrato<sup>124</sup>. Es decir, se trata de una norma que pretende, en última instancia, la protección del consumidor.

49. Como consecuencia de todo lo anterior, el derecho de regreso no tendrá aplicación cuando la cláusula declarada nula por abusiva en el contrato de consumo haya sido introducida autónomamente por el vendedor-minorista en su relación jurídica con el mayorista. Tampoco cuando el vendedor-minorista haya negociado la aceptación de la cláusula después reproducida en el contrato de consumo. En ambos supuestos se entiende que el vendedor-minorista, por haber determinado él mismo la cláusula o haber podido negociar su inclusión, ha asumido el riesgo como un resultado de su composición de intereses<sup>125</sup>. La predisposición de la cláusula es clave para atribuir al vendedor-minorista la condición de parte débil protegible.

50. Por último, como apreciación más relevante y aunque hay discrepancias doctrinales al respecto, parece que de esta regulación no deriva una posibilidad inmediata de controlar el contenido del contrato entre empresarios. Es decir, el “*diritto di regresso*” no supone que de la ineficacia de la cláusula abusiva en el contrato con el consumidor resulte también la ineficacia de la cláusula recogida en el contrato entre empresarios<sup>126</sup>. Evidentemente, esta cláusula puede ser ineficaz, si no por abusiva en el

<sup>121</sup> “*Il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per i dan che ha subito in conseguenza della declaratoria d’inefficacia delle clausole dichiarate abusive*”.

<sup>122</sup> Según G. PASSAGNOLI, “*Commentario articoli 36, 38*”, en G. VETTORI (dir.), *Codice del consumo*, Padova, Cedam, 2007, p. 387, esta exigencia es debida a la profunda transformación de la práctica comercial a la que se ha asistido en las últimas décadas y, sobre todo, al fenómeno de la concurrencia vertical, de las relaciones entre el intermediario comercial y el productor.

<sup>123</sup> Son de señalar los problemas doctrinales respecto a la determinación de la naturaleza de este derecho de regreso atribuido al vendedor, que se ha calificado en relación con la responsabilidad extracontractual, responsabilidad precontractual, enriquecimiento sin causa, al regreso como “*noción general*” o se ha encuadrado en una “*pluralidad de fuentes*” entre la disciplina del contrato y de la competencia, G. PASSAGNOLI, “*Commentario articoli 36, 38...*”, op.cit., p. 388; M. BIANCHINI, “*Commentario articolo 1469- quinquies...*”, op.cit., pp. 217, 218; G. LENER, “*La nuova disciplina delle clausole vessatorie...*”, op. cit.

<sup>124</sup> Comentarios G. PASSAGNOLI, “*Commentario articoli 36, 38...*”, op.cit., p. 387; M. BIANCHINI, “*Commentario articolo 1469- quinquies...*”, op. cit., pp. 215 y ss.; G. LENER, “*La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*”, *Cardozo Electronic Law Bulletin*, <http://www.jus.unitn.it>.

<sup>125</sup> G. PASSAGNOLI, “*Commentario articoli 36, 38...*”, op. cit., p. 387.

<sup>126</sup> En este sentido, L. VALLE, “*Commentario articolo 1469...*”, op. cit., pp. 1314-1315, sostiene que, a pesar de que estamos ante un artículo dentro de la disciplina de las llamadas cláusulas “*vejetorias*” en los contratos con consumidores que se ocupa de las relaciones entre empresas, es evidente que no deriva de esta regulación la inmediata posibilidad de control sobre el contenido del contrato concluido entre profesionales. En la misma línea, G. PASSAGNOLI, “*Commentario articoli 36, 38...*”, op. cit., p. 387.

sentido del Derecho de consumo, sí por otras reglas de Derecho común, con las limitaciones que han sido expuestas, o por nulidades especiales de determinados tipos de contratos entre empresarios.

51. Al respecto de esta última mención y una vez agotadas las posibilidades de protección del empresario adherente en las normas generales del Derecho de contratos y en el Derecho del consumidor, damos paso, en el último apartado, a un ejemplo de nulidad en las relaciones entre profesionales existente en el ordenamiento jurídico italiano: la nulidad en el contrato de subsuministro.

### C) Un nuevo instrumento de reequilibrio contractual

52. Mediante la Ley n. 192, de 18 de julio de 1998 el legislador italiano introduce un instrumento de control y de reequilibrio contractual en el ámbito de una categoría concreta, el contrato de subsuministro en la actividad productiva<sup>127</sup>. Se trata de un mecanismo que se propone tutelar las situaciones de debilidad económica que se producen cuando un sujeto se encuentra en una posición contractualmente dominante y, como sujeto económico más fuerte, abusa de dicho posicionamiento.

Este control se recoge en el artículo 9 de la citada ley a través de la figura del abuso de dependencia económica. “*El pacto a través del cual se realiza el abuso de dependencia económica es nulo*”, según reza el apartado 3 de dicho artículo<sup>128</sup>. Por lo tanto, todo gira en torno a la definición del concepto “*abuso di dipendenza economica*” que se convierte, así, en la disposición más relevante de toda la ley. El punto 1º del artículo 9<sup>129</sup> define esta figura como la situación en la que una empresa está en grado de determinar, en las relaciones comerciales con otra empresa, un excesivo desequilibrio de derechos y obligaciones teniendo en cuenta la posibilidad real para la parte que ha sufrido el abuso de encontrar en el mercado alternativas satisfactorias<sup>130</sup>.

El punto 2º del artículo 9<sup>131</sup>, por su parte, delinea una definición descriptiva del abuso mediante un elenco ejemplificativo de supuestos, haciendo referencia a la negativa a vender o a comprar, a la imposición de condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias o a la interrupción arbitraria de las relaciones comerciales en desarrollo<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> El artículo 1 de la Ley es el encargado de delimitar el ámbito objetivo de aplicación de la norma, entendiendo por “*contratto di subfornitura*” aquel a través del cual un empresario se obliga frente a otro – comitente-, a manufacturar productos semielaborados o materias primas suministradas por este último, o se obliga a suministrarle productos o servicios destinados a ser incorporados o utilizados en el ámbito de la actividad económica del comitente o en la producción de un bien complejo, de conformidad con proyectos ejecutivos, conocimientos técnicos y tecnológicos, modelos o prototipos suministrados por el comitente (“*Un imprenditore si impegna a effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all’a impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell’ambito dell’attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente*”). Ha sido criticado por la doctrina el hecho de que no se indique el objeto de la ley sino que, más bien, se limite a definir un segmento del complejo procedimiento industrial, G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura”, *Giurisprudenza Italiana*, anno 151, n° 1, 1999, p. 672. Más directos son R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?”, *Rivista di Diritto Privato*, anno III, n° 4, ottobre-dicembre 1998, p. 73, quienes sostienen que los operadores del Derecho, no sólo no manejan una teoría adecuada sobre el subsuministro, sino que no saben bien qué “*cosa*” es esa.

<sup>128</sup> Artículo 9.3: “*Il patto attraverso il quale si realizza l’abuso di dipendenza economica è nullo*”.

<sup>129</sup> Artículo 9.1: “*È vietato l’abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova, nei suoi loro riguardi, una impresa cliente o fornitrice. Si considera dipendenza economica la situazione in cui un impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti*”.

<sup>130</sup> La valoración de la situación de abuso no es estática, sino fruto de una consideración dinámica en la que se debe tener en cuenta una serie de variables como es la citada posibilidad por la parte que ha sufrido el abuso, de obtener otra opción a través del mercado, G. GIOIA, I rapporti di subfornitura..., op. cit., p. 676.

<sup>131</sup> Artículo 9.2: “*L’abuso può anche consistere nel rifiuto di vendere o nel rifiuto di comprare, nella imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie, nella interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto*”.

<sup>132</sup> Según la doctrina, el contenido de este precepto no es extraño al ordenamiento italiano y puede ser considerado análogo a lo previsto para el abuso de posición dominante en la ley antitrust (artículo 2359 del Código civil, modificado por el artículo 1 del D.L. 9 abril de 1991, n. 127, integrado en el artículo 7 de la ley antitrust), G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura...”, op. cit., p. 676. Sobre la relación entre ambas normas, ver también PROSPERI, F., “Subfornitura industriale, abuso di dipendenza



53. Una vez expuesto el contenido de los tres apartados que conforman el precepto sujeto a estudio, podemos realizar una serie de valoraciones para intentar determinar el alcance del mismo. Este artículo, que introduce límites a la autonomía de la voluntad negocial en el ámbito de la categoría del “*subfornitori*”, nos recuerda a la protección acordada para el consumidor contra las cláusulas abusivas predisuestas por el profesional en la medida en que en ambos casos se fijan límites para la tutela de la parte débil. De hecho, la expresión “*desequilibrio eccessivo*” del artículo 9.1 de la Ley reguladora del contrato de subsuministro está muy próxima a la recogida en el artículo 33 del Código de consumo, que hace referencia a un “*desequilibrio significativo*”<sup>133</sup>. Sin embargo, y además de los vínculos con la disciplina contractual, la disposición también está íntimamente relacionada con el Derecho antitrust, habiendo sido concebida, de hecho, como una modificación de la Ley de 10 de octubre de 1990, n. 287, esto es, la Ley antitrust italiana<sup>134</sup>. Por lo tanto, nos encontramos ante una figura, la del abuso de dependencia económica, de naturaleza híbrida<sup>135</sup>: el artículo 9 es una norma suspendida entre el Derecho de contratos –preocupado en el equilibrio de la frecuente posición de debilidad de las numerosas empresas subcontratistas respecto a la contraparte comitente- y el Derecho antitrust -con intención de salvaguardar los mecanismos concurrenciales del mercado-.

54. La doctrina italiana se ha planteado la posibilidad de una eventual aplicación generalizada de la figura del abuso de dependencia económica como regla supletoria en el ámbito hermenéutico. Así, la doctrina mayoritaria defiende una interpretación extensiva, según la cual el artículo 9 de la ley n. 192 del 1998 no tiene un ámbito de aplicación limitado a los contratos de subsuministro, en el sentido del artículo 1 de dicha ley, sino más amplio, amparando cualquier contrato en el que se manifieste la dependencia económica de una empresa respecto de otra. Los argumentos utilizados van desde la terminología utilizada<sup>136</sup> –la ley se refiere genéricamente a “*comprar*” o “*vender*” o a “*cliente*” y “*proveedor*”- hasta un *iter* legislativo oscuro, del cual no se desprende la verdadera intención del legislador respecto a la naturaleza de la norma<sup>137</sup>. Para estos autores que apoyan la postura a favor de considerar este artículo como cláusula general de control no limitada a un específico ámbito contractual sino a la actividad entre empresarios en general, la norma puede ser una vía para controlar el contenido de los contratos entre empresarios<sup>138</sup>. Los autores que, por el contrario, son de la opinión opuesta a la ampliación de la esfera de

---

economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale”, *Rassegna di diritto civile*, anno 20, n° 3, 1999, pp. 659 y ss.

<sup>133</sup> Acerca de la relación entre esta normativa y la protección de la figura del consumidor frente a las cláusulas abusivas, ver *ibidem*, op. cit., pp. 643 y ss. El autor realiza una reflexión sobre los puntos análogos y las diferencias –que considera profundas en algunos casos, como en lo referente a la necesidad o no de que el contrato sea estandarizado- en la tutela del consumidor y la figura del abuso de dependencia económica.

<sup>134</sup> El artículo analizado, fuertemente impregnado de parámetros económicos, descansa de forma evidente en los dos modelos legislativos de referencia en el momento: el alemán y el francés. A. MUSSO, *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni, Titolo III, Del singoli contratti – Supplemento Legge 18 giugno 1998, n. 192*, en F. GALGANO, “Commentario del Codice civile Scialoja Branca”, Bologna, Zanichelli, 2003, pp. 465 – 466; R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto...”, op. cit., pp. 732 – 733; G. GIOIA, “I rapporti di subfornitura...”, op. cit., p. 675.

<sup>135</sup> A. MUSSO, *La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...*, op. cit., pp. 465 y ss.; V. PINTO, “L’abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust”, *Revista di diritto civile*, 2000, II, pp. 390 y ss.; F. MACARIO, “Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?”, *Revista di Diritto Civile*, anno 51, n° 1, gennaio-febbraio 2005, pp. 673 y ss.

<sup>136</sup> F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti tra i divieti di abuso di dipendenza economica e di abuso di posizione dominante”, <http://www.archivioceradi.luiss.it>, p. 3. Como constata A. P. SCARSO, “Il contraente “debole”, en F. D. BUSNELLI; S. PATTI; V. SCALISI (et. al.) (dir.), *Studi di Diritto Privato*, n° 22, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 203 – 204, el legislador, en lugar de utilizar los términos “*subfornitore*” y “*committente*”, hace referencia al elemento subjetivo como “*impresa*”. El argumento literal, esto es, una interpretación literal del artículo 9 de la ley que lleve a concluir que sea preferible limitar el ámbito de aplicación del abuso de dependencia económica sólo a los contratos de subsuministro, no tendría tanta importancia, sin embargo, para F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660, a quien le parece excesivo atribuir un significado decisivo a tal detalle lingüístico en un contexto normativo generalmente caracterizado por la escasa calidad de la técnica legislativa.

<sup>137</sup> F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti...”, op. cit., pp. 2 y ss.; F. MACARIO, “Abuso di autonomia negòciale...”, op. cit., p. 704.

<sup>138</sup> Así opina F. GENNARO, “Note critiche sui rapporti...”, op. cit., pp. 6 y ss., 24 y ss.; R. CASO, “Luci ed ombre della legge sull’abuso di dipendenza economica e sulla subfornitura industriale”, <http://www.jus.unin.it>, pp. 17 y ss. Para R. CASO; R. PARDOLESI, “La nuova disciplina del contratto...”, op. cit., p. 733, la disposición tiene un campo de aplicación notablemente más alargado respecto al delimitado en el artículo 1, del mismo modo que G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura...*, op. cit., p. 675,

aplicación de la disposición se basan en la clara delimitación subjetiva del ámbito de la ley en el artículo primero de la misma, en la fragilidad del argumento respecto de la terminología empleada en el artículo 9 –no utiliza una denominación intencionadamente amplia de los sujetos afectados<sup>139</sup>- y en la ubicación de la norma –mantenida definitivamente en el interior de una ley especial sobre el subsuministro en la actividad productiva-<sup>140</sup>.

**55.** La realidad es que la sentencia de la Corte di Cassazione de 25 de noviembre de 2011<sup>141</sup> ha venido a apoyar la idea de que el ámbito de aplicación objetivo de la norma, a pesar de estar incluida en una ley específica, se amplía a toda relación comercial vertical. Subraya el Tribunal el hecho de que la propia Ley hable en este supuesto de empresas “clientes”, cuando se trata de un término que no aparece en el resto del articulado. La figura del abuso de dependencia –que presupone la situación de dependencia económica entre una empresa cliente y su proveedor y el abuso de tal situación generando un desequilibrio significativo de derechos y obligaciones- se configura, así, como un supuesto particular de aplicación general<sup>142</sup>.

**56.** El elemento central de la figura del “*abuso di dipendenza economica*” es el desequilibrio excesivo de derechos y obligaciones, expresión similar, como se vio, a la recogida en el ámbito del Derecho de consumo. En este sentido, doctrina y jurisprudencia han puesto esta figura en relación con el principio de buena fe, como fundamento de la misma y guía en la valoración de la gravedad y la injusticia de las condiciones contractuales que dan lugar a la aplicación del abuso de dependencia económica<sup>143</sup>. Esto así entendido implicaría que el abuso de dependencia económica es una mera especificación del deber general de buena fe en la conclusión del contrato, debiendo precisar que, en la contratación entre empresarios, vulnera tal deber la parte que se aproveche de una mayor fuerza contractual para inducir a la otra parte a concluir un contrato normativa o económicamente desequilibrado. Considerar el abuso de dependencia como un comportamiento contrario a la buena fe debilita la idea de que el control que aquella figura introduce tiene carácter excepcional y, por el contrario, representa un refuerzo para el planteamiento de la aplicación extensiva de la norma que, de este modo, enlaza con la idea de la tutela general de la parte contratante débil<sup>144</sup>.

---

afirma que la disposición ha conservado el originario carácter expansivo, porque se refiere no sólo a las empresas proveedoras, sino a toda empresa cliente. Por su parte, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 641, la ley de la subcontratación introduce una previsión de carácter general destinada a operar fuera del ámbito específico del contrato de subcontratación, que prohíbe el abuso de dependencia económica en todos los contratos entre empresas, sancionando con la nulidad el pacto con el que se realiza tal abuso. También a favor de una aplicación general de un control sustancial sobre las cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre profesionales, L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie...*, op. cit., p. 360 y A. P. SCARSO, “Il contraente “debole”...”, op. cit., pp. 226 – 227. Sobre la aplicación de la figura del abuso de dependencia económica al contrato de franquicia, F. MACARIO, “Abuso di autonomia negòciale...”, op. cit., pp. 680 y ss. En general, para el autor, la norma expresada en el artículo 9 de la mencionada ley se ha convertido hoy en una cláusula general de abuso de poder contractual en las relaciones negociales entre empresas.

<sup>139</sup> Como ya se apuntó, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 660. A favor de la limitación subjetiva de la norma, A. MUSSO, “La subfornitura, Libro Quarto – Delle obbligazioni...”, op. cit., p. 489.

<sup>140</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 484 - 485, entiende que, a pesar de que la intención primera del legislador fuera orientar la norma en una dirección más amplia, el hecho de que se haya mantenido en una normativa especial, impone la conclusión más restrictiva respecto a la interpretación dominante sin que el abuso de dependencia económica pueda ser considerado un instituto general aplicable fuera del contrato de subsuministro.

<sup>141</sup> Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza 25 novembre 2011, n° 24906.

<sup>142</sup> “*L'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall'esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un'impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l'abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998*”.

<sup>143</sup> F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., p. 672; G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milán, Giuffrè Editore, 2010, pp. 466 – 467.

En un intento de definir el contenido del abuso de dependencia económica y cuándo el desequilibrio de las prestaciones contractuales resulta excesivo y, por tanto, el comportamiento de la parte con más poder contractual deviene abusivo, F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., pp. 651 - 652, señala que la jurisprudencia sí ha hecho del canon de la buena fe un uso decisivo en la determinación del contenido concreto obligatorio del contrato.

<sup>144</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 673.

57. A la vista de lo expuesto, la importancia de estos planteamientos está en íntima conexión con la consecuencia principal de extender la aplicación del artículo 9 de la ley n. 192 de 18 de julio de 1998 en un sentido general, más allá del ámbito estrictamente referido al contrato de subsuministro: un aumento sensible de la tutela de la parte contratante débil en todos los contratos entre empresarios que, de otra forma, tan sólo se ven protegidos por el control formal de incorporación previsto en los arts. 1341 y 1342 Cc<sup>145</sup>.

#### D) La perspectiva de una reforma del Libro IV del *Codice Civile*

58. Tras la modernización del BGB en Alemania y teniendo en cuenta también las propuestas de reforma que surgen en Francia, los juristas italianos comienzan a plantearse la necesidad de una reforma del Derecho de obligaciones y contratos<sup>146</sup>. Son abundantes las alusiones a las tendencias europeas y a esos otros proyectos de reforma llevados a cabo en Francia y en Alemania como punto de referencia para el jurista italiano<sup>147</sup>, aunque, como señala BIANCA, si bien es de sobra conocida la necesidad de una reforma del *Codice civile*, no hay necesidad de copiar ninguno de los dos modelos, que contienen novedades ya presentes en el texto italiano<sup>148</sup>.

Dentro de estas tentativas de reforma del *Codice*, es reiterada la preocupación en la doctrina por la justicia sustancial del contrato y el modelo de protección frente a abusos a los contratantes débiles. Al respecto, hay autores que abiertamente manifiestan la necesidad de exportar el modelo de control de los contratos entre empresarios y consumidores a los contratos entre empresas desiguales. NAVARRETTA, partiendo de un presupuesto que es condición imprescindible -la asimetría de poder-, concluye que la técnica de las condiciones generales de los contratos genera también respecto del empresario una condición de debilidad muy similar a la del consumidor, sin que puedan ser excluidos estos últimos en una futura reforma<sup>149</sup>. PATTI, por su parte, considera conveniente evitar duplicidades no oportunas ni justificadas y extender el sistema de tutela a todos los contratantes débiles sin limitarlo solo a los consumidores, siguiendo la lógica presente en los arts. 1341 y 1342, insertando además, toda esta regulación

---

Por su parte, F. MACARIO, “Abuso di autonomia negòciale...”, op. cit., p. 704, en su razonamiento a favor de una nueva cláusula general en relación con el abuso de la autonomía negocial y la contratación entre empresas, añade un argumento más, esta vez vinculado con el abuso del derecho. Hace mención a intervenciones legislativas puntuales pero reiteradas, caracterizadas por el uso de expresiones similares en contextos normativos diversos (entre otras, el “*desequilibrio significativo*” del abuso de dependencia económica en la Ley del contrato de subsuministro pero también en el artículo 1469.bis; el “*acuerdo gravemente inicuo*” en el artículo 7 de la ley n. 231 de 2002, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Este hecho puede justificar, según el autor, el intento de elaborar un nuevo principio de Derecho de contratos sobre la base de la teoría del abuso del derecho (“*il tentativo di individuare una sorta di leitmotiv sul quale sperimentare la tenuta di un nuovo principio. In tal senso, anche il tentativo di riproporre e rielaborare la teoria dell’abuso del diritto in ambito di disciplina generale dei contratti potrebbe apparire legittimo*”). Acerca de la relación con la figura del abuso del derecho, *Ibidem*, op. cit., pp. 685 y ss.; F. PROSPERI, “Subfornitura industriale...”, op. cit., pp. 666 y ss.

<sup>145</sup> Aunque, como ha señalado algún autor, la “fórmula mágica” del abuso de la dependencia económica introducida por esta norma, como una especie de abuso del derecho hacia los empresarios débiles, no ha acabado de encontrar la fuerza suficiente para ser aplicada operativamente, R. PARDOLESI, “Nuovi Abusi del Diritto...”, op. cit., p. 1169.

<sup>146</sup> Señala K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La incorporación de las condiciones generales...”, op. cit., p. 210, que este movimiento favorable a una revisión culmina en un Congreso en 2006 en Padua. Efectivamente, el nº 6 de la Rivista di Diritto Civile, noviembre – diciembre de 2006 está dedicado a recoger las aportaciones de los diversos autores en el referido congreso: “*Atti del Convegno per il cinquantenario della Rivista. Il Diritto delle obbligazione e dei contratti: verso una riforma? Le prospettive di una novellazione del Libro IV del Codice Civile nel momento storico attuale, Treviso, Palazzo dell’Università, 23 – 24 – 25 marzo 2006*”.

<sup>147</sup> A. GAMBARO, “La riforma del Diritto italiano delle obbligazioni e dei contratti nella prospettiva del Diritto europeo”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 29 – 32; P. RESCIGNO, “Il Libro della Obbligazioni tra “modernizzazione” e riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 33 – 42 (p. 38); C. M. BIANCA, “L’obbligazione nelle prospettive di codificazione europea e di riforma del Codice civile”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 64 – 65, quien identifica una clara directriz a la que tienen los modelos, “*la centralità del codice civile e dell’obbligazione*”.

<sup>148</sup> C. M. BIANCA, “L’obbligazione nelle prospettive...”, op. cit., p. 65. Recordemos, a modo de ejemplo, las normas de control de incorporación recogidas en los arts. 1341 y 1342.

<sup>149</sup> E. NAVARRETTA, “Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, pp. 417, 420 421. Cosa distinta es, como señala el autor, la complejidad de la construcción de la hipotética norma de control en lo que refiere a la selección de la asimetría jurídicamente relevante (p. 423).

en el Código civil<sup>150</sup>. Debe realizarse, según este autor, el valor de “*giustizia contrattuale*” pues “*a la idea de igualdad formal se superpone y deviene prioritaria aquella de la justicia contractual. En otros términos, no se cree ya más en un equilibrio contractual que deriva de la fuerza libre del mercado: la justicia contractual está en riesgo y por tanto, más que permanecer fieles a algunos principios abstractos conviene garantizar un control eficaz de los contratos estándar. Deben ser previstas en el Código civil normas que aseguren la justicia del contrato y deben hacer referencia a todos los contratantes independientemente de su cualificación subjetiva*”<sup>151</sup>.

59. En este sentido, la importancia y características propias de las relaciones jurídicas entre dos empresarios en las que uno de ellos está en posición de dependencia respecto del otro, ha dado lugar incluso a que se hable por parte de la doctrina de un “*personaggio nuovo*”<sup>152</sup>, el “*terzo contratto*”, como contratos que no se encuadran ni dentro del modelo clásico (contrato negociado en libertad entre iguales, que sería el “primer contrato”) ni dentro de los contratos de consumo (“segundo contrato”)<sup>153</sup>.

### 3. Protección en el ordenamiento jurídico inglés

#### A) Unfair Contract Terms Act 1977 y Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

60. Las fórmulas para luchar en el Derecho inglés contra las “*unfair terms*”, cláusulas no equitativas o injustas<sup>154</sup> -cláusulas que no siempre tienen como presupuesto la ausencia de negociación, como se verá-, están recogidas en diferentes niveles de fuentes legales, habiendo sido parcialmente elaboradas por los tribunales –*common law remedies*<sup>155</sup>- y parcialmente introducidas a través de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UCTA<sup>156</sup>). Por su parte, y respecto a los contratos concluidos con consumidores, en 1994 se aprueba una norma, reformada en 1999, que tiene por objeto transponer la Directiva Comunitaria de 1993 al ordenamiento inglés, norma que se conoce por el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR)<sup>157</sup>.

61. Existen, pues, dos textos normativos que tienen por objeto el control de las *unfair terms*, siendo necesario proceder a un deslinde de su ámbito de aplicación para poder analizar la protección otorgada por el ordenamiento jurídico inglés al empresario adherente<sup>158</sup>.

<sup>150</sup> S. PATTI, “Sulla riforma del Quarto Libro del Codice civile: i contratti per adesione”, *Rivista di Diritto Civile*, nº 6, noviembre – diciembre, 2006, p. 211.

<sup>151</sup> *Ibidem*, op. cit., p. 213.

<sup>152</sup> G. AMADIO, “Introduzione”, en G. GITTI; G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 7.

<sup>153</sup> E. RUSSO, “Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto”, *Contratto e impresa*, 2009 -1, p. 123. En general, sobre la categoría de “*il terzo contratto*”, vide G. GITTI; G. VILA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, 352 p. (concretamente, la distinción respecto de los otros tipos de contratos en G. AMADIO, “Il terzo contratto. Il problema”, en G. GITTI; G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto. L’abuso di potere contrattuale*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 8 y ss.).

<sup>154</sup> No estamos ante conceptos equivalentes, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 28.

<sup>155</sup> P. NEBBIA, *Unfair contract terms in European Law...*, op. cit., pp. 28 – 29. Las reglas desarrolladas por los tribunales se relacionan con las normas de incorporación y de interpretación de cláusulas, así como con los denominados conceptos “*fundamental breach*” y “*breach of a fundamental term*”. Tal y como expone la autora, la libertad judicial para motivar el uso de estos mecanismos indirectos como criterio para considerar una cláusula como *unfair* se vio reducido drásticamente cuando entra en vigor la Unfair Contract Terms Act de 1977 al ser la limitación legislativa más importante en materia de cláusulas injustas junto con la normativa aplicable a los contratos con consumidores.

<sup>156</sup> Esta norma entró en vigor el 1 de febrero de 1978.

<sup>157</sup> Ambas normativas, UCTA y Directiva reflejan dos filosofías distintas de control, con lo que habría sido técnicamente muy complejo adaptar la primera. De ahí que el gobierno británico eligiera implementar la Directiva mediante una norma separada dejando intactos los controles contractuales preexistentes. Ver P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 41. Acerca de la UTCCR, C. WILLET, *Fairness in consumer contracts. The case of unfair terms*, Hampshire; Burlington, Ashgate, 2007, pp. 161 y ss.

<sup>158</sup> Una comparación entre ambas regulaciones se encuentra en E. PEEL, *The law of contract*, 12 ed., London, Sweet&Maxwell, 2007, pp. 290 – 292. Asimismo, sobre el régimen de las *standard terms* y *exclusion clauses*, S. B. MARKESINIS; H. UNBERATH; A. JOHNSTON, *The German Law of contract. A comparative treatise*, 2º ed., Oxford, Hart Publishing, 2006, pp. 164 y ss.

62. En lo que al ámbito de aplicación objetivo se refiere, la UCTA no es una norma que realmente se ocupe, tal y como a primera vista se desprende de su denominación, de las cláusulas injustas en general sino, tan sólo, de las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, las llamadas *exemption clauses*<sup>159</sup>, mientras que la norma de 1999 sí que abarca todas las *unfair terms*. También existe divergencia en cuanto al perfil de las cláusulas sujetas a control, restringiéndose en el caso de la *Regulations* sobre contratos con consumidores a los términos no negociados individualmente<sup>160</sup> y abarcando la Ley de 1977, por el contrario, todas las cláusulas, incluso las negociadas<sup>161</sup>.

63. Además de otras disimilitudes<sup>162</sup>, la más relevante a efectos del tema que nos ocupa es la referente al ámbito subjetivo de aplicación. Así, mientras que el UTCCR de 1999 tutela tan sólo a los consumidores, el ámbito de aplicación de la UCTA de 1977 se extiende, aunque no de igual forma en todos los casos, a todo tipo de contratos, esto es, tanto contratos con consumidores como contratos en los que ambas partes tengan la consideración de profesionales. Por lo tanto, nos centraremos en el estudio de la estructura y el contenido de esta última norma por ser la que extiende su protección a los contratos entre empresarios.

## B) Protección a la parte débil en los contratos entre empresarios: Unfair Contract Terms Act 1977

64. Recopilando las menciones respecto a las cláusulas que pueden ser consideradas como *unfair* y que se encuentran diseminadas a lo largo del texto normativo, podemos concluir que las cláusulas que pueden ser declaradas ineficaces en la contratación entre empresarios a la luz de la *Unfair Contract*

<sup>159</sup> Esta noción se extendería a aquellas cláusulas que buscan conseguir el mismo efecto indirectamente. Según la s. 13 de la UCTA, se incluyen las cláusulas que: a) sujeten la responsabilidad o su validez a condiciones onerosas o restrictivas; b) excluyan o restrinjan cualquier derecho o remedio relacionado con la responsabilidad o sometan a la persona a cualquier perjuicio como consecuencia de perseguir estos derechos o remedios; c) excluyan o restrinjan reglas de prueba o procedimiento.

<sup>160</sup> Ver E. MACDONALD, *Exemption clauses and unfair terms*, London; Edinburgh; Dublin, Butterworths, 1999, pp. 172 – 174; P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 116 y ss.

<sup>161</sup> Así, en la UCTA solo es relevante de forma directa el hecho de estar ante contratos predispuestos en una serie de supuestos, concretamente, en las excepciones contenidas en la *Section 3, Liability arising in contract*, y, además, solo en el caso de contratos entre empresarios. Esta sección se refiere a cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad ante el incumplimiento o cláusulas que facultan a una de las partes a cumplir con una prestación sustancialmente diferente a la que es razonablemente esperable. La norma -que exige para su validez que las referidas cláusulas pasen un test de razonabilidad- es de aplicación cuando uno de los contratantes es consumidor -en todo tipo de contrato, tanto negociado como no negociado- y cuando se trata de cláusulas entre empresarios predispuestas por una de las partes ("*written standard terms of business*"). Acerca de la definición de "*written standard terms of business*", W. V. H. ROGERS; M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms Act 1977*, London, Sweet & Maxwell, 1978, p. 3.

La otra forma en la que está presente en la norma el factor de la negociación entre las partes es a través de los criterios o circunstancias a tener en cuenta para valorar la razonabilidad de una cláusula. Como se verá, una de las *guidelines* a apreciar es la fuerza de la posición contractual de cada contratante y las distintas alternativas a su disposición. Se trata, no obstante, a diferencia del supuesto del párrafo anterior, de un criterio de valoración pero no de un presupuesto para la aplicación del control.

<sup>162</sup> Podemos citar, por una parte, los contratos excluidos, más numerosos en el caso de la UCTA -*Schedule 1, Section 1(2)*: contratos de seguro; contratos relativos a derechos inmobiliarios; contratos de sociedad; contratos que regulan los derechos de patente, marca, copyright; propiedad intelectual; contratos sobre operaciones mobiliarias y ciertos contratos marítimos- que en el supuesto del UTCCR, que se aplicaría a todos los contratos con consumidores. También existen diferencias en cuanto a la noción de "empresario" o de "consumidor". En este último caso, mientras que según la Section 12 de la UCTA se entienden incluidas las personas jurídicas dentro del concepto de consumidor, la Section 3(1) del UTCCR restringe el ámbito de aplicación a los consumidores entendidos solo como personas físicas. Sobre la noción de consumidor ver E. MACDONALD, *Exemption clauses...*, op. cit., pp. 133 y ss.; R. LAWSON, *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8 ed., Thomson; London, Sweet&Maxwell, 2005, pp. 147 – 149; P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 75 y ss. (especialmente, acerca del problema la existencia de demasiadas definiciones de consumidor, pp. 78 y ss). Asimismo, difieren ambas normas en lo que al tipo de control se refiere, estando sometidas las cláusulas en el caso de la primera normativa a un "*reasonableness test*" y en la segunda a un "*fairness test*" sin que en el primer control se haga referencia a la figura de la buena fe. Por último, señalar las divergencias en los efectos del control: mientras en la regulación respecto a los contratos con consumidores existe un criterio simple, dependiendo de la eficacia de que se considere una cláusula *unfair* o no en función del test, en el caso de la UCTA se pueden dar dos situaciones, pudiendo ser la cláusula ineficaz directamente o sólo cuando no supera el test de lo razonable, P. K. J. THOMPSON, *Unfair Contract Terms Act 1977*, London, Butterworths, 1978, p. 5. Sobre una comparación entre los efectos entre la Ley de 1977 y la de 1994, G. H. TREITEL, *The law of contract*, 9 ed., London, Sweet&Maxwell, 1995, pp. 258 – 259.

*Terms Act* de 1977 se pueden dividir en dos grupos: cláusulas enteramente privadas de efecto –aquellas que excluyan o limiten la responsabilidad por muerte o por lesión personal a causa de una negligencia, según la s. 2(1)<sup>163</sup>- y cláusulas que pueden llegar a tener efectos si superan el criterio de lo razonable<sup>164</sup>. Como se puede observar, la eficacia de la mayoría de las cláusulas está sometida al denominado “*reasonableness test*”.

65. A diferencia del control previsto en el *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999 que, por influencia de la Directiva 93/13, somete a las cláusulas a un “*fairness test*”, donde los elementos a tener en cuenta son la no contrariedad con la buena fe y el hecho de no causar un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor<sup>165</sup>, la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 somete a aquellas cláusulas que no son declaradas directamente ineficaces al ya mencionado “test de razonabilidad”, criterio un tanto extraño a nuestro Derecho continental<sup>166</sup>.

66. La section 11(1) de la UCTA es la que contiene la regla general de aplicación del test a una cláusula, cláusula que lo superaría si “*es justo y razonable que esa cláusula esté incluida, teniendo en cuenta las circunstancias que, al momento de celebración del contrato, las partes conocieran o hubieran debido conocer o prever*”. El momento al que hay que atender para valorar las circunstancias es, por tanto, el de conclusión del contrato, sin que los tribunales deban juzgar la razonabilidad de una cláusula por la forma en que las partes se han comportado antes del contrato o por las pérdidas que se hayan ocasionado, salvo en lo que estas cuestiones influyeran en el momento de concluir el contrato<sup>167</sup>.

67. A esta norma de carácter general se le añaden una serie de directrices, situadas en diferentes artículos de la Ley, que nos pueden aportar una idea de los criterios que deben ser tenidos en cuenta para valorar una cláusula como razonable. Estas directrices hacen referencia específicamente a dos situaciones distintas. Por una parte, a los contratos de compraventa y de “*hire-purchase*” (compraventa a plazos), para los cuales, entre los factores relevantes se encuentran, como adelantábamos, el poder de negociación de cada parte respecto de la otra, teniendo en cuenta la posibilidad de encontrar ofertas alternativas; la existencia de maniobras tendentes a inducir al adherente a aceptar la cláusula valorando si una vez aceptada la misma tuvo el adherente oportunidad de cerrar ese mismo contrato con una persona distinta sin tener que soportar la cláusula en cuestión; el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula; la razonabilidad del posible incumplimiento o el hecho de que el objeto del contrato provenga de una orden especial del adquirente (Anexo 2, “*Guidelines for application of reasonableness test*”)<sup>168</sup>. Por otra, la s.

<sup>163</sup> 2(1): “*A person cannot by reference to any contract term or to a notice given to persons generally or to particular persons exclude or restrict his liability for death or personal injury resulting from negligence*”. Ver R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op. cit., p. 139.

<sup>164</sup> Entre otras, las cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por pérdidas o daños distintos a la muerte o lesiones personales a causa de una negligencia, s. 2(2); cláusulas predisuestas por la otra parte que excluyen o limitan la responsabilidad en caso de incumplimiento o que pretenden permitir a la parte predisponente realizar un cumplimiento sustancialmente diferente al razonablemente esperable o no cumplir en absoluto, s. 3(2); cláusulas en contratos de venta o “*hire-purchase*” que excluyan o limiten la responsabilidad por el incumplimiento de las facultades que deben disfrutar quienes contratan el suministro de bienes de consumo, s. 6(1); cláusulas en el mismo sentido en otro tipo de contratos de suministro cuando se transmite la propiedad, s. 7(3A); cláusulas en contratos de alquiler que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento de las facultades de las que debe disfrutar la parte a la que se le transfiera la propiedad, s. 7(4); cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por el incumplimiento de alguno de los cuatro términos implícitos en los contratos de la *Sale of Goods Act* de 1979 o la *Supply of Goods Act* de 1973, esto es, correspondencia con la descripción o la muestra, cualidad satisfactoria y adecuación para los propósitos del comprador, s. 6(3) y 7(3).

<sup>165</sup> Section 5(2) UTCCR 1999: “*A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties’ rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*”. Sobre el “*fairness test*”, ver G. H. TREITEL, “*The law of contract*”, 9 ed., London, Sweet&Maxwell, 1995, op. cit., pp. 48 – 254; E. MACDONALD, “*Exemption clauses...*”, op. cit., pp. 188 – 193; R. LAWSON, “*Exclusion clauses...*”, op. cit., pp. 217 – 223; P. NEBBIA, “*Unfair contract terms...*”, op. cit., pp. 143y ss.

<sup>166</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 26.

<sup>167</sup> P. K. J. THOMPSON, *Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 21; W. V. H. ROGERS; M. G. CLARKE, *The Unfair Contract Terms...*, op. cit., p. 11; A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “*El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la Unfair Contract Terms Act de 1977*”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 25, año VII, enero-marzo 1987, p. 63.

<sup>168</sup> “*The matters to which regard is to be had in particular for the purposes of sections 6(3), 7(3) and (4), 20 and 21 are any of*

11(4) UCTA recoge las directrices referidas a aquellas cláusulas que tratan de limitar la cantidad de las indemnizaciones debidas en caso de responsabilidad, atendiendo a la mayor o menor capacidad financiera de quien establece la limitación así como a las posibilidades que tuvo de asegurarse<sup>169</sup>.

68. Estos criterios no son exhaustivos, de tal forma que los tribunales pueden tener en cuenta otros muchos factores<sup>170</sup>. Al final, teniendo en cuenta toda esta diversidad de parámetros que el test exige determinar sobre la base de las circunstancias individuales, es posible que una idéntica cláusula sea razonable en un caso e irrazonable en otro<sup>171</sup>. Este sistema elegido por el legislador inglés, muy en la línea con la propia tradición inglesa aversa a cualquier sistematización limitada, permitiría un alto grado de adecuación al caso negocial concreto<sup>172</sup>. Precisamente un escenario en el que se muestra claramente la diferencia obligada de valoraciones es en la aplicación del test a los contratos con consumidores y a los contratos celebrados entre dos empresarios. Aunque no se hace ninguna distinción legal en la aplicación del control de lo razonable entre un tipo de contratos y otro, la utilización del test en la práctica sugiere que es menos fácil que una cláusula satisfaga el test si es impuesta a un consumidor que si es en un contrato entre empresarios<sup>173</sup>.

Así -teniendo en cuenta los criterios para la aplicación del “*reasonableness test*”-, en numerosas ocasiones los tribunales han sido reacios a la intervención judicial en aquellos casos en los que ambas partes contratantes, profesionales, tenían un poder de negociación similar y los riesgos eran normalmente soportados por un seguro. En el conocido caso *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*.<sup>174</sup>, los demandantes contratan con los demandados la prestación por parte de estos últimos de un servicio de vigilancia nocturno en un local. Uno de los empleados de la parte demandada provoca un pequeño incendio

---

*the following which appear to be relevant: (a) the strength of the bargaining positions of the parties relative to each other, taking into account (among other things) alternative means by which the customer's requirements could have been met; (b) whether the customer received an inducement to agree to the term, or in accepting it had an opportunity of entering into a similar contract with other persons, but without having a similar term; (c) whether the customer knew or ought reasonably to have known of the existence and the extent of the term (having regard, among other things, to any custom of the trade and any previous course of dealing between the parties); (d) where the term excludes or restricts any relevant liability if some condition was not complied with, whether it was reasonable at the time of the contract to expect that compliance with that condition would be practicable; (e) whether the goods were manufactured, processed or adapted to the special order of the customer”.*

<sup>169</sup> Section 11(4): “Where by reference to a contract term or notice a person seeks to restrict liability to a specified sum of money, and the question arises (under this or any other Act) whether the term or notice satisfies the requirement of reasonableness, regard shall be had in particular (but without prejudice to subsection (2) above in the case of contract terms) to: (a) the resources which he could expect to be available to him for the purpose of meeting the liability should it arise; and (b) how far it was open to him to cover himself by insurance”. Aunque estos criterios resultan de aplicación, en principio, solo a determinadas secciones, son consideradas frecuentemente de aplicación general (*Granville Oil & Chemicals Ltd v Davis Turner & Co Ltd* [2003] 2 Lloyd's Law Rep 356, 358; *Balmoral Group Ltd v Borealis UK Ltd* [2001] 1 Lloyd's Rep 93; *Shepherd Homes Ltd v Encia Remediation Ltd*, Court of Appeal [2007] BLR 135).

Vemos reflejados en éstos y los anteriores criterios elementos que también son relevantes en nuestro Ordenamiento jurídico: el poder de negociación o posición relativa de las partes, a la que habrá que estar para determinar el grado de protección necesario; el conocimiento sobre el verdadero alcance de la cláusula, que no es sino el contenido del deber de “transparencia material”.

<sup>170</sup> P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 59. Acerca del carácter *numerus apertus* del Anexo 2, A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo inglés de control...”, op. cit., p. 61.

<sup>171</sup> R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op. cit., p. 135. Según G. SMORTO, “Il principio di buona fede nella disciplina delle clausole abusive”, *Rivista critica del Diritto Privato*, anno 17, nº 1- 2, 1999, p. 110, este marco legislativo tan general y la amplitud de la fórmula utilizada hacen que el test de razonabilidad no esté privado de dificultad interpretativa, lo que conlleva necesariamente una fuerte incertidumbre a la hora de aplicarlo.

<sup>172</sup> A. M. GARCÍA-TUÑÓN, “El modelo inglés de control...”, op. cit., pp. 64 – 65.

<sup>173</sup> P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., p. 38. La autora afirma que los tribunales están menos preparados para aceptar como razonable en un contrato con consumidores, por ejemplo, la incorporación de una cláusula como consecuencia de unos tratos o negociaciones prolongados. Así, en el caso *Hollier v Rambler Motors Ltd*. [1972] 2 Q.B. 71, WL 37215, debido a un incendio en un taller como resultado de una negligencia de éste, un coche que se encuentra allí para ser reparado sufre daños diversos. En ocasiones anteriores el dueño del coche –y cliente del taller- había firmado una cláusula en la que la empresa no se hacía responsable de los daños causados por fuego, hecho en el que se basa el taller para entender que, aunque esta vez no hubiera firmado tal formulario, la cláusula de exención de responsabilidad se encuentra incorporada en el contrato oral como consecuencia del transcurso de las negociaciones. Sin embargo, el tribunal entiende que “tres o cuatro transacciones en cinco años no son probablemente suficientes para establecer un “*course of dealing*”, con lo que no se entiende incorporada al contrato.

<sup>174</sup> [1980] A.C. 827 WL 148259.

que, tras descontrolarse, quema por completo el local. El contrato entre ambas partes incluye una cláusula que excluye la responsabilidad de los prestadores del servicio por cualquier acto perjudicial u omisión de sus empleados salvo que tal acto u omisión hubiera podido preverse y evitado con una actuación diligente por parte del empleador así como excluye también cualquier pérdida a causa del fuego u otras causas salvo que sea atribuible a la negligencia de la compañía empleadora. Entiende el tribunal que la redacción de la cláusula de exclusión en el caso concreto es la adecuada para excluir la responsabilidad ya que, generalmente, cuando las partes de un contrato tienen un poder de negociación en igualdad de condiciones se les debe dejar libertad para decidir el reparto de riesgos. De igual modo, en el caso *Frans Maas (UK) Ltd v Samsung Electronics (UK) Ltd*<sup>175</sup>, que tiene por objeto un contrato de almacenamiento de teléfonos móviles afectados por un robo en el que pudo tomar parte algún empleado, se entiende de aplicación, por ser razonable, una cláusula de limitación de responsabilidad por daños cometidos por los empleados que abarca tan sólo aquellos derivados de un riesgo real, común y previsible. El hecho de afirmar la aplicabilidad de esta cláusula es consecuencia de tener en cuenta la igualdad de poder de ambas partes y la posibilidad del demandante de haber asegurado las mercancías con una mayor cobertura. Se entiende que, aunque la Ley de 1977 juega un papel importante en la protección del consumidor débil, hay que matizar esta intrusión en los contratos entre partes profesionales que ostenten igual poder de negociación y que deben ser capaces de concluir contratos estando obligados a cumplir sus términos.

Por último, en *Regus (UK) Ltd v Epcot Solutions Ltd*<sup>176</sup> se puede observar cómo una misma cláusula, que es considerada como no razonable en primera instancia, supera el “*reasonableness test*” para el juez de apelación. El caso es el siguiente: A defiende la no razonabilidad de una cláusula de limitación de responsabilidad que le impide reclamar una indemnización por la reubicación obligada de su sede de un edificio a otro, ambos propiedad de B, cambio que supone una serie de gastos y pérdidas por el traslado y el inadecuado funcionamiento del aire acondicionado en el nuevo espacio. En un primer momento el juez entiende que esta cláusula que, “*bajo ninguna circunstancia*”, hace responsable a B por “*cualquier pérdida de negocio, beneficios, pérdida de datos, reclamaciones de terceras partes o cualquier pérdida en consecuencia*” no supera el test de lo razonable poniendo el acento en el hecho de que la exclusión opera “*en cualquier circunstancia*”, incluyendo cuando las pérdidas hubieran sido causadas por fraude o deliberadamente por B. Sin embargo, la Corte de Apelación sostiene la validez de la cláusula en cuestión argumentando que no se puede entender que esta expresión pretenda excluir la responsabilidad deliberada o por fraude sino que simplemente busca de forma razonable restringir las posibles pérdidas, a lo que se suma la igualdad en el poder de negociación de las partes y el aviso por parte de B a sus clientes respecto a la conveniencia de protegerse mediante un seguro frente a pérdidas en los negocios.

Sin embargo, por el contrario, no hay que concluir de estas resoluciones que cuando estemos ante contratos entre empresarios las cláusulas de limitación de responsabilidad son automáticamente razonables. Así, una cláusula de exclusión total de responsabilidad en un contrato de depósito de mercaderías a menos que la acción se emprenda dentro del año siguiente a la fecha en la que debieron ser entregadas, es considerada como “*unreasonable*” en *Northern Electrics Ltd v Econofreight Heavy Transport Ltd*<sup>177</sup> en la medida en que no es justo reducir el periodo de reclamación legal de cinco años a uno sólo.

Al mismo resultado se llega en el caso *Balmoral Group Ltd v Borealis [UK] Ltd. & Ors*<sup>178</sup>. A, Una empresa dedicada, entre otros, a la fabricación de tanques de almacenamiento, compra a B grandes cantidades de uno de los materiales necesarios, *borecene*, demostrándose después defectos en los tanques como consecuencia de un problema con el producto. El contrato, predispuesto por B, prevé una serie de limitaciones de responsabilidad respecto a cualquier defecto en los productos vendidos que, en cualquier caso, no excederá del precio de compra de los mismos. En la aplicación del test de razonabilidad se tienen en cuenta distintos razonamientos para concluir que, a pesar de que en el tráfico mercantil las partes habitualmente llegan a acuerdos para distribuir los riesgos, no se trata en este caso de una cláusula justa y razonable. Por una parte, se considera que, aun no siendo A una empresa espe-

<sup>175</sup> [2004] EWHC 1502 (Comm) WL 1372526.

<sup>176</sup> [2008] EWCA Civ 361 WL 924987.

<sup>177</sup> [2001] EWCA Civ 286 WL 535710.

<sup>178</sup> [2006] EWHC Comm 1900 June 25 2006.



cialmente pequeña, sí lo es respecto de B, que tiene mucho más poder de negociación y que ha planteado el contrato como “*take-it-or-leave-it*”, no siendo el contrato un producto de un proceso de negociación y no teniendo muchos más proveedores posibles. Además, B es una organización de un tamaño mucho mayor, con más activos y más experiencia técnica que A y con seguro contra este tipo de responsabilidades. Podría, por tanto, repercutir el coste del seguro y cualquier otro no cubierto por éste de forma más fácil. Por último, se subraya el hecho de que B haya resuelto favorablemente numerosas reclamaciones previas de A en este sentido, sin hacer referencia a las limitaciones contenidas en el contrato. Esto no significa automáticamente que la confianza en las cláusulas impugnadas no fuera razonable o que no lo sean las cláusulas en sí, pero sí que es indicativo en este sentido sobre todo cuando se ha tratado de acuerdos con un coste muy elevado. Por todo esto, se concluye que B no ha demostrado que las condiciones cuestionadas satisfagan el requisito de razonabilidad, siendo ésta nula.

69. Por último, cabe señalar, al tratarse de la valoración de cláusulas insertas en contratos entre empresarios, la conveniencia de tener en cuenta si la cláusula bajo estudio es de uso común, es comúnmente conocida en el mercado o si ha sido el resultado de discusiones entre cuerpos representativos, puesto que, de ser así, reflejaría una visión general de lo que puede ser considerado como razonable en el mercado concerniente<sup>179</sup>.

#### a) Valoración de la protección al empresario como parte contractual débil

70. A la vista de lo expuesto, podemos concluir que, aunque el sistema inglés otorga cierta protección a aquellos empresarios que ostenten la parte débil en un contrato, esta tutela no está carente de defectos. Pasando por alto las dificultades que genera la coexistencia de la UCTA y la UTCCR, que afectan especialmente a los consumidores<sup>180</sup>, y centrándonos sólo en la valoración en lo referente a la protección actual del contratante profesional, podemos enumerar una serie de aspectos negativos<sup>181</sup>.

En primer lugar, y desde la óptica de la técnica legislativa, la *Unfair Contract Terms Act 1977* regula un sistema complejo sin una sistematización clara, con un lenguaje altamente técnico y con numerosas excepciones a las excepciones. Entrando a valorar el contenido, se echa en falta una regla similar a la contenida en la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1999, que incluya la exigencia de que las cláusulas estén redactadas en un lenguaje “plano e inteligible” y que expresamente mencione el criterio interpretativo *contra proferentem*. Asimismo, se considera limitado el ámbito de aplicación objetivo de la norma, al no abarcar realmente todas las *unfair terms*, sino tan sólo aquellas cláusulas excluyentes o limitativas de responsabilidad. Esto quiere decir que quedan fuera del ámbito de control de la Ley las cláusulas que pretenden atribuir sólo a una parte del contrato ciertos derechos o aquellas que imponen obligaciones o responsabilidades a la parte “débil” que, de otra forma, no le habrían correspondido<sup>182</sup> sin que exista, además, un principio general de buena fe que pudiera dar cabida a estos supuestos de cláusulas injustas. Estas situaciones no incluidas en el ámbito objetivo de la UCTA podrían ser controladas por figuras como la equidad o por el Derecho imperativo que, sin embargo, afectarán en general sólo a los casos más extremos<sup>183</sup>. Por último, y como hemos visto, el carácter negociado o no de las cláusulas y la posición débil de uno de los contratantes en cuanto a la determinación del contenido

<sup>179</sup> R. LAWSON, *Exclusion clauses...*, op.cit., p. 186.

<sup>180</sup> De forma general, el hecho de que ni la norma de 1994 ni su reforma en 1999, hayan derogado la norma de 1977, da lugar a un sistema vigente de una gran complejidad, con casos que entrarían dentro del ámbito de ambas disposiciones, disposiciones que, además, utilizan diferente terminología y lenguaje. Sería el supuesto de las cláusulas que no se hayan negociado individualmente en los contratos con consumidores y que tuvieran por objeto la exclusión o limitación de responsabilidad, puesto que este tipo de cláusulas entrarían dentro del ámbito tanto objetivo como subjetivo de ambas normativas.

<sup>181</sup> Ver The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N° 292) (SCOT LAW COM N° 199), 2005, pp. 8 y ss.

<sup>182</sup> C. WILLET, *Fairness in consumer contracts...*, op. cit., p. 453.

<sup>183</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 453 y ss. Acerca de la justicia en los contratos comerciales, el autor llama la atención sobre la falta de un principio general de justicia o buena fe que pudiera ser aplicado a todos los casos, también a aquellos que queden fuera del ámbito de la UCTA o a otros aspectos de las relaciones contractuales entre empresarios. A pesar de la existencia de reglas de *common law*, éstas no son suficientemente amplias como para abarcar todos los casos de abusividad que sí que podrían entrar dentro de la esfera de un principio general de buena fe.

solo se tiene en cuenta como presupuesto en un número muy reducido de supuestos e, indirectamente, como un criterio entre otros en la aplicación del “*reasonableness test*”, sin que en la práctica los tribunales sean muy proclives a considerar que una cláusula en contratos entre empresarios no supera el control de lo justo y razonable.

### C) Proyecto sobre Unfair Terms in Contracts (*Law and Scottish Law Commission*): propuestas

71. Teniendo en cuenta los aspectos criticables de la legislación vigente, se presenta en febrero de 2005 en el Parlamento del Reino Unido una propuesta para la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos que afecta, de forma especial, a la protección de ciertos empresarios<sup>184</sup>. Podemos hacer un esquema breve de las propuestas más interesantes en relación con el objeto de nuestro estudio:

- a) En primer lugar, y con carácter genérico, se propone unificar en un solo texto la UCTA y la UTCCR para eliminar los posibles problemas derivados de una regulación dual en algunos supuestos. Unido a esto, se plantea la necesidad de una redacción más clara y accesible al lector<sup>185</sup>.
- b) Respecto al tráfico jurídico empresarial, se pretende en un momento inicial ampliar la protección otorgada en la UTCCR de 1999 a los consumidores a todos los contratos entre empresarios respecto de las cláusulas no negociadas<sup>186</sup>. Esta propuesta, altamente controvertida, tuvo apoyos significativos entre las entidades consultadas, que señalaban como un problema real en los contratos comerciales la existencia de cláusulas injustas en la medida en que, por ejemplo, son comunes las situaciones en las que la parte adherente es forzada a aceptar condiciones “*unfair*” de su proveedor de mayor tamaño sin posibilidad de negociación de las mismas por la propia naturaleza de la industria. Sin embargo, un gran número de las consultas limitaban la protección a la pequeña empresa, dadas las consecuencias indeseables que podrían derivarse de una extensión total de la tutela al ámbito empresarial, ámbito en el que es perjudicial la incertidumbre que podría resultar del hecho de que un amplio número de cláusulas de un contrato entre empresarios pudieran estar sujetas a revisión, incluso aunque tales cláusulas raramente pudieran ser consideradas como irrazonables o injustas. Estos efectos no apropiados en la esfera comercial llevaron a una modificación de la propuesta, abogando, en lo que a la generalidad de contratos entre empresarios se refiere, por mantener el nivel de protección de la UCTA.<sup>187</sup>

Teniendo en cuenta que, como se ha apuntado con anterioridad, existen dos tipos de test, el “test de lo razonable” y el “test de la justicia”, cabe preguntarse qué test se aplicaría en esta nueva regulación conjunta. La propuesta al respecto, a la vista de la pequeña diferencia entre ambos requerimientos, es que exista un único test combinado, el llamado “test de lo justo y lo razonable” (“*fair and reasonable test*”), test en el que se propone no incluir ninguna referencia expresa a la buena fe, por considerarlo un término ajeno al Derecho inglés que podría llevar a la confusión a los juristas y no obligatorio para cumplir con los requerimientos de la Directiva<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> El ya mencionado texto, The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., 242 pp.

<sup>185</sup> Ver *Ibidem*, op.cit., pp. 19 y ss.

<sup>186</sup> Ver *Ibidem*, Part 4. *Preserving the protection afforded by UCTA in business contracts*, pp. 59 y ss.

<sup>187</sup> Se introducen algunas excepciones ya que en algunos supuestos en los que, con la normativa vigente, las cláusulas están sujetas a control con independencia de que fueran negociadas o no (las recogidas en las s. 6(3) y 7(3)), se propone que sólo se supervisen en la nueva normativa si son cláusulas no negociadas.

<sup>188</sup> Los consultados que se manifestaron en contra de la supresión del concepto de buena fe alegaron que este hecho iba en contra del proceso de unificación y codificación del Derecho europeo de los contratos ya que la referencia a la buena fe es un estándar reconocido de forma general en los sistemas civiles (*ibidem*, op. cit., pp. 39 y ss.). Sin embargo, esta propuesta de basar el test simplemente en el criterio de lo “justo y razonable” no sorprende dado el reavivamiento del debate sobre la conveniencia de la adopción del concepto de “buena fe” que se produjo con la introducción del “*fairness test*”, a raíz de la Directiva de 1993 (acerca de la polémica en torno al concepto de “good faith” en Derecho inglés, P. NEBBIA, *Unfair contract terms...*, op. cit., pp. 146 y ss.). Este concepto, que es parte fundamental del Derecho de contratos en muchos sistemas civiles, ha sido visto siempre con una cierta hostilidad por parte del Derecho inglés. Así, E. MACKENDRICK, “The meaning of “good faith””, en M. ANDENAS; S. DÍAZ ALABART; S. BASIL (et al.) (dirs.), *Liber Amicorum Guido Alpa, Private Law beyond the national systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, pp. 687 y ss. Sobre la ausencia de un principio general de buena fe, ver también S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, “Good faith in European contract law...”, op. cit., pp. 39 y ss.

Respecto a la lista de factores a tener en cuenta para concretar la injusticia de una norma, se entiende innecesario una duplicidad de listas, siendo aplicables a los contratos entre empresarios las mismas directrices que a la contratación con consumidores aunque teniendo en cuenta el carácter del sujeto destinatario y, por tanto, aplicándolas en un sentido diferente<sup>189</sup>.

- c) El ámbito en el que sí se propone una extensión prácticamente plena de la protección otorgada al consumidor a los empresarios es el correspondiente a los pequeños empresarios. Según las opiniones recabadas en el informe, hay una gran necesidad de una tutela intensificada en el caso de los “*small businesses*” por ser más vulnerables: existen situaciones en las que un pequeño empresario puede tener mucho menos conocimiento y experiencia que su proveedor, por ejemplo, y, en ese sentido, estar actuando casi como un consumidor aunque el contrato se desarrolle dentro del ámbito de su negocio. Por lo tanto, este tipo de empresarios, que sufren los problemas que puede encontrarse un profesional cualquiera cuando contrata fuera de su campo de experiencia, también lo hacen incluso cuando contratan dentro de su ámbito, encontrándose entre la protección al consumidor y el mayor poder de negociación del fabricante o suministrador<sup>190</sup>.

Respecto a la delimitación del concepto “*small business*”, tras descartarse una serie de criterios, se optó por determinar el tamaño en referencia al número de empleados<sup>191</sup>. Así, las entidades que podrían tener la consideración de “pequeñas empresas” serían aquellas que contaran con nueve o menos empleados, catalogadas en otras clasificaciones como “*micro businesses*”<sup>192</sup>.

Sin embargo, además de la restricción de número de empleados, también existen, con independencia de este criterio, una serie de exclusiones de esta protección: los pequeños empresarios que forman parte de un grupo más grande; negocios sofisticados con pocos empleados; contrato con un valor de 500.000 libras; contratos en el campo de servicios financieros ya regulados. Se entiende que en estas situaciones no es procedente la equiparación de trato con los pequeños empresarios<sup>193</sup>.

**72.** Por tanto, la propuesta de reforma inglesa extiende la protección contra las cláusulas injustas a aquellos contratos en los que alguna o las dos partes son “pequeños empresarios”<sup>194</sup>, sujetándolos al test de lo justo y lo razonable como si fueran consumidores, aunque sólo respecto a cláusulas incorporadas por la otra parte dentro de un contrato mediante condiciones generales y que no hayan podido ser cambiadas a favor del pequeño empresario como resultado de una negociación.

**73.** Estas recomendaciones fueron aceptadas por el Gobierno en 2006<sup>195</sup> pero quedaron posteriormente en suspenso hasta que se hubiera debatido y aprobado la Directiva de la Unión Europea de Derechos de los consumidores en 2011. En mayo de 2012 se le pide a la Comisión que había presentado

<sup>189</sup> The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts...*, op. cit., p. 73.

<sup>190</sup> *Ibidem*, op.cit., pp. 79 y ss.

<sup>191</sup> A pesar de la popularidad del criterio de la facturación de la empresa, no parece el más adecuado ya que depende del sector en el que se desenvuelva la empresa, es inseguro y las propias entidades son reacias a revelar información sensible que podría ser importante para el mercado (*Ibidem*, op.cit., p. 87).

<sup>192</sup> Aunque hay empresas que, teniendo más de nueve empleados y menos de cincuenta, es decir, siendo consideradas pequeñas empresas a todos los efectos, pueden tener dificultades para el acceso a servicios de asesoramiento legal, se ha preferido otorgar un nivel de protección mayor a un número más reducido de sujetos. Para el modo de cálculo del número de empleados se atiende al número del último día del mes anterior, calculado con una media que tiene en cuenta los doce meses anteriores a la conclusión del contrato, *ibidem*, op.cit., p. 88.

<sup>193</sup> *Ibidem*, op.cit., pp. 90 y ss.

<sup>194</sup> El ámbito de aplicación son los “*small business contracts*”, es decir, aquellos en los que una de las partes o las dos son pequeños empresarios. Si solo uno de los dos lo es –situación más habitual- solo éste puede beneficiarse de la regulación de las *unfair terms*. Sin embargo, se propone proteger también a los pequeños empresarios en sus negocios entre ellos puesto que, por una parte, la falta de sofisticación y acceso a servicios jurídicos o de asesoramiento puede aún así ser una desventaja de algunos pequeños empresarios en este tipo de contratos y, por otra, se constituye un régimen más simple y consistente (*Ibidem*, op. cit., p. 86). Entendemos que, al tener que ser un contrato no negociado, una de las dos partes –aun siendo ambos pequeños empresarios- tiene que tener una posición superior a la otra para poder imponer el contenido.

<sup>195</sup> Así se desprende de la carta remitida a la Comisión por el Ministro de Comercio, Inversión y Asuntos Exteriores, fechada el 24 de julio de 2006 ([http://www.dti.gov.uk/files/file\\_34128.pdf](http://www.dti.gov.uk/files/file_34128.pdf)).

las recomendaciones en 2005 que las revisara y actualizara, pero solo en lo que concierne a los contratos entre empresarios y consumidores. Esto ha dado lugar a la *Consumer Rights Bill 2014*, que se encuentra en tramitación parlamentaria en la actualidad<sup>196</sup>. Por lo tanto, a día de hoy, los contratos entre empresarios en el ordenamiento jurídico inglés siguen estando protegidos solo por la UCTA de 1977 sin que a corto plazo se haya previsto ninguna modificación puesto que la iniciativa legislativa se restringe a los contratos de consumo<sup>197</sup>.

#### 4. Protección en el ordenamiento jurídico alemán

##### A) Regulación de las condiciones generales de la contratación: de la *AGB-Gesetz* de 1976 al BGB (Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002)

74. Si existe un ordenamiento que presenta especial interés por la protección única que otorga al empresario en la contratación mediante condiciones generales y por la influencia en la legislación española es el ordenamiento jurídico alemán<sup>198</sup>. La regulación de esta disciplina se recoge, en un primer momento, en la “*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*”, conocida como *AGB-Gesetz* de 1976, norma que viene a codificar la protección que hasta este momento había permanecido en el ámbito jurisprudencial<sup>199</sup>. La *AGB-Gesetz* se había concebido, inicialmente, como una norma cuyo objetivo era tutelar al consumidor, aspecto que se transformó durante su tramitación, dando lugar a una ley que protege al adherente frente al predisponente de las condiciones generales y no tan sólo al consumidor frente al empresario<sup>200</sup>. Como tendremos ocasión de analizar a lo largo de este apartado, el destinatario de la tutela es el contratante débil, al margen de la consideración de si es empresario o consumidor<sup>201</sup>.

<sup>196</sup> Concretamente, según la última información proporcionada (<http://services.parliament.uk/bills/2013-14/consumerrights.html>), en la *House of Commons* (12 de enero de 2015).

<sup>197</sup> Esto no quiere decir que no haya movimientos que sigan poniendo de manifiesto la necesidad de un régimen más protector que el vigente en los contratos de los “*small businesses*” (por ejemplo, se puede citar el interesante informe presentado por A. FLETCHER; A. KARATZAS; A. KREUTZMANN-GALLASCH, *Small businesses as consumers: are they sufficiently well protected?*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, January 2014, 53 p., en colaboración con la Federación de Pequeños Empresarios, en el que se señala la creciente concienciación en el Reino Unido por las necesidades de regulación de estos sujetos).

<sup>198</sup> P. ULMER, “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – la armonización del Derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre CGC de 1976”, en S. ESPIAU ESPIAU (ed.), *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Madrid; Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 34 – 35; J. M. BADENAS CARPIO, “Comentario al artículo 2...”, op. cit., p. 58.

<sup>199</sup> M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales de la contratación tras la reciente reforma del BGB”, *Actualidad Civil*, nº 16, 14 al 20 de abril de 2003, p. 400; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 34; “Las condiciones generales de la contratación...”, op. cit., pp. 207 y ss. Acerca de la situación anterior a la codificación de la normativa sobre condiciones generales de la contratación, ver L. RAISER, *Das Recht...*, op. cit., en especial, acerca de las barreras de la validez de las condiciones generales, los límites de libertad contractual y el control de los tribunales a través de la cláusula general de la buena fe recogida en el § 242 BGB, pp. 277 y ss.

<sup>200</sup> Como consecuencia de la voluntad política se forma en 1972 un grupo de trabajo a través del Ministerio de Justicia que debe elaborar propuestas de solución para una regulación legal de la cuestión. Este grupo de trabajo presenta en marzo de 1974 un primer estudio, alejándose de los §§ 13 y ss AGBG (hoy UKlaG), que asienta importantes fundamentos para la regulación legal posterior. Respecto a las condiciones legales del control de contenido, se establece una discusión en torno a tres aspectos principalmente: por una parte, si se debía utilizar una cláusula general o si se debería completar ésta con un catálogo de cláusulas ineficaces; por otra, saber de qué modo se “medía” la desproporcionalidad o inadecuación de las cláusulas, si en sentido positivo o negativo; por último, y en relación con el tema que nos ocupa, el tercer punto conflictivo versaba sobre la idea de limitar la protección al consumidor o bien ampliarla al empresario, pudiendo ser, a su vez, mediante los mismos artículos o bien a través de otra medida de control. Finalmente, el legislador alemán optó por ampliar su ámbito de aplicación, con limitaciones, también a los contratos entre empresarios. Al respecto, ver T. PFEIFFER, “Einleitung”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER (et. al.), *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 4 – 5; J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305 BGB”, en F. JÜRGEN; R. RIXECKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., München, Beck, 2007, pp. 1016 - 1018; J. M. BADENAS CARPIO, “Comentario al artículo 2...”, op. cit., pp. 58 – 59; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 34.

<sup>201</sup> P. ULMER, “La protección contra cláusulas contractuales...”, op. cit., p. 36; M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales...”, op. cit., p. 400; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La modernización del derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del derecho privado”, en S. SÁNCHEZ LORENZO; M. MOYA ESCUDERO (ed.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 318.

En bloque y con pocas modificaciones pasó a formar parte la *AGB Gesetz* del *BGB* alemán, en virtud de la llamada Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001<sup>202</sup>, dando lugar a los §§ 305 a 310 BGB cuyo contenido en lo que a control de condiciones generales se refiere procederemos a analizar para delimitar la protección que el ordenamiento alemán proporciona a los empresarios adherentes<sup>203</sup>.

**75.** En primer lugar, cabe señalar la existencia de un control de incorporación, recogido en los §§ 305 a 306 BGB. El § 305.1 apunta los rasgos básicos que conforman la figura de las “*condiciones generales de la contratación*”, entre los que enumera la predisposición y la utilización en una pluralidad de contratos, sin que tenga relevancia que las cláusulas constituyan una parte del contrato formalmente separada o estén recogidas en el mismo documento contractual y sin que quepa la existencia de condiciones generales cuando la cláusulas contractuales hayan sido negociadas individualmente por las partes. Por su parte, el § 305 en sus apartados 2 y 3, así como los párrafos siguientes, se encargan de regular los requisitos que deben cumplir las cláusulas para entenderse incorporadas al contrato, tanto en general<sup>204</sup> como en ciertos casos especiales<sup>205</sup> y de hacer referencia a normas tales como la prevalencia de los acuerdos individuales<sup>206</sup>, la no inclusión de las cláusulas sorprendentes y ambiguas<sup>207</sup>, la interpretación *contra proferentem*<sup>208</sup> así como las consecuencias jurídicas en el caso de no incorporación de una cláusula y régimen de ineficacia<sup>209</sup>. Volveremos sobre las exigencias de incorporación al hacer referencia al mandato de transparencia material.

**76.** A este control de incorporación, el legislador alemán añade un segundo control que pretende fiscalizar el fondo de la cláusula, esto es, un control de contenido cuya estructura, que analizaremos en profundidad a continuación, se puede esquematizar en:

- una cláusula general de buena fe, recogida en el § 307 BGB (antiguo § 9 AGBG) y que protege a todo tipo de adherente, sea consumidor o no;
- dos listados de cláusulas que complementan a la disposición general anterior y que son de aplicación en exclusiva a contratos de consumo. Se dividen en cláusulas relativamente prohibidas, en la medida en que están sujetas a valoración (§ 308 BGB, antiguo § 10 AGBG) y

<sup>202</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, que entró en vigor el 1 de enero de 2002. Acerca de la integración de la *AGB Gesetz* en el Código civil alemán, polémica por ser en bloque y por la ubicación, en el Libro Segundo, regulador del Derecho de las Relaciones Obligatorias, tras el “Contenido de las relaciones obligatorias”, ver J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305...”, op.cit., pp. 1018 –1019; T. PFEIFFER, “Einleitung...”, op. cit., pp. 7 – 8; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, *ADC*, tomo LV, nº 3, julio-septiembre 2002, pp. 1147 – 1149; “La modernización del derecho...”, op. cit., pp. 323 – 325; *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 34 – 35; M. FUENTESECA, “Visión de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 397 – 398; G. CRISTOFARO, “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, *Rivista di diritto civile*, anno L, nº 4, luglio-agosto 2004, en especial, pp. 681 y ss; R. ZIMMERMANN, “Contract law reform: the german experience”, en S. VOGENAUER; S. WEATHERILL, *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, Hart, 2006, pp. 71 – 87; S. PATTI, “Sulla riforma del Quarto Libro...”, op. cit., p. 209.

<sup>203</sup> La traducción que manejamos, en general, es la de M. L. VIVES MONTERO, “Traducción de la Reforma 2002 del BGB”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, nº 3, 2002, pp. 1229 – 1310, en especial, pp. 1243 a 1253.

<sup>204</sup> Según el § 305.2 BGB, para que las condiciones generales formen parte del contrato, el predisponente debe, en el momento de celebración del mismo, hacer una referencia expresa a ellas o exhibirlas de manera claramente visible así como facilitar a la otra parte la posibilidad razonable de tener conocimiento de su contenido, en función de la capacidad de la contraparte que el predisponente pueda reconocer.

<sup>205</sup> El § 305a BGB hace referencia a requisitos especiales para los casos de tarifas de ferrocarril, tranvías, trolebuses y demás vehículos de línea regular, correos y telecomunicaciones.

<sup>206</sup> § 305b BGB establece que los acuerdos individuales prevalecerán sobre las condiciones generales de la contratación.

<sup>207</sup> En virtud del § 305 c, 1 BGB, no se considerarán incluidas en el contrato aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, en atención a las circunstancias, en especial a la apariencia externa del contrato, resulten tan insólitas que la contraparte del predisponente no hubiera podido contar con ellas.

<sup>208</sup> El § 305c, 2 BGB, recoge la tradicional regla hermenéutica según la que las dudas en la interpretación de las condiciones generales de la contratación perjudicarán al predisponente.

<sup>209</sup> El § 306 BGB alude a la vigencia del contrato en la parte que no sea declarada ineficaz o que no se entienda por no incorporada salvo cuando su subsistencia, incluso teniendo en cuenta la complementariedad de las disposiciones legales, represente una carga irrazonable para una de las partes.

cláusulas absolutamente prohibidas, al ser ineficaces sin posibilidad de valoración “*incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales*” (§ 309 BGB, antiguo § 11 AGBG).

## B) Protección del empresario adherente

77. Una vez descrita la estructura básica de la regulación, que se organiza en torno a estos dos controles tradicionales, formal y material, el siguiente paso es delimitar el ámbito de aplicación subjetivo de la normativa alemana en lo que a nuestro trabajo se refiere, es decir, respecto al tráfico comercial. El § 310 BGB (antiguo § 24 AGBG) cumple el papel central de determinar qué párrafos son de aplicación a los contratos entre empresarios.

Así, el § 310.1 excluye la aplicación del control de incorporación recogido en el § 305, en sus apartados 2 y 3 así como los catálogos de cláusulas prohibidas de los §§ 308 y 309 BGB, a las condiciones generales incluidas en un contrato cuyo adherente sea un empresario, persona jurídica de derecho público o patrimonio separado de derecho público. Todas las demás disposiciones sí que rigen para el tráfico comercial, disposiciones entre las que se encuentra el § 307, apartados 1 y 2 –regulador del control de contenido a través de la cláusula general de la buena fe– que “*será de aplicación en los casos del inciso primero –contratación entre empresarios– aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309; se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”<sup>210</sup>.

Esto es, como resultado, el ordenamiento jurídico alemán no restringe la protección frente a las cláusulas abusivas al consumidor sino que, expresamente, la extiende al empresario adherente que, según lo expuesto, se verá tutelado por la cláusula general de buena fe, teniendo en cuenta siempre las peculiaridades de la contratación empresarial a través de los usos y costumbres vigentes concernientes.

78. Es de notar, antes de pasar a centrarnos en cada uno de los elementos que componen el control de contenido aplicable a los empresarios, que el texto alemán no limita la protección a ciertos empresarios. Por ejemplo, a los pequeños y medianos empresarios -de forma similar a lo que se pretendía en el Reino Unido y su figura del *small business* o *micro business*- o a los minoristas respecto de los proveedores –por ejemplo, en el caso del contrato de *subfornitura* en el ordenamiento jurídico italiano- sino que extiende el ámbito de aplicación de la cláusula general de buena fe a todo empresario adherente.

El concepto de “*Unternehmer*” del § 310 se determina a través del § 14 BGB, que considera como empresario a aquella persona física o jurídica que, en un negocio jurídico, actúa en el ejercicio de su comercio, negocio o profesión<sup>211</sup>. Esta noción de “empresario”, más amplia, ha ocupado el lugar de la de “comerciante” (“*Kaufmann*”) preexistente antes de la Reforma del Código mercantil (HGB) de 1998<sup>212</sup>. Así, a efectos de aplicación de los §§ 305 a 310 BGB, toda persona que es comerciante, es también empresario<sup>213</sup>. De la definición de “*Unternehmer*” en el § 2 HGB se desprende que hay ciertos determinados grupos de comerciantes -que también entrarían dentro de la noción de “empresarios” según la terminología de la disciplina de las condiciones generales de la contratación- que tienen menos necesidades de protección que otros debido a su poder de negociación o posición económica. Aunque,

<sup>210</sup> El § 310.1 BGB se ha visto modificado en octubre de 2008 por el que se añade un inciso que excluye del ámbito de aplicación del § 307, apartados 1 y 2, es decir, del control de contenido, a determinados contratos entre empresarios en los que se recoge lo dispuesto en la normativa de Adjudicación y Contratación para la Construcción (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B - VOB/B*).

<sup>211</sup> § 14 BGB: “(1) *Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt*”.

<sup>212</sup> Ley de 22 de junio de 1998, con fecha de entrada en vigor 1 de julio del mismo año.

<sup>213</sup> Acerca de la noción de “*Unternehmer*” como parte contractual, F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz im Handelsverkehr*, Pfaffenweiler, Centaurus, 1989, p. 5; M. WOLF, “§ 310 Abs. 1, Anwendungsbereich”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 911 y ss.; J. BASEDOW, “Kommentar zum § 305 BGB...”, op. cit., pp. 1405 y ss.; P. SCHLOSSER, “Kommentar zum § 310 BGB”, en J. STAUDINGER; K. D. ALBRECHT; B. CHRISTIAN (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Sellier de Gruyter, 2006, pp. 728 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 38.

como hemos señalado, el BGB no hace distinción entre tipos de empresarios, se ha planteado que el recurso a los usos y costumbres vigentes en el comercio (*“geltenden Gewohnheiten und Gebräuche”* del § 310.1 BGB) puede ser la vía para diferenciar la intensidad del control a aplicar también dentro de la propia categoría de empresario y en los distintos grupos de clientes que comparten la cualidad de *“Unternehmer”*<sup>214</sup>. Ya que la protección se extiende para todo “empresario” adherente en general, la intensidad del control se puede modular a través de una ponderación de intereses adecuada según el sujeto a proteger.

### a) Cláusula general de buena fe y *Transparenzgebot* (§ 307.1 y 2 BGB)

79. El § 310.1 BGB excluye la aplicación de un control de incorporación a las cláusulas mediante condiciones generales en la contratación entre empresarios pero, por el contrario, prevé la aplicabilidad de un control de contenido que se articula en torno a una cláusula general y tres presunciones<sup>215</sup>.

80. El eje central del control, contenido en el apartado primero del § 307 BGB dispone que:

*“Las cláusulas de las condiciones generales de la contratación contrarias a la buena fe son ineficaces si perjudican de forma indebida a la contraparte del predisponente. Un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”*.

Por lo tanto, parece que tienen que darse ambos elementos, esto es, contravención de la buena fe (*“entgegen den Geboten von Treu und Glauben”*<sup>216</sup>) y perjuicio indebido (*“unangemessenen Benachteiligung”*), para que una cláusula pueda reputarse como abusiva y, por tanto, ineficaz. Dado que estos términos son generales, el legislador alemán, a modo aclaratorio, añade tres criterios que ayudan a interpretar cuándo, *“en caso de duda, se presume un perjuicio indebido”* que, en virtud del § 307.2 BGB será cuando la cláusula no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere o cuando se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo<sup>217</sup>.

81. La tercera pauta es la que aparece formulada en el párrafo anterior del mismo parágrafo, *in fine*: *“un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible”*. Esta mención es una de las pocas novedades que introduce la Ley de Modernización de 2002 en la integración de la AGBG en el BGB y codifica la práctica jurisprudencial según la cual otro

<sup>214</sup> K. P. BERGER; L. KLEINE, *AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Betriebs Beraten*, nº 40, 2007, pp. 2137 – 2139; M. WOLF, *“Kommentar zum § 310...”*, op. cit., pp. 917 y ss.

<sup>215</sup> Llama la atención el hecho de que la regulación en nuestro ordenamiento jurídico sea, como sabemos, la diametralmente opuesta: si que se prevé un control de incorporación para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios pero no, por el contrario, un control de contenido.

<sup>216</sup> Acerca de la evolución del concepto de “buena fe” en el Derecho alemán, ver S. WHITTAKER; R. ZIMMERMANN, *“Good faith in European contract law...”*, op. cit., pp. 18 y ss. Los autores resaltan la importancia en el ordenamiento jurídico alemán de este principio a lo largo de los años, principio abundantemente utilizado en las decisiones de los tribunales -ha sido visto por algunos autores como una *“baneful plague”* (plaga dañina) mientras que, para otros, era la *“queen of rules”* (reina de las reglas)- que, en los últimos años ha cedido peso, sin embargo, a favor del § 138 I BGB, que recoge la prohibición de que cualquier negocio jurídico atente contra las buenas costumbres. En la actualidad, tal y como se señala, un gran número de instituciones legales “basadas” en el § 242 BGB han adquirido una vida independiente, como sería el caso, entre otros, del tema que nos ocupa, el control de cláusulas en contratos de adhesión, regulado en la AGB-Gesetz y, en la actualidad, en el propio BGB alemán.

<sup>217</sup> Vemos aquí alusión en cierta medida a la idea del Derecho dispositivo como modelo de regulación del que no debería apartarse un regulación equilibrada (§ 307.2 BGB: *“Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist”*). Cabe señalar que esta relativa sujeción al Derecho dispositivo se recoge también –y de forma más intensa, de hecho- en nuestra Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección civil de la Comisión General de Codificación. En este sentido, el apartado 4º del art. 1262 presume abusivas para todo adherente –consumidor y empresario- las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo le serían aplicables.

supuesto de ineficacia contrario a la buena fe es la falta de transparencia<sup>218</sup>. El mandato de transparencia (“*Transparenzgebot*”), que es válido hoy como un principio elemental del Derecho de las condiciones generales de la contratación, es un principio relativamente nuevo puesto que hasta la entrada en vigor de la AGBG no se descubre, siendo el centro de discusión a finales de los años ochenta y erigiéndose como elemento básico de esta disciplina en la actualidad<sup>219</sup>.

En el marco del control de contenido, especifica el § 307 I 2 que una cláusula dentro del ámbito de las condiciones generales de la contratación puede ser considerada como causante de un desequilibrio inadecuado a la otra parte contractual si no es clara y comprensible. Obliga al usuario de este tipo de cláusulas, por lo tanto, a la claridad y a la inteligibilidad y pretende garantizar que la parte contractual sea consciente de sus derechos y obligaciones. Efectivamente, se trata de realizar una ponderación de intereses a través del § 307 BGB de tal forma que se exija una formulación de la cláusula evidente, concreta y clara, que posibilite al cliente conocer el alcance jurídico y económico de las cláusulas a las que se adhiere<sup>220</sup>.

Al estar incluido este principio en el § 307 I BGB, parágrafo incluido dentro del ámbito de aplicación de los contratos celebrados entre empresarios, el mandato de transparencia no sólo es válido en la contratación con consumidores sino que también lo es en el tráfico jurídico empresarial mediante condiciones generales de tal forma que el predisponente está obligado a formular el contenido de las cláusulas conforme a los límites de esta norma. Este hecho tiene una especial importancia al no estar incluidos los contratos entre empresarios, como se apuntó en el estudio del § 310 BGB, dentro del ámbito de aplicación del control de incorporación.

**82.** Antes de ver la utilización concreta por parte de los tribunales del “*Transparenzgebot*”, cabe plantearse, como ha hecho algún autor, el verdadero alcance de este mandato, bien como criterio autónomo, bien como un elemento más a considerar en la valoración del desequilibrio. Parece que la solución más aconsejable es utilizar este criterio exigiendo también la existencia de un desequilibrio material para apreciar la abusividad de una cláusula concreta y evitar, así, un abuso del criterio por parte de los tribunales que pueden “*negar la eficacia de las cláusulas por el hecho de que las cláusulas no sean claras y comprensibles*”<sup>221</sup>. Efectivamente, como se ha expuesto con anterioridad, este mandato es una pauta entre otras acerca de cuándo se presume que puede existir un perjuicio indebido que, en cualquier caso, debe ser contrario a la buena fe.

**83.** A pesar de la clara aplicabilidad de esta disposición al tráfico empresarial, en el que también existen adherentes mercedores de protección en este sentido, no se deben olvidar las particularidades de dicho ámbito respecto de la contratación con consumidores y las diferentes posibilidades de entendimiento que existen entre estos dos grupos de sujetos. Dado que la transparencia, como hemos señalado, está íntimamente vinculada con la capacidad de comprensión del adherente, parece evidente que la experiencia comercial posibilita a un empresario tener unas mayores posibilidades de conocimiento y una mayor información. Por lo tanto, los requisitos del mandato de transparencia deben ser adaptados

<sup>218</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “Un nuevo Derecho de obligaciones...”, op. cit., p. 1150; *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 46. Una ilustración sobre jurisprudencia de los años ochenta en I. KOLLER, “Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen”, en J. F. BAUR; K. J. HOPT; K. P. MAILÄNDER, *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin, Walter de Gruyter, 1990, pp. 671 y ss.; J. SCHÄFER, *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, Peter Lang, 1992, pp. 184 y ss.

<sup>219</sup> P. HELLWEGE, “§§ 305-310, Teil II: Geltungsgrund und Geltungsvoraussetzungen; Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit; Transparenzgebot”, en J. R. SCHMOECKEL; R. ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1470 y ss.

<sup>220</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 1470 y ss.; H. LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3 ed., München, Beck, 1997, pp. 143 y ss.; K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Geschäftsverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, nº 49, 2007, pp. 3526 y ss.; E. M. KIENINGER, “Kommentar zum § 307 BGB”, en F. JÜRGEN; R. RIXECKER (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241 – 432*, 5 ed., München, Beck, 2007, pp. 1142 – 1146; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB”, en M. WOLF; W. F. LINDACER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 367 y ss.

<sup>221</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 46 – 47.



a los horizontes empresariales implicando, en general, una relajación de los mismos, sin que pueda ser aplicado el principio con la misma intensidad como en el ámbito de la contratación con consumidores. Como resultado de esta diferente valoración, puede ser una cláusula concreta no transparente y, por tanto, ineficaz, en un contrato con un consumidor y tener validez, por el contrario, en un ámbito en el que ambas partes son empresarios<sup>222</sup>.

Pero no sólo el § 307 I 2 BGB debe aplicarse diferenciando entre destinatario consumidor o empresario, sino que también el tratamiento debería ser distinto dentro del amplio grupo de sujetos que se dedican a la actividad empresarial. Es evidente que no tiene las mismas posibilidades de experiencia y entendimiento, por ejemplo, un minorista de pequeño tamaño que una gran empresa distribuidora. La posición económica o el poder de negociación condicionan las necesidades de protección<sup>223</sup>. Una vía para permitir apreciar las particularidades del tráfico jurídico empresarial y estas situaciones dispares es el recurso a los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*” al que, por otra parte, obliga el legislador alemán en el § 310 I *in fine* para el caso de la contratación “*gegenüber einem Unternehmer*”. Esta flexibilidad del control de contenido incluso dentro del comercio con empresarios garantiza tener en cuenta las distintas necesidades de protección de los distintos tipos de clientes<sup>224</sup>.

**84.** En la sentencia del KG Berlín de 17 de abril de 1991<sup>225</sup>, no es de aplicación la sanción del criterio de la transparencia material en el caso de estipulaciones accesorias al precio mediante formularios en un contrato de crédito con tomadores independientes o industriales. Según el órgano jurisdiccional, el mandato de transparencia proporciona, en este tipo de estipulaciones, protección al consumidor privado, que carece de experiencia en la materia así como de relaciones profesionales o comerciales, permitiéndole recibir oportunidades de mercado adecuadas a sus intereses. Los criterios de aplicación de este control se deben ajustar al nivel de entendimiento del “*cliente medio*”. En el caso de personas que cierran un contrato de crédito en la rama de su actividad comercial y teniendo en cuenta, a través de los §§ 24 y 9 AGB, las costumbres y usos vigentes en el tráfico comercial, puede no haber vulneración del mandato. Así, en el supuesto de hecho, se concede un crédito para la construcción de viviendas a clientes que se dedican comercialmente a la construcción de viviendas y su financiación y que disponen, por ello, de la experiencia comercial y los conocimientos típicos (aunque del texto de la sentencia se desprende que no actúan como “*kaufleute*” en el supuesto concreto). En este caso sería superflua una aclaración o ilustración sobre conceptos tales como el aumento del tipo de interés real en una cláusula de liquidación de amortización. Por tanto, en este caso se deniega la protección a través del criterio de la transparencia material<sup>226</sup>.

Por su parte, el BGH, en su sentencia de 20 de julio de 2005<sup>227</sup> declara la ineficacia de una cláusula contenida en un contrato mediante condiciones generales entre dos empresarios de la rama del automóvil, por no cumplir con los requisitos de transparencia material del § 307 BGB. Así, el demandado, un

<sup>222</sup> *Ibidem*, op. cit., pp. 373 – 374; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB”, EN J. STAUDINGER; K. D. ALBRECHT; B. CHRISTIAN (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, Sellier de Gruyter, 2006, p. 312.

<sup>223</sup> K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen...”, op. cit., p. 2139.

<sup>224</sup> K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele...”, op. cit., pp. 3527 y ss.

<sup>225</sup> KG Berlín 23. Zivilsenat 23 U 571/90.

<sup>226</sup> “*Werden (hier) Wohnungsbaudarlehen an Kunden vergeben, die zwar nicht kaufleute sind, die aber den Wohnungsbau und dessen Finanzierung geschäftsmäßig betreiben und damit typischerweise über geschäftliche Erfahrungen verfügen, die eine Aufklärung über die effektivzinssteigernde Wirkung einer Tilgungsverrechnungsklausel überflüssig machen, so ist für diesen Personenkreis bei der begotenen generellen Betrachtungsweise das vom Transparenzgebot vorausgesetzte Schutzbedürfnis zu verneinen*”.

Aunque en la sentencia de 10 de julio de 1990 el BGH (BGH 11. Zivilsenat XI ZR 275/89), al hilo de una cláusula de cálculo de tipo de interés que resulta onerosa para el cliente en un contrato de préstamo anual, había dicho que, como medida para saber si una cláusula AGB no satisface los requisitos del mandato de transparencia material del § 9 AGB (actual § 307 BGB), no sirven las expectativas y posibilidades de conocimiento de la concreta parte contractual sino las expectativas y posibilidades de conocimiento de un cliente medio, atendiendo a las características del contrato típico en juego al momento del cierre del contrato. En el supuesto de la sentencia, el hecho de que la concreta parte contractual, a causa de su formación y de su profesión, tuviera conocimientos y posibilidades de entendimiento más amplias, permanece fuera de consideración.

<sup>227</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 121/04.

distribuidor de automóviles y piezas de automóvil en una red de concesionarios oficiales de Alemania, utiliza contratos mediante formularios en los que hace referencia, de forma “telegráfica”, a los derechos de la parte adherente y a las obligaciones del predisponente bajo el concepto “*Kardinalpflichten*”. Argumenta el BGH que no se puede esperar que un comerciante medio conozca el contenido de este concepto, como profano en Derecho que es y que la normativa obliga a los usuarios de condiciones generales de la contratación a exponer de forma más clara y evidente los derechos y obligaciones de las partes contractuales. Esta resolución, conocida como la sentencia “*Kardinalpflichten*”, ha sido ampliamente comentada por la doctrina, que considera que “*ha impactado como una bomba en la práctica sobre cláusulas en contratos entre empresarios*”<sup>228</sup> pues obliga a que, en virtud del principio de transparencia, una cláusula de exoneración de la responsabilidad haga referencia de forma descriptiva a la responsabilidad por vulneración de las “obligaciones cardinales”. Este hecho, que el Tribunal ve como un remedio para subsanar una explicación abstracta y deficiente del concepto comentado, se ha criticado por haber ido quizás demasiado lejos en la diferenciación, no sólo entre consumidor y empresario, sino incluso dentro este último grupo. Si bien hay que tener en cuenta las diferentes posibilidades de entendimiento del sujeto adherente, aún siendo empresario, la figura de las “obligaciones cardinales” está extendida en la práctica contractual empresarial alemana<sup>229</sup>. Parece, por tanto, que a partir de esta sentencia, no sólo obligaría el criterio de la transparencia material del § 307 I 2 BGB a formular las cláusulas de forma entendible sino también a señalar abiertamente las cargas y gravámenes asociados<sup>230</sup>.

Con matices en cuanto a la ineficacia de una cláusula, aborda el BGH varios aspectos del mandato de transparencia material en la sentencia de 18 de abril de 2007<sup>231</sup>, al hilo de un contrato mediante condiciones generales entre un empresario de aceite mineral y el titular de una gasolinera, según el cual este último tiene que vender combustible y aceites para motores en la tienda que gestiona en la gasolinera sobre la base de un contrato de franquicia. Considera el Tribunal que ciertas especificaciones dentro de paréntesis en una cláusula sin que éstas sean claras o entendibles (referidas al cálculo de la facturación de los gastos variables), limitan su eficacia. El BGH confirma la decisión del Tribunal de instancia y concluye que las adiciones entre paréntesis no son transparentes aunque, considerando a la cláusula como divisible, declara la validez del resto de la disposición.

Por su parte, en la sentencia de 17 de octubre de 2013<sup>232</sup>, el BGH, en un contrato de transporte entre empresarios sujeto a la ASB (“*Allgemeinen Stauereibedingungen*”<sup>233</sup>) y respecto de una cláusula que limita la responsabilidad imponiendo un máximo a la indemnización, no considera que adolezca de falta de transparencia del § 307 I 2 BGB. Por una parte, el contenido de la cláusula proviene de la ASB, regulación ampliamente conocida en el sector empresarial. Además, no puede entenderse que el concepto por el que se hace referencia a la unidad de carga en función de la que se calcula la indemnización -“*Ladeeinheit*” (“*EURO 5.000 pro Ladeeinheit (Container, Palette, Collo etc.)*”, reza la cláusula)- no está suficientemente aclarado mediante ejemplos ni sea determinado para un cliente medio empresario<sup>234</sup>.

Conociendo de un contrato mediante condiciones generales de alquiler de local de negocio en un centro comercial, en su sentencia de 10 de septiembre de 2014<sup>235</sup> el BGH tiene la ocasión de pronunciarse acerca de la transparencia de ciertas cláusulas, con distinto resultado. Así, no es sorprendente ni vulnera el deber de transparencia del § 307 I 2 BGB, la cláusula por la que se prorratean los gastos

<sup>228</sup> F. GRAF V. WESTPHALEN, “AGB-Recht im Jahr 2005”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 31, 2006, p. 2232.

<sup>229</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 50, que hace una breve reseña de la sentencia (en español).

<sup>230</sup> K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526 y ss.

<sup>231</sup> BGH Zivilsenat VIII ZR 117/06. Resolución comentada por F. GRAF V. WESTPHALEN, “AGB-Recht im Jahr 2005...”, op.cit., p. 2235; K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB-Gestaltung und Transparenzgebot...”, op. cit., pp. 3526, 3529.

<sup>232</sup> BGH Zivilsenat I ZR 226/12.

<sup>233</sup> Condiciones generales de estibadores.

<sup>234</sup> Del mismo modo, se niega que la cláusula de limitación de responsabilidad sea ineficaz por contrariedad con la cláusula general de la buena fe del § 307 I 1 BGB.

<sup>235</sup> BGH Zivilsenat XII ZR 56/11.

de administración aunque no contenga ninguna limitación o cantidad máxima para esos gastos<sup>236</sup>. Por el contrario, sí deviene ineficaz por no ser transparente la imposición al arrendatario de la obligación de mantenimiento y reparación de las superficies e instalaciones comunes utilizadas, sin limitación de cantidad (ya que se trasladan al arrendatario costes que no se corresponden con el uso del alquiler y que no entran dentro de su “ámbito de riesgo”). Asimismo se considera contraria al § 307 I 2 BGB una cláusula del contrato de alquiler de local de comercio que no impone el desglose por separado de gastos adicionales a los gastos de administración.

### b) *Indiztheorie* (§§ 308 y 309 BGB)

85. Como sabemos, de la lectura del § 310 I BGB se evidencia la intención del legislador alemán de extender el control de contenido a los contratos entre empresarios pero limitado a la cláusula general de buena fe, excluyendo expresamente la aplicación de los catálogos de cláusulas relativa y absolutamente prohibidas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB. Sin embargo, ya desde la AGBG, a pesar de que la voluntad legislativa caminaba en ese sentido, se ha mantenido un acuerdo amplio en la doctrina y la jurisprudencia<sup>237</sup> acerca de una posible valoración de estas cláusulas también en la esfera de la contratación empresarial: parecía lógico pensar que ciertos acuerdos prohibidos en el tráfico con consumidores lo pudieran estar también en el seno de un contrato entre empresarios.

Así, el BGH elabora la llamada “Teoría de los Indicios” (“*Indiztheorie*”) según la cual, “*cayendo una cláusula dentro de las prohibiciones del § 11 AGB-Gesetz para los consumidores, esto es un indicio para entender que también en el caso de la contratación entre empresarios conlleva un desequilibrio inadecuado a menos que pueda ser considerado como proporcional a causa de los intereses y necesidades particulares del tráfico jurídico empresarial*”<sup>238</sup>. Efectivamente, las prohibiciones de los catálogos no pueden ser aplicadas ni de forma directa ni de forma análoga, dada la prohibición legislativa expresa, pero sí que sirven de base para una valoración paralela en la esfera comercial<sup>239</sup>.

Como razones que justifican esta aplicación, matizada, de las cláusulas prohibidas en el ámbito del consumo en el comercio entre empresarios, se ha señalado, por una parte, una función de desconges-

<sup>236</sup> La jurisprudencia del BGH considera que no son sorprendentes las cláusulas de reparto de los gastos comerciales y técnicos de gestoría inmobiliaria y el mismo razonamiento aplica a los gastos de administración. Además, la cláusula no es sorprendente pues los costes pueden ser calculados y los derechos y obligaciones de las partes se muestran de forma clara y evidente.

<sup>237</sup> Un resumen de sentencias del VII., VIII. y restantes *Senate* de los primeros años se puede encontrar en B. OHLENDORF, *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft GMB, 1988, pp. 33 y ss., 52 y ss. Mientras que en las primeras sentencia se apunta el razonamiento de la buena fe según el § 9 AGBG para fundamentar el examen de la proporcionalidad, se evoluciona en las siguientes al sustituir la afirmación de que los §§ 10 y 11 AGBG no tienen aplicación en la contratación entre empresarios por aquella otra en la que se alega que no tienen aplicación *directa*. A partir de este momento, en las sentencias ha ido en aumento la utilización de estos parágrafos hasta culminar con la fijación del así llamado efecto indiciario en el ámbito de la contratación empresarial.

Recordemos cómo en el Ordenamiento jurídico francés, en este sentido y aun con las diferencias que hay entre ambos regímenes, el Consejo Constitucional ha permitido a los Tribunales inspirarse en normas de consumo para la aplicación práctica del art. L. 442-6 I 2º del Código de comercio.

<sup>238</sup> BGH VII. Zivilsenat 8 de marzo de 1984, a modo de ejemplo. En la más moderna sentencia del BGH de 10 de septiembre de 2014 (BGH Zivilsenat XII ZR 56/11), en el mismo sentido, el Tribunal incide sobre el hecho de que las listas de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas para consumidores no son de aplicación a los contratos entre empresarios (en el caso concreto, se trataba del § 308 5 BGB, “declaraciones ficticias”), sobre la necesidad de tener en cuenta los usos y costumbres en el tráfico mercantil para este tipo de contratos pero también sobre el efecto indiciario que para la ineficacia de una cláusula incluso en contratos entre empresarios pueden tener las cláusulas prohibidas con consumidores.

<sup>239</sup> D. RABE, “Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 1987, pp. 1980 y ss.; F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op. cit., pp. 43 y ss.; H. MERKEL, “AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen”, en M. HABERSACK; H. U. JOERES; A. KRÄMER, *Entwicklungslinien im Bank- und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe*, Köln, RWS, 2009, pp. 142 y ss.; H. LOCHER, *Das Recht der Allgemeinen...*, op. cit., pp. 148 y ss.; R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, München, Beck, 1991, pp. 23 y ss.; E. M. KIENINGER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., pp. 1151 – 1152; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 352; J. DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB”, en M. WOLF; W. F. LINDACHER; T. PFEIFFER, *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, Beck, 2009, pp. 417 y ss.; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., pp. 217 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 38 y ss.

ción, en la medida en que los §§ 308 y 309 AGBG concretan la cláusula general de buena fe aportando el legislador, mediante estos casos concretos, una serie de directrices para el tráfico jurídico. Esto da lugar a otro argumento para tener en cuenta los catálogos de prohibiciones: aumenta la claridad y seguridad jurídica. Así, el §309 BGB (“lista negra”) supone anticiparse a la declaración de ineficacia de una cláusula en una sentencia mediante una valoración del legislador que hace innecesario un ulterior examen. Por su parte, el § 308 BGB (“lista gris”) tan sólo recoge los riesgos típicos de los contratos y enjuicia desproporcionadamente pero no exime por completo de una valoración judicial de la cláusula en cuestión<sup>240</sup>.

**86.** Una cláusula mediante la que se reduce el plazo del servicio de garantía en un contrato de obra entre empresarios que actúan en la explotación de su actividad y que tiene por objeto el encargo de la construcción de dos tanques, puede ser ineficaz en este contexto de igual modo que lo sería en un contrato con consumidores, tal y como afirma el BGH en su sentencia de 8 de marzo de 1984<sup>241</sup>. Mientras que en el último caso sería de aplicación directa el § 11.10.f AGBG, en el supuesto de hecho, la cláusula que reduce el plazo de garantía a dos años, en lugar de los cinco establecidos para este tipo de contratos, causa un desequilibrio inadecuado contrario a la buena fe, lo que implicaría su ineficacia según lo dispuesto en el § 9 AGBG (actual § 307 BGB).

En un contrato entre un productor de materiales de construcción químicos y un laboratorio que lleva a cabo labores de investigación y desarrollo en relación con construcciones y obras, mediante el cual el segundo se obliga a desarrollar un sellador elástico, entiende el BGH, en su sentencia de 11 de noviembre de 1992<sup>242</sup>, que no pasa el control de contenido del § 9 AGBG una cláusula que excluye de forma desproporcionada la responsabilidad del predisponente limitando la cantidad a reclamar en el caso de vulneración de obligaciones esenciales del contrato. La exclusión de responsabilidad por negligencia leve estaría, en principio, permitida por el § 11.7 AGBG pero este juicio torna en lo contrario si, como es el caso, las obligaciones esenciales que se desprenden de la naturaleza del contrato y en cuyo cumplimiento confía o ha podido confiar la otra parte contractual, están tan limitadas que la consecución del objetivo del contrato está en peligro, como sucede si la cuantía máxima a reclamar por responsabilidad impuesta a la parte adherente ni siquiera cubre los daños previsibles según la tipología del contrato.

En el caso de la sentencia del BGH de 25 de octubre de 1995<sup>243</sup>, se enjuicia el contenido de las condiciones del servicio de garantía en un contrato de suministro de neumáticos. Entiende el Tribunal que contravienen el § 9 AGBG las cláusulas impuestas por el fabricante de las ruedas según las cuales se restringe el derecho a la garantía del producto suministrado tanto en lo que a sujetos que pueden reclamar se refiere como en lo que respecta a los bienes sobre los que se puede reclamar y las formalidades que deben seguirse para ello, sin que se haga cargo el productor, además, de cualquier coste administrativo que conlleve la prestación del servicio de garantía. Este traslado de costes del productor al comerciante -que será el tenga que asumir el servicio de garantía- genera un desequilibrio desproporcionado, que en la contratación con consumidores estaría sancionado de forma directa con la ineficacia en base al §11.10.c AGBG, hecho que se podría tomar como un indicio para declarar ineficaces estas disposiciones, a la vista del caso concreto, según la cláusula general aplicable a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios.

La resolución de LG Itzehoe de 21 de mayo de 2002<sup>244</sup>, por su parte, tiene por objeto un contrato de asesoramiento celebrado entre empresarios en el cual se introduce una cláusula mediante la que se prolonga la duración del mismo de forma tácita por tres años. Entiende el órgano jurisdiccional que, aunque las prohibiciones del catálogo de cláusulas contenido en el § 11 AGBG no son de aplicación directa a la contratación entre empresarios, sí que constituye la lesión contra dicho precepto un síntoma para declarar la ineficacia de la cláusula en este tipo de contratos en virtud del § 9 AGBG.

Aplica el BGH también la *Indiztheorie* en su sentencia de 3 de febrero de 2005<sup>245</sup> para declarar ineficaz una cláusula contenida en un contrato de encomienda de supervisión de cuentas mediante condi-

<sup>240</sup> R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. 23 y ss.

<sup>241</sup> BGH 7. Zivilsenat VII ZR 349/82.

<sup>242</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 238/81.

<sup>243</sup> BGH 8. Zivilsenat, VIII ZR 258/94.

<sup>244</sup> LG Itzehoe 1. Zivilkammer, 1 S 285/01.

<sup>245</sup> BGH 3. Zivilsenat III ZR 268/04.

ciones generales predisuestas por una agencia de cobros, según la cual ésta se arroga el derecho de, en el caso de rescisión del contrato, exigir la totalidad de la remuneración con independencia de que se haya llevado a cabo la prestación. Esta disposición, que entraría en las prohibiciones del § 10.7.a AGBG en la contratación con consumidores, puede suponer también entre empresarios un desequilibrio inadecuado que haga que la misma no pase el test de la buena fe del § 307 BGB.

También declara el BGH la ineficacia de una cláusula en un contrato entre profesionales, en su sentencia de 19 de septiembre de 2007<sup>246</sup>. La cláusula en cuestión está incluida en un contrato de venta de coches usados y hace referencia a una auto-exclusión de responsabilidad por parte del predisponente en la medida en que se exime el mismo de la responsabilidad que se pudiera generar por daños corporales y de salud así como por otros daños por culpa grave. Esta cláusula, que estaría prohibida sin posibilidad de valoración (§§ 309.7.a y b BGB) en el caso de que el contrato se hubiera celebrado con un consumidor, también es ineficaz en el tráfico entre empresarios ya que genera el desequilibrio inadecuado al que hace referencia el § 307 BGB, a menos que, tal y como afirma el Tribunal, de forma excepcional, pudiera ser apreciada como adecuada a causa de los intereses relevantes y las necesidades del tráfico jurídico empresarial.

Por último, en la sentencia de 29 de octubre de 2008<sup>247</sup>, el BGH sanciona con la ineficacia dos cláusulas sobre rescisión de un contrato de *leasing* financiero celebrado entre empresarios que tiene por objeto la puesta a disposición, adaptación e implementación de un software especializado. Dichas cláusulas permiten al predisponente –sociedad de leasing– rescindir el contrato en el caso de que el objeto no haya sido desarrollado al cumplirse el plazo acordado, no haya sido recibido por los clientes o de que, antes de cualquiera de estas dos situaciones, haya fracasado, con independencia de las causas. Además, en el caso de rescisión del contrato la sociedad de *leasing* está autorizada para ofrecer a los clientes a precio de coste todos los servicios llevados a cabo hasta el momento de la rescisión que no estén contenidos en un nivel de desarrollo adecuado para el cliente. Aunque en la contratación entre empresarios el derecho de rescisión del contrato está en mayor medida permitido, éste debe basarse en una razón objetivamente justificada. Al no existir ésta, las cláusulas pueden ser declaradas ineficaces según el control del contenido recogido en el § 307 BGB.

**87.** Estas vías de comunicación entre las normas aplicables para proteger a los consumidores, por una parte, y las disposiciones que son de aplicación al tráfico comercial, por otra, presentan, sin embargo, una ventaja añadida: evitar la creación de un derecho de control especial para comerciantes que se diferencia del de los consumidores. Así, una separación excesiva de la normativa sobre eficacia jurídica de las condiciones generales de la contratación en el tráfico entre empresarios y el tráfico con consumidores es indeseable puesto que, en todo caso, el fundamento del control es igual en ambos casos y las prohibiciones de los §§ 308 y 309 BGB constituyen una simple concretización de motivos de ineficacia comunes<sup>248</sup>.

**88.** Pero, sin dejar de lado esta idea común que subyace en el control de ambos tipos de contratos, tampoco podemos caer en el extremo contrario: una aplicación generalizada de los catálogos de cláusulas prohibidas en la contratación comercial. En esta línea, a pesar de los aspectos positivos que se derivan del efecto indiciario expuesto, hay una corriente contraria a la aplicación general de los §§ 308 y 309 BGB, esto es, a afirmar que una cláusula es automáticamente contraria a la cláusula general de la buena fe en un contrato entre empresarios porque así lo sea en el ámbito de los consumidores. Un abuso del efecto indiciario conllevaría una excesiva equiparación en el control de las condiciones generales de la contratación entre los dos tipos de adherentes<sup>249</sup>.

<sup>246</sup> BGH VIII ZR 141/06, comentada por K. P. BERGER; L. KLEINE, “AGB, unternehmerischer Geschäftsverkehr, Indizwirkung der Klauselkataloge, Haftungsbeschränkungen”, *EWiR*, 24. Jahrg., 11. Januar 2008, pp. 169 – 170.

<sup>247</sup> BGH 8. Zivilsenat VIII ZR 258/07.

<sup>248</sup> Señalado por *ibidem*, op.cit., pp. 25 y ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 35 y ss.

<sup>249</sup> Señalado por R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. 31 y ss.; J. DAMMANN, “Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB...”, op. cit., 417 y ss.; M. COESTER, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 218; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 44 – 45.

89. La alternativa al efecto indiciario global sería, así, un “traspaso” selectivo de aquellas disposiciones que se revelen como útiles en la esfera comercial en función de los propios objetivos de la protección y los intereses particulares<sup>250</sup>. A través de esta selección de las cláusulas prohibidas se limita el riesgo anteriormente perfilado de un control de contenido entre empresarios demasiado estricto: no se puede perder de vista que las necesidades de concreción legislativa y de seguridad jurídica no son tan esenciales en la contratación entre empresarios como en el tráfico con consumidores<sup>251</sup>.

90. Para llevar a cabo un estudio acerca de la adecuación de cada norma prohibitiva a la esfera comercial es decisiva la interpretación de estas cláusulas según las peculiaridades del ámbito de destino de la normativa. Volvería a cobrar importancia aquí, una vez más, el mandato del § 310 I 2 BGB, según el cual “*se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial*”. Estas variables, los “*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”, sirven al juzgador como medidores para la apreciación de la desproporcionalidad o inadecuación del desequilibrio de los derechos y obligaciones de tal modo que una conducta empleada de forma generalizada durante un largo período de tiempo como costumbre comercial en el tráfico empresarial, si no desplaza los cánones de valoración legales, tiene la presunción de proporcionalidad<sup>252</sup>.

En la sentencia de 9 de marzo de 2006 entiende el OLG München<sup>253</sup>, a favor del fabricante (apellante), que no existe ningún uso mercantil en el ámbito del comercio con soportes acústicos y visuales a través de software según el cual sea costumbre que el fabricante conceda al mayorista un derecho de retorno ilimitado del cien por cien. Por lo tanto, un acuerdo acerca de un derecho de retorno de este tipo en la contratación mediante condiciones generales a favor del mayorista supone un desequilibrio desproporcionado en el sentido del § 9 AGBG, siendo la cláusula ineficaz.

### C) ¿Reforma del control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios?

91. No podemos cerrar este apartado dedicado al marco normativo alemán en materia de condiciones generales de la contratación sin hacer una advertencia respecto de algunos signos actuales de preocupación y/o contrariedad en lo concerniente al control de este tipo de contratos en el tráfico empresarial. Efectivamente, como ya dejábamos apuntado, algunas voces en la doctrina han evidenciado desde hace algunos años la existencia de un estado de crítica creciente hacia la aplicación que hacen los Tribunales alemanes del control de contenido en los contratos mercantiles<sup>254</sup>. Estos autores han puesto de manifiesto una tendencia jurisprudencial a, por una parte, endurecer el requisito de negociación (“*Aushandeln*”) del § 305.1 *in fine* BGB –que excluiría la aplicación del régimen de control– y, por otra, a trasladar los criterios concebidos para los consumidores al ámbito mercantil pero dejando fuera la valoración sobre la cualidad del adherente y, saltándose a veces el mandato jurídico de diferenciación contenido en el § 310.1 BGB, que supone el reconocimiento de que existen unas necesidades de protección también diferentes<sup>255</sup>. Con este modo de proceder, los contratos mercantiles se ven sujetos a unos

<sup>250</sup> En 1989, F. KARATZENIS, *Zur Anwendung der Generalklausel...*, op. cit., p. 46, afirma, a la vista de la jurisprudencia del BGH que las cláusulas que podían tener más influencia en el tráfico empresarial mediante este alcance indirecto, eran las prohibiciones recogidas en el §10.4 (facultades de modificación), § 11.2b (excepción de incumplimiento); § 11.3 (prohibición de compensación); § 11.4 (interpelación, fijación de plazo); § 11.5b (reclamaciones a tanto alzado de daños); §§ 11.10b, c y f (garantía); § 11.13 (novación subjetiva) y § 11.15a (carga de la prueba).

<sup>251</sup> Acerca de esta preselección de cláusulas prohibidas, ver R. LUTZ, *AGB – Kontrolle im Handelsverkehr...*, op. cit., pp. pp. 35 y ss.; M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 352.

<sup>252</sup> M. WOLF, “Kommentar zum § 307 BGB...”, op. cit., p. 355.

<sup>253</sup> OLG München NJOZ 2006.

<sup>254</sup> Al respect, vide K. P. BERGER, “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 8, Februar 2010, pp. 465 – 470; L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen...”, op. cit., pp. 875 – 884; F. BECKER, “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht”, *Juristenzeitung*, 22, November 2010, pp. 1098 – 1106; A. KOLLMANN, “AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, Mai 2011, pp. 1324 – 1325.

<sup>255</sup> K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 465. Señala el autor que algunos resultados consecuencia del traslado de criterios desde el ámbito de consumo resultan inaceptables.

criterios más severos de los que correspondería de tal modo que cláusulas importantes para el cálculo de los costes y riesgos y que son usuales en la práctica empresarial –como limitaciones de garantía o cláusulas penales- son vistas siempre como condiciones generales e ineficaces. Se ha llegado a apuntar que, al final, solo desviaciones marginales respecto del Derecho dispositivo son posibles<sup>256</sup>.

**92.** Dentro de los argumentos de este movimiento crítico se añade uno más que está en relación con los contratos transfronterizos y la “competencia” entre ordenamientos jurídicos. Y es que pudiera ser que el Ordenamiento jurídico alemán perdiera atractivo como régimen a elegir en este tipo de contratos –que, por otra parte, suelen ser de una cierta entidad- a favor de otros más liberales en los que no existiera un control de contenido para los contratos entre profesionales<sup>257</sup>. A su juicio, una reforma podría tener un efecto positivo que no debería ser subestimado<sup>258</sup>.

Y es que algunos autores consideran que la necesaria relajación del control de contenido en los contratos entre empresarios no pasa tanto por una flexibilización o reorientación de la jurisprudencia como, directamente, por una reforma legal. Que sea el legislador el que gestione el cambio a través de ciertas modificaciones, proponen, de los § 305.1 y 310.1 BGB, modificaciones que, en todo caso, se limitaran a los contratos mercantiles sin afectar, ni directa ni indirectamente, al resto<sup>259</sup>. El objetivo es alejar las equiparaciones excesivas entre contratos entre empresarios y contratos con consumidores, endurecer las diferencias y relajar, por el contrario, los rígidos criterios que han venido aplicando en ocasiones los Tribunales. Las propuestas que se hacen pasan, entre otras, por añadir en una cuarta frase en el § 310.1 BGB que introdujera una referencia más expresa y vinculante al “hecho diferencial del tráfico comercial entre empresarios”<sup>260</sup> o fijar una barrera cuantitativa, por encima de la cual se considerara a un contrato como de gran volumen y, por tanto, no susceptible de ser controlado<sup>261</sup>.

**93.** En todo caso, y por encima de posibles ajustes -en su caso- necesarios, el modelo alemán de control de las condiciones generales de la contratación, estructurado, como hemos tenido ocasión de estudiar, en torno a un cláusula general que permite graduar la intensidad de la tutela en función de los sujetos y de las circunstancias del caso concreto, ha sido y es un ejemplo en la protección al empresario como parte adherente y, como tal, ha inspirado a otros ordenamientos jurídicos<sup>262</sup>, entre los que destacaremos, por dar un paso más y ofrecer la máxima protección, el sistema portugués.

<sup>256</sup> L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876.

<sup>257</sup> K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466; L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876; A. KOLLMANN, “AGB: Nicht nur theoretische...”, op. cit., p. 1324.

<sup>258</sup> K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 466. No limitado a los contratos transfronterizos sino en general, acusa el autor otro problema estructural de la jurisprudencia alemana y es el hecho de que la mayor parte de los casos de los que se ocupa el BGH provienen sobre todo de contratos industriales de alquiler, compra de coches nuevos, compra de materiales de construcción y otros negocios cotidianos y usuales. Por el contrario, dice el autor, no se dan prácticamente casos de contratos complejos de compra de empresas, instalaciones comerciales u otros contratos de suministro o crédito empresarial. El Derecho alemán se ve, así, como un Derecho para “consumidores, compradores de automóviles usados o alquiler de pisos” y no, como el inglés, como un Derecho “para la gente de negocios” (pp. 465 – 466).

<sup>259</sup> Al respecto, señalan K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., pp. 466 - 467 y L. LEUSCHNER, “AGB-Kontrolle im unternehmenssichen...”, op. cit., p. 876, la existencia de dos iniciativas: “Initiative zur Fortentwicklung des AGB-Rechts” (Iniciativa para el desarrollo del Derecho de las condiciones generales) y “Law Made in Germany” ([www.agb-recht-initiative.de](http://www.agb-recht-initiative.de)).

<sup>260</sup> K. P. BERGER, “Für eine Reform...”, op. cit., p. 469, apuesta por incluir en el referido párrafo que en el comercio mercantil hay que atender a los usos y costumbres vigentes así como a la práctica en el tráfico negocial entre empresarios, especialmente los que determinen, en comparación con los consumidores, unas necesidades inferiores de protección (es lo que el autor denomina “die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs”).

<sup>261</sup> F. BECKER, “Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle...”, op. cit., p. 1106, con una perspectiva más desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, aboga por fijar un límite económico, sobrepasado el cual, no tuviera aplicación el control de contenido. En estos casos, por el gran volumen del contrato, señala el autor que merecería la pena para el adherente invertir en conocer todas las condiciones generales y no solo los elementos esenciales del contrato –precio y prestación- y que, además, también determinados elementos estarían controlados a través de la competencia. BECKER fija ese límite en 500.000 euros.

<sup>262</sup> También la regulación holandesa, aunque en menor medida que la portuguesa, está inspirada por la normativa alemana. El nuevo Código civil holandés de 1 de enero de 1992, “Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek”, de igual modo que el alemán a partir de la ya estudiada reforma de 2002, recoge en su clausulado la regulación de las condiciones generales de la contratación (“algemene voorwaarden”), reservando a tal efecto los artículos 6:231 a 6:247 del mismo. Según el artículo 6:233.a NBW, una cláusula contenida en un contrato de condiciones generales “es anulable [...] si, tomando en cuenta la naturaleza y el contenido restante del contrato, la manera en que se hayan formado las condiciones, los mutuos intereses conocibles de las

## 5. Protección en el ordenamiento jurídico portugués

### A) Ley sobre las Cláusulas Contractuales Generales y Ley de Defensa del Consumidor

94. Como ya se ha adelantado, precisamente por una clara influencia de la AGB-Gesetz, de 9 de diciembre de 1976, se dicta en Portugal el Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre, regulador del “*regime das cláusulas contratuais gerais*”. Así, la norma alemana constituye un modelo directo de la normativa que introduce esta disciplina en el ordenamiento jurídico portugués con múltiples similitudes, como tendremos ocasión de apreciar a lo largo del análisis de la protección que se le otorga al empresario adherente en Portugal<sup>263</sup>.

Esta norma de 1985, que recoge las demandas de la doctrina acerca de la necesidad de una legislación propia para los contratos de adhesión<sup>264</sup>, tiene un carácter muy avanzado. De ahí que las

---

*partes y las demás circunstancias del caso, es irrazonablemente gravosa para la parte contraria o si el usuario no ofreció a la parte contraria una posibilidad razonable de tomar conocimiento de las condiciones generales*” (traducción tomada de J. VAN REIGERSBERG, *Derecho patrimonial neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996). En esta cláusula se hace referencia, por una parte, a un control de contenido en base a que la cláusula sea “irrazonablemente onerosa” (“*onredelijk bezwarend*”) -sin basar el control en una cláusula general de la buena fe- y se puede identificar una exigencia de transparencia en el segundo apartado del artículo 6: 233. Es aplicable este control no sólo a contratos con consumidores sino también a personas jurídicas y otras partes aunque actúen en el curso de sus negocios o profesión, aunque a éstas últimas no les son de aplicación -directa- las listas de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas de los artículos 6:236 – 6: 238 NBW. La peculiaridad se establece en la limitación en el ámbito subjetivo: aunque el control no se restringe a los consumidores, la normativa holandesa exige una serie de requisitos para la tutela del profesional adherente: según el artículo 6: 235.1 NBW, las causas de anulación anteriormente citadas no pueden ser invocadas por “*a. una persona jurídica referida en el artículo 360 del Libro 2 (sociedad de capital), la que en el tiempo de la celebración del contrato haya hecho pública últimamente su cuenta anual [...]; b. una parte [...] si en el momento antes mencionado están trabajando con ella cincuenta o más personas...*”. El ordenamiento jurídico holandés, por tanto, tiene en cuenta el tamaño de la parte contratante adherente, relacionado, parece, con su poder de negociación, para aplicar la protección.

Llama la atención, asimismo, lo dispuesto en el artículo 6:244, que recoge una previsión específica para, en principio, la relación de distribución entre mayorista y minorista. Con este artículo (comentario disponible en <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook066.htm>) se pretende proteger al minorista que ha visto cómo una o varias de las cláusulas insertas en el contrato mediante condiciones generales que ha usado con sus clientes consumidores han sido declaradas nulas, estando él mismo obligado por las mismas o similares estipulaciones (v. gr., limitativas o excluyentes de responsabilidad) en su relación contractual predispuesta por el mayorista o proveedor. Dado que el minorista simplemente revende los productos que ha obtenido del proveedor, sería injusto si el consumidor pudiera obtener resarcimiento por parte del minorista de un daño causado por un defecto en dichos bienes mientras que éste no podría reclamar lo mismo del proveedor, teniendo en cuenta que el minorista, como no consumidor, no tiene el mismo nivel de protección. No sería razonable, dada la conexión entre ambos contratos, que el proveedor en el eslabón anterior de la cadena de distribución pudiera invocar frente al minorista una cláusula que le ha “forzado” a aceptar y que ha sido declarada nula en una relación de consumo. Sin embargo, hay que destacar que, a pesar de la referencia a “proveedor”, “minorista” y “consumidor”, el ámbito del artículo 6:244 no está limitado a esta parte de la cadena de distribución sino que es de aplicación también a las relaciones contractuales previas en dicha cadena. Esta regulación nos recuerda claramente al también contenido en el Código civil italiano “*diritto di regresso*” (art. 1469 quinquies, 4º), que tiene por objeto proteger a la parte débil de la cadena de distribución. Sin embargo, y a nuestro juicio más acertadamente, la norma holandesa no habla de reclamar compensaciones por los daños sufridos sino que directamente imposibilita que el empresario en el eslabón anterior pueda invocar la misma cláusula declarada nula en un contrato de consumo, es decir, priva de efectos a la cláusula.

Sobre el ordenamiento jurídico holandés y el control de condiciones generales, ver K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 31 – 33. Sobre el nuevo Código civil neerlandés, ver también A. S. HARTKAMP, “Chapter 8, Law of obligations”, en M. J. CHORUS; P. H. M. GERVER; E. H. HONDIUS (ed.), *Introduction to Dutch Law*, 4º ed., Alphen aan den Rijn; Kluwer Law International, 2006, pp. 135 – 162; M. W. HESSENLINK, “The ideal of codification...”, op. cit., 2006, pp. 39 – 70. Una traducción del nuevo Código civil neerlandés al inglés y francés en P. P. C. HAANAPPEL; E. MACKAAY, *New Netherlands Civil Code/ Nouveau Code Civil Néerlandais, Le Droit Patrimonial/ Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek, Het Vermogensrecht*, Patrimonial Law, Deventer, Kluwer Law, 1990, 476 p.

<sup>263</sup> En el Preámbulo de la norma se apunta esta idea: “*Na elaboração deste diploma atendeu-se aos precedentes estrangeiros, que se multiplicam, assim como aos ensinamentos colhidos da aplicação e da crítica de tais experiências*”. Acerca de la influencia alemana en materia de condiciones generales de la contratación en el ordenamiento jurídico portugués y una comparativa entre ambas regulaciones, M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, año 29, 1988, pp. 109 y ss.; A. VARELA, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10 ed., Coimbra, Almedina, 2000, pp. 258 – 259; A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”, *RDM*, núm. 219, enero-marzo 1996, p. 85.

<sup>264</sup> Sobre la situación previa al pronunciamiento de la ley en Portugal, ver C. A. MOTA PINTO, “Contratos de adesão, Uma manifestação jurídica da moderna vida económica”, *Revista de Direito e de estudos sociais*, año 20, abril – dezembro 1973, pp. 119 – 148. Años antes del nacimiento de una regulación sobre la materia, el autor llama la atención acerca de la necesidad de



dos reformas sufridas con posterioridad en materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores como consecuencia de la necesaria adaptación a la Directiva 93/13/CEE<sup>265</sup>, hayan sido de escasa entidad al ser la ley portuguesa más exigente y rigurosa que la propia norma comunitaria.

95. Al hilo de la figura del consumidor y dentro del ámbito de la protección a los contratantes, debemos hacer referencia, junto a la mencionada Ley sobre cláusulas contractuales generales, a la Lei n.º 29/81, de 22 de agosto, sustituida por la Lei n.º 24/96, de 31 de julio, Ley de Defesa do Consumidor, por medio de la cual se desarrolla el deber constitucional de tutela al consumidor<sup>266</sup>, recogido en el artículo 60 de la Constitución portuguesa<sup>267</sup>. Dado que el ámbito de aplicación de esta Ley se restringe, según se desprende del artículo 2 de la misma, a los contratos celebrados con consumidores, no afecta al objeto de este estudio la noción de cláusula abusiva que incorpora, en el sentido de la normativa comunitaria<sup>268</sup>. En cualquier caso, es significativo señalar que la propia Ley de Defesa del Consumidor, para determinar los efectos de la inobservancia de la prohibición de cláusulas que originen un significativo desequilibrio en detrimento del consumidor, remite al régimen de las cláusulas contractuales generales<sup>269</sup>, norma en la que vamos a centrar el resto del análisis.

## B) Protección al empresario adherente: LCCG

96. La *Lei de cláusulas contratuais gerais* de 1985 otorga una protección muy elevada a los empresarios cuando contratan con otros empresarios puesto que el ámbito subjetivo de aplicación de la misma no se restringe tan sólo a los contratos con consumidores sino también a los celebrados entre empresarios.

97. Por una parte, el artículo 1.º, al señalar lo que podríamos denominar como rasgos definitorios de las cláusulas contractuales generales, hace referencia a las partes intervinientes de forma genérica como “*proponente*” y “*destinatario*”<sup>270</sup>, menciones que se repiten a lo largo de todo el texto, junto con la también genérica “*adherente*”<sup>271</sup>. Pero ya de forma evidente los artículos 17, 18 y 19 de la ley, sin perjui-

---

dar respuesta mediante una “*legislação própria*” al problema de protección de la parte más débil respecto a las cuestiones que se plantean especialmente en la contratación por adhesión (p. 144).

<sup>265</sup> La primera, mediante el Decreto-Ley n.º 20/95, de 31 de enero, llevó a cabo ciertas adaptaciones como la creación de un Registro, la modificación de las listas de cláusulas prohibidas o la carga de la prueba respecto de la negociación previa de una cláusula contractual. La segunda transposición, llevada a cabo por el Decreto-Ley n.º 249/99, de 7 de julio, tuvo como objetivo la inclusión del apartado 2º en el artículo 1º de la Ley, incluyendo dentro del ámbito de aplicación de la misma los contratos individualizados y dando cumplimiento, así, al imperativo comunitario. Sobre el proceso de transposición de la Directiva en el ordenamiento interno portugués, A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2001, pp. 30 – 43.

<sup>266</sup> Según el artículo 2.1 de la Ley 24/96, de 31 de julio, se vincula al consumidor con un uso no profesional de los bienes o servicios que recibe (se considera consumidor a “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, serviços ou transmitidos quaisquer directos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”). Sobre la protección del consumidor en Portugal, A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 79 y ss.

<sup>267</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, tomo I, 3º ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 653; A. VARELA, *Das obrigações...*, op. cit., pp. 260 y ss.

<sup>268</sup> Artigo 9º: “*Direito à protecção dos interesses económicos: 1. O consumidor tem direito à protecção dos seus interesses económicos, impondo-se nas relações jurídicas de consumo a igualdade material dos intervenientes, a lealdade e a boa fé, nos preliminares, na formação e ainda na vigência dos contratos. 2. Com vista à prevenção de abusos resultantes de contratos pré-elaborados, o fornecedor de bens e o prestador de serviços estão obrigados: a) À relação clara e precisa, em caracteres facilmente legíveis, das cláusulas contratuais gerais, incluindo as inseridas em contratos singulares; b) À não inclusão de cláusulas em contratos singulares que originem significativo desequilíbrio em detrimento do consumidor*”.

<sup>269</sup> Artigo 9.3: “*A inobservância do disposto no número anterior fica sujeita ao regime das cláusulas contratuais gerais*”.

<sup>270</sup> Artigo 1º: “*1. As cláusulas contratuais gerais elaboradas sem prévia negociação individual, que proponentes ou destinatários indeterminados se limitem, respectivamente, a subscrever ou aceitar, regem-se pelo presente diploma. 2. O presente diploma aplica-se igualmente às cláusulas inseridas em contratos individualizados, mas cujo conteúdo previamente elaborado o destinatário não pode influenciar. 3. O ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo*”.

<sup>271</sup> Como ejemplos, artículo 5.1: “*As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las*”, artículo 11.2: “*Na dúvida, prevalece o sentido mais favorável ao aderente*”; artículo

cio de la aplicación de otras normas de control<sup>272</sup>, están específicamente destinados a regir las relaciones entre empresarios mediante la utilización de cláusulas contractuales predispuestas. Así, en virtud del artículo 17, dentro de la Sección II (Relaciones entre empresarios o entidades equiparadas),

*“en las relaciones entre empresarios o los que ejerzan profesiones liberales, individuales o colectivos, o entre unos y otros, cuando intervengan sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica, se aplican las prohibiciones de esta sección y de la anterior”.*

Por lo tanto, a diferencia de las menciones que se realizan en otros ordenamientos, como el ya comentado confuso término francés *“non-professionnel”*, la alusión a *“empresario o entidad equiparada”* que recoge el artículo 17 de la norma portuguesa elimina toda posibilidad de establecer una semejanza y pensar que nos encontramos ante una norma que tutela a los empresarios cuando contratan fuera de su campo de actividad comercial. Lejos de eso, como hemos visto, el artículo da cobertura específicamente a aquellas situaciones en las que *“intervengan sólo en esa calidad y en el ámbito de su actividad específica”*. Es decir, los sujetos protegidos serían los empresarios o profesionales liberales que contratan dentro de su campo de conocimiento.

**98.** El Decreto-Legislativo nº 446/85 no es, por lo tanto, una ley de protección puramente al consumidor en la medida en que el legislador portugués prescinde de cualquier criterio personal, definiendo el ámbito de aplicación en relación con una situación y no con la persona: así, el adherente puede ser un empresario, un profesional liberal o un consumidor final, sin que sea relevante, en un primer momento, para la aplicación de la normativa<sup>273</sup>.

**99.** A la vista de que el ordenamiento portugués sí que otorga una protección expresa al empresario adherente, pasaremos a analizar la intensidad de dicha tutela y las normas a través de las cuales se administra.

**100.** Los artículos 4 a 9 de la Ley nº 446/85, que conforman el Capítulo II, recogen las reglas relativas a la inclusión de las cláusulas contractuales generales en los contratos, disponiendo el primero de ellos que éstas se incluyen en los contratos singulares por la aceptación. Esta aceptación deberá entenderse hecha *“com observância”* de la obligación de comunicación íntegra a los adherentes de forma adecuada y con la antelación necesaria para su conocimiento completo y efectivo (artículo 5<sup>274</sup>), la obligación de información y aclaración de todos los aspectos razonablemente solicitados (artículo 6<sup>275</sup>) así como la preferencia de las cláusulas específicamente acordadas sobre cualesquiera generales (artículo

13.1: *“O aderente que subscreva ou aceite cláusulas contratuais gerais pode optar pela manutenção dos contratos singulares quando algumas dessas cláusulas sejam nulas”.*

<sup>272</sup> Haciendo referencia a las limitaciones generales a la libertad de fijación del contenido del contrato, mediante la *moral pública*, las *bons costumes* o la *boa fé*, A. VARELA, *Das obrigações...*, op. cit., pp. 247 – 251.

<sup>273</sup> J. SOUSA RIBEIRO, *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990, pp. 183 – 184. En el mismo sentido, L. R. LEITE CONVERTI, “Il decreto-legge portoghese n. 446/85, sui contratti per adesione, nella prospettiva dell’esperienza occidentale nel settore della tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Civile*, anno, 34, nº 4, luglio – agosto 1988, p. 95.

A pesar de la influencia de la normativa alemana, en algunos aspectos difiere de ella. En la regulación portuguesa, como veremos, está menos marcada la diferencia de regímenes siendo el ámbito de aplicación más amplio puesto que no sólo se le aplica a los contratos entre empresarios el control de contenido, sino que también se les protege con un control de incorporación a través de los mismos preceptos que van dirigidos a los consumidores. Incluso dentro del ámbito del control de contenido, los profesionales no se ven tutelados sólo por una cláusula general: existen catálogos de disposiciones relativa y absolutamente prohibidas aplicables únicamente a este tipo de contratación.

<sup>274</sup> Artigo 5: *“1. As cláusulas contratuais gerais devem ser comunicadas na íntegra aos aderentes que se limitem a subscrevê-las ou a aceitá-las. 2. A comunicação deve ser realizada de modo adequado e com a antecedência necessária para que, tendo em conta a importância do contrato e a extensão e complexidade das cláusulas, se torne possível o seu conhecimento completo e efectivo por quem use de comun diligência. 3. O ónus da prova da comunicação adequada e efectiva cabe ao contratante que submeta a outrem as cláusulas contratuais gerais”.*

<sup>275</sup> Artigo 6: *“1. O contratante que recorra a cláusulas contratuais gerais deve informar, de acordo com as circunstâncias, a outra parte dos aspectos nelas compreendidos cuja esclarecimento se justifique. 2. Devem ainda ser prestados todos os esclarecimentos razoáveis-solicitados”.*

7<sup>276</sup>), entendiéndose excluidas, según el artículo 8, aquellas cláusulas que no cumplan con estas obligaciones, entre otras<sup>277</sup>.

**101.** Este control de incorporación es completado con una serie de reglas de interpretación e integración de las cláusulas (artículos 10 y 11<sup>278</sup>) y por un control de contenido que combina dos criterios: un principio general de buena fe seguido de dos elencos de cláusulas absoluta o relativamente prohibidas. Este sistema mixto, de inspiración claramente germana, coordina la adecuación y ductilidad propias de una cláusula general con la certeza y seguridad garantizadas por aquellas previsiones más concretas<sup>279</sup>.

**102.** Respecto al primero, el artículo 15 de la Ley recoge la prohibición de las “*cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé*”<sup>280</sup>. Para facilitar la aplicación de esta norma general el legislador aporta dos criterios: por una parte, la confianza suscitada entre las partes – especificando, a su vez, los factores más importantes a tener en cuenta para interpretar la confianza legítima sustentada en la buena fe objetiva: confianza suscitada por el sentido global de las cláusulas, por el proceso de formación del contrato singular celebrado o el tenor de éste y atendiendo a cualquier otro elemento relevante-; por otra, el objetivo que las partes pretenden conseguir a través del negocio<sup>281</sup>. En cualquier caso, y a pesar de que necesariamente la concretización de la buena fe debe ser realizada por el operador jurídico caso por caso, la remisión que el artículo 16 realiza a la ponderación de los “*valores fundamentais do direito*” implica que la solución no debe atender solamente a las características del caso concreto en la medida en que estos valores fundamentales del derecho corresponden a elementos genéricos en abstracto<sup>282</sup>.

**103.** Como se había apuntado, este criterio general se complementa con una serie de listados de cláusulas que, a modo ejemplificativo, contienen estipulaciones contractuales que violan el principio de la buena fe<sup>283</sup>. En este punto se aparta el legislador portugués de la AGB-Gesetz alemana, caracterizándose por un afán de reglamentación llevado al extremo. Mientras que en la ley alemana, como se ha visto,

<sup>276</sup> Artigo 7: “*As cláusulas especificamente acordadas prevalecem sobre quaisquer cláusulas contratuais gerais, mesmo quando constantes de formulários assinados pelas partes*”.

<sup>277</sup> Artigo 8: “*Consideram-se excluídas dos contratos singulares: a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a uma contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes*”.

<sup>278</sup> El artículo 10 recoge el principio general, según el cual “*as cláusulas contratuais gerais são interpretadas e integradas de harmonia com as regras relativas à interpretação e integração dos negócios jurídicos, mas sempre dentro do contexto de cada contrato singular em que se incluem*”. Por su parte, el artículo 11 regula las cláusulas ambiguas, que tendrán “*o sentido que lhes daria o contratante indeterminado normal que se limitasse a subscrevê-las ou a aceitá-las, quando colocado na posição de aderente real*”, prevalenciando, en caso de duda “*o sentido mais favorável ao aderente*”. Es decir, la regla *contra proferentem*.

<sup>279</sup> J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, DL n. 44/85, de 25 de Outubro, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 4.

<sup>280</sup> Ya antes de la norma algunos autores asentaban un necesario control de contenido de los contratos mediante condiciones generales sobre la buena fe -así como el orden público- (A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 382).

<sup>281</sup> Artigo 16: “*Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em FACE da situação considerada, e, especialmente: a) a confiança suscitada, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis; b) o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado*”.

<sup>282</sup> M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais*, Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de outubro, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 39 – 41; A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 69 y ss. Acerca de la buena fe ver también M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 93 – 94; L. R. LEITE CONVERTI, “Il decreto-legge portoghese n. 446/85...”, op. cit., pp. 98 – 99.

<sup>283</sup> En cualquier caso, y recalando el carácter no cerrado de los catálogos de cláusulas, es posible la aplicación directa del principio de buena fe, pudiendo ser consideradas como ineficaces cláusulas que no figuran expresamente en la lista, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 6. Acerca del catálogo de prohibiciones, ver también A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 75 y ss.

existen dos catálogos de cláusulas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB, en función de la posibilidad de valoración o la declaración de ineficacia de forma de directa de las mismas -aunque todas ellas aplicables de forma exclusiva al consumidor-, los artículos 18, 19, 21 y 22 de la Ley nº 446/85, sobre *cláusulas contratuais gerais* recogen cuatro grupos de normas en función del modo de prohibición y del ámbito subjetivo de aplicación: los artículos 18 y 19 resultan de aplicación a los contratos entre empresarios mientras que los artículos 21 y 22 son específicos para los consumidores<sup>284</sup>. Como decíamos, las disposiciones correspondientes a las relaciones entre “*empresários ou as que exerçam profissões liberais, singulares o colectivos, ou entre uns e outros*” son las contenidas en los artículos 18 y 19 de la Ley, estando dedicado el primero a las cláusulas absolutamente prohibidas<sup>285</sup> y el segundo a las prohibidas de forma relativa<sup>286</sup>.

**104.** Mientras que el hecho de que una cláusula esté recogida dentro del catálogo del artículo 18 provoca, sin más, la ineficacia de la cláusula sin que sea factible la valoración judicial de la misma, para la ineficacia de las cláusulas relativamente prohibidas hay que tener en cuenta el llamado “*quadro negocial padronizado*”<sup>287</sup>. El hecho de que este tipo de cláusulas se someta a valoración judicial está relacionado con el recurso por parte del legislador a determinadas expresiones indeterminadas, carentes de concreción, como “*plazos excesivos*”, “*cláusulas penales desproporcionadas*”, “*hechos insuficientes*”, “*dependen injustificadamente*”, “*compensación adecuada*”, “*graves inconvenientes*”, “*intereses serios*” o “*sin justificación*”<sup>288</sup>. La doctrina ha llamado la atención, en este aspecto, sobre la necesidad de una colaboración prudente de los tribunales en la aplicación de estos conceptos jurídicos indeterminados en los que el texto es “*perigosamente fértil*”<sup>289</sup>. Sin embargo, no parece que, a la vista de la práctica jurisprudencial desde la entrada en vigor de la ley, pueda hablarse fundadamente de un temor a la pérdida de seguridad jurídica<sup>290</sup>.

**105.** Por otra parte, la precisión de las prohibiciones relativas, aún dependiendo de juicios concretos, no debe ser llevada a cabo de manera casuística sino vinculada al tipo de negocio en cuestión y a los elementos que lo caracterizan. Este vendría a ser el concepto de “*quadro negocial padronizado*”, según el cual parece que no hay que tener en cuenta los intereses individuales de las partes contratantes sino los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la especie considerada, es decir, valorar en qué medida la cláusula contractual se adecua a los intereses que normalmente están presentes en el campo de los destinatarios potenciales de la regulación abstracta predispuesta<sup>291</sup>.

<sup>284</sup> Acerca de la explicación histórica de esta característica de la regulación en materia de cláusulas contractuales generales en Portugal, J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., pp. 8 – 9. El autor parte de la inspiración de la AGB-Gesetz, como consolidación legislativa de las soluciones jurisprudenciales alemanas previas y, por tanto, como transposición de las soluciones consensuadas frente a conflictos concretos planteados, sistema casuístico que contrasta con la opción del legislador portugués de detallar los límites específicos del contenido de las cláusulas contractuales generales. Estas previsiones no están dirigidas, así, sólo al órgano judicial sino también a los predisponentes y utilizadores de este tipo de cláusulas, a modo de elemento preventivo frente a estipulaciones ilícitas. Para un estudio más detallado de las cláusulas contenidas en los cuatro catálogos, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., pp. 633 y ss.

<sup>285</sup> A modo de ejemplo, podemos citar aquellas que excluyan o limiten, de modo directo o indirecto, la responsabilidad por daños causados a la vida, integridad moral o física o salud de las personas (artículo 18.a); las que confieran, de modo directo o indirecto, a quien las predispone, la facultad exclusiva de interpretar cualquier cláusula del contrato (artículo 18.e); aquellas que excluyan o limiten el derecho de retención (artículo 18.g) o aquellas que establezcan obligaciones duraderas perpetuas cuyo tiempo de vigencia dependa sólo de la voluntad de quien las predispone (artículo 18.j).

<sup>286</sup> En ellas, podemos encontrar las cláusulas que establezcan, a favor de quien las predispone, plazos excesivos para la aceptación o rechazo de propuestas (artículo 19.a); que consagren cláusulas penales desproporcionadas a los daños a resarcir (artículo 19.c) o aquellas que consagren, a favor de quien las predisponga, la facultad de modificar las prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor verificadas (artículo 19.h). Sobre la comparativa entre la expresión alemana “*con posibilidad de apreciación judicial*” y la mención a las cláusulas “*relativamente prohibidas*”, M. N. PEDROSA MACHADO, “*Sobre cláusulas contratuais gerais...*”, op. cit., pp. 116 – 117.

<sup>287</sup> Artículo 19: “*São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que...*”.

<sup>288</sup> M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46; A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 77.

<sup>289</sup> A. VARELA, “*Abertura do ano*”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 119, 1986–1987, p. 4.

<sup>290</sup> A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 629.

<sup>291</sup> A. DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., pp. 259 y ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit.,

**106.** Para ello, además del tipo de contrato, hay que tener en cuenta otros factores, como son “la naturaleza del bien a prestar, si, mayoritariamente en la compraventa, es nuevo o usado [...], la situación del mercado en el área en que el negocio se integra, la rama económica [...] así como, en las relaciones mercantiles, el estadio de producción o comercialización y la dimensión empresarial”<sup>292</sup>.

En este sentido, el *Supremo Tribunal de Justiça* considera válida una cláusula penal en un contrato de arrendamiento financiero mediante condiciones generales entre empresarios que establecía que, resuelto el contrato, el arrendatario debía pagar una indemnización igual al 20% de la suma de las rentas vencidas y el valor residual. Por el contrario, no ocurre lo mismo con otra cláusula penal que, en acumulación con la anterior y si el bien no era devuelto, permitía al arrendador reclamar por cada mes o fracción de mes de mora una cuantía igual al doble de la renta más alta durante el contrato. La cláusula está prohibida y es, por tanto, nula según el “*quadro negocial padronizado nos termos dos arts. 12 e 19, al. c) do DL n.º 446/85*”<sup>293</sup>. A juicio del Tribunal, también resulta proporcionada conforme al criterio del artículo 19 de la Ley 446/85 en el mismo tipo de contrato, una cláusula penal por la que, en caso de resolución por incumplimiento del arrendatario, éste estará obligado a restituir el equipo al arrendador y a pagar las rentas vencidas y no pagadas así como una suma igual al 20% de las rentas no vencidas y el valor residual<sup>294</sup>. En la ponderación del carácter manifiestamente excesivo de una cláusula penal debe establecerse una relación entre la pena fijada contractualmente y los daños que normal y típicamente resultan del “*quadro negocial padronizado*” del contrato en el que se integra, atendiendo en la valoración al objetivo de tutela de la cláusula, la naturaleza del contrato y las circunstancias en las que fue celebrado, el tiempo de vigencia y los efectos patrimoniales del incumplimiento en la esfera jurídica del acreedor<sup>295</sup>. Aplicando esta doctrina, es nula en virtud del art. 19º, c) Ley 446/85, la cláusula penal en un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial que sanciona la falta puntual de pago por parte de la tienda de la cantidad mensual y/o gastos compartidos –como la promoción del centro comercial– con el pago del doble de las prestaciones mensuales adeudadas por cada día de retraso<sup>296</sup>.

**107.** La justificación para un régimen diferenciado y adaptado que regule las relaciones entre empresarios y profesionales liberales viene dada por la esfera especializada en la que se mueven, con un mayor conocimiento que los consumidores finales así como por el dinamismo que requiere el tráfico jurídico en el que se desenvuelven las actividades empresariales<sup>297</sup>. Para algún autor, la importancia de esta distinción se basa en la posibilidad de aplicar, en las relaciones con consumidores finales, no sólo las prohibiciones de los artículos 21 y 22 sino también las previstas para las relaciones entre empresarios o entidades equiparadas en los artículos 18 y 19. De este modo, se ofrece una protección especial a los intereses del consumidor sin reducir, por otra parte, la fiscalización del contenido de las cláusulas contractuales generales<sup>298</sup>.

**108.** Sin embargo, aunque con esta separación de regímenes se pretende otorgar una tutela más adecuada a cada una de las categorías, la tan elevada precisión legislativa portuguesa puede conllevar cier-

---

p. 630; J. SOUSA RIBEIRO, *Responsabilidade e garantia...*, op. cit., p. 10. Según M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 46, la referencia al “*quadro negocial padronizado*” excluye la simple justicia del caso concreto, próxima a la equidad y generadora de inseguridad, manteniendo el tenor objetivo y controlable de la prohibición. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações...*, pp. 268 – 269, pone como ejemplo un formulario de compraventa de pisos en construcción, ante el que cabe ponderar si el plazo de entrega o la cláusula penal, por ejemplo, son excesivos partiendo de este tipo de venta y no de una venta concreta. Siguiendo esto, el juicio se haría sobre la base del patrón de “*compraventa de pisos en construcción*”.

<sup>292</sup> J. SOUSA RIBEIRO *Responsabilidade e garantia...*, op. cit. p. 11.

<sup>293</sup> STJ Secção Cível, 11/01/2001, Revista n.º 3622/00, 7.ª Secção, Relator: Dionísio Correira.

<sup>294</sup> STJ Secção Cível, 01/02/2001, Revista n.º 3137/00, 7.ª Secção, Relator: Óscar Catrola.

<sup>295</sup> STJ Secção Cível, 17/09/2009, Revista n.º 181/09.8YFLSB, 6.ª Secção, Relator: Silva Salazar.

<sup>296</sup> STJ Secção Cível, 12/05/2011, Revista n.º 1364/05.5TVLSB.L1.S1, 7.ª Secção, Relator: Lázaro Faria. Un contrato de “*instalação de loja*” en un centro comercial es un contrato atípico por el que se arrienda y prepara un espacio en un centro comercial para una tienda.

<sup>297</sup> M. J. ALMEIDA COSTA; A. MENEZES CORDEIRO, *Cláusulas contratuais gerais...*, op. cit., p. 38.

<sup>298</sup> A. PINTO MONTEIRO, “El problema de las condiciones generales...”, op. cit., pp. 90 y ss.; A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito...*, op. cit., p. 632; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 11 ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 268.

tos problemas. Por una parte, como indica algún autor<sup>299</sup>, no se le atribuye la debida relevancia al principio general de buena fe en la medida en que, ante la presencia de una regulación tan al detalle, queda reducido a una mera indicación. Por otra parte, junto a la necesidad de una regla mediante la que se extendieran expresamente las prohibiciones de las relaciones empresariales a los consumidores -dado que a este grupo de adherentes se les considera merecedores de una mayor tutela-, cabe plantearse la pregunta inversa, respecto que sea imposible la aplicación de aquellas prohibiciones que sólo se prevén para los consumidores a los contratos entre empresarios o que, por el contrario, puedan tener algún efecto a modo de indicios<sup>300</sup>. Por último, un listado tan exhaustivo de cláusulas puede ser contrario a los intereses del tráfico jurídico empresarial, caracterizado por la necesidad de flexibilidad en la contratación y al que un excesivo encorsemtamiento a una serie de cláusulas concretas puede impedir, por ejemplo, una adaptación apropiada a través de los usos y la costumbre, a las que tanto se recurre, como hemos visto, en el caso alemán<sup>301</sup>.

### III. La protección al adherente empresario en los textos europeos de Derecho de contratos

**109.** El estudio que hemos hecho de la regulación de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios en distintos países de nuestro entorno tiene que completarse, necesariamente, con una visión panorámica de las soluciones que al respecto han adoptado los diversos textos de Derecho europeo de contratos que han ido surgiendo en los últimos años.

Desde que la denominada “Comisión Lando” redactara en el año 2000 el primer volumen de los *Principles of European Contract Law* con la intención de dar una respuesta a la necesidad de la Unión Europea de contar con una infraestructura de Derecho de contratos<sup>302</sup>, se han ido sucediendo diversas propuestas para llevar a cabo una armonización del Derecho de contratos a nivel europeo. Esta necesidad de integración común es puesta de manifiesto por la Comisión Europea en 2001<sup>303</sup>, publicando en 2003 un *Plan de Acción* para conseguir un Derecho contractual europeo más coherente<sup>304</sup>. A un grupo de investigación ya constituido con anterioridad (el *Study Group*, sucesor de la *Comisión Lando*) se suma entonces una nueva red de expertos denominada *Acquis Group*, a la que se encarga la tarea de armonizar las reglas comunitarias ya existentes para mejorar y simplificar el acervo comunitario. Como resultado de esta investigación se publican los *Principios Acquis* (primera versión, 2007; segunda, 2009), un conjunto de principios y reglas formulados sobre la base del Derecho comunitario europeo existente en materia de contratos, que sirvan como fuente para la elaboración, trasposición e interpretación del Derecho comunitario europeo, como señala su propio artículo 1:101. Ambos grupos de investigación, el *Study Group* y el *Acquis Group*, se unen para seguir avanzando en la elaboración de una legislación europea de contratos y, como producto de su trabajo, surge en 2007 un primer borrador del llamado Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*), un conjunto normativo que contiene principios y reglas modelo de Derecho privado europeo, del que se publica una segunda versión en 2009. De forma paralela, la Academia de Jurisconsultos europeos de Pavía<sup>305</sup>, bajo la coordinación del profesor GANDOLFI, había estado trabajando en otro texto de Derecho europeo, dando lugar al Proyecto de Código Europeo de Contratos que, sin embargo, presenta unas características propias que lo apartan de las propuestas anteriormente citadas. No se trata tanto de un conjunto de principios generales

<sup>299</sup> M. N. PEDROSA MACHADO, “Sobre cláusulas contratuais gerais...”, op. cit., pp. 115 – 116.

<sup>300</sup> Los artículos 21 y 22 de la Ley enumeran las cláusulas que se consideran absolutamente prohibidas y prohibidas según el “*quadro negocial padronizado*”, respectivamente.

<sup>301</sup> Una valoración sobre los listados de cláusulas prohibidas en Portugal también en K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 54 y ss.

<sup>302</sup> L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRIAS; A. MORALES, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 76.

<sup>303</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre Derecho contractual europeo de 11 de julio de 2001 [COM (2001) 398 final].

<sup>304</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Un Derecho contractual europeo más coherente, Plan de Acción, de 12 de febrero de 2003 [COM (2003) 68 final].

<sup>305</sup> Constituida en 1992. Acerca de su composición y método de trabajo, vid. G. GARCÍA CANTERO, *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Madrid, Reus, 2010, pp. 22 y ss.

sino que pretende ser un verdadero Código de los contratos para Europa. Más allá de que formalmente tenga ciertas diferencias con los Principios de Derecho Europeo de Contratos, los Principios Acquis o el Marco Común de Referencia, veremos que, al menos en lo que a nosotros nos concierne, también adopta soluciones que se apartan de las mantenidas por los otros tres textos de Derecho europeo de contratos.

**110.** La formación de un Derecho privado europeo es, por tanto, uno de los desarrollos jurídicos más importantes en los tiempos recientes<sup>306</sup> y, aunque todavía no se ha implantado un texto que armonice la regulación europea en el plano de Derecho de contratos, debemos detenernos a analizar el modo en el que se ha abordado la protección de los empresarios adherentes en los Principios de Derecho europeo de contratos (PECL), el Marco Común de Referencia (DCFR), los Principios de Derecho contractual comunitario (Principios Acquis) y el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía (Proyecto de Pavía), centrándonos en especial en los dos primeros dada su mayor relevancia actual<sup>307</sup>.

**111.** En segundo lugar, es parada obligada la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, presentada por la Comisión Europea en octubre de 2011 (CESL). Se trata de un nuevo texto resultado de esta intención de las autoridades comunitarias de unificar el Derecho privado, que adopta la forma de Reglamento como instrumento no vinculante y que se inspira directamente en el DCFR (y, por tanto, también en los PECL y los Principios Acquis). Aunque su ámbito de aplicación objetivo se reduce al contrato de compraventa y algunos contratos de servicios y no pretende ser una teoría general del contrato, sin duda los contratos entre empresarios –con matices, como veremos– son objeto de su regulación y, en concreto, de tutela en el caso de la contratación mediante cláusulas no negociadas individualmente.

## 1. De los PECL al DCFR, pasando por los Principios *Acquis* y el Proyecto de Pavía

**112.** Los textos de Derecho europeo de contratos van, en su mayoría, en la misma dirección en cuanto a la tutela del empresario adherente. Salvo el Proyecto de Pavía, todos ellos extienden la protección en esta forma de contratación fuera del ámbito de los consumidores e incluyendo a los profesionales como sujetos a tutelar aunque, como veremos, en algunos casos, con matices y distinta intensidad.

<sup>306</sup> Sin perjuicio de la nota a pie siguiente, alguna bibliografía general sobre la unificación del Derecho contractual europeo, R. ILLESCAS ORTIZ, “La unificación europea del derecho de contratos privados”, en I. ARROYO MARTÍNEZ, *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Navarra, Aranzadi, 2007, pp. 453 – 465; S. SÁNCHEZ LORENZO, “La unificación del derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 85 – 118; E. VALPUESTA GASTAMINZA, “El ámbito de regulación del futuro...”, op. cit., pp. 405 418; V. REDING, “Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional”, *InDret*, nº 2, abril 2011, 8 p.

<sup>307</sup> Acerca de los PECL, L. Díez-PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., pp. 75 y ss.; F. MARTÍNEZ SANZ, “Consideraciones introductorias”, en P. BARRES BENLLOCH; J. M. EMBID; F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 5 – 23; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios LANDO”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 151 y ss.

Sobre el Proyecto de Pavía, C. VATTIER; J. M. DE LA CUESTA; J. M. CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Madrid, Dykinson, 2003; G. GARCÍA CANTERO, *Estudios sobre el Proyecto...*, op. cit.

En referencia a los Principios Acquis, RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Munich, Sellier, pp. IX y ss.; R. SCHULZE, “I Principio Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca”, en G. DE CRISTOFARO (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 1 – 21; E. ARROYO AMAYUELAS, “Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 209 y ss.

Acerca del DCFR, F. J. INFANTE RUIZ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de derecho privado europeo”, *InDret*, nº 2, 2008; C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law*, Munich, European Law Publishers, 2008; H. EIDENMÜLLER; F. FAUST; H. CHRISTOPH (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., p. 1461 – 1522; A. VAQUER ALOY, “El Marco Común de Referencia”, en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Registradors de Catalunya; Bosch, 2009, pp. 239 -265; A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012.

**113.** Comienzan los PECL y el DCFR proclamando el principio de libertad contractual y señalando sus límites, que en ambos casos son reflejados de una forma genérica<sup>308</sup>. Según el art. 1:102 PECL, la autonomía de la voluntad está limitada por el respeto a la buena fe<sup>309</sup> y a las normas imperativas dispuestas por los propios principios, a lo que el art. 15:101 añade los principios reconocidos como fundamentales en los derechos de los Estados miembros de la Unión Europea. También las partes estarán sujetas a los usos acordados y los que fueran razonables así como a las prácticas establecidas entre ellas (art. 1:105). De forma parecida, el DCFR reconoce la libertad de las partes para determinar el contenido de los contratos que celebren, sujetos a las normas imperativas, a los principios reconocidos como fundamentales en el ordenamiento de los Estados miembros de la Unión Europea (II-7:301), a la buena fe (I-1:103) y a los usos y costumbres (II-1:104(2)).

En ambos casos, se recoge con una expresión muy abierta la referencia a los principios fundamentales (“*principios reconocidos como fundamentales*” en los Estados) lo que, aunque podría ser criticable, se ha entendido como un intento de dar cabida a las distintas concepciones nacionales<sup>310</sup>. En este sentido, el Proyecto de Pavía es el único en recurrir a los límites que podíamos denominar tradicionales, “*las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público*” (art. 2) que, por ejemplo, aparecen también en nuestro art. 1255 Cc. (ley, orden público y moral) al igual que en otros muchos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, es cierto que si ya existen dificultades para acotar estas ideas en los ordenamientos nacionales, por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, los problemas aumentarían al intentar alcanzar una definición más o menos concreta y común<sup>311</sup>. Por otro lado, es conveniente destacar la mención a los usos como límite a la autonomía de la voluntad, dado el papel relevante de aquéllos en el tráfico jurídico comercial.

**114.** Pero, junto a los límites generales a la autonomía privada, los textos de Derecho europeo regulan los límites específicos en el caso de la contratación mediante condiciones generales. Como ya adelantábamos, hay una tendencia a incluir a los empresarios en el ámbito de aplicación de las normas protectoras de la parte débil.

**115.** La definición de condiciones generales de la contratación no difiere materialmente mucho de la recogida en nuestro art. 1 LCGC. El art. 2:209(3) PECL las define como aquellas cláusulas que han

<sup>308</sup> En C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), *Principles, definitions...*, op. cit., pp. 14 – 15, se resalta la importancia de la libertad contractual en el ámbito de los DCFR y la necesaria justificación de cualquier injerencia en la misma. Respecto de los motivos que podrían justificar restricciones a la libertad de determinar el contenido de un contrato, se señalan “*información asimétrica (sobre los hechos, características de los bienes o servicios, cláusulas del contrato, etc.) y falta de poder de negociación*”. “*Estos problemas son más comunes cuando un consumidor está negociando con un empresario, pero puede también ocurrir en contratos entre empresarios, particularmente cuando uno es un pequeño empresario que carece de experiencia*”.

<sup>309</sup> H. EIDENMÜLLER; F. FAUST; H. CHRISTOPH (et al.), “El marco común de referencia...”, op. cit., pp. 1486 – 1487, 1520, señalan el control mucho más amplio que supone un concepto tan general como el de la buena fe respecto de los tradicionales como la moral o las leyes prohibitivas, lo que, a juicio de los autores, puede abrir camino a una grave merma de la autonomía privada pues la buena fe y los usos negociales no serían ya simples criterios para la interpretación e integración de la norma, sino que el contenido contractual queda subordinado a esos criterios generales (respecto del texto del DCFR presentado como provisional (*interim outline edition* 2008) modificado en su versión definitiva y que, en este aspecto, tenía una redacción similar a la de los PECL). Previamente había llamado la atención J. M. OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo”, en J. M. OSSORIO SERRANO (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, Universidad de Granada, 2005, pp., 28, 31 y 35, acerca de la flexibilización del sistema jurídico comunitario que supone el reconocimiento del principio de buena fe para evitar resultados injustos, si bien reconoce la dificultad de utilizarlo y concretarlo dada su naturaleza de concepto jurídico indeterminado.

<sup>310</sup> P. BARRES BENLLOCH; J. M. EMBID IRUJO; F. MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Madrid, Colegios Notariales de España, 2007, pp. 309 – 310; I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Los principios LANDO...”, op. cit., p. 163; E. BOSCH CAPEVILA, “Comentario a los arts. II.-4:104, II.-4:209, II.-7:301”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, p. 529.

<sup>311</sup> En todo caso, no parece que la diferencia entre los textos sea abismal pues se ha señalado la proximidad del orden público con las normas imperativas, quedando, entonces, sin mención expresa solo la “moral”, concepto que ha querido verse representado en los PECL con la referencia a la buena fe y la lealtad (L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRIAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., p. 147). Acerca de las reglas imperativas en el Proyecto de Pavía, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDEZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido” del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)”, en C. VATTIER; J. M. DE LA CUESTA; J. M. CABALLERO (dirs.), *Código Europeo de Contratos...*, op. cit., 2003, pp. 192 – 193.



sido redactadas de antemano para una pluralidad de contratos de cierta clase, y que no han sido negociadas de manera individual entre las partes. De modo prácticamente idéntico, el art. II.-2:109 DCFR (así como, previamente, había hecho el art. 6:101(3) Principios Acquis) entiende por condiciones generales de la contratación todas aquellas cláusulas que han sido formuladas previamente para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes. Por otro lado, el art. 33.1 Proyecto de Pavía las define como aquellas redactadas por una de las partes para regular uniformemente una pluralidad de relaciones contractuales determinadas. Predisposición y pluralidad de contratos son dos de las notas que estos conceptos comparten con nuestra legislación y lo mismo podría decirse del requisito de la imposición pues, si bien expresamente no se identifica como tal, parece estar implícito en la no negociación de las cláusulas que todos, salvo el Proyecto de Pavía, incluyen en la definición<sup>312</sup>.

**116.** Pues bien, como sabemos, este tipo de cláusulas, debido al recorte de autonomía privada y libertad de la parte adherente que suponen, están sujetas, no solo a los límites generales a la autonomía privada sino a unos controles específicos que, al igual que en el caso de nuestra legislación, se concretan en un control de incorporación y un control de contenido.

### A) Control de incorporación

**117.** En cuanto al primero, el control de inclusión, el art. 2:104 PECL exige que la parte predisponente haya adoptado las medidas suficientes para que la otra parte repare en los términos que no hayan sido objeto de negociación antes de la conclusión del contrato o en el momento de dicha conclusión, sin que la mera referencia en el texto a una cláusula, incluso estando firmado el documento, sea suficiente para considerar que se ha destacado de forma conveniente. También alude a la necesidad de favorecer el conocimiento del adherente de las cláusulas predisuestas no negociadas el art. II.-9:103 DCFR: “[...] solo podrán invocarse frente a la otra parte si esta última fuera consciente de las mismas o si la parte que las dispuso tomó las medidas adecuadas para llamar la atención de la otra parte respecto de las mismas, antes o durante la celebración del contrato” (apartado 1), sin que sea tampoco suficiente una mera referencia a las cláusulas en el documento, con independencia de que éste esté firmado (apartado 3)<sup>313</sup>. Y, en la misma línea, el art. 6:201 Acquis<sup>314</sup>. En los tres casos, por lo tanto, la posibilidad del

<sup>312</sup> A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos...*, op. cit., p. 772; A. GIMÉNEZ COSTA, “Comentario a los arts. II.-1:109”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 121 – 122.

El DCFR (y los Principios Acquis), a diferencia de los PECL (y del Proyecto de Pavía), define de forma independiente al de condición general el concepto de cláusula no negociada individualmente, como aquella cláusula predispuesta por una de las partes en cuyo contenido en particular la otra parte no ha podido influir porque ha sido redactada previamente, sea o no una condición general (art. II.-9:103(1)). El resto del artículo realiza aclaraciones sobre el concepto indicando que si una parte facilita un listado de cláusulas a la otra parte, no se considerará que una cláusula se ha negociado individualmente por el mero hecho de que la otra parte la haya elegido del listado (apartado 2). Respecto de la carga de la prueba en el caso de que una de las partes discuta que la cláusula parte de un clausulado general ha sido negociada individualmente, corre a cargo de ella (apartado 3). En cuanto a los Principios Acquis, el art. 6:101 incluye una definición similar de cláusula no negociada individualmente o predispuesta a la de del DCFR salvo por el matiz de que el hecho de ser parte de un contrato de adhesión refuerza el carácter no negociado de la cláusula (“*en particular como parte de un contrato de adhesión*”).

Esta diferenciación expresa, que en los PECL o en nuestra legislación nacional solo aparece referida de forma indirecta, pretende dejar claro que, si bien todas las condiciones generales son cláusulas no negociadas individualmente, no tiene por qué ocurrir al revés pues puede existir una cláusula que no se haya negociado de forma individual y que no esté, sin embargo, incluida en condiciones generales sino que se haya previsto para un contrato en particular (aunque lo primero será lo habitual en la práctica) (A. Giménez Costa, “Comentario al art. II.-1:110...”, op. cit., pp. 126 – 127).

<sup>313</sup> Se añade un mención especial para el caso de contratos celebrados por medios electrónicos (que esté disponible la cláusula “en forma textual”, apartado 2).

<sup>314</sup> “(1) Las cláusulas contractuales que no han sido negociadas individualmente vinculan a la parte que las ignoraba sólo si quien las utiliza toma medidas adecuadas para que la otra parte tome conocimiento de las mismas antes o en el momento de la conclusión del contrato. (2) No es suficiente para hacer tomar conocimiento de las cláusulas una mera referencia a las mismas en un documento contractual, ni siquiera aunque la parte firme este documento. (3) Si el contrato debe concluirse electrónicamente, las cláusulas contractuales no vinculan a la otra parte si quien las utiliza no las proporciona en la forma de texto”. En el apartado cuarto, especifica una regla de incorporación para los contratos con consumidores, según la cual estos no quedarán vinculados por las cláusulas que no han tenido oportunidad real de conocer antes de la conclusión del contrato. Parece, por tanto, que la regla es más estricta porque exige la oportunidad real de conocer las cláusulas que, entendemos,

adherente de conocer las cláusulas no negociadas es el elemento central del control de incorporación, teniendo que estar a la buena fe y a lo razonable en la valoración de la suficiencia o adecuación del comportamiento desplegado por el predisponente.

**118.** Sin embargo, y mientras que los PECL limitan la regulación del control de incorporación a este deber de advertencia, el art. II.-9:402 DCFR, de forma parecida a nuestra legislación nacional, añade otro deber: uno de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente. Así, el predisponente debe redactar y comunicar estas cláusulas “*en un lenguaje sencillo e inteligible*”<sup>315</sup>. Hay que resaltar, no obstante, que si bien en contratos entre empresarios y consumidores el incumplimiento de este deber de transparencia puede conllevar incluso la nulidad por abusividad de la cláusula (apartado 2), en el resto de contratos –entre ellos, los contratos entre empresarios–, la sanción que conlleva es solo la aplicación de la regla *contra proferentem* pero no la abusividad ni la inoponibilidad (pena que acarrea la falta del requisito de puesta en conocimiento del contenido contractual)<sup>316</sup>. Eso sí, la falta de transparencia será un indicio de abusividad para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, al ser éste uno de los criterios recogidos entre los factores a tener en cuenta (art. II.-9:407).

**119.** El texto que se aparta de este esquema de control de incorporación es el Proyecto de Pavía. Aunque el control gira en torno al mismo criterio de cognoscibilidad que en el resto de textos, su redacción es distinta pues se centra en que el adherente haya conocido o pudiera haber conocido las cláusulas si hubiera desplegado una “diligencia ordinaria” –entendemos, de la redacción, que la diligencia se le exige al adherente-. A esto se une el art. 30, cuyo contenido no está muy claro si representa un control de incorporación o, por el contrario, material. El art. 30 contiene una lista de cláusulas que podríamos denominar, en principio, “negras”, en el sentido de que no es susceptible de valoración su nulidad sino que, en todo caso, carecen de efectos. Se trata de aquellas cláusulas que establezcan a favor del predisponente limitaciones de la responsabilidad, la facultad de desistir del contrato o la facultad de suspender su cumplimiento, cláusulas que establezcan en perjuicio del adherente plazos de caducidad, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en sus relaciones con terceros, la prórroga o tácita reconducción del contrato así como cláusulas compromisorias o derogaciones convencionales de las normas sobre determinación de la competencia de los Tribunales. Sin embargo, lo que pudiera parecer un control de contenido a base de un listado, en este caso, exhaustivo, se convierte en un control de incorporación cuando el texto del artículo señala que estas cláusulas carecerán de efectos “*a menos que sean expresamente ratificadas por escrito*”. Es decir, que si son expresamente aceptadas, se entiende que el adherente las ha podido conocer. Es curiosa esta solución por el tipo de cláusulas a las que se refiere y, sobre todo, porque en la contratación mediante condiciones generales parece bastante claro que el conocimiento y aceptación de una cláusula impuesta no garantiza nada, precisamente por el carácter impuesto del contenido.

**120.** Por último, debe anotarse una cuestión vinculada con el control formal de la que se ocupan los PECL y el DCFR y que tiene interés para nosotros porque se da especialmente en el ámbito de los contratos mediante condiciones generales entre profesionales. Es el caso de la incompatibilidad entre condiciones generales. Es común que en los contratos entre empresarios, en especial si tienen una cierta dimensión las empresas, ambas partes utilicen sus propias cláusulas generales de tal forma que cada una acepta la declaración de voluntad de la otra pero a través de sus propios formularios, que pueden ser incompatibles. Surge en ese momento lo que se ha denominado “batallas de formularios”, es decir,

---

supone un plus respecto de, “simplemente”, tomar las medidas adecuadas (aquellos supuestos en los que, aun siendo diligente el profesional, el consumidor no tendría acceso a las cláusulas). T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101 – 6:306”, en RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract I, Munich, Sellier, pp. 224, 226.

<sup>315</sup> También el art. 6:302 Acquis exige que las cláusulas no negociadas individualmente sean redactadas y dadas a conocer en un lenguaje sencillo e inteligible.

<sup>316</sup> M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los arts. II.-9:101, II.-9:102, II.-9:103, II.-9:402”, en A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA; M. P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 646 – 647.

se plantea el problema de determinar si existe el contrato y, en ese caso, qué condiciones generales son las que rigen el mismo. Los arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR intentan dar solución a este dilema concluyendo que si las partes han llegado a un acuerdo, existe contrato aunque la oferta y su aceptación se refieran a condiciones generales incompatibles, formando parte del contrato en la medida en que coincida “*en su contenido esencial*” (PECL) o “*en lo fundamental*” (DCFR)<sup>317</sup>. Es decir, las condiciones generales que sean compatibles entre sí formarán parte del contrato mientras que las que no lo sean, se “*anulan*” mutuamente<sup>318</sup>.

## B) Control de contenido

**121.** Como sabemos, una cláusula no negociada que se incorpora al contrato tras haber superado este primer control de cognoscibilidad -al que se suma, en algunos casos, el de transparencia-, puede ser declarada nula si es abusiva<sup>319</sup>. Así lo determina el art. 4:110 PECL y los arts. II.-9:403, II.-9:405 y II.-9:405 DCFR, así como los arts. 6:301, 6:304 y 6:305 Acquis y el art. 30 Proyecto de Pavía, encargados de regular el denominado control de contenido, aunque, como veremos, con matices en cuanto al alcance, estructura y criterios.

**122.** Los PECL recogen la cláusula general de la Directiva de 1993 en similares términos: “*una cláusula que no se haya negociado de manera individual y que cause, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de la buena fe*<sup>320</sup>, *un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato, puede anularse por la parte afectada, atendidas la naturaleza de la prestación debida, los demás términos del contrato y las circunstancias del momento en que se celebró el mismo*”. Como se puede observar, la parte protegida por este control es el adherente en general, tanto si es consumidor como si es empresario. El DCFR, sin embargo, aborda estas reglas de forma diferente pues, si bien protege a consumidores y no consumidores, no lo hace desde un control único sino diferenciando los criterios a aplicar para determinar la abusividad en función de si el contrato está celebrado entre un empresario y un consumidor, dos no empresarios o dos empresarios. Mientras que una cláusula no negociada será abusiva en un contrato entre un empresario y un consumidor “*si ha sido predispuesta por el empresario y causa, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos, un perjuicio significativo al consumidor*” (art. II.-9:403), la redacción de la cláusula general de abusividad en el caso de contratos entre empresarios varía hasta ser la siguiente: “*una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva, a los efectos de esta sección, solo si forma parte de cláusulas estándar predispuestas por una de las mismas y resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos*” (art. II.-9:405). En ambos casos, serán factores a tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas el deber de transparencia, la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes durante la celebración del contrato así como el resto de cláusulas del contrato o de otro del que dependa (art. II.-9:407).

<sup>317</sup> Ello salvo que alguna de las partes hubiera indicado de manera previa, explícita y no por medio de condiciones generales que no se considerará obligada en esta situación o bien se lo comunique con posterioridad a la otra parte sin demora (párrafo 2º, arts. 2:209 PECL y II.-4:209 DCFR).

<sup>318</sup> L. DIEZ-PICAZO; E. ROCA TRÍAS; A. M. MORALES, *Los principios del derecho...*, op. cit., pp. 192-194; E. BOSCH CAPDEVILA, “Comentario al art. II.-4:209...”, op. cit., pp. 326 y ss.

<sup>319</sup> Salvo que se trate de una cláusula que concrete el objeto principal del contrato o la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte, si se ha observado el deber de transparencia (“*redactada de manera clara y comprensible*” en los PECL, “*redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible*”, en el DCFR y los Acquis), arts. 4:110 PECL, II.-9:406 DCFR y 6:303(2) Acquis.

<sup>320</sup> En la versión al castellano aparece una referencia a la buena fe aunque en la versión en inglés se habla de buena fe y lealtad, “*good faith and fair dealing*”. A juicio de K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 94, si bien durante todo el texto la buena fe y la lealtad aparecen juntos como criterios -lo que posiblemente haya motivado que así lo hagan también en el art. 4:110-, el límite es solo la buena fe en el caso del control de contenido de las cláusulas no negociadas pues, mientras que este concepto se ve aquí desde el punto de vista objetivo, la lealtad tiene un marcado carácter subjetivo, relacionado con el comportamiento que cada parte tiene que tener con la otra.

El parámetro de la “buena práctica comercial” para valorar la abusividad de las cláusulas en contratos entre empresarios ya había sido incorporado por los Principios Acquis a través de su art. 6:301<sup>321</sup>. Aunque en un primer párrafo habla de partes contratantes en general, sin restringir por tanto la protección a los consumidores, el párrafo segundo del precepto introduce una regla específica para las relaciones entre profesionales: “una cláusula no negociada individualmente en un contrato entre profesionales se considera abusiva cuando su utilización implica un apartamiento notorio de la buena práctica comercial”. No creemos, sin embargo, que esto excluya las relaciones entre empresarios del ámbito de aplicación de la cláusula general de la buena fe –donde no distingue el propio texto no tenemos por qué hacerlo nosotros– sino que para apreciar si una cláusula es abusiva o no habrá que estar a la buena praxis comercial, interpretada de forma conjunta con la buena fe<sup>322</sup>.

**123.** De nuevo, totalmente alejado de estos tres textos, en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido, se encuentra el Proyecto de Pavía, siendo el único que no incluye a los empresarios como sujetos a tutelar frente a las cláusulas no negociadas individualmente. El art. 30 es muy claro al limitar a los contratos entre profesionales y consumidores la posibilidad de que una cláusula se considere abusiva<sup>323</sup>. Aunque el precepto encargado de regular las condiciones generales del contrato, el art. 33, alude a la posibilidad de que éstas puedan ser inoponibles al adherente por reputarse abusivas –sin restricción alguna, por tanto, también al adherente empresario–, no añade nada ya que la abusividad debe resultar de la aplicación de “las disposiciones de este Código o conforme a las disposiciones comunitarias o nacionales”. No habiendo un control de abusividad para contratos entre empresarios en el Proyecto de Pavía ni en las disposiciones comunitarias –al menos, en general, sin referencia a operaciones concretas–, habría que estar a lo regulado en cada uno de los ordenamientos nacionales<sup>324</sup>.

**124.** Como sabemos, el control de contenido comprende en algunos ordenamientos jurídicos, además de una cláusula general como núcleo, una lista de cláusulas abusivas, bien a modo de ejemplo, bien exhaustiva. No es el caso de los PECL, cuya regulación del control material de las cláusulas no negociadas individualmente se agota en la cláusula general de abusividad sin incluir ninguna lista de ejemplos concretos (tampoco el Proyecto de Pavía). Sí que los incluyen, por el contrario, tanto los Principios Acquis como el DCFR, aunque solo referidos a los contratos entre un empresario y un consumidor, con lo que no serían de aplicación a la contratación que nos ocupa en estas líneas, tal y como ocurre en nuestra normativa nacional<sup>325</sup>.

<sup>321</sup> El art. 6:301 Principios Acquis regula el control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente recurriendo a una cláusula general según la que serán abusivas si perjudican a la otra parte de manera contraria a las exigencias de la buena fe, creando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que nacen del contrato, teniendo en consideración la naturaleza de los bienes o servicios que deben ser suministrados en virtud del contrato, las circunstancias que han rodeado su conclusión, otras cláusulas del mismo o cualquier otro contrato del que dependa.

Se ha señalado su procedencia del control de contenido que introduce la Directiva 2000/35/CE, de 29 de junio, de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (art. 3.3), T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 234; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario al art. II.-9:405...”, op. cit., p. 663.

<sup>322</sup> No parece tan claro que esto sea así para T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., p. 238, quienes señalan que en los contratos entre empresarios el estándar a aplicar es distinto: a una cláusula que fuera contraria a la buena fe en un contrato con consumidores, solo le sería de aplicación el 6:301(2) si, bajo el estándar de la buena práctica comercial, es manifiestamente abusivo.

<sup>323</sup> Art. 30.5: “En los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, salvo lo previsto por las normas comunitarias, las cláusulas que no hayan sido objeto de discusión entre las partes carecerán de efectos si dan lugar a un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes derivado del contrato en perjuicio del consumidor, incluso si el profesional está de buena fe”.

<sup>324</sup> Incluso respecto al régimen general de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en los propios contratos con consumidores, se ha entendido que puede suponer un retroceso en la seguridad jurídica y el nivel de protección comparado con nuestro régimen jurídico nacional (véase C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 197 – 202, en especial, pp. 200 – 202).

<sup>325</sup> El art. 6:304 Acquis habla de una “muestra no exhaustiva de cláusulas que son abusivas en contratos entre un profesional y un consumidor, si no han sido negociadas individualmente”, aunque luego solo enumera una, las cláusulas que otorgan jurisdicción exclusiva para la resolución de todos los conflictos que surjan del contrato a los tribunales del domicilio del profesional. Esta cláusula se ha recogido también en el art. II.-9:409 DCFR, aunque ya no como parte de una lista: “una cláusula que figure en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor es abusiva, a los efectos de esta sección,

**125.** Pues bien, de lo hasta aquí expuesto se puede concluir que, con excepción del Proyecto de Pavía, los empresarios adherentes en contratos mediante condiciones generales sí que ven protegida su posición en los textos de Derecho europeo, tanto mediante un control de incorporación (posibilidad de conocimiento a lo que, en el caso del DCFR y Principios Acquis, se unen ciertos requisitos de redacción<sup>326</sup>), como a través de un control de contenido articulado en una cláusula general. Es cierto que el proyecto más favorecedor es el de los PECL puesto que habla de “partes” en general y no introduce apenas diferencias entre que esa parte débil sea un consumidor o sea un profesional<sup>327</sup>. El DCFR (y, antes, los Principios Acquis), por el contrario y a pesar de otorgar también protección a aquellos empresarios que ven limitada su autonomía contractual, sí que distingue en las reglas a aplicar en numerosos momentos a lo largo del texto. Así, la abusividad por falta de transparencia, la cláusula negra de competencia exclusiva y el listado orientativo de cláusulas que se presumen abusivas, quedan limitados a los contratos con consumidores, del mismo modo que el control de contenido al que debe sujetarse una cláusula no negociada en un contrato entre empresarios se guía por criterios diferentes. Efectivamente, ya hemos visto que la fórmula para articular el control no se queda en la contrariedad a la buena fe y honradez de tratos en general sino que exige que la cláusula se aparte manifiestamente de las buenas prácticas comerciales (lo que a nuestro juicio, sin embargo, no tiene por qué implicar un control más restrictivo sino simplemente unas pautas para adecuar el control al tipo de contratos).

Pero el DCFR sí es más restrictivo en otro aspecto de base: cuando la contratación es en entre empresarios, no están sujetas a control todas las cláusulas no negociadas individualmente –esto es, tanto las destinadas a su incorporación a una pluralidad de contratos como a un contrato en particular- sino solo las cláusulas estándar predispuestas. Por el contrario, los PECL (y, en este caso, también los Principios Acquis) no hacen distinción en este sentido refiriéndose a toda cláusula que no se haya negociado de manera individual. El único punto en el que podríamos decir que la divergencia entre PECL y DCFR juega a favor del empresario adherente en el segundo texto, es en cuanto a los criterios a tener en consideración para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas, pues el DCFR es el único que hace referencia al incumplimiento del deber de transparencia, aunque sea como mero indicio de abusividad.

**126.** Más allá de la regulación de los contratos mediante condiciones generales, otro aspecto en el que el DCFR no es tan protector como los PECL respecto del empresario parte en un contrato, es en cuanto al tratamiento de las declaraciones hechas por terceros y no incorporadas al negocio jurídico. Mientras el art. 6:101 PECL entiende que las declaraciones realizadas por una de las partes antes o durante la conclusión del contrato y las informaciones incluidas en la publicidad del proveedor o en publicidad de terceros, con ciertos requisitos, se entienden incluidas como contenido del contrato con independencia de la naturaleza de los contratantes y por concreción del principio general de la buena fe, no ocurre lo mismo en el DCFR. En este texto, ciertos aspectos se consideran una cuestión de protección

---

*cuando, habiendo sido predispuesta por el empresario, confiere la competencia exclusiva para todos los conflictos que deriven del contrato al tribunal del domicilio del empresario, salvo que coincida con el del lugar donde el consumidor tiene su domicilio”. A esta cláusula “negra” (en todo caso, sin necesidad de valoración, será abusiva), se une el amplio listado de los arts. 6:305 Acquis y II.-9:410 DCFR, de cláusulas que presumiblemente son abusivas (“lista gris”), también en contratos entre un empresario y un consumidor, de manera semejante a la Directiva de 1993 (a modo de ejemplo, cláusulas que excluyen o limitan responsabilidad del empresario en caso de muerte o daños físicos causados al consumidor debido a una acción u omisión del mencionado empresario, cláusulas que impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta, cláusulas que autoricen al empresario a modificar unilateralmente los términos del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo o cláusulas que obliguen al consumidor a cumplir con todas sus obligaciones aun cuando el empresario no hubiera cumplido con las suyas). Respecto de estos listados de cláusulas, T. PFEIFFER; M. EBERS, “Comments to article 6:101...”, op. cit., pp. 246 y ss.; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los arts. II.-9:409 y II.-9:410...”, op. cit., pp. 685 – 694; M. MELI, “Trasparenza e vessatorietà delle clausole nei contratti per adesione”, en G. DE CRISTOFARO (dir.), *I Principi del Diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 467 y ss.*

<sup>326</sup> Como hemos visto, el Proyecto de Pavía sí que contempla un control de incorporación pero de peculiares características.

<sup>327</sup> Como señala K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit. 90, los PECL parten de una concepción amplia del contrato sin distinguir entre contratos civiles y comerciales y en la que el destinatario puede ser cualquiera. También aludiendo al “*afán omnicompreensivo de todo el Derecho contractual privado*” de los PECL, E. VALPUESTA GASTAMINZA, “El ámbito de regulación del futuro...”, op. cit., pp. 407 – 408.

del consumidor, pues si bien las declaraciones hechas por las partes o la publicidad o marketing realizada por un empresario sí que deben considerarse como una cláusula contractual, no ocurre lo mismo con las declaraciones públicas del productor u otros sujetos de la cadena de comercialización, que solo se consideran realizadas por el empresario que contrata si la otra parte es un consumidor<sup>328</sup>.

127. Por último, y también fuera de la regulación especial para las condiciones generales, hay que añadir la regla contenida en el art. 4:109 PECL que contempla la posibilidad de anular o adaptar un contrato –en general, sin hacer distinción en función de la naturaleza de los contratantes– en el caso de beneficio excesivo o ventaja injusta. De este modo, un contratante puede anular el negocio jurídico si se dan determinadas circunstancias en los sujetos participantes. Por una parte, y respecto del contratante perjudicado, es necesario que dependiera de la otra parte, tuviera una relación de confianza con ella, se encontrara en dificultades económicas o con otras necesidades urgentes, no tuviera capacidad de previsión o fuera ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora. En cuanto a la parte contratante que abusa, se requiere que fuera o debiera haber sido conocedora de tal situación y que, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechara de ello de manera claramente injusta o hubiera obtenido así un beneficio excesivo. En lugar de declarar la nulidad, también puede solicitarse al juez o tribunal la adaptación del contrato al contenido que hubiera sido ajustado al principio de buena fe contractual. Una figura similar la encontramos en el Proyecto de Pavía, cuyo art. 30.2 entiende como rescindible *“todo contrato en virtud del cual una de las partes, abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero”*<sup>329</sup>. Lo más próximo que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico nacional a una solución así es la Ley de Usura de 1908 según la que pueden ser declarados nulos contratos de préstamo si concurren similares condiciones, *grosso modo*, en el prestamista y el prestatario. Fuera de esta norma, limitada a un tipo de contrato concreto, solo se prevé esta posibilidad en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, cuyo art. 1301 reza en los siguientes términos: *“una de las partes puede anular el contrato que, en el momento de su celebración, otorga a la otra parte una ventaja excesiva si, teniendo en cuenta la naturaleza y fin de aquél, resulta que sea aprovechado injustamente de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, o de su ignorancia, de su inexperiencia o falta de previsión. A petición de la parte perjudicada, puede el Juez introducir en el contrato aquellas modificaciones que sean necesarias para adaptarlo a las exigencias de la buena fe y lo que sea usual en el tráfico jurídico”*.

La ratio del artículo es la declaración de nulidad o adaptación del contrato en caso de situación de abuso, lo que no estaría muy alejado del fin último que subyace detrás de los controles en la contratación mediante condiciones generales. Entendemos, no obstante, que obtener la nulidad del contrato o, mejor - por ser una solución menos agresiva y más próxima a la nulidad de cláusulas concretas por ser abusivas- , la adaptación del contenido del contrato por aplicación de esta figura, sería más difícil que a través del juicio de abusividad de las condiciones generales de la contratación.

## 2. La Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea

128. El 11 de octubre de 2011 se presenta la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, con la intención también de

<sup>328</sup> El argumento que se da en los comentarios al DCFR para esta exclusión es que en los contratos entre profesionales lo razonable es pensar que el comprador profesional de los bienes o servicios que desea confiar en las declaraciones preguntará al proveedor si acepta la responsabilidad por las declaraciones hechas por esos terceros (C. VON BAR; E. CLIVE; H. SCHULTE-NÖLKE (ed.), Art. II.-9:102, *Principles, definitions and model rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2013, p. 613; M. A. BLANDINO GARRIDO, “Comentario a los art. II.-9:102...”, op. cit., p. 585).

<sup>329</sup> Acerca de la figura de la lesión en el Proyecto de Pavía, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Notas sobre las “condiciones relativas al contenido”...”, op. cit., pp. 195 – 196.

promover el comercio transfronterizo en el mercado interior y eliminar los obstáculos, desincentivos y costes que implican las diferencias de regulación del Derecho contractual entre los Estados miembros<sup>330</sup>. Aunque referido solo a tres tipos de contratos –contratos de compraventa y afines, contratos de suministro de contenidos digitales y contratos de prestación de servicios relacionados con los anteriores–, conviene tener en cuenta determinados aspectos de su regulación que se centran en la contratación entre empresarios. Y es que su ámbito subjetivo de aplicación, como se desprende del art. 7 del Reglamento, no solo abarca los contratos con consumidores sino también los contratos entre empresarios en los que al menos una de las partes sea una pequeña o mediana empresa, “PYME”, entendiendo por tal a aquellas que emplean a menos de doscientas cincuenta personas y no superan una determinada cifra de volumen de negocios o balance anual<sup>331</sup>.

**129.** El ámbito subjetivo de aplicación de la Propuesta ha sido objeto de controversia. Aunque este régimen europeo parece pensado para proporcionar seguridad jurídica a aquellos que no tienen los suficientes recursos como para costearse servicios jurídicos –consumidores y PYMES, a diferencia de las grandes empresas–<sup>332</sup>, hay quien opina que podía ser también de utilidad a las grandes empresas, dado el volumen de operaciones que generan a nivel europeo y lo complejo de la aplicación del criterio de delimitación del ámbito subjetivo. De hecho, el propio Reglamento parece apoyar esta idea permitiendo que los Estados miembros puedan decidir aceptar el uso de la normativa común de compraventa europea también para los contratos en los que todas las partes sean comerciantes no PYME (art. 13.b))<sup>333</sup>. Por el contrario, la incorporación, incluso de los pequeños y medianos empresarios dentro del ámbito de la propuesta de normativa ha sido considerada como un desacierto por parte de otros autores, que entienden que sería aconsejable que se aplicase este instrumento opcional exclusivamente a los contratos con consumidores<sup>334</sup>.

<sup>330</sup> Acerca de la elaboración de la propuesta, *vide* F. GÓMEZ POMAR; M. GILI SALDAÑA, “El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos”, *InDret*, nº 1, 2012; F. SCIAUDONE, “Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law: a lawyer’s viewpoint”, Directorate General for internal policies, Policy Department C: Citizens’ rights and constitutional affairs, PE 462.472, octubre 2012, <http://www.europarl.europa.eu/studies>; B. FAUVARQUE-COSSON, “Hacia un Derecho común europeo de la compraventa”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, pp. 41 y ss.

<sup>331</sup> Art. 7.2: “A efectos del presente Reglamento, una PYME es un comerciante que a) emplea a menos de doscientas cincuenta personas; y b) tiene un volumen de negocios anual no superior a 50 millones EUR o un balance anual no superior a 43 millones EUR, o, para las PYME que tengan su residencia habitual en un Estado miembro cuya moneda no sea el euro o en un tercer país, las cantidades equivalentes en la moneda de ese Estado miembro o ese tercer país”.

<sup>332</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, “Hacia un Derecho común europeo...”, *op. cit.*, p. 48.

<sup>333</sup> Se ha puesto de manifiesto que la simplificación que supone el instrumento opcional puede ser un atractivo para que se elija por las empresas como un modelo de contrato “neutro”, MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final”, *RabelsZ*, nº 2, 2011, pp. 414 – 415. Para F. GÓMEZ POMAR; M. GILI SALDAÑA, “El futuro instrumento opcional...”, *op. cit.*, pp. 12 – 13, es poco justificable la limitación del ámbito a las PYME teniendo en cuenta que el 60% de las operaciones comerciales europeas proviene de las grandes empresas, siendo deseable que todos los Estados miembros hicieran uso de la facultad del art. 13.b) que permite incluir a todas las empresas. En cierto sentido, del mismo modo piensan R. ILLESCAS ORTIZ; P. PERALES VISCASILLAS, “El Reglamento Opcional...”, *op. cit.*, p. 12. Aunque, como veremos, estos autores son de la opinión de que el instrumento opcional debería centrarse en la contratación con consumidores, consideran que, si finalmente se opta por incluir las relaciones entre empresarios dentro del ámbito de aplicación de la propuesta, debería hacerse en general, es decir, abarcando a todos los empresarios y no solo a las PYME, y más teniendo en cuenta que los criterios que se utilizan para delimitar a las PYME son un tanto confusos y difíciles de aplicar. Cuestionando asimismo la restricción del ámbito de aplicación del instrumento opcional a las PYMES, M. EBERS, El control de las cláusulas abusivas en un futuro instrumento opcional, *InDret*, nº 1, enero 2012, p. 29.

<sup>334</sup> H. SCHULTE-NÖLKE, “El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, p. 64; C. TWIGG-FLESNER, “La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea”, en S. CÁMARA LAPUENTE (dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Navarra, Civitas, 2012, p. 104.

R. ILLESCAS ORTIZ; P. PERALES VISCASILLAS, “El Reglamento Opcional...”, *op. cit.*, p. 11, no ven en las diferencias en materia de derecho contractual europeo un grave obstáculo al comercio transfronterizo pues en la práctica una buena parte de los empresarios recurren a formularios de condiciones generales ya elaborados por instituciones de los diferentes sectores, lo que implica una cierta garantía de equilibrio. Dicha ausencia de necesidad de intervención legislativa en este área, hace que

**130.** En líneas generales, este texto de Derecho europeo sigue los pasos de los anteriores. Junto con los límites genéricos a la libertad de contratación (el artículo 1 promulga la libertad de las partes de celebrar un contrato así como de determinar su contenido, libertad tan solo limitada por las normas imperativas a lo que se suma el deber de actuar conforme a las exigencias de la buena fe contractual (art. 2) y el cooperación (art. 3)), se introducen determinados requisitos para la validez de las cláusulas no negociadas individualmente –no tienen que ser condiciones generales- que afectan, aunque de diferente manera, tanto a los contratos con consumidores como a los contratos entre empresarios.

**131.** La definición de condiciones generales de la contratación coincide con la de los PECL, Acquis y DCFR (y nuestro art. 1 LCGC), siendo sus rasgos, asimismo, la predisposición, la pluralidad de contratos como destino y la ausencia de negociación individual (art. 2 Reglamento, “Definiciones”<sup>335</sup>). Ausencia de negociación individual que, según el art. 7 de la propuesta de normativa común, se produce cuando la cláusula ha sido impuesta por una de las partes y la otra no ha podido influir en su contenido<sup>336</sup>. También para estas cláusulas se prevén controles específicos, de incorporación y de contenido, con los matices que veremos a continuación<sup>337</sup>.

**132.** El elemento del control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente que es de aplicación a todos los contratos en general y, por tanto, también a contratos concluidos entre empresarios, se encuentra en el Capítulo 7, con rúbrica “*Contenido y efectos*” y fuera, por consiguiente, del capítulo dedicado a las cláusulas contractuales abusivas (Capítulo 8). El art. 70 de la propuesta de normativa común recoge el deber de llamar la atención sobre este tipo de cláusulas, de tal forma que “*las cláusulas contractuales impuestas por una de las partes y no negociadas individualmente a tenor del artículo 7 podrán ser invocadas contra la otra parte solo si ésta tuvo conocimiento de ellas, o si la parte que las impuso adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración*”. Este deber no excluible ni modificable por las partes, es un deber general ya que se exige con independencia de la condición de consumidor o no del adherente<sup>338</sup>. A este requisito de cognoscibilidad, sin embargo, no se le suma uno de transparencia, que queda relegado a los contratos con consumidores, para los que sí que se exige la redacción en un lenguaje sencillo y comprensible, tal y como se desprende del art. 82<sup>339</sup>.

**133.** La sanción general que conlleva la declaración de abusividad de cláusulas incorporadas por un contratante es la no vinculación para la parte adherente, tal y como dispone el art. 79 de la propuesta. Y esto es así tanto para contratos con consumidores como para contratos entre empresarios. Sin embar-

---

estos autores encuentren preferible una propuesta centrada en los consumidores en exclusiva, más cuando el contenido del CESL resulta a su juicio excesivamente proteccionista. A esto se suma el hecho de que el texto europeo propuesto se solapa sustancialmente con el ámbito de aplicación de la Convención de Viena, lo que hace cuestionarse su utilidad (pp. 10 – 11). Señalando también la coincidencia entre el CESL y la Convención de Viena, F. SCIAUDONE, “Proposal for a Regulation...”, op. cit., pp. 9 – 10. No augura el artículo una gran influencia del CESL, al menos en transacciones entre empresarios, a la vista de esta duplicidad y la propia experiencia con la Convención de Viena –de escasa aplicación- pues los empresarios preferirán aplicar instrumentos jurídicos con los que estén ya familiarizados y en los que hayan invertido, probablemente, tiempo y dinero.

<sup>335</sup> Se definen las condiciones generales de la contratación como “*cláusulas que han sido previamente formuladas para varias transacciones con diferentes partes y que no han sido negociadas individualmente por las partes a tenor del artículo 7 de la normativa común de compraventa europea*”.

<sup>336</sup> De forma casi exacta que el DCFR, apunta que no se considera que una cláusula se ha negociado individualmente por el hecho de que una parte la haya elegido dentro de un listado que la otra le ha impuesto. La carga de la prueba de la negociación individual recae también sobre el que lo alegue (el comerciante, en el caso de un contrato entre empresario y consumidor).

<sup>337</sup> Acerca del control de las cláusulas no negociadas individualmente en los contratos entre comerciantes en el CESL, véase M. EBERS, “El control de las cláusulas abusivas...”, op. cit., pp. 29 – 37.

<sup>338</sup> Sin perjuicio de que en el caso de que el adherente sea un consumidor se especifique que la mera referencia en el texto del contrato no bastará para considerar que se han adoptado medidas suficientes para que el consumidor tenga conocimiento de las cláusulas contractuales aun cuando el consumidor haya suscrito el documento.

<sup>339</sup> Aunque estrictamente no es un control de incorporación, debe anotarse que también el CESL dedica un artículo, el 39, a regular el ya mencionado supuesto de incompatibilidad de condiciones generales de contratación, supuesto que, como dijimos, tiene su ámbito de aplicación mayoritario precisamente en los contratos mercantiles. Resuelve el conflicto de modo análogo a los PECL y el DCFR, esto es, entendiendo celebrado el contrato si hay acuerdo y formando parte del mismo las condiciones generales que coincidan en lo fundamental.



go, mientras que la regulación de las cláusulas abusivas en los primeros sigue el esquema tradicional de control de incorporación –añadiendo un deber de transparencia al de cognoscibilidad- y control de contenido, basado en una cláusula general (art. 83) a la que complementan dos listas de cláusulas, una negra (art. 84) y otra gris (art. 85), la ordenación prevista para las cláusulas abusivas en contratos entre empresarios se contempla en un solo precepto, el art. 86. Sin hacer alusión, como habíamos anticipado, a ningún deber de transparencia –por oposición a los contratos con consumidores-, el art. 86 dota de contenido al término “abusivo” en este tipo de contratos. De este modo, señala que una cláusula será abusiva en un contrato celebrado entre comerciantes solo si: “a) forma parte de cláusulas no negociadas individualmente a tenor del artículo 7; y b) resulta de tal naturaleza que su aplicación se aparta manifiestamente de las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe contractual”. Aporta este precepto una serie de criterios para ayudar a valorar la abusividad de una cláusula, criterios similares a los ya vistos en líneas anteriores y que se concretan en la naturaleza de lo que se proporciona a través del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del mismo y el resto de cláusulas contractuales o cualquier otro contrato del que dependa.

Así las cosas, podemos concluir que se sujeta al control de contenido, por tanto, toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se incorpore a una pluralidad de contratos o a uno solo en particular<sup>340</sup>. La cláusula general de abusividad sigue una fórmula parecida en parte a la que ya hemos visto en los Principios Acquis y el DCFR<sup>341</sup>. Las buenas prácticas comerciales y la buena fe son los dos parámetros a evaluar, con ayuda de los criterios que se aportan y que, al contrario del DCFR, no incluyen ninguna mención a la transparencia de las cláusulas. Esto es, posiblemente, para mantener la coherencia con el hecho de que en el control de incorporación en contratos entre empresarios solo consta del deber de cognoscibilidad pero no de un deber de redacción y comunicación sencilla y comprensible.

**134.** Se ha dicho del CESL que es una norma basada en el principio de protección de la parte compradora débil, imponiendo para ello normas imperativas defensoras de su interés. Aunque esto se ve claramente en la protección de los consumidores, también se contempla al empresario como posible sujeto a tutelar. Y no solo en las cláusulas predisuestas. Fuera de las cláusulas no negociadas individualmente, en este sentido, el art. 23 de la propuesta de normativa común impone expresamente al empresario que contrate con otro comerciante el deber de proporcionar información precontractual relativa a los bienes y servicios relacionados, variando la intensidad de esta exigencia en función de variables como los conocimientos especializados del suministrador, el coste, importancia y naturaleza de la información, las buenas prácticas o la facilidad de acceso a la información por el otro contratante<sup>342</sup>. Del mismo modo, también es el empresario sujeto a tutelar respecto de las cláusulas abusivas respecto al pago de intereses de demora, incorporando en el texto (arts. 168 – 171) la regulación de la morosidad en las operaciones comerciales.

**135.** Ciertamente, a raíz de todo lo que aquí hemos expuesto queda patente que en los textos de Derecho europeo de contratos más relevantes en la actualidad existe la conciencia de la necesidad de proteger determinadas situaciones en los negocios jurídicos concluidos entre profesionales, en especial, cuando lo

<sup>340</sup> Y, además, que no se trate de la definición del objeto principal del contrato ni de la adecuación del precio que deba pagarse (art. 80.3).

<sup>341</sup> Aunque, como se ha señalado, a diferencia del DCFR, que se refiere solo a las condiciones generales de la contratación, el CESL rige para toda cláusula no negociada individualmente, con independencia de que se haya formulado para su integración en una o en más transacciones.

<sup>342</sup> “1. Antes de la celebración de un contrato de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales o de prestación de servicios relacionados por un comerciante a otro comerciante, el proveedor tendrá la obligación de revelar por cualquier medio adecuado al otro comerciante cualquier información relativa a las características principales de los bienes, contenidos digitales o servicios relacionados que se hayan de suministrar que viera o pudiera esperarse que tuviera y que fuera contrario a la buena fe contractual no revelar a la otra parte. 2. Para determinar si el apartado 1 exige que el suministrador revele cualquier información, deberán considerarse todas las circunstancias y, en especial: a) si el suministrador tenía conocimientos especializados en la materia; b) el coste que supone para el suministrador obtener la información pertinente; c) la facilidad con la que el otro comerciante podría haber obtenido la información por otros medios; d) la naturaleza de la información; e) la importancia que probablemente tenía dicha información para el otro comerciante; y f) las buenas prácticas comerciales en la situación en cuestión”.

son mediante condiciones generales de la contratación, sin que en exclusiva sea merecedor de esta tutela el consumidor. En este sentido y como se dejó anotado en la introducción, el régimen jurídico español vigente de las condiciones generales difiere en muchos aspectos de las tendencias de Derecho europeo aquí reseñadas. Esto no obsta, sin embargo, para afirmar, de cara al futuro, que estos textos sí que se han convertido en un importante referente en la medida en que han sido tomados en cuenta por la Comisión General de Codificación para la elaboración de su Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos en lo que a condiciones generales se refiere, al menos por parte de la Sección de Derecho civil<sup>343</sup>.

#### IV. Conclusiones

**136.** La pertinencia de una protección de ciertos empresarios adherentes mediante un control de contenido se refuerza al mirar hacia algunos ordenamientos jurídicos vecinos y a las tendencias de Derecho privado europeo. Así, en algunos países –Alemania, Portugal, Holanda- se contempla de forma expresa un control material en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, aludiendo a argumentos como el distinto poder de negociación entre las partes que impide que exista libertad para determinar el contenido del contrato; la dependencia del adherente; la situación de vulnerabilidad por falta de recursos para el asesoramiento o la falta de experiencia, que conlleva el desconocimiento del verdadero alcance del clausulado. Se diferencia, eso sí, la protección del consumidor de la del empresario adherente y también entre distintos tipos de empresarios adherentes. Se recurre para ello, por ejemplo, a fórmulas como los usos y costumbres vigentes en el comercio (“*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*”) o los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la misma especie (“*quadro negocial padronizado*”) o bien a un criterio más concreto, como el número de trabajadores y el volumen de facturación (Holanda y Reino Unido en su propuesta de reforma). Incluso en países en los que no hay una previsión general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, han ido surgiendo ciertas regulaciones parciales para situaciones en las que ambas partes son empresarios y que están íntimamente asociadas con supuestos de desigualdad estructural entre los contratantes. Es el caso de Italia con el “*contratto di subfornitura*” o con el “*diritto di regresso*” a favor del minorista o el de Francia, con su Ley para la Modernización de la economía y la protección frente a desequilibrios significativos en los derechos y obligaciones de las partes. Son normas de alcance limitado y en algunos casos concebidas más bien dentro del Derecho de la competencia que, aunque con distinta finalidad, comparte con el problema de la predisposición contractual en las condiciones generales la existencia de una posición de dominio de la parte fuerte. Sin embargo, tanto su propia promulgación como la doctrina y jurisprudencia generadas a su alrededor, no dejan de ser indicadores de una voluntad de protección de determinados sujetos y en determinados supuestos en el ámbito empresarial.

**137.** Es más, en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, ha sido común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes. En el caso francés sobresale, como no podía ser de otra forma, el recurso a la “*cause*” en las cláusulas de limitación de responsabilidad a través del concepto de “obligaciones esenciales”. Pero tanto en Francia como en el resto de ordenamientos, las figuras son comunes: abuso de derecho, buena fe, culpa grave, dolo, orden público, moderación de las cláusulas penales, etc. De hecho, son las mismas cuyas posibilidades como normas de control de contenido se han analizado por la doctrina española, dado que en nuestro país tampoco existe control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

**138.** Y todavía más elocuente nos parece el hecho de que en todos los países analizados en los que no se contempla expresamente el control material en contratos no negociados entre empresarios

<sup>343</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, “La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta”, en K. J. ALBIEZ DOHRMANN (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, 2011, pp. 15 – 25.

así como en el ámbito europeo estén en marcha, con mayor o menor recorrido, proyectos de reforma o de unificación que, en lo referente a la contratación predispuesta, tienen en común entender que el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Francia, en Italia y en Reino Unido. Especialmente relevante por su actualidad es el caso francés, cuya modificación del Derecho de obligaciones y contratos se está llevando a cabo en estos momentos –y se prevé que entre en vigor en otoño– e incluye una amplia protección frente a cláusulas desequilibradas. Y ocurre lo mismo, en línea con esta tendencia, con todas las propuestas de Derecho europeo de contratos, con la sola excepción del Proyecto de Pavía. Los PECL, DCFR, Principios Acquis y la Propuesta europea de Reglamento de compraventa contemplan al empresario adherente como sujeto a proteger, con algunas diferencias en su configuración pero coincidiendo en la idea de base ya aquí aludida: la imposición contractual implica la necesidad de control si conlleva desequilibrios significativos en el contenido.

**139.** En España, estos movimientos de unificación europeos han tenido influencia en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección civil de la Comisión general de la Codificación, cuyo art. 1262 prevé un control de contenido para cualquier adherente en general –sea consumidor, sea empresario– basado en la figura de la buena fe y del desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes. Incluye, asimismo, una lista negra de cláusulas abusivas y, dando un paso más en la protección, incluso una presunción de abusividad de aquellas condiciones generales que se aparten de lo dispuesto por el Derecho dispositivo. Por contra, no ocurre lo mismo con la propuesta de reforma de nuestro Derecho privado que ha llegado más lejos hasta ahora, es decir, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil: este texto mercantil, ajeno a las tendencias europeas, volvería a dejar sin control de contenido a los contratos entre empresarios mediante condiciones generales. Sin embargo, a nuestro entender y a la vista del análisis del Derecho comparado y europeo expuesto en estas líneas, parece que hay buenas razones para ampliar a todo adherente el ámbito subjetivo del control material en contratos mediante condiciones generales.