

Condiciones generales de los contratos, cláusulas predispuestas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Régimen jurídico y controles aplicables a las estipulaciones no negociadas con el consumidor.

BIB 2011\5574

José Manuel, Busto Lago. Natalia, Álvarez Lata. Fernando, Peña López.
Catedrático de Derecho Civil de la UDC Profesora Titular de Derecho Civil de la UDC
Profesor Titular de Derecho Civil de la UDC

Publicación:

Grandes Tratados. **Reclamaciones de consumo.** [BIB 2010\3206](#)

Editorial Aranzadi, S.A.U., Noviembre de 2010.

ISBN 978-84-9903-694-6

I. Condiciones generales de los contratos, cláusulas predispuestas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas. Régimen jurídico y controles aplicables a las estipulaciones no negociadas con el consumidor

El TRLGDCU se ocupa de las cláusulas, condiciones o estipulaciones que integran los contratos de consumo, en su doble perspectiva de cláusulas no negociadas individualmente y cláusulas abusivas, en sus artículos 80 y 81 -cláusulas no negociadas individualmente- y 82 a 92 -cláusulas abusivas-, en el marco de la regulación de los contratos con consumidores y usuarios (Libro II), apartándose así formalmente del marco en que dicha regulación se contenía en la LGDCU -formando parte del apartado dedicado a la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores-. En los arts. 80 y 81 TRLGDCU -que conforman el Capítulo intitulado «*cláusulas no negociadas individualmente*», dentro del Título II, «*Condiciones generales y cláusulas abusivas*», del referido Libro II-, el legislador introduce determinadas exigencias y controles, tanto en cuanto a la forma de redacción de las estipulaciones del contrato, como al contenido del mismo y a su interpretación, cuando las cláusulas hayan sido introducidas en el contrato por la voluntad unilateral del empresario, incluido el caso en que éste tenga la condición de Administración Pública (bien porque éste las aplique a la «*oferta o promoción de*

productos o servicios» , bien porque, por cualquier otra razón «*no hayan sido negociadas individualmente*» -art. 80.1 TRLGDCU-).

Las referidas reglas del TRLGDCU guardan relación con el viejo problema planteado a los juristas a causa de la generalización, por razones inherentes al funcionamiento del sistema económico, del fenómeno de la predisposición del contenido contractual por parte del empresario. Este antiguo problema, como es obvio, es el de determinar cuáles son los efectos que debe producir sobre el régimen jurídico de un contrato el hecho de que su contenido (en todo o en parte) haya sido decidido unilateralmente por una de las partes e impuesto a la otra sin negociación. Esta antigua cuestión, aunque no es privativa del Derecho de consumo, siempre ha preocupado especialmente desde la perspectiva de la protección de los consumidores. No en vano, el mercado de bienes de consumo y el de servicios prestados a consumidores es, por una parte, uno de los que más necesitados están de la estandarización, racionalización y agilidad que producen en el tráfico tanto la predisposición del contenido contractual, como su producto más trascendente, las condiciones generales de la contratación, y, por otra parte, constituye un lugar idóneo para desplazar, por medio de estos mecanismos, responsabilidades y otros eventuales daños contractuales a la parte débil de la relación, es decir, al consumidor. De hecho, en la pionera y magistral obra de DE CASTRO sobre la materia («Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las Leyes», ADC, 1961-II, pgs. 295 a 341), anterior al nacimiento del Derecho de consumo, todo el discurso que en ella se contiene tiene como único punto de referencia las relaciones entre los empresarios y sus «clientes».

En la actualidad, el problema del empleo de contenidos predispuestos y condiciones generales en los contratos de consumo encuentra su respuesta normativa en el Derecho de la UE. Concretamente en la ya referida Directiva 93/13/CEE, de 5 abril 1993, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* ; que ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento, a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación* (en adelante, LCGC), cuya disposición Adicional 1ª modificó la LGDCU para dar cabida en ella al nuevo régimen aplicable a cualquier cláusula contractual predispuesta por el empresario y no negociada con el consumidor. El objeto de regulación de esta legislación es, por consiguiente, más amplio que el tradicional de condiciones generales de los contratos, ya generalizado en nuestra doctrina desde mediados del pasado siglo. Tradicionalmente (*v. gr.* ,DE CASTRO,ALFARO) las condiciones generales de los contratos se han identificado, y así se mantiene su caracterización normativa en la LCGC, con las cláusulas o estipulaciones contractuales predispuestas por un empresario o profesional, actuando en el marco de su actividad, y destinadas por éste a ser impuestas en una pluralidad de relaciones contractuales con otros empresarios o con los consumidores, con independencia de la forma que adopten (*ex art.* 1º, en relación con el 2º, de la LCGC). Las cláusulas a las que se refieren la Directiva y el TRLGDCU, por el contrario, comparten formalmente con las condiciones generales el carácter de estipulaciones o cláusulas contractuales, así como la nota de la predisposición por

parte del empresario o profesional, y la imposición al consumidor; distinguiéndose de aquéllas, sin embargo, en que no se requiere que hayan sido redactadas con la finalidad de incorporarlas a una pluralidad de contratos (en la Exposición de Motivos de la LCGC se expone expresamente que las cláusulas abusivas pueden darse en «*contratos de adhesión particulares*»). Así pues, de los cuatro requisitos comúnmente predicados de las condiciones generales (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), el último, esto es, la generalidad no está presente en las cláusulas a las que, en abstracto, define la Directiva y regula el TRLGDCU con la que se incorpora a nuestro Derecho. Los otros tres, ya mencionados, *junto con la intrascendencia de la forma* que revista el contrato (*vid.* la Sección 1ª de esta obra), sí constituyen elementos constitutivos del concepto de cláusulas predispuestas y no negociadas de la Directiva sobre cláusulas abusivas:

A) **La contractualidad** : Las cláusulas a las que se refiere la normativa comunitaria son estipulaciones incluidas o destinadas a incorporarse a un contrato celebrado por un empresario o profesional con un consumidor; quedando fuera del ámbito de aplicación de esta normativa cualquier otra declaración de voluntad manifestada por el empresario con finalidades distintas de las indicadas. En este sentido había de interpretarse la mención a la «*oferta o promoción de productos o servicios*» que efectuaba el art. 10.1 LGDCU, como alusiva a las condiciones no negociadas incluidas por los empresarios o profesionales en sus ofertas y promociones, con el objeto de integrar, en caso de ser objeto de adhesión por el cliente, los contratos que suscriban con ellos. De manera más clara, el vigente art. 80.1 TRLGDCU, contempla expresamente la incorporación de las referidas cláusulas no negociadas individualmente «*en los contratos con consumidores y usuarios*» .

B) **La predisposición** : Implica la previa elaboración de la cláusula o estipulación integrada o destinada a integrarse en el contrato de consumo por parte del empresario o profesional (o por cuenta del mismo, obviamente) que lo celebra con el consumidor.

C) **La imposición** : La cláusula o estipulación para quedar sujeta al régimen de cláusulas abusivas no puede haber sido negociada individualmente con el consumidor. Éste debe haberse limitado a adherirse a la misma, sin más consideraciones.

En este sentido, debe precisarse que, cuando se habla de negociación y de su contrario, la adhesión, no se está haciendo referencia necesariamente a la existencia de un cruce de propuestas entre empresario y consumidor, a partir de las cuales, y tras unos tratos y regateos, se llegue a una redacción conjunta de la cláusula. Lo que pretende la legislación que nos ocupa es proteger al consumidor frente a contenidos contractuales que no se ha detenido a considerar ni ponderar con un mínimo detenimiento, y respecto de los cuales, en consecuencia, no ha consentido plenamente, más allá de su mera voluntad de adherirse en bloque a todo lo predispuesto por el empresario. Por consiguiente, no han de ser calificadas como cláusulas no negociadas todas aquéllas que incorporen aspectos del negocio que sí

hayan sido objeto de valoración por parte del consumidor (*v. gr.* , comparando ese aspecto de la oferta del predisponente con las de sus competidores y haciendo recaer su elección sobre éste y no sobre los demás), y respecto de los cuales sí existe esa plena aceptación que no se da en materia de cláusulas predispuestas.

De igual forma, ha de tenerse en cuenta que la nota de la imposición no está presente en aquellas cláusulas que, habiendo sido objeto de negociación, han sido mantenidas con la redacción inicial del predisponente. De cualquier manera, cabe presumir que no ha existido negociación si la cláusula en cuestión ha sido, o está siendo, incorporada, como condición general, a una pluralidad de contratos celebrados por el mismo empresario o profesional (art. 3.2 de la Directiva). En todo caso, *la carga de la prueba de la negociación de una cláusula recae sobre el empresario o profesional* (art. 82.2, párrafo 2º, del TRLGDCU). Sea como fuere, lo cierto es que está teóricamente problemática disquisición acerca de la posibilidad de que existan cláusulas predispuestas que hayan sido negociadas y no alteradas, en la práctica no ha suscitado controversias si atendemos a lo manifestado en el *Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 abril 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (COM. 2000, 248 final, no publicado en el Diario Oficial) sobre este aspecto (pg. 14).

Lo que sí resulta problemático, por suponer una interpretación totalmente contraria a los intereses de los consumidores y, por lo tanto, a los principios del Derecho de consumo, es la tesis hermenéutica del TS, de conformidad con la cual, para que exista imposición, es preciso que el consumidor «*no haya podido eludir*» la aplicación de las cláusulas no negociadas. Con lo que parece exigirse del consumidor una «*conducta no meramente pasiva*» , debe existir, parece ser, un intento de negociar o de eludir la aplicación de la cláusula no negociada a su contrato por parte del consumidor. Esta tesis pergeñada por el TS en varias sentencias sobre asuntos anteriores a la aprobación de la LCGC, tenía su origen en la actuación de algunas asociaciones de consumidores, que empleaban a consumidores individuales para provocar procesos de impugnación de cláusulas no negociadas ([STS 20 noviembre 1996 \[RJ 1996, 8371 \]](#) ; [31 enero 1998 \[RJ 1998, 121 \]](#)). El problema es que se ha extendido a otras resoluciones judiciales en las que no se dan esas circunstancias (como la [SAP Madrid de 27 noviembre 2001 \[PROV 2002, 60974 \]](#) , en la que determinadas cláusulas de un contrato de préstamo no se consideran sujetas al art. 10.bis LGDCU -vigente art. 82 TRLGDCU-, «*al faltarles el requisito de la inevitabilidad*»), y todavía hoy se nota su influencia, de vez en cuando, en el proceder de los tribunales de justicia.

Por último, el TRLGDCU, al igual que la Directiva, dispone que el hecho de que parte de una cláusula, una cláusula o varias cláusulas hayan sido negociadas (no impuestas), no excluye la sujeción al régimen jurídico que nos ocupa del resto de las cláusulas del contrato (art. 82.2 TRLGDCU).

D) A los tres requisitos examinados hasta el momento, es preciso añadir otro

elemental de carácter subjetivo: la cláusula ha de estar incluida en un contrato de consumo, es decir, *ha de tratarse de un negocio celebrado entre un empresario o profesional y un consumidor* (en el sentido en el que han sido definidos estos sujetos en la Sección 1ª). El TRLGDCU, en su artículo 80, párrafo 1º, así como en su art. 81.1, incluye dentro del espectro de sujetos que ocupan la posición de «empresario o profesional» en el contrato de consumo tanto a las «Administraciones Públicas», como a «las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos». Estas últimas, además de a la normativa que analizamos, estarán sujetas a la vigilancia y control de las Administraciones Públicas competentes, «cuando así se disponga como requisito de validez» y sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones contenidas en el propio TRLGDCU (art. 81.1).

Respecto del problema de las cláusulas no negociadas incluidas en contratos celebrados por consumidores con personas jurídicas de naturaleza pública, es conveniente subrayar que el hecho de que, en muchas ocasiones, determinadas personas jurídicas públicas (así sucede, por ejemplo, con las condiciones generales para participar en los juegos y loterías organizados por el ONLAE) establezcan los clausulados predispuestos por ellas mismas bajo la forma de Resoluciones administrativas (publicadas en Diarios Oficiales), ello no es motivo para excluir, en modo alguno, a estas cláusulas de los controles establecidos en el TRLGDCU. Tampoco debe dudarse, en este sentido, de que la jurisdicción civil es competente para conocer de los litigios relacionados con un contrato de apuesta del que es parte ONLAE, puesto que no estamos ante contratos administrativos, regulados por la LCAP ni sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa (*cfr.* [SSTS 24 noviembre 1992 \[RJ 1992, 9371 \]](#) y de [12 diciembre 2003 \[RJ 2003, 8659 \]](#)).

Como se ha anunciado ya, la regulación sobre «cláusulas abusivas», cuyo objeto son las cláusulas predispuestas por el empresario y no negociadas con el consumidor, constituye la principal respuesta normativa del Derecho de consumo europeo al problema de la predisposición del contenido contractual por parte del empresario. Una respuesta que, como se ha dicho, prescinde de si las estipulaciones contractuales predispuestas e impuestas al consumidor, son o no condiciones generales; bastando con que una cláusula dispuesta unilateralmente por el empresario no haya sido negociada para que entre en juego la normativa que consideramos.

Sin perjuicio de lo dicho, ha de tenerse en cuenta que la LCGC de 1998, además de transponer a nuestro Ordenamiento jurídico la *Directiva de cláusulas abusivas*, quiso realizar una regulación general de las condiciones generales de los contratos, aplicable a cualquier negocio jurídico contractual en el que el predisponente fuese un empresario o profesional, con independencia de que su contraparte ostentase o no la condición de consumidor. Dado que todas las cláusulas o estipulaciones susceptibles de ser enjuiciadas según la normativa de cláusulas abusivas, pueden también poseer la naturaleza de condiciones generales, siempre que hayan sido diseñadas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos, estas reglas de la LCGC referentes a las condiciones generales de los contratos, también pueden

resultar de aplicación a las estipulaciones contractuales que nos interesan. En todo caso, conviene advertir en este momento que existe una criticada duplicación entre las reglas genéricas sobre condiciones generales de los contratos de la LCGC y algunas de las contenidas en los artículos 80 y concordantes del TRLGDCU -que en su redacción originaria, en la LGDCU, arts. 10 y 10.bis, la propia LCGC se ocupó de reformar-. Peor aun, aunque el contenido de algunos de los preceptos de la LCGC y del TRLGDCU es sustancialmente parecido y su objeto idéntico, lo cierto es que el tenor de unas y otras normas no es idéntico; lo cual puede dar lugar a algún problema de compatibilidad que, en su caso, habrá que solventar por vía interpretativa (fundamentalmente echando mano del principio conforme al cual la ley especial deroga a la ley general y, en consecuencia, dando preferencia las disposiciones específicas del TRLGDCU). Por lo demás, la doctrina ha hecho notar reiteradamente que, en realidad, más allá de la novedad constituida por las normas sobre control abstracto de las condiciones generales, las reglas de la LCGC no modificaron de forma apreciable el régimen jurídico que se les aplicaba con anterioridad con fundamento en reglas generales del Derecho privado español, y en coherencia, además, con ciertas reglas especiales de Derecho positivo, como el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, antecedente de la regulación de la LCGC.

De cualquier modo, en la exposición del régimen jurídico de las cláusulas abusivas que acto seguido realizaremos, haremos uso tanto de las normas específicas de Derecho de consumo contenidas en el TRLGDCU, como de las incluidas en la LCGC, aplicables subsidiariamente, habida cuenta del ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de esta última, a las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales de conformidad con el art. 1º LCGC.

A modo de preámbulo de la tarea a la que se acaba de hacer referencia, es conveniente señalar, ya en este apartado, que los mecanismos de control a los que están sometidas las cláusulas contractuales predispuestas por el empresario y no negociadas con los consumidores se reconducen tópicamente a dos especies fundamentales: a) El control de incorporación o de inclusión; y, b) El control de contenido.

A) El primero de estos controles (*el de incorporación*) es de naturaleza formal. La ley exige al predisponente que las cláusulas o estipulaciones no negociadas cumplan una serie de requisitos de carácter formal, para que éstas pasen a formar parte del contrato en el que quiera incluirlas (requisitos referentes a su redacción, a su comunicación al consumidor, etc.). La regulación más completa del control de incorporación se encuentra en la LCGC, aunque también, de forma más escueta e imprecisa, se regula en el TRLGDCU. El problema de esta doble regulación es el de determinar hasta qué punto todas las normas de la LCGC, aplicables sólo a las condiciones generales de la contratación, pueden ser empleadas para resolver cuestiones atinentes a cláusulas no negociadas, pero que tampoco han sido dispuestas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos (como exige el art. 1.1 de la LCGC).

B) El segundo de los controles a los que hemos hecho referencia (*el de*

contenido) es, por el contrario, de naturaleza sustantiva. Las reglas que regulan este segundo control exigen que las cláusulas o estipulaciones no negociadas respeten unos determinados parámetros de contenido relacionados con el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes; declarando la nulidad de toda estipulación cuyo contenido no se ajuste a estos parámetros. El control de contenido es peculiar de los contratos de consumo. De hecho, el propio concepto de cláusula abusiva, que da nombre a la Directiva de 1993, se refiere a este tipo de control. En efecto, en las normas vigentes sólo se llama «abusiva» a una cláusula contractual cuando, no habiendo sido negociada con el consumidor, no es apta para superar el control de contenido regulado por el art. 82 del TRLGDCU (y en el 3.1 de la Directiva).

Junto a estos dos controles -de incorporación y de contenido-, cuya no superación por parte de una cláusula o estipulación no negociada impide que ésta llegue a integrar el contenido del contrato, la Ley establece, además, con el objeto de completar la protección del consumidor, una serie de reglas de interpretación en su beneficio de las estipulaciones no negociadas que integran los contratos de consumo. Por otra parte, una reciente corriente doctrinal propone la configuración separada de un tercer tipo de control: el denominado *control de transparencia*, con el que se pretenden superar ciertas lagunas o vacíos en la regulación de la protección del consumidor en los contratos de consumo celebrados en virtud de cláusulas no negociadas individualmente.
