

# Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas

Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo,  
la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil

**MARTA PÉREZ ESCOLAR\***  
Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Valladolid

## RESUMEN

*La utilización de cláusulas no negociadas en la contratación plantea la problemática relativa a la necesidad de un control de incorporación que garantice la posibilidad de ser conocidas por el adherente en el momento de celebración del contrato. Dicha problemática se ha convertido en un tema de plena actualidad jurídica y gran repercusión social ante la existencia de incumplimientos flagrantes de una de las facetas de dicho control de incorporación, la referida al deber de transparencia del predisponente, que aconsejan una revisión de sus fundamentos legales.*

*Ante esta realidad, este trabajo persigue realizar un análisis comparado de las normas contenidas al respecto en el Derecho comunitario, en el Derecho español y en los principales ordenamientos de nuestro entorno, pero también en los llamados textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, y en el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, todo ello con la finalidad de aportar soluciones de cara a una mejora del régimen jurídico que afecta al control de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos.*

---

\* Miembro de ACTUALIZA, Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación: «*La unificación del Derecho contractual europeo por vía jurisprudencial*», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Ref.: DER2012-35484, Investigador principal: Prof. Dr. A. DOMÍNGUEZ LUELMO.

**PALABRAS CLAVE**

*Cláusulas no negociadas; condiciones generales de la contratación; control de incorporación; cognoscibilidad; comprensibilidad; deber de transparencia; consumidores; Derecho contractual europeo.*

**ABSTRACT**

*The utilization of non-negotiated clauses in the contracting raises the question concerning the need of a inclusion control to ensure the possibility of knowing them at the time of celebration of the contract. The above mentioned problematics has turned into a topic of full juridical current importance and great social repercussion given the existence of flagrant breaches of one of the facets of the mentioned inclusion control, the duty of transparency, which call for a review of its legal foundations.*

*Given this reality, this paper chases to realize a compared analysis of the rules contained in the Community Law, Spanish Law and principal systems of our legal environment, but also in so-called texts of European Contract Law (PECL, ACQP, DCFR), in the Proposal to Modernize the Civil Code on obligations and contracts, and in the Draft Law of Commercial Code, all with the purpose of providing solutions with the aim of a better legal regime that affects the inclusion control in the contract of non-negotiated clauses.*

**KEY WORDS**

*Non-negotiated clauses; general conditions of contract; inclusion control; possibility to know; comprehensibility; duty of transparency; consumers; European Contract Law.*

**SUMARIO:** I. *Punto de partida: Código Civil y contratación no negociada.*—II. *El control de incorporación: cognoscibilidad y comprensibilidad.*—III. *La Directiva 93/13/CEE.*—IV. *El sistema español: la LCGC y el TRLCU:* 1. Introducción. 2. Requisitos de incorporación: 2.1. Cognoscibilidad de las c.g.c.: 2.1.1. El artículo 5.º1 y 3 LCGC. 2.1.2. El artículo 80.1.a) y b) TRLCU. 2.2. Comprensibilidad de las c.g.c.: los artículos 5.5.º LCGC y 80.1.a) y b) TRLCU. 3. Las cláusulas «sorprendentes». 4. Consecuencias del incumplimiento.—V. *Referencias de derecho comparado:* 1. Derecho italiano. 2. Derecho alemán. 3. Derecho portugués. 4. Derecho holandés. 5. Derecho francés.—VI. *Textos de derecho contractual europeo:* 1. Introducción. 2. Los PECL. 3. Hacia un instrumento opcional: el DCFR. 3.1. Los ACQP. 3.2. El DCFR.—VII. *Revisiones del derecho comunitario:* 1. La Directiva 2011/83/UE. 2. La Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea.—VIII. *La Propuesta de Modernización del CC en materia de Obligaciones y Contratos de 2009.*—IX. *El Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2014.*—X. *Conclusiones:* 1. ¿Control de incorporación para c.g.c. o para contratos de adhesión? 2. ¿Tratamiento normativo unitario o diferenciado para los contratos con consumidores? 3. Formulación del control de incorporación: 3.1. Normas genéricas frente a normas casuísticas. 3.2. Nivel de protección del adherente: 3.2.1. Cognoscibilidad. 3.2.2. Comprensibilidad. 4. Sanción ante el incumplimiento.—XI. *Bibliografía.*

## I. PUNTO DE PARTIDA: CÓDIGO CIVIL Y CONTRATACIÓN NO NEGOCIADA

De todos es sabido que los códigos civiles decimonónicos recogieron un derecho contractual cuyo presupuesto, la contratación negociada, fue pronto desmentido<sup>1</sup>. El profesor Royo Martínez explicaba este hecho en 1949 diciendo que «en parte, por sumisión al imperio, a la sazón absoluto, de los dogmas de la Economía liberal, con su ficción del hombre que siempre sabe muy bien lo que quiere y siempre puede escoger a su arbitrio entre contratar o buscar a través de la competencia mejores condiciones; y en parte, también, porque en aquel entonces las que hoy son entidades gigantes de la Economía estaban aún en mantillas, los legisladores del siglo XIX no tuvieron la perspicacia –que hubiera necesitado ser punto menos que profética– de prever los resultados de las grandes concentraciones de capital ni las consecuencias de las empresas que han de valerse de herramental e instalaciones de valor ingente, ...»<sup>2</sup>.

Estos resultados y consecuencias de la contratación en masa todavía no tienen a día de hoy un reflejo en nuestro Código Civil (en adelante, CC), cuyo Derecho de obligaciones y contratos sigue pivotando sobre la base de la autonomía privada y los principios de libertad e igualdad contractual (art. 1255 CC). La realidad de la mayoría de los contratos es sin embargo la contraria, la desigualdad entre las partes y la ausencia de negociación, por lo que una modernización del CC aconseja la integración en él de las normas básicas sobre contratación no negociada, entre ellas, las relativas a las condiciones generales de la contratación (en adelante, c.g.c.), que por otro lado tienen como principal destinatario potencial al consumidor, ajeno a las particularidades jurídicas aplicables a los empresarios.

Se trata de una opción de política legislativa que, como todas, tiene sus ventajas y sus inconvenientes, pero la extraordinaria importancia económica alcanzada por los contratos celebrados con c.g.c. requiere que al menos su regulación básica esté situada en el CC, cuerpo legal destinado naturalmente a contener el núcleo del Derecho de contratos. De hecho, la generalización de las cláusulas no negociadas en la práctica contractual justifica esta incorporación al CC más que la de los tipos concretos de contratos celebrados con consumidores, que atienden a intereses más concretos y

---

<sup>1</sup> Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato, Thomson Civitas, Madrid, 2007, pp. 157 ss.

<sup>2</sup> Vid. ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 54 y 55.

requieren por ello de normas más casuísticas, contrarias a la esencia de un código civil.

A nivel de Derecho comparado, los arts. 231 a 247.-1 del Código Civil holandés de 1992, dedicados a las c.g.c., marcaron un referente que diez años más tarde fue seguido por el legislador alemán con la integración, por obra de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001, en vigor desde 1 de enero de 2002, del mismo régimen sobre c.g.c. en los párrafos 305 y siguientes del *BGB*, hasta ese momento contenida en la *AGB-Gesetz* o Ley de c.g.c. de 9 de diciembre de 1976.

Ello contribuyó a que se produjera una verdadera modernización del *BGB*, que gracias a esta reforma recuperó la centralidad en el ámbito del Derecho privado, ganó en claridad y coherencia entre instituciones como consecuencia de la desaparición del conjunto de leyes civiles especiales que regulaban ámbitos concretos de los contratos de consumo, y dio además un paso adelante importantísimo en orden a que el Derecho de los consumidores deje de ser considerado un derecho especial<sup>3</sup>.

La integración de la regulación sobre c.g.c. en los códigos civiles se enmarca en la denominada «gran solución», consistente en la incorporación del Derecho de consumo contractual en los códigos civiles, frente a la «pequeña solución» que supone mantenerlo en leyes civiles especiales que se van dictando al hilo de la necesidad de transposición de directivas comunitarias. Esta «gran solución», que tiene en el *BGB* su mejor modelo<sup>4</sup>, fue seguida, como veremos, por la propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de Derecho de obligaciones y contratos presentada en 2009 al Ministerio de Justicia por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación, conocida como Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en adelante, PMCC), y constituye el punto de partida de este trabajo<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones, La Reforma 2002 del *BGB*», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1135 ss., especialmente, 1140 ss., 1145 ss.

<sup>4</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones, ...», *op. cit.*, pp. 1151 ss.; INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesidad de modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, n.º 8, pp. 153 ss.

<sup>5</sup> Sin embargo, cuestionan la integración del derecho de consumo contractual en el CC, con base en razones técnicas y en el concepto de consumidor, DURÁN RIVACOBRA, R., «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España», *Revista de Derecho*, 2010, Vol. 11, pp. 346 ss.; PASQUAU LIAÑO, M., «Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción?», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 489 ss., especial-

Por contraposición, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil (en adelante, ALCM), informado el 20 de mayo de 2014 por el Consejo de Ministros con origen en la Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación publicada en 2013, declara en su Exposición de Motivos el carácter mercantil de las relaciones de consumo, que se articulan entre empresario y consumidor<sup>6</sup>, sin perjuicio de adoptar al mismo tiempo el criterio de no incorporar las normas específicas en materia de protección de consumidores a la propuesta de Código mercantil con la única finalidad de no alterar el planteamiento legislativo en forma de código que representa el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU)<sup>7</sup>.

Sin embargo, resulta difícil entender la pertenencia del consumidor a un ámbito jurídico que le es ajeno, el particular de los empresarios, al tiempo que su ausencia en un cuerpo legal, el CC, destinado a proteger a la persona en las relaciones jurídicas más generales en las que interviene, como son las de consumo, máxime cuando lo que justifica la propia existencia del Derecho de consumo es precisamente la protección de la persona del consumidor (art. 51 CE).

En definitiva, consideramos que la dimensión social del Derecho de contratos que surgió a raíz de la necesidad de proteger al contratante débil no puede seguir manteniéndose al margen del CC, dimensión social que por otro lado tiende a incrementarse cada vez más como consecuencia de las concentraciones de poder a las que lleva la globalización económica, que obligan a seguir introduciendo limitaciones a la autonomía de la voluntad en una búsqueda

---

mente, 494 ss., no obstante, a favor de la integración de la regulación sobre c.g.c., *vid. op. ult. cit.*, pp. 504 ss.

<sup>6</sup> *Vid.* Exposición de Motivos, I-13, ALCM: «Desde el punto de vista objetivo, las relaciones de estos operadores del mercado entre sí y con los consumidores constituyen la materia mercantil». *Cfr.* [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 16.

<sup>7</sup> Así, en la misma Exposición de Motivos, I-34, ALCM, se dice que «..., se ha considerado, en efecto, que habiéndose promulgado el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en fecha muy reciente, y tratándose de un texto legal equiparable a un Código sobre la materia, parecía poco adecuado alterar ese planteamiento legislativo, de manera que se respeta la diferencia de las normas de protección de los consumidores como ajenas a la regulación del Código mercantil». *Cfr.* [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 19.

Sin embargo, ello tiene importantes matizaciones. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR, M., «El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?», *Revista Práctica de Derecho de daños*, mayo 2010, núm. 82, pp. 5 ss.

constante del equilibrio contractual. Con ello no sólo se conseguiría la modernización del CC sino que también se favorecería la recuperación de su centralidad con respecto al Derecho privado de la contratación y se tendería hacia un ordenamiento jurídico más coherente, sin perjuicio del mantenimiento de una normativa especial destinada a regular aspectos concretos de la protección del consumidor o, simplemente, adherente<sup>8</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, esta última función está llamada a cumplirla fundamentalmente el TRLCU, en el que se debería seguir manteniendo la regulación de las cuestiones más casuísticas por dos razones fundamentales. En primer lugar, por la necesidad de abstracción de las normas del CC, que contiene la esencia del Derecho de obligaciones y contratos. Y en segundo lugar, porque el dinamismo que deriva de la transposición de las directivas comunitarias no puede afectar de forma excesiva a un cuerpo legal como el CC, que persigue cierta estabilidad, sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad se tiende a la adopción de criterios de armonización máxima<sup>9</sup>.

## II. EL CONTROL DE INCORPORACIÓN: COGNOSCIBILIDAD Y COMPRESIBILIDAD

El objeto de este trabajo, realizado en consideración de una futura reforma del Libro IV del CC, es el que se ha denominado control de inclusión o incorporación al contrato de las c.g.c., es decir, el análisis de los requisitos de naturaleza formal que deben concurrir en el proceso de formación del contrato para garantizar el acceso del adherente al contenido de las c.g.c. y que así puedan formar parte válidamente del clausulado contractual. En otras palabras, se trata de determinar qué presupuestos deben considerarse exigibles para que, ante la inexistencia de una fase de negociación

<sup>8</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 203 ss., especialmente, 212 ss.

<sup>9</sup> Para el caso de Alemania, R. ZIMMERMANN dice gráficamente a este respecto que «la decisión de incorporar el Derecho contractual de consumo en el BGB ha convertido a éste en un solar para un edificio en permanente construcción. Pero, entonces, a lo mejor es que un moderno código de Derecho privado debe parecerse antes a un solar que albergue un edificio en construcción, en el que se oiga el bullicio de mecánicos y artesanos, que a un museo, en el cual sólo se pueden oír las voces quedas de ocasionales grupos de turistas». (*El nuevo Derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008, p. 266).

previa en la contratación en masa, el adherente tenga posibilidad de conocer el contenido contractual, quedando ya en su mano conocerlo efectivamente o no<sup>10</sup>.

Su importancia es indudable pues, pese a que el control de incorporación tenga que ser seguido de un control de contenido o control material dirigido a garantizar el equilibrio de las prestaciones conforme al principio de buena fe, es necesaria esta primera intervención legislativa dirigida a procurar, en fase de formación del contrato, que el adherente tenga conocimiento o, al menos, posibilidad de conocer su contenido, lo cual deriva en la necesidad de que las c.g.c. estén redactadas de forma comprensible.

Por ello, los objetivos que persigue el control de incorporación al contrato de las c.g.c. se sintetizan en dos conceptos fundamentales que, dada su utilidad a efectos explicativos, serán los que utilizaremos en este trabajo: cognoscibilidad o accesibilidad, en cuanto posibilidad del adherente de conocer el contenido de las c.g.c. en el momento de celebración del contrato, y comprensibilidad o transparencia, que, como derivación de lo anterior, conlleva la necesidad de que las c.g.c. estén redactadas de forma comprensible para un adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate. Nos encontramos, por tanto, ante una cuestión íntimamente relacionada con el error como vicio del consentimiento que encuentra en este ámbito una aplicación específica justificada por la necesidad de proteger al contratante débil a través de normas claras y, por supuesto, de naturaleza imperativa.

Precisamente, este hoy llamado control de incorporación de las c.g.c. constituye uno de los principales fundamentos de la clásica teoría contractualista defendida por la doctrina civilista a propósito de su naturaleza jurídica: las c.g.c. son verdaderas cláusulas contractuales en la medida en que el consentimiento del adherente sobre las mismas es perfectamente válido por el hecho de haberse prestado con posibilidad de conocerlas, posibilidad que tratan de garantizarle en la actualidad las normas que regulan su incorporación al contrato. Las c.g.c. no se pueden concebir, por tanto, como un simple acto unilateral del predisponente, ya que, aun en los numerosísimos casos en los que el adherente presta su consentimiento sin conocimiento del contenido de las c.g.c., la oportunidad que se le da de tener dicho

<sup>10</sup> «La falta de tiempo, la indiferencia fatalista, la confianza inmoderada, la escasa experiencia negocial, la carencia de conocimientos técnicos y jurídicos, todo ello típico del hombre medio, determinan su desinterés sobre el contenido de las condiciones generales del contrato». (ROYO MARTÍNEZ, «Contratos de Adhesión», *op. cit.*, p. 62). Desinterés que se complementa con la inexistencia de una obligación jurídica de conocer el contenido de las c.g.c., a pesar de la carga cognoscitiva que se deduce de las normas sobre la materia. Vid. DURÁN RIVACOBA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, n.º 706, pp. 692 ss.

conocimiento determina la validez de su consentimiento contractual y, por tanto, la eficacia vinculante de las c.g.c.<sup>11</sup>.

Se trata, en definitiva, de aplicar los principios de buena fe (arts. 7.1 y 1258 CC) y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) a la contratación con c.g.c., que requieren una actuación responsable por parte del adherente. Ello conecta con la doctrina de la excusabilidad del error para que sea vicio invalidante: siendo cierto que la conducta típica del adherente, tendente a concluir el contrato sin conocer su contenido, no se considera reprochable desde el punto de vista moral, también lo es que desde el punto de vista jurídico entraña un comportamiento negligente si realmente ha tenido la posibilidad de conocer el contenido de las c.g.c., legitimándose así la validez de su consentimiento contractual. Lo contrario sería totalmente incompatible con la eficiencia y seguridad de la contratación y, por tanto, inaceptable.

### III. LA DIRECTIVA 93/13/CEE

Como es sabido, el Derecho comunitario ha ido marcando las directrices de nuestro Derecho de consumo, las cuales, a su vez, han incidido en la teoría general del contrato con la introducción de matizaciones importantes<sup>12</sup>. En materia de c.g.c., fue la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la que estableció las pautas a seguir cuando las cláusulas contractuales no negociadas se incorporan a contratos celebrados entre empresarios y consumidores (art. 1.º), la inmensa mayoría contratos con c.g.c.

Su repercusión sobre los Derechos nacionales fue muy notable, pues obligó a un replanteamiento de los fundamentos de los contratos no negociados. Hasta tal punto es así que se ha considerado que

---

<sup>11</sup> Así, desde F. de CASTRO y BRAVO, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295 ss., especialmente, pp. 319 ss. *Vid.* también ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, Edisofer, 2004, p. 390; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. de A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Parte general, Teoría general del contrato, Dykinson, Madrid, 2007, p. 342.

En la doctrina mercantilista, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991, pp. 93 ss., defendió la teoría de la eficacia meramente declarativa de las c.g.c., que niega su naturaleza contractual y las concibe con una eficacia meramente declarativa de las normas y principios legales aplicables al contrato, no compartida por J. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas, La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pp. 650 ss., especialmente, 659 ss.

<sup>12</sup> Sobre la formación del Derecho de consumo en la UE, *vid.* REYES LÓPEZ, M.ª J., *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 56 ss.



esta Directiva 93/13/CEE constituye, en la medida en que se adentra en el núcleo del Derecho contractual (contenido y eficacia del contrato), una pieza esencial para la construcción de un Derecho privado europeo; de hecho, es la referencia normativa más importante que existe a nivel europeo en relación con estas materias<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere al tema de la incorporación de las c.g.c. al contrato, hay que partir del presupuesto de que la Directiva 93/13/CEE se aplica con carácter general a todo tipo de cláusulas no negociadas individualmente que aparezcan en contratos entre empresarios y consumidores, que pueden ser c.g.c., como sucede en la gran mayoría de los casos, o no, si sólo son utilizadas para un contrato de adhesión particular (art. 3.º)<sup>14</sup>.

Pues bien, el legislador comunitario fue muy parco con relación a esta cuestión, pues sólo se refiere a ello directamente la primera parte del art. 5.º: «*En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*»<sup>15</sup>. Por tanto, se marcó el objetivo de la comprensibilidad de las cláusulas no negociadas pero de forma muy deficitaria, pues no sólo se hizo de forma poco clarificadora con respecto al tipo de contratos para los que se requirió (¿sólo para los celebrados por escrito?) sino que tampoco se establecieron sanciones ante su incumplimiento<sup>16</sup>.

Por otro lado, no existe ninguna referencia en el articulado de la Directiva 93/13/CEE a la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas como requisito de incorporación al contrato de las mismas, aun a pesar de que existen dos alusiones al respecto al margen de dicho articulado: en el Considerando n.º 20, que, aparte de decir que «*los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles*», declara que «*el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas*»<sup>17</sup>, y en el punto i) del Anexo, que determina el carácter abusivo de una cláusula si tiene por objeto «*hacer constar de forma irrefragable la adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*»<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y efectos del contrato», *Derecho Privado Europeo*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 443 y 444.

<sup>14</sup> Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/31.

<sup>15</sup> Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/31.

<sup>16</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 53 y 54; *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 71 y 72.

<sup>17</sup> Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/30.

<sup>18</sup> Cfr. DOCE de 21 de abril de 1993, L 95/33.

Ello constituye, sin duda, una gran deficiencia del Derecho comunitario. El propio Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, reconoció que *«el principio de transparencia debe garantizar asimismo que el consumidor está en condiciones de obtener, antes de la conclusión del contrato, la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa»*, a pesar de que también se dijo que *«la situación actual revela ... una ausencia total de “competencia” en cuanto a la calidad de las cláusulas contractuales»* y que *«la violación del principio de transparencia no entraña sanciones propiamente dichas, puesto que las cláusulas contractuales que no respetan los criterios de claridad y comprensibilidad no se consideran abusivas ni deben, por tanto, suprimirse»*, de forma que, ignorando la posibilidad de un control de incorporación, *«en tal caso deberá prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor, permitiendo así el mantenimiento de la cláusula contractual a pesar de sus irregularidades»*<sup>19</sup>.

Realmente, resulta difícil de entender que una cuestión de tanta trascendencia para la contratación con consumidores no fuera objeto de más atención en esta Directiva 93/13/CEE. El mismo Informe de la Comisión Europea aludió a la posibilidad de realizar un reconocimiento implícito de los objetivos de cognoscibilidad aplicados a las cláusulas no negociadas a partir de la interpretación de los citados Considerando n.º 20 y punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, lo cual parece querer justificar una ausencia injustificable que sin embargo se explica diciendo que *«el Consejo, aunque favorable a la atribución de tal derecho al consumidor, consideró que ésta no correspondía al marco jurídico de la Directiva 93/13/CEE, sino a las normativas nacionales que rigen la celebración de los contratos»*<sup>20</sup>.

#### IV. EL SISTEMA ESPAÑOL: LA LCGC Y EL TRLCU

##### 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la transposición al Derecho español de la Directiva 93/13/CEE se realizó, tardíamente, a través de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelan-

<sup>19</sup> COM (2000) 248 final, pp. 18 y 19.

<sup>20</sup> COM (2000) 248 final, p. 18.

te, LCGC)<sup>21</sup>, transposición que fue además aprovechada por el legislador para introducir una normativa de mayor alcance, pues estableció un régimen jurídico completo sobre c.g.c. que superaba la hasta entonces fragmentaria regulación de las mismas que se contenía en el art. 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LCU).

A diferencia de lo que sucedía con esta última norma, de aplicación únicamente a la contratación con consumidores, la LCGC determina su aplicabilidad a todos los contratos que contengan c.g.c., sean celebrados entre empresarios o con consumidores (art. 2), es decir, persigue la protección de cualquier adherente, empresario o consumidor, frente a la utilización de c.g.c. por parte de un empresario o profesional predisponente.

No obstante, cuando se trate de un consumidor, y por lo que a nuestro tema se refiere, la regulación relativa a los requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. contenida en el art. 5.º LCGC se solapa con el art. 80.1.a) y b) TRLCU, que, procedente del antiguo art. 10.1.a) LCU, regula específicamente los requisitos de incorporación al contrato aplicables a las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores.

Con ello nos encontramos con que el TRLCU no sólo regula la misma cuestión para distinto ámbito subjetivo con respecto a la LCGC sino que, además, lo hace partiendo de un concepto distinto al de c.g.c., el de cláusulas no negociadas individualmente de la Directiva 93/13/CEE, cláusulas no negociadas que pueden ser c.g.c., como sucede en la mayoría de los casos, o no, si se trata de un contrato de adhesión particular. En cualquier caso, los contratos celebrados con consumidores que contengan c.g.c. se someten al TRLCU y, «además», a la LCGC (art. 59.3 TRLCU), lo que supone una aplicación supletoria de esta última con respecto a lo dispuesto en el TRLCU.

La literatura jurídica existente a propósito de este tema, requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. y consecuencias de su incumplimiento, es muy abundante en lo relativo al Derecho español. Por ello, en las páginas siguientes nos limitaremos a hacer un repaso de las cuestiones más relevantes, incidiendo en las novedades introducidas por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, como fundamento para un posterior análisis comparativo y conclusiones al respecto.

---

<sup>21</sup> El art. 10 de la Directiva 93/13/CEE estableció como plazo de transposición el 31 de diciembre de 1994.

## 2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación al contrato de las c.g.c. viene marcado, como vimos, por dos requisitos fundamentales que derivan del deber de información del predisponente y cuyo cumplimiento persigue garantizar la correcta formación del consentimiento contractual del adherente: cognoscibilidad de las c.g.c. y, consecuentemente, comprensibilidad de las mismas. Dada la utilidad de estos conceptos a efectos explicativos, serán los que utilizemos en este trabajo para realizar el análisis de los correspondientes textos legales.

### 2.1 Cognoscibilidad de las c.g.c.

#### 2.1.1 EL ARTÍCULO 5.º1 Y 3 LCGC

La cognoscibilidad o accesibilidad de las c.g.c. está dirigida, como vimos, a procurar al adherente la posibilidad de que conozca su contenido en el momento de la celebración del contrato, bien porque se le entreguen por escrito o bien porque se le pongan a su disposición por cualquier otro medio.

A estos efectos, el art. 5.º LCGC sigue distinguiendo entre varios supuestos de modalidades de contratación de forma seguramente demasiado descriptiva, pese a que la derogación del art. 5.º4 LCGC y del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, de desarrollo de dicho art. 5.º4 LCGC, por la disposición derogatoria única.2 y 3, respectivamente, de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha mejorado bastante el panorama al suprimir, como veremos, el supuesto que anteriormente se refería a la contratación telefónica y electrónica. Con ello, la situación actual lleva a diferenciar entre:

a) Contratos que se formalicen por escrito (art. 5.º1 LCGC), por exclusión con relación a los requisitos previstos en el art. 5.º3 LCGC para los casos en que el contrato «no deba formalizarse por escrito»<sup>22</sup>, si bien evitando caer en el error interpretativo de que únicamente los tipos contractuales cuya regulación exige como requisito de validez su formalización por escrito requieren el cumplimiento de los requisitos del art. 5.º1 LCGC<sup>23</sup>, que están pensa-

<sup>22</sup> Así, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 346.

<sup>23</sup> Así, entre otros, los arts. 6.1 Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aplicable también a contratos celebrados entre empresarios; 98.7 TRLCU, para los contratos a distancia; 99.2 TRLCU, para los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; 154.1 TRLCU, para el contrato de viaje combinado; 21.1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, y 11.1 Ley 4/2012, de 6

dos para todos los contratos que se celebren por escrito, formales o no<sup>24</sup>.

Pues bien, a pesar de la evidente mala técnica legislativa, el art. 5.º1 LCGC exige la concurrencia de tres requisitos sobre los que existe abundante y autorizada explicación doctrinal, a saber, que se produzca la aceptación del contrato con la firma del adherente; que el predisponente informe o avise expresamente al adherente sobre la existencia de c.g.c., lo cual se cumple con una referencia a ello en el contrato, y la puesta a disposición del adherente de un ejemplar de las c.g.c., que podrá coincidir con el documento contractual o no, en el caso de reenvíos a otros documentos (incorporación por referencia)<sup>25</sup>.

Por tanto, el requisito de la firma está referido al contrato, no a las c.g.c., que pueden estar recogidas en un documento complementario cuya referencia se recoja en la antefirma del contrato y que se ponga a disposición del adherente con la celebración del mismo<sup>26</sup>. Para el contrato de seguro, el art. 3, párrafo primero, de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante, LCS), establece el requisito de que las c.g.c. se incluyan en la proposición de seguro, si la hubiere, y en todo caso en la póliza

---

de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico. Ello ha llevado a que se hable de un resurgimiento del formalismo en la contratación. *Vid.* TORRES GARCÍA, T. F., «Protección del consumidor y derecho de la contratación», *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, VVAA, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 881 ss.

No obstante la exigencia de forma escrita, cabe su realización por vía electrónica dada la equiparación funcional entre el soporte escrito y el soporte electrónico (art. 23.3 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en adelante, LSSI) y entre la firma manuscrita y la firma electrónica reconocida (art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica). *Vid.* GONZÁLEZ-MENESES, M., «La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica. Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 426 ss.

<sup>24</sup> *Vid.* PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 347, nota 18.

<sup>25</sup> *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Artículo 5, Requisitos de incorporación», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 153 ss.; DURANY PICH, S., «Artículos 5 y 7», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 281 ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1812 ss.

<sup>26</sup> La incorporación de c.g.c. en contratos que se celebren por escrito se subordina a que estén situadas encima de la firma del adherente o, en caso contrario (bajo la firma, en el reverso del documento o en un anexo), conste una referencia a su existencia en la antefirma. *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, *op. cit.*, pp. 216 y 217; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, p. 436, «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predisuestas», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 110.

del contrato o documento complementario cuya copia se entrega al asegurado. Pero, además, las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados deben ser aceptadas por escrito «*específicamente*»<sup>27</sup>.

Se trata de un conjunto de requisitos que, a pesar de su aplicación a cualquier adherente, parecen estar pensados únicamente para la protección del consumidor obviando las dificultades que su estricto cumplimiento puede ocasionar en las relaciones jurídicas entre empresarios, tanto desde el punto de vista de la agilidad que requiere el tráfico empresarial como de su coste económico, razones que han dado lugar a que se proponga un tratamiento diferenciado para las relaciones empresariales, en las que son frecuentes prácticas como las cláusulas de conformidad sobre la incorporación de c.g.c. o la remisión a las c.g.c. en hojas de suministro y facturas emitidas en relaciones duraderas<sup>28</sup>.

Esta situación ha llevado a propugnar incluso una reconducción de los contratos entre empresarios que no deban formalizarse por escrito a los requisitos de incorporación del art. 5.º3 LCGC, previstos para la contratación oral<sup>29</sup>, pero lo cierto es que el art. 5.º1 LCGC es una norma aplicable a todos los contratos con c.g.c. que se celebren por escrito, con independencia de que la forma escrita sea obligatoria o no y de que lo sean entre empresarios o con consumidores<sup>30</sup>. Como veremos, el ALCM recoge unos requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. mucho más flexibles que responden a estas consideraciones.

b) Contratos que no se formalicen por escrito, en los que el predisponente se limita a entregar un resguardo justificativo de la contraprestación recibida (art. 5.º3 LCGC), es decir, contratos en los que las c.g.c. cumplen una función más limitada por ser cuantitativamente reducidas y estar destinadas a clarificar aspectos muy concretos, como las formas de pago o las limitaciones de responsa-

<sup>27</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, J., «La protección del consumidor en el contrato de seguro», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 379 ss.

En la jurisprudencia, *vid.* STS de 30 de diciembre de 2005 (R. J. A. n.º 179, de 2006), STS de 8 de marzo de 2007 (R. J. A. n.º 1527), STS de 13 de mayo de 2008 (R. J. A. n.º 3059), STS de 13 de noviembre de 2008 (R. J. A. n.º 5917), para un caso en el que además la cláusula limitativa estaba en un documento distinto al firmado por el asegurado, y STS de 23 de diciembre de 2011 (R. J. A. n.º 1896, de 2012).

<sup>28</sup> Vid. DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 272 ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thomson Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 120 ss.

<sup>29</sup> Vid. DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, p. 293.

<sup>30</sup> Por ello, ALBIEZ DOHRMANN ha considerado acertadamente que, siendo ésta la voluntad del legislador, una interpretación distinta como la anteriormente descrita es *contra legem*. Vid. *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 138.

bilidad en relación con el objeto del contrato. Por otro lado, la ausencia de resguardo justificativo (factura, recibo o ticket) no se considera obstáculo para encuadrar este tipo de contratos no celebrados por escrito en el ámbito del art. 5.º<sup>3</sup> LCGC, pues el resguardo tiene únicamente valor probatorio de la contratación realizada<sup>31</sup>.

En estos supuestos, la incorporación de c.g.c. al contrato requiere que se garantice al adherente la «*posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido*» por cualquier medio, por ejemplo, según dice la propia norma, a través de anuncios visibles en el lugar de celebración del contrato, que pueden suponer una remisión a las c.g.c., o de su inserción en la documentación del mismo, como sucede habitualmente con los tickets de transporte. En cualquier caso, el contenido de las c.g.c. ha de poder ser conocido por el adherente antes de la celebración del contrato o, a más tardar, en el momento de su celebración, si bien es cierto que si se insertan en la documentación del contrato realmente la posibilidad de conocer no existe hasta el momento inmediatamente posterior a dicha celebración<sup>32</sup>.

Como hemos anunciado, la disposición derogatoria única.2 y 3 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, ha derogado el art. 5.º<sup>4</sup> LCGC, que se refería a la incorporación de c.g.c. en contratos celebrados por vía telefónica o electrónica, y su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con c.g.c.

Ambas normas configuraban un farragoso panorama normativo que, afortunadamente, ha desaparecido, pese a que la justificación del legislador con respecto a su derogación se ha limitado a aludir a que resultaban «*incompatibles con el enfoque de armonización máxima de la Directiva que se traspone*» (Preámbulo, III, de la Ley 3/2014), es decir, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

Entre otras cuestiones, las normas derogadas incurrían en errores como dar un mismo tratamiento a la contratación telefónica y

<sup>31</sup> Su ausencia plantea un problema de prueba, pero la incorporación de las c.g.c. queda sometida a los requisitos de esta norma. Vid. DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 293 y 294; LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 297.

<sup>32</sup> Vid. GONZÁLEZ PACANOWSCA, «Artículo 5...», *op. cit.*, pp. 163 ss.; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 295 ss.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Artículo 80», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, p. 701, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, pp. 1816 ss.

electrónica, pese a que la primera carece de los mecanismos de la electrónica a efectos de puesta a disposición de las c.g.c. y de registro de la aceptación<sup>33</sup>. Pero, sobre todo, esta regulación incidía en la descripción de supuestos en función de modalidades contractuales y en el detalle de cada una de ellas sin contribuir a la mejor consecución del objetivo que pretende el control de incorporación al contrato de las c.g.c.

Así, el art. 5.4.º LCGC decía que debía quedar constancia, según lo que reglamentariamente se estableciera, de «*la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional*», debiéndose además enviar «*inmediatamente*» al adherente «*justificación escrita*» del contrato en todos sus términos.

No obstante este tenor literal de la norma, no se consideraba necesaria, por ilógica, una aceptación individualizada de «*todas y cada una*» de las cláusulas del contrato<sup>34</sup>. Por otro lado, la alusión a que la firma convencional no era necesaria era en buena medida superflua para estas modalidades de contratación, tanto porque el art. 3.4 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, ya dice que ésta «*tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel*», como por el hecho de que la forma más habitual de manifestarse la aceptación en el ámbito del comercio electrónico es mediante el «click» que se realiza en la web de la empresa oferente. Finalmente, la necesidad de envío de justificación escrita del contrato al adherente no constituía un requisito de incorporación de las c.g.c. al contrato sino una carga del predisponente dirigida a garantizar el conocimiento del contenido del contrato, ya realizado, por el adherente.

Por su parte, el RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regulaba la contratación telefónica o electrónica con c.g.c., se dedicó a regular dos cuestiones que, aparte de extralimitarse con relación a la habilitación legal otorgada para dictar una norma reglamentaria<sup>35</sup>, fueron objeto de crítica doctrinal generalizada: un deber de información previa del predisponente consistente en facilitar el texto completo de las c.g.c. con un mínimo de tres días

<sup>33</sup> Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1942.

<sup>34</sup> Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80», *op. cit.*, p. 704, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, p. 1820.

<sup>35</sup> Referida únicamente al punto relativo a la constancia de la aceptación del adherente de todas las cláusulas del contrato, que además no fue objeto de regulación. Por esta razón se sostuvo su nulidad de pleno derecho. Vid. GARCÍA RUBIO, M.ª P., «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *La Ley*, 2001, pp. 1694 ss.



naturales previos a la celebración del contrato «*por cualquier medio adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*» (art. 2), y la obligación del predisponente de confirmar documentalmente el contrato realizado, salvo en los supuestos de comercio electrónico directo<sup>36</sup>, enviando al adherente una justificación escrita o, a propuesta del mismo adherente, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado, y ello con carácter inmediato a su celebración o, a más tardar, en el momento de entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato (art. 3).

Con respecto a ello, el plazo mínimo de tres días naturales anteriores a la celebración del contrato en que habían de facilitarse las c.g.c. se consideraba totalmente inadecuado para las relaciones jurídicas entre empresarios, caracterizadas por la agilidad con que se realizan<sup>37</sup>, y para el comercio electrónico en general, vinculado a un objetivo de inmediatez<sup>38</sup>, razones por las que se propugnó su desaparición<sup>39</sup>.

Sin embargo, para el caso de la contratación electrónica, el art. 27.4 LSSI se refiere a este mismo deber de información del predisponente sin aludir al plazo mínimo de tres días naturales de antelación que había establecido previamente la norma reglamentaria: «*con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario*». Con base en ello, el requisito del plazo ya no se consideraba exigible en la contratación electrónica antes de la derogación del RD 1906/1999: es suficiente con

<sup>36</sup> Se considera que existe comercio electrónico directo cuando tanto la oferta y aceptación como la entrega de bienes o servicios y su pago se realizan por vía electrónica (servicios de información, consultas y actualizaciones de bases de datos, revistas electrónicas, programas informáticos...). Por el contrario, el comercio electrónico indirecto es aquél en el que sólo la oferta y la aceptación se realizan por vía electrónica, pues la entrega de los bienes o la ejecución de los servicios objeto del contrato se llevan a cabo por los canales ordinarios. Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», *El comercio electrónico*, VVAA, Joseba A. Echeverría Sáenz (coord.), Edisofer, Madrid, 2001, p. 34.

<sup>37</sup> Así, ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 136.

<sup>38</sup> De ahí que dicho plazo se considerara computable con relación al tiempo en que las c.g.c. eran accesibles en el sitio web del predisponente y no desde que el consumidor las consultaba. Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA, «Los contratos de adhesión ...», *op. cit.*, p. 1945.

<sup>39</sup> Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», *op. cit.*, p. 57.

que las c.g.c. se pongan a disposición del adherente «*con carácter previo*» a la celebración del contrato<sup>40</sup>.

En la misma línea, en el ámbito de la contratación con consumidores, el art. 9.1 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, obliga al proveedor de estos servicios a comunicar el contenido del contrato «*en soporte papel u otro soporte duradero accesible al consumidor, con suficiente antelación a la posible celebración del contrato a distancia*»<sup>41</sup>.

Finalmente, la «*confirmación documental de la contratación efectuada*» del art. 3 RD 1906/1999 no constituía tampoco, al igual que sucedía con la parte final del art. 5.º LCGC, un requisito de incorporación de las c.g.c., pues el contrato estaba ya realizado cuando había de confirmarse, con las c.g.c., por tanto, incorporadas (si se cumplieron los requisitos de incorporación); simplemente se trataba de una carga del predisponente dirigida a garantizar el conocimiento del adherente sobre el contenido del contrato, razón por la que no se requería para los supuestos de comercio electrónico directo<sup>42</sup>.

Por todo ello, la derogación del art. 5.º LCGC y del RD 1906/1999 ha contribuido a mejorar notablemente la situación de nuestra legislación en este punto, sin perjuicio de que las normas contenidas en los vigentes números 1 y 3 del art. 5.º LCGC merezcan también una revisión a la que nos referiremos más adelante. Por lo que se refiere a la LCGC, puede concluirse en este momento con que dicho art. 5.º1 y 3 establecen un conjunto de requisitos de incorporación que convergen en la finalidad de que el adherente tenga posibilidad de conocer la existencia y contenido de las c.g.c., como así plasma la misma LCGC en su art. 7.ºa) cuando, al determinar qué c.g.c. no quedan incorporadas al contrato por incumplir

<sup>40</sup> La disposición final 5.ª LSSI encomendó al gobierno la adaptación del RD 1906/1999 a lo dispuesto en dicha LSSI, lo cual no se produjo. No obstante, no hay duda de que el art. 2 RD 1906/1999 estaba superado por el art. 27.4 LSSI. Vid. GONZÁLEZ DE ALAIZA, «Los contratos de adhesión ...», *op. cit.*, pp. 1946 ss.

<sup>41</sup> Conforme al art. 9.2, si este tipo de contratos se celebran, a petición del consumidor, por una técnica de comunicación a distancia que no permita hacer efectivo el apartado 1, su cumplimiento habrá de realizarse «*inmediatamente después de la formalización del contrato*» y «*sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación*».

<sup>42</sup> Vid. DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, p. 312. Además, y pese al tenor literal de la norma, se consideraba que una interpretación razonable de la misma debía llevar a permitir al predisponente el empleo de soporte electrónico en esta confirmación del contrato, aunque no fuera a propuesta del adherente, sirviendo como apoyo el art. 23.2 LSSI: «*Para que sea válida la celebración de contratos por vía electrónica no será necesario el previo acuerdo de las partes sobre la utilización de medios electrónicos*». Vid. MIRANDA SERRANO, L. M., «La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 174.

dichos requisitos, dice genéricamente que no se consideran incorporadas aquéllas respecto de las que «*el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5*».

### 2.1.2 EL ARTÍCULO 80.1.a) y b) TRLCU

El art. 80.1.b), primera parte, TRLCU se refiere también al requisito de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas que conformen el contenido de contratos celebrados con consumidores diciendo que han de cumplir con los requisitos de «*accesibilidad (...), de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido*».

Por tanto, se requiere una puesta a disposición de las cláusulas no negociadas («*accesibilidad*») previa a la celebración del contrato que puede realizarse por cualquier medio que garantice dicha accesibilidad<sup>43</sup>; para el caso de la contratación electrónica, esta norma se corresponde con lo que dispone el citado art. 27.4 LSSI. Sin embargo, llama la atención que, posteriormente, el art. 89.1 TRLCU, con origen en el citado punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, diga que son cláusulas abusivas aquéllas respecto de las que el consumidor «*no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato*». Si no ha tenido oportunidad de conocerlas incumplen los requisitos de incorporación y, por tanto, no forman parte del contrato<sup>44</sup>.

Por otro lado, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha contribuido también a mejorar notablemente esta norma suprimiendo su párrafo segundo, que reproducía casi literalmente el derogado art. 5.4.º LCGC<sup>45</sup>. Con ello, la necesidad de que el consumidor tenga posibilidad de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebra-

<sup>43</sup> Recuérdese, para los contratos verbales, la ejemplificación del art. 5.º3 LCGC.

<sup>44</sup> Ante ello, la norma se explica considerando que estaría referida a supuestos de cláusulas no negociadas que afirmen que el adherente admite haber recibido información previa a la celebración del contrato relativa a las mismas, estando así cumplido el control de inclusión. Vid. GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Comentario al artículo 89.1», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 1113 y 1114; CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 89», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 913 y 915.

<sup>45</sup> La única diferencia estaba en la especificación relativa a la justificación del contrato, que no es requisito de incorporación, respecto de la que se decía que podía ser escrita, como dicho art. 5.4.º LCGC, «*o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada*», con bastante similitud con el también derogado art. 3 RD 1906/1999.

ción del contrato consigue una formulación más genérica ganando así en claridad normativa, si bien, como veremos, mezclando en el mismo precepto esta puesta a disposición del contenido del contrato con el requisito de la comprensibilidad del mismo.

Para los contratos celebrados por escrito, el art. 80.1.a) TRLCU dice que las cláusulas no negociadas deben de tener «*posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual*», lo cual viene a insistir en la necesidad de que el adherente, en este caso, el consumidor, tenga a su disposición las cláusulas no negociadas en el momento de celebración del contrato, bien porque formen parte de él o bien porque se le proporcionen a través de un anexo al mismo (art. 5.º1 LCGC), sin posibilidad de que actúen las denominadas «cláusulas de referencia» y sin posibilidad de una puesta a disposición que no suponga entrega material de dichas cláusulas no negociadas<sup>46</sup>.

Sin embargo, a diferencia del art. 5.º1 LCGC, el art. 80.1.a) TRLCU no dice nada a propósito del requisito de la firma en los contratos que se celebren por escrito, que representa la manera habitual de expresión de la aceptación en este tipo de contratos. Ello no quiere decir que esté ausente del TRLCU, pues aparece en el art. 63.1 TRLCU, que recoge la norma relativa a la obligación del empresario de entregar al consumidor un recibo, copia o documento acreditativo de la operación [antiguo art. 10.1.b) LCU]: «*En los contratos con consumidores y usuarios se entregará recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando éstas sean utilizadas en la contratación*». En la medida en que esta entrega de recibo, copia o documento acreditativo no constituye un requisito de incorporación al contrato de su contenido sino de una carga posterior del empresario, esta norma figura actualmente en dicho art. 63.1 TRLCU, si bien mezclando inadecuadamente con ello el requisito de la firma, que sí es un requisito de incorporación al contrato<sup>47</sup>.

Finalmente, el caso particular de la contratación telefónica con consumidores aparece contemplado actualmente en el art. 98.6

---

Además, se decía que «*la carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente*».

<sup>46</sup> Por ejemplo, no cabe incorporación a través de un folleto que se encuentre en el local en que se celebra el contrato. *Vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80», *op. cit.*, p. 700.

<sup>47</sup> Sobre la aplicabilidad del requisito de la firma del consumidor del art. 63.1 TRLCU a los contratos que se celebren por escrito, *vid.* PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, p. 1818.

TRLUCU, en sede de contratos a distancia, en los que no hay «*presencia física simultánea*» de empresario y consumidor (art. 92.1 TRLUCU). Esta norma establece la obligación del empresario de confirmar al consumidor la oferta del contrato por escrito o, salvo oposición de este último, en cualquier otro soporte de naturaleza duradera, y, además, determina que el consumidor sólo quedará vinculado «*una vez que haya aceptado la oferta mediante su firma o mediante el envío de su acuerdo por escrito, que, entre otros medios, podrá llevarse a cabo mediante papel, correo electrónico, fax o sms*».

## 2.2 **Comprensibilidad de las c.g.c.: los artículos 5.5.º LCGC y 80.1.a) y b) TRLUCU**

La comprensibilidad o transparencia de las c.g.c. exige el cumplimiento de requisitos relacionados con su redacción. Así, el art. 5.º LCGC dice que «*deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*», y, para las cláusulas no negociadas que se inserten en contratos celebrados con consumidores, el art. 80.1.a) TRLUCU reitera lo anterior diciendo que deben estar redactadas conforme a criterios de «*concreción, claridad y sencillez*»<sup>48</sup>.

Ello presupone la «*legibilidad*» o perceptibilidad de las cláusulas contractuales [art. 80.1.b) TRLUCU], cuestión que está en íntima relación con el tamaño tipográfico de la letra y con la calidad de impresión utilizadas. Por esta razón, la reforma del art. 80.1.b) TRLUCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha profundizado en este requisito añadiendo que «*en ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura*». El legislador ha optado por proteger al consumidor en este ámbito a través de la inserción de un criterio objetivo cuyo incumplimiento permite descartar automáticamente la validez de la incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, lo cual debe ser valorado de forma muy positiva por su utilidad para la protección del consumidor ante las más que habituales prácticas empresariales en este sentido.

Con la misma finalidad y en cumplimiento de la Directiva 2011/83/UE, la reforma del TRLUCU de 2014 ha incidido en el requisito de la comprensibilidad aplicándolo a la información precontractual que se suministra al consumidor, que integra el conte-

<sup>48</sup> Para el contrato de seguro, el art. 3 LCS dice que las c.g.c. deben redactarse «*de forma clara y precisa*».

nido del contrato (arts. 61.2 y 97.5 TRLCU): el art. 60.1 TRLCU dice que dicha información relativa a las características principales del contrato ha de facilitarse «*de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto*»; de igual forma, el art. 98.1 TRLCU, con relación a los contratos a distancia, dice que ha de facilitarse «*en términos claros y comprensibles*», y, además, que «*siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible*»<sup>49</sup>; en el mismo sentido, el art. 99.1 TRLCU dice que la información precontractual que debe ponerse a disposición del consumidor en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil «*deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles*».

Por otro lado, el cumplimiento de los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las cláusulas no negociadas ha de tomar como referencia al adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate y a las circunstancias típicamente concurrentes en la celebración de dicho tipo contractual<sup>50</sup>.

No obstante, con carácter general puede decirse que las cláusulas contractuales no cumplen con dichos requisitos cuando, entre otros casos, se redactan de forma oscura o abigarrada, se incluyen de forma desordenada y se recurre demasiado a remisiones internas dentro del contrato o a disposiciones legales imposibilitando que el adherente se forme un adecuado conocimiento de su posición contractual. La valoración de la transparencia de las cláusulas no negociadas debe realizarse, por tanto, en conexión con el conjunto del contrato, que no puede ser utilizado por el predisponente para introducir el contenido contractual de forma subrepticia. Además, las cláusulas han de ser concretas, lo cual impide la utilización de fórmulas vagas o imprecisas que dificulten que el adherente pueda formarse una idea definida de dicha posición contractual<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Especialmente para los contratos electrónicos que conlleven obligaciones de pago, *vid.* art. 98.2 párrafo primero TRLCU.

<sup>50</sup> El concepto de consumidor medio ha sido utilizado por la jurisprudencia del TJUE y posteriormente adoptado por el Derecho comunitario. *Vid.* Considerando (18) de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, en el que, con fundamento en lo previamente declarado por el TJCE, se dice que consumidor medio es aquél que «*está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*».

No obstante, este concepto se intuye ya, aplicado además específicamente a la comprensibilidad de las c.g.c., en las SSTs de 5 de julio de 1997 (Fundamento de Derecho Tercero) (R. J. A. n.º 6151), 20 de febrero de 1998 (Fundamento de Derecho Tercero) (R. J. A. n.º 604), y 13 de noviembre de 1998 (Fundamento de Derecho Segundo) (R. J. A. n.º 8742), cuando aluden a la necesidad de que sean comprendidas por «*persona de tipo medio*».

<sup>51</sup> *Vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, *op. cit.*, pp. 235 ss.; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, *op. cit.*, pp. 401 ss., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales ...», *op. cit.*, p. 109;

En consonancia con el art. 5.º LCGC, el art. 7.ºb) LCGC insiste en que no se consideran incorporadas al contrato las c.g.c. que sean «*ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*», pero introduce una salvedad referida a estas últimas: las cláusulas incomprensibles quedan incorporadas al contrato cuando «*hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato*». Pese a la perplejidad que la redacción de esta norma pueda causar, que parece validar la incorporación al contrato de cláusulas incomprensibles en determinados ámbitos<sup>52</sup>, su significado hay que vincularlo a la incomprensibilidad aparente, para un adherente medio, de cláusulas que sin embargo se ajustan a normas específicas sobre transparencia, particularmente, las relacionadas con la contratación bancaria y bursátil, que se caracterizan por un nivel de tecnicismo muy elevado cuya utilización es necesaria en estos sectores de la contratación; de ahí que el cumplimiento del requisito de la transparencia se haga depender de la normativa específica existente al respecto<sup>53</sup>.

A nivel jurisprudencial, el requisito de la transparencia de las cláusulas no negociadas tiene un hito en la STS de 9 de mayo de 2013<sup>54</sup>, que ha dado lugar a que esta problemática se convierta en un tema de plena actualidad jurídica y gran repercusión social. En esta resolución, a iniciativa de AUSBANC (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios) y en ejercicio de acción colectiva de cesación de c.g.c., se declaró que las cláusulas que establecen límites a la variabilidad de los tipos de interés en contratos de préstamo hipotecario, conocidas como «cláusulas suelo», incumplen el

GONZÁLEZ PACANOWSCA, «Artículo 5...», *op. cit.*, pp. 188 ss., «Artículo 80, Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 926 y 927; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», *op. cit.*, pp. 318 y 319; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004, pp. 68 ss., «Artículo 80», *op. cit.*, pp. 698 y 699, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, pp. 1821 ss.; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales...», *op. cit.*, pp. 695 ss.

<sup>52</sup> En este sentido, la crítica de la doctrina. *Vid.* GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación, (Crónica de lo incomprensible)», *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1125 ss.; LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, VVAA, Eugenio Llamas Pombo (coord.), La Ley, Madrid, 2005, p. 286.

<sup>53</sup> *Vid.* LLODRÀ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, *op. cit.*, p. 318; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales...», *op. cit.*, pp. 698 y 699; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, «Artículo 80», *op. cit.*, p. 698, «Los contratos de adhesión...», *op. cit.*, p. 1824.

<sup>54</sup> R. J. A. n.º 3088.

deber de transparencia del art. 80.1 TRLCU cuando, a pesar de ser claras si se consideran de forma aislada, no se destacan suficientemente en el contrato, con lo que se priva al consumidor de información clara y comprensible sobre el coste del préstamo en el momento de celebración de dicho contrato.

A estos efectos, el TS distinguió entre el control de inclusión de los arts. 5.º y 7.ºb) LCGC, que considera superado por las c.g.c. objeto de controversia al ser «*examinadas de forma aislada*» (Fundamento de Derecho Undécimo), y el del art. 80.1 TRLCU, aplicable a contratos con consumidores, que entiende violado al valorarlo en el contexto contractual concreto en el que se enmarcaban tales c.g.c., que no permitió que los consumidores afectados tuvieran información clara y comprensible sobre las mismas. Particularmente, con relación a las «cláusulas suelo» utilizadas por BBVA, dice que «*no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro*» (Fundamentos de Derecho Duodécimo y Decimotercero).

En el mismo sentido pero con relación a un contrato de crédito al consumo, la STJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014 ha declarado que «*la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*»<sup>55</sup>. Es decir, el requisito de la transparencia implica no sólo que las cláusulas sean claras desde el punto de vista gramatical sino que también lo sean en orden a la comprensión por el consumidor de la carga económica que realmente le supone el contrato.

Esta doctrina ha sido recogida por la STS de 26 de mayo de 2014, dictada con relación a un contrato de compraventa de vivienda sobre plano, en cuyo Fundamento de Derecho Segundo.5 se dice que el control de transparencia supone la obligación del predisponente de que «*la cláusula considerada no solo sea clara e inteligible, gramaticalmente para el contratante consumidor, sino*

<sup>55</sup> Apartado 75, TJCE 2014/105, C-26/13.



*que también resulte transparente tanto en la comprensión de la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, respecto de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener, como de la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, como en la respectiva asignación o distribución de los principales riesgos del contrato celebrado*<sup>56</sup>.

Finalmente, la STS de 8 de septiembre de 2014 ha incidido en la necesidad de cumplir el principio de transparencia con relación a las «cláusulas suelo» declarando que, dado que constituyen un «elemento significativo» en este tipo de contratos, no es admisible que pasen desapercibidas para el consumidor sino que deben ser objeto de un «realce específico y diferenciable» con respecto al resto del contenido del contrato (Fundamento de Derecho Segundo.9)<sup>57</sup>.

Por otro lado, esta falta de transparencia dio lugar a que el TS, en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, realizara un juicio de abusividad sobre las «cláusulas suelo» controvertidas que se resolvió a favor del consumidor: se consideran abusivas, pero de nuevo no en sí mismas consideradas sino como consecuencia de la falta de transparencia que se deriva del modo en que se insertaron en el contrato, determinante del desequilibrio contractual entre las partes (Fundamento de Derecho Decimoquinto). Esto no es algo nuevo de nuestra jurisprudencia, pues la abusividad por falta de transparencia ha sido declarada en ocasiones anteriores con la finalidad de proteger al consumidor<sup>58</sup>. No obstante, debe tenerse presente la configuración legal del requisito de la transparencia como parte del control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas: si no son transparentes, y efectivamente no lo son si no están destacadas suficientemente en el contrato, la consecuencia jurídica es que no quedan incorporadas al contenido contractual y, por tanto, no hay necesidad de entrar a valorar si dicha falta de transparencia es determinante o no de la causación de un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

En cualquier caso, y con relación a dichas «cláusulas de suelo», el art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, dispone que las escrituras públicas relativas

<sup>56</sup> R. J. A. n.º 3880.

<sup>57</sup> R. J. A. n.º 4660.

<sup>58</sup> Vid. SSTS de 22 de diciembre de 2009 (R. J. A. n.º 703, de 2010), 17 de junio de 2010 (R. J. A. n.º 5407) y, sobre todo, 1 de julio de 2010 (R. J. A. n.º 6554).

a la contratación de préstamos hipotecarios por personas físicas para adquisición de vivienda o derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir en las que se incluyan limitaciones a la variabilidad del tipo de interés del tipo de las «cláusulas suelo» incluyan, junto a la firma del consumidor, «una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato». Con ello, la incorporación de este tipo de cláusulas a los contratos de préstamo hipotecario queda también condicionada por el cumplimiento de este requisito de expresión manuscrita, dirigido a reforzar el conocimiento de su existencia y significado por el consumidor.

Para terminar, hay que hacer una referencia a la problemática que plantea el hecho de que el art. 6.º LCGC recoja el criterio de interpretación *contra proferentem* del art. 1288 CC diciendo que «las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente», pues en principio entra en contradicción con las normas de incorporación previamente establecidas por la misma LCGC, que impiden que las cláusulas oscuras se consideren incorporadas al contrato. Ello ha sido acertadamente resuelto con base en el propio sentido de las normas de inclusión y de las normas de interpretación, es decir, entendiendo que sólo los casos leves de oscuridad, que pasan el control de incorporación porque cumplen sus requisitos pero a pesar de ello originan alguna duda o ambigüedad interpretativa, están sometidos al art. 6.º LCGC<sup>59</sup>.

### 3. LAS CLÁUSULAS «SORPRENDENTES»

En la línea de la Directiva 93/13/CCE, ni la LCGC ni el TRLCU contienen ninguna norma relativa a la incorporación al contrato de las llamadas, con origen en la jurisprudencia alemana, cláusulas «sorprendentes», es decir, aquéllas de contenido tan insólito que el adherente no pudo contar razonablemente con su existencia en el momento de celebración del contrato<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, op. cit., pp. 233 y 234, 285 ss., con relación al antiguo art. 10.1.a) LCU; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 363 y 364, 398 ss., «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales...», op. cit., p. 113.

<sup>60</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, op. cit., pp. 241 ss., 259 ss.; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 499 ss.

Sin embargo, nuestra doctrina ha considerado que tales cláusulas no deben considerarse incorporadas al contrato en la medida en que su contradicción con las expectativas legítimas y razonables del adherente y, en definitiva, con la buena fe, determina que no queden cubiertas por su aceptación. Con ello se otorgaría reconocimiento jurídico a la irreprochabilidad (moral) de la conducta típica de los adherentes, que les lleva a no conocer el contenido contractual, al tiempo que se intenta garantizar su confianza en la honradez del predisponente, que tendría un deber específico de información con relación a este tipo de cláusulas «insólitas»<sup>61</sup>.

Este argumento no acaba de ser coherente con los fundamentos del control de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos, otorgar al adherente la posibilidad de conocer el contenido de los mismos para, a partir de ahí, legitimar la validez de su consentimiento contractual. Por ello, en ausencia de normas específicas dirigidas a garantizar el conocimiento de este tipo de cláusulas, quizás lo más conveniente sea reconducirlas al ámbito del control de contenido, pues es difícil que su carácter sorprendente o insólito pueda escapar del juicio de abusividad (art. 82.1 TRLCU)<sup>62</sup>.

#### 4. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de los requisitos de incorporación al contrato del art. 5.º LCGC da lugar a que las cláusulas afectadas no se consideren incorporadas al contrato (art. 7.º LCGC), al igual que sucede en el caso de que contenga condiciones particulares que contradigan c.g.c., salvo que estas últimas sean más beneficiosas para el adherente (art. 6.º1 LCGC). Por su parte, el TRLCU no prevé sanción para el incumplimiento del art. 80.1.a) y b) TRLCU, por lo que, en caso de que afecte a cláusulas no negociadas que no

---

<sup>61</sup> Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, op. cit., p. 247; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 490 ss., 625 ss.; DURANY PICH, «Artículos 5 y 7», op. cit., p. 321 y 322; DURÁN RIVACOBBA, «Valor jurídico de las condiciones generales...», op. cit., pp. 712 y 713.

<sup>62</sup> Vid. PERTÍNEZ VÍLCHEZ, «Los contratos de adhesión...», op. cit., pp. 1855 ss.

En este sentido, el art. 3.1 párrafo segundo de la propuesta modificada de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores de 5 de marzo de 1992 preveía expresamente la consideración como abusivas de aquellas cláusulas no negociadas que implicaran «una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el consumidor podría legítimamente esperar». Cfr. DOCE, C 73, de 24 de marzo de 1992, p. 9. En el ámbito jurisprudencial, vid. STS de 17 de octubre de 2007, en la que se dijo que la falta de acogida explícita de la regla de las cláusulas «sorprendentes» en nuestro ordenamiento jurídico no quiere decir que sea totalmente ajeno a ellas (Fundamento de Derecho Tercero) (R. J. A. n.º 6275).

sean c.g.c., la sanción aplicable será la nulidad de pleno derecho (art. 6.3 LCGC)<sup>63</sup>.

La sanción de «no incorporación» al contrato del art. 7.º LCGC es sólo aparentemente distinta a la nulidad de pleno derecho a que seguidamente se refiere la misma LCGC en su art. 8.º1: «*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley*», por lo tanto, también en el art. 5.º LCGC, o, continúa, recogiendo el art. 6.3 CC, «*en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*», como es el caso de las c.g.c., utilizadas en la contratación con consumidores, que sean cláusulas abusivas conforme a los arts. 82 a 91 TRLCU (art. 8.º2 LCGC).

De hecho, la no incorporación al contrato de las c.g.c. que incumplan los requisitos de incorporación se traduce en su inexistencia, en que se tengan por no puestas, lo cual a efectos de encuadre en una categoría de ineficacia ante la necesidad de declaración judicial remite a la nulidad de pleno derecho, como evidencia el hecho de que, seguidamente, los arts. 9.º y 10 LCGC sometan a ambas sanciones, no incorporación y nulidad, al mismo régimen jurídico general, el de la nulidad contractual: «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*» (art. 9.º1 LCGC)<sup>64</sup>.

Específicamente, no incorporación y nulidad también comparan consecuencias, inspiradas en el modelo alemán sobre c.g.c.<sup>65</sup>, en el sentido de que la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de nulidad o de declaración de no incorporación decretará la nulidad total del contrato cuando la nulidad o no incorporación de las c.g.c. afecte a sus elementos esenciales (art. 9.º2 LCGC) o no pueda subsistir sin las c.g.c. afectadas (art. 10.1 LCGC)<sup>66</sup>, o bien, en caso contrario, la

<sup>63</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAS, C., *Curso de Derecho Civil (II)*, Derecho de Obligaciones, VVAA, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Colex, Madrid, 2014, p. 434.

<sup>64</sup> Se trata, no obstante, de una nulidad con caracteres peculiares, derivados de su configuración al servicio de un interés privado, el del adherente, único con legitimación al respecto. Vid. BLANDINO GARRIDO, M.ª A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.ª L./Méndez Serrano, M.ª M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 247 y 248, 250 ss.

<sup>65</sup> Vid. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., p. 602.

<sup>66</sup> Imposibilidad de subsistencia del contrato que se derive de la situación inequitativa para una o ambas partes a que se llegue como consecuencia de la nulidad de las c.g.c. Vid. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...*, op. cit., pp. 686 ss.

nulidad parcial del mismo, en cuyo caso habrá de integrarse la parte del contrato afectada por la nulidad o no incorporación conforme al art. 1258 CC (art. 10.2 LCGC)<sup>67</sup>.

¿Qué diferencias hay, pues, entre no incorporación y nulidad? Desde el punto de vista funcional ninguna, por lo que la no incorporación al contrato constituiría simplemente una forma de denominar la nulidad de las c.g.c. ante el incumplimiento de los requisitos de incorporación<sup>68</sup>. Con ello nos encontramos de nuevo ante un ejemplo de la mala técnica legislativa que caracteriza a la LCGC, que nominalmente contempla una sanción distinta a la nulidad de pleno derecho, lo cual es bastante lamentable por inducir a confusión en la regulación de una materia que afecta de forma directa a la protección del adherente frente a los abusos del predisponente.

## V. REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

### 1. DERECHO ITALIANO

El *Codice civile* italiano de 1942 constituye un primer punto de referencia de Derecho comparado en la medida en que contiene una regulación básica relativa a las c.g.c. que incluye una norma fundamental en materia de control de incorporación, el art. 1341, párrafo primero, conforme al que sólo vinculan al adherente «*se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o*

<sup>67</sup> Tratándose de c.g.c. que sean declaradas cláusulas abusivas, la STJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, Asunto C-618/10, y posterior adaptación del TRLCU a lo en ella dispuesto han eliminado las facultades de integración del contrato que tenía el juez ante la nulidad de las mismas. Dicha Sentencia estableció que el cumplimiento del art. 6.º1 de la Directiva 93/13/CEE, que obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para que dichas cláusulas no vinculen al consumidor, no puede suponer el otorgamiento al juez nacional de facultades de integración del contrato que modifiquen el contenido de dichas cláusulas, pues con ello se puede ver burlado el efecto disuasorio perseguido por la Directiva con relación a su utilización: el juez nacional se debe limitar a no aplicarlas, ya que, en otro caso, los empresarios pueden verse tentados a introducir cláusulas abusivas pensando que, aun declarándose su nulidad, la integración del contrato realizada por el juez acabará garantizando su interés. *Vid. DOUE* de 28 de julio de 2012, C 227/5. De ahí la modificación del art. 83 TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo (*vid. Preámbulo*, III).

<sup>68</sup> *Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Curso de Derecho Civil (II), op. cit.*, p. 434. En el mismo sentido, DURÁN RIVACOBIA, «Valor jurídico de las condiciones generales ...», *op. cit.*, pp. 691, nota 52, 699 y 700.

Frente a ello, se ha intentado dar una explicación a este fenómeno legislativo considerando que la no incorporación implicaría inexistencia y no expulsión del contrato de las c.g.c. afectadas, dado que en estos casos el adherente no habría prestado su consentimiento en relación con las mismas. Para conseguir esa declaración de inexistencia dispondría de la acción de nulidad parcial del contrato por inexistencia, quedando así de este modo equiparadas sus consecuencias jurídicas a las de la nulidad. *Vid. LLODRÀ GRIMALT, El contrato celebrado bajo condiciones generales, op. cit.*, pp. 340 ss.

*avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza*». Con ello se recoge a la perfección la esencia del control de incorporación de las c.g.c.: se consideran incorporadas y, por tanto, son eficaces, si el adherente las conoció o debió haberlas conocido utilizando una diligencia media, con independencia de la forma de celebración del contrato.

No obstante, el art. 1341 párrafo segundo del *Codice civile* exige la aprobación por escrito y de forma específica de un conjunto de cláusulas, específicamente enumeradas, que se consideran desfavorables para el adherente, como las que establecen limitaciones de responsabilidad del predisponente o las cláusulas de sumisión expresa, es decir, cláusulas que establecen un desequilibrio contractual, cuya incorporación al contrato y consecuente eficacia requiere de dicha aceptación por escrito y de forma específica. Con ello se admite implícitamente la validez de cláusulas gravosas para el adherente cuando éste no tiene la consideración de consumidor, en cuyo caso entrarían en el ámbito de las cláusulas «*vessatorie*» de los arts. 33 y 34 del *Codice del Consumo*, aprobado por Decreto Legislativo n.º 206, de 6 de septiembre de 2005.

Finalmente, el art. 35.1 del *Codice del Consumo* completa el control de incorporación de las c.g.c. aplicable a la contratación con consumidores declarando la necesidad de que, si se proponen por escrito, se redacten de forma clara y comprensible, si bien es cierto que el art. 1341 párrafo primero del *Codice civile*, aplicable a todo adherente, comprende la misma exigencia aunque no se diga de forma expresa, pues sólo se puede conocer lo que está redactado de forma comprensible.

## 2. DERECHO ALEMÁN

Como se puso de manifiesto al inicio de este trabajo, la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001 integró en los párrafos 305 a 310 del *BGB* alemán el régimen jurídico de las c.g.c. que anteriormente se contuvo en la *AGB-Gesetz* de 9 de diciembre de 1976, ley especial sobre c.g.c. que, como es sabido, constituye otro gran referente en la materia.

El párrafo 305(2) *BGB* establece los requisitos de incorporación al contrato de las c.g.c. relativos a su cognoscibilidad inmediatamente después de acotarse el concepto de c.g.c. en el párrafo 305(1), si bien se trata de requisitos no aplicables a los adherentes que sean empresarios [párrafo 310(1)]; conforme a dicho párrafo 305(2).1 *BGB*, las c.g.c. sólo quedan incorporadas al contrato si el predisponente, en el momento de su celebración,

informa expresamente al adherente sobre las mismas o, si ello sólo es posible con una dificultad desproporcionada por razón de la forma de celebración del contrato, publica de forma visible un anuncio referido a ellas en el lugar de su celebración.

Además, el parágrafo 305(2).2 *BGB* obliga al predisponente a facilitar el conocimiento de las c.g.c. «*de una manera aceptable*», con mención específica a las personas con algún impedimento físico perceptible para dicho predisponente, que habrá de tener en cuenta, por tanto, sus circunstancias especiales.

Por su parte, el parágrafo 305.c(1) *BGB* contiene una norma dedicada a las llamadas cláusulas «sorprendentes» en la que se determina que no forman parte del contrato. No obstante, la principal novedad de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2002 con respecto al régimen sobre c.g.c. contenido en la *AGB-Gesetz* de 1976 estuvo en la codificación de la doctrina jurisprudencial relativa a los supuestos de falta de transparencia, cuya ineficacia se establece en el parágrafo 307(1) *BGB* por considerarse que la redacción de forma no clara y comprensible de las cláusulas contractuales causa un perjuicio irrazonable contrario a la buena fe (concepto de abusividad formal<sup>69</sup>).

### 3. DERECHO PORTUGUÉS

Entre los ordenamientos de nuestro entorno destaca también el Derecho portugués por la existencia de una ley temprana sobre c.g.c. que, a semejanza del modelo italiano, contiene una norma sencilla y genérica a propósito de su control de incorporación al contrato que ha sido muy bien valorada por la doctrina más especializada en materia de c.g.c.<sup>70</sup>

El art. 5.º del *Decreto-Lei n.º 446/1985, de 25 de outubro, das condições gerais dos contratos*, establece en su número 1 que las c.g.c. «*deben ser comunicadas de forma íntegra*» al adherente, concretando el número 2 que esta comunicación debe realizarse «*de modo adecuado y con la antelación necesaria para que, teniendo en cuenta la importancia del contrato y la extensión y complejidad de las cláusulas, sea posible su conocimiento completo y efectivo por quien usa una diligencia media*». Conforme al número 3, la carga de la prueba de esta comunicación adecuada y efectiva corresponde al predisponente.

<sup>69</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo Derecho de obligaciones, ...», *op. cit.*, p. 1150.

<sup>70</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 139.

Con ello, se recogen de forma muy correcta los objetivos del control de incorporación al contrato de las c.g.c., pues, efectivamente, se trata de que el adherente tenga la posibilidad de conocerlas en el momento de celebración del contrato utilizando una diligencia media, lo cual habrá que valorar en cada caso en función del tipo de contrato y demás circunstancias concurrentes.

#### 4. DERECHO HOLANDÉS

Como pusimos de relieve en su momento, el Código Civil holandés de 1992 marcó un nuevo punto de referencia en materia de c.g.c. al integrar en sus arts. 6:231 a 6:247.-1 un régimen jurídico bastante detallado relativo a dichas c.g.c., aplicable en principio a cualquier adherente, en el que se encuentran sin embargo incluidas normas sobre abusividad material aplicables únicamente a los contratos celebrados con consumidores (arts. 6:236 y 6:237).

Por lo que al tema de la incorporación al contrato de las c.g.c. se refiere, el art. 6:231 da un concepto de c.g.c. que, curiosamente, contiene el requisito de la comprensibilidad o transparencia al decir que han redactarse de forma clara y sin ambigüedades. Por su parte, el art. 6:233.b determina la necesidad de cognoscibilidad de las mismas al declarar su carácter anulable si el predisponente no ofrece al adherente «una oportunidad razonable» de conocer su contenido.

Seguidamente, el art. 6:234.1 contiene un conjunto de presunciones de puesta en conocimiento de las c.g.c. al adherente que concretan la norma anterior, pues se considera que el predisponente ha dado la posibilidad de conocerlas al adherente si se las ha entregado antes o en el momento de celebración del contrato y, no siendo esto razonablemente posible, si le ha informado, antes de la celebración del contrato, de que pueden ser consultadas en una Cámara de Comercio o en el registro de un tribunal judicial en los que han sido depositadas.

Tratándose de contratación electrónica, se considera que ha existido la oportunidad de conocer las c.g.c. si el predisponente las pone a disposición del adherente por medios electrónicos, antes o en el momento de celebración del contrato, o bien, si lo anterior no es razonablemente posible, si el adherente puede consultarlas en el sitio web del predisponente y se le envían sin demora y sin gastos por cualquier medio tras su solicitud; el incumplimiento de estos requisitos es causa de anulabilidad (art. 6:234.2).



## 5. DERECHO FRANCÉS

El art. L134-1 del *Code de la Consommation* francés, aprobado por Ley n.º 93-949, de 26 de julio de 1993, establece la obligación del empresario de facilitar un ejemplar de los clausulados contractuales que utilice habitualmente a cualquier persona que lo solicite y, con respecto a los contratos electrónicos cuya cuantía económica sea igual o superior a la que a tales efectos se fije por decreto, el art. L134-2 determina la obligación del profesional de garantizar a la otra parte contratante el acceso al contenido del contrato en todo momento. Por su parte, el art. L133-2 párrafo primero del mismo *Code de la consommation* recoge el requisito de la transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores diciendo que «*doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible*».

Se trata por tanto de un modelo normativo que no dedica demasiada atención al control de incorporación de las cláusulas no negociadas. Sin embargo, ofrece algo más de interés a raíz de los distintos intentos de modernización del derecho de obligaciones que se han venido sucediendo en los últimos tiempos.

El *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription* de 22 de septiembre de 2005, también llamado *Avant-Projet Català*, no contiene normas sobre esta materia, a pesar de que su art. 1102-5 sí previó una definición de los contratos de adhesión con la finalidad de clarificar su concepto en los casos en que contengan cláusulas negociadas<sup>71</sup>.

Tampoco lo hizo la propuesta del grupo de trabajo dirigido por el profesor F. Terré, *Pour une réforme du droit des contrats*, de diciembre de 2008<sup>72</sup>, pero sí el *Projet de Réforme du Droit des Contrats* presentado en julio del mismo año por el Ministerio de Justicia, conocido como *Projet de la Chancellerie*<sup>73</sup>, que fue más allá del *Avant-Projet Català* incluyendo, no sólo una definición de contrato de adhesión (art. 11 párrafo segundo), sino también una norma relativa a la incorporación al contrato de las c.g.c.

<sup>71</sup> Vid. [www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf), pp. 16 y 67; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción. (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 655 y 721.

<sup>72</sup> Vid. *Pour une réforme du droit des contrats*, VVAA, sous la direction de Françoise Terré, Dalloz, Paris, 2008.

<sup>73</sup> Vid. PICOD, Y., «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 4 ss.

Con posterioridad, la misma *Chancellerie* presentó el *Projet de réforme du régime des obligations et des quasi contrats* de 9 de mayo de 2011. Vid. [www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avant\\_projet\\_regime\\_obligations.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf).

Así, conforme a su art. 24 párrafo primero, «*lorsque l'offre renvoie à des conditions générales, l'acceptation n'emporte approbation de celles-ci que si son auteur en a eu connaissance et si les circonstances établissent qu'il les a acceptées*»<sup>74</sup>. Con ello se propuso una norma singular a nivel de Derecho comparado pero en la línea de la escasa importancia prestada por este ordenamiento al control de incorporación, pues está dirigida a garantizar, sólo cuando la oferta reenvía a c.g.c., que el adherente tenga conocimiento de su existencia y las acepte de forma específica.

## VI. TEXTOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

### 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, los llamados textos de Derecho contractual europeo buscan la creación de reglas unificadas destinadas a regir los contratos intracomunitarios con el objetivo fundamental de facilitar el comercio transfronterizo en el ámbito de la UE, lo cual, en materia de c.g.c., podría traducirse en la existencia de un instrumento que, entre otras cosas, contribuyera a evitar la utilización por parte de los predisponentes de grados de protección distintos para los adherentes. Por ello, constituyen una referencia imprescindible de cara a futuras reformas tanto del Derecho comunitario como de los ordenamientos nacionales.

Su punto de partida está en el trasfondo común que subyace en los Derechos de los Estados miembros cuyo origen se encuentra en la recepción del Derecho romano, el cual, sin perjuicio de su conciliación con el *Common Law*, facilitaría la creación de una especie de *lex mercatoria* opcional (*soft law*) dirigida a promover el comercio internacional yendo así más allá del Derecho internacional privado [Reglamento(CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales], y del Derecho comunitario, pensado para la protección del consumidor<sup>75</sup>.

Los textos de Derecho contractual europeo son, en definitiva, expresión jurídica de la globalización, lo cual justifica que, con independencia de que los ordenamientos nacionales constituyan su punto de partida, tengan influencia de los textos que componen el

<sup>74</sup> Las referencias pertenecen a la versión de mayo de 2009. *Vid.* [www.droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD\\_contrats/projet\\_contrats\\_mai\\_2009.pdf](http://www.droit.wester.ouisse.free.fr/textes/TD_contrats/projet_contrats_mai_2009.pdf), pp. 3 y 5.

<sup>75</sup> *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 198 y 199.

llamado Derecho uniforme del Comercio Internacional, de gran utilización práctica: la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980 (CISG) y los *Principles of International Commercial Contracts*, también denominados Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales, realizados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado con sede en Roma, conocido como Instituto Unidroit, que a su vez presentan influencia de los *Principles of European Contract Law* (PECL)<sup>76</sup>.

En ambos casos se trata de textos dirigidos a regir relaciones transfronterizas entre empresarios, por lo que carecen de normas sobre protección de consumidores. En lo relativo a la materia que nos ocupa, la CISG no regula la incorporación al contrato de c.g.c., lo cual da lugar a que las cuestiones que se susciten en torno a ello hayan de resolverse en el marco del principio de buena fe (art. 7.1) y de las reglas de interpretación (art. 8)<sup>77</sup>. Por su parte, los Principios Unidroit dedican una norma a las cláusulas «sorpresivas», que el adherente no hubiera podido prever razonablemente en el momento de celebración del contrato, a las que se priva de eficacia salvo que se acepten de forma expresa [art. 2.1.20 (1)<sup>78</sup>].

Por lo que se refiere a los textos de Derecho contractual europeo, las normas destinadas a la protección del consumidor tienen una importancia reducida frente al significado que alcanzan para el Derecho comunitario, pero, en materia de c.g.c., se constata en ellos una influencia inevitable de la Directiva 93/13/CEE que, consecuentemente, fomenta la similitud entre los mismos. Los dos textos de referencia son los aludidos PECL de la *Commission of European Contract Law*, dirigida por Ole Lando y Hugh Beale, y el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) realizado por el *Study Group on a European Civil Code*, dirigido por Christian Von Bar, y el *Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, dirigido por Hans Schulte-Nölke, por lo que el estudio de la cuestión que nos ocupa la realizaremos en torno a ambos sin perjuicio de las referencias que procedan a otros textos de menor impacto.

<sup>76</sup> Sobre su influencia recíproca, *vid.* PERALES VISCASILLAS, P., «Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, p. 197.

<sup>77</sup> *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 123, nota 174.

<sup>78</sup> *Cfr.* [www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf](http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf).

## 2. LOS PECL

Los PECL contienen un conjunto de reglas dirigidas a la creación de un marco contractual general, aplicable tanto a la contratación entre empresarios como a la contratación con consumidores<sup>79</sup>. No obstante, se otorga mayor relevancia a la contratación entre empresarios conforme a criterios que se han calificado de neoliberales dirigidos a favorecer la celebración de contratos y la libertad contractual, que sólo se moderan con algunas normas que buscan la equidad a través de la aplicación de los principios de buena fe y de razonabilidad<sup>80</sup>. En este sentido, destaca especialmente la aplicación del control de contenido frente a cláusulas abusivas a cualquier adherente, consumidor o empresario [art. 4:110 (1) PECL]<sup>81</sup>.

El art. 2:104 PECL, ubicado en el Capítulo 2 («*formación de los contratos*»), regula el control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas individualmente, por tanto, c.g.c. o no. Ello coincide con el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE y supone extender el objetivo protector del control de incorporación a cualquier adherente, si bien ha sido criticado por no reflejar la realidad del mercado, en el que apenas existen cláusulas predisuestas que no sean c.g.c.<sup>82</sup>.

Conforme a dicho art. 2:104 (1) PECL, para que las cláusulas no negociadas tengan eficacia se exige que el predisponente adopte «*medidas suficientes*» para que el adherente «*repare*» en ellas antes o en el momento de la conclusión del contrato, aclarando el art. 2:104 (2) PECL que «*la mera referencia en el texto del contrato a una cláusula no es suficiente para considerar que se ha destacado de manera conveniente, aunque la otra parte haya firmado el documento*»<sup>83</sup>.

El comentario que sigue a esta norma explica, a modo de interpretación auténtica, que el predisponente ha de haber dado a cono-

<sup>79</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRÍAS, E./MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Cívitas, Madrid, 2002, pp. 75 ss., especialmente, p. 88; BARRES BENLLOCH, P./EMBED IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, pp. 27 ss.; GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 ss.

<sup>80</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO/ROCA TRÍAS/MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, op. cit., pp. 89 ss.; ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., pp. 89 ss.

<sup>81</sup> Vid. BARRES BENLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, op. cit., p. 384.

<sup>82</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 93.

<sup>83</sup> Cfr. BARRES BENLLOCH/EMBED IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, op. cit., pp. 67 y 205, con las versiones en inglés y en español, respectivamente.

cer las cláusulas no negociadas de forma conveniente, lo cual se entiende cumplido cuando formen parte del documento contractual, cuando figuren en el reverso de la oferta o incluso cuando figuren en un anexo de la misma si dicha oferta contenía una referencia a ellas. Sólo carecen de eficacia si es el contrato el que contiene únicamente una mera referencia a las cláusulas no negociadas (cláusulas de referencia), y con la salvedad de que el adherente las conociera previamente, por ejemplo, según describe el mismo comentario, porque se hubieran destacado convenientemente en contratos previos entre las partes<sup>84</sup>. Además, se admite la validez de las cláusulas no negociadas que se ponen en conocimiento del adherente en el momento en que recibe la mercancía<sup>85</sup>.

Con ello, nos encontramos con un sistema que facilita en gran medida la incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas en detrimento de la protección del adherente. Los PECL requieren que el predisponente actúe de forma diligente en orden a que el adherente tenga conocimiento de su existencia, pero no se manifiestan a propósito de que éste tenga la posibilidad de conocer efectivamente su contenido, lo cual implica la necesidad, a la que no se refieren, de que se redacten de forma transparente. Por otro lado, la adopción de medidas dirigidas a que el adherente tenga conocimiento de las cláusulas no negociadas se concibe de forma muy flexible, pues, como hemos visto, se considera suficiente su inserción en el reverso de la oferta o, incluso, en un anexo de ésta cuando contenga una referencia al respecto. De ahí la merecida crítica hacia un texto que, en esta materia, representa un retroceso con respecto al nivel de protección del adherente consagrado en los Derechos nacionales<sup>86</sup>.

El Anteproyecto de «Código europeo de contratos» elaborado por la Academia de iusprivatistas europeos de Pavía (Grupo de Pavía, coordinado por el profesor Giuseppe Gandolfi), contemporáneo de los PECL, es mucho más protector del contratante débil<sup>87</sup>. Y ello porque, a pesar de que su art. 33 tampoco contiene ninguna referencia a la necesidad de que las c.g.c. cumplan requisitos de transparencia, éstos se encuentran implícitos en la fórmula utiliza-

<sup>84</sup> Vid. BARRES BENLLOCH/EMBIU IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, op. cit., p. 205.

<sup>85</sup> Vid. BARRES BENLLOCH/EMBIU IRUJO/MARTÍNEZ SANZ, *Principios de Derecho contractual europeo*, op. cit., p. 206.

<sup>86</sup> Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Contenido y efectos del contrato», op. cit., p. 455.

<sup>87</sup> Vid. VATTIER FUENZALIDA, C., «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. R. Méndez González (coords.), II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4975 ss.

da para establecer el control de incorporación, que sigue el modelo del art. 1341 párrafo primero del *Codice civile* italiano: las c.g.c. «*son eficaces respecto de la otra parte, si ha tenido o habría debido tener conocimiento de ellas usando una diligencia ordinaria*»<sup>88</sup>, lo cual sólo es posible si se redactan de forma comprensible<sup>89</sup>.

### 3. HACIA UN INSTRUMENTO OPCIONAL: EL DCFR

#### 3.1 Los ACQP

Los *Principles of the Existing EC Contract Law* o Principios del Derecho contractual vigente en la UE elaborados por el *Acquis Group*, conocidos como *Acquis Principles* (ACQP), constituyen una referencia obligada de cara al conocimiento del DCFR en la medida en que muchos de ellos son recogidos por este último, lo cual sucede, como veremos, en la materia que nos ocupa.

Según declara el art. 1:101 ACQP, «*scope and purpose of these Principles*», estos Principios están formulados sobre la base del Derecho contractual comunitario, respecto del que pretenden ser fuente para su elaboración, transposición e interpretación. Por tanto, se trata de un texto dirigido a las autoridades nacionales y comunitarias a las que compete dicha elaboración, transposición e interpretación del Derecho comunitario, que asume como objetivo principal su sistematización y consolidación dando lugar así a una especie de *restatement* o reformulación del mismo<sup>90</sup>. Sin embargo, los ACQP se han elaborado también con la finalidad de contribuir a la elaboración del DCFR<sup>91</sup>, razón por la que nos referimos a ellos en este momento.

<sup>88</sup> Cfr. [www.accademiagiurprivatistieuropei.it](http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it), versión española, p. 11.

<sup>89</sup> Además, el art. 30.4 del Anteproyecto de Pavia, a semejanza del art. 1341 párrafo segundo del *Codice civile*, requiere que determinados tipos de c.g.c. que se consideran especialmente gravosas para el adherente sean «*expresamente aprobadas por escrito*». Si dicho adherente tiene la condición de consumidor, queda además protegido frente a ellas por el control de contenido aplicable a las cláusulas no negociadas de carácter abusivo (art. 30.5). Cfr. [www.accademiagiurprivatistieuropei.it](http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it), versión española, pp. 9 y 10.

<sup>90</sup> Art. 1:101: «*The following principles and rules are formulated on the basis of the existing law of the European Community in the field of contract law*». (2) «*These principles and rules serve as a source for the drafting, the transposition and the interpretation of European Community Law*». Vid. SHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, C., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 49 ss.; ARROYO AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 210 ss.

<sup>91</sup> Vid. SHULTE-NÖLKE/BUSCH, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 52.

Los ACQP contienen reglas dirigidas tanto a la contratación entre empresarios como a la contratación con consumidores; no obstante, la relevancia que se otorga a esta última es mayor como consecuencia del hecho de que el Derecho de consumo constituye objetivo fundamental del Derecho comunitario. Por lo que se refiere al tema que nos ocupa, el Capítulo 6, dedicado a las cláusulas no negociadas («*non-negotiated terms*»), Sección 2, «*inclusion and interpretation of terms*», contiene un precepto que regula la cuestión, el art. 6:201 ACQP, «*acquaintance with terms not individually negotiated*», a pesar de que, como vimos, la Directiva 93/13/CEE la dedicó una atención muy escasa. Ello se justifica con base en que el control de incorporación se contempla en otras directivas de la UE dictadas en materia de protección de consumidores y en que, por otro lado, es lo que se corresponde con lo adoptado por las legislaciones nacionales de los Estados miembros, que tienen reglas sobre control de incorporación aplicables a cualquier adherente<sup>92</sup>.

El art. 6:201 (1) y (2) ACQP contiene en esta materia unas reglas muy similares a las de los PECL: las cláusulas no negociadas vinculan al adherente si el predisponente toma medidas razonables para llamar su atención sobre las mismas antes o en el momento de conclusión del contrato, lo cual no se considera realizado cuando se incluye una mera referencia en el documento contractual, aunque sea firmado por el adherente<sup>93</sup>. A estos efectos, se considera suficiente que el predisponente haga lo necesario para que, en circunstancias normales, el adherente conozca las cláusulas no negociadas, aunque no lo es una mera referencia a su existencia en contrato<sup>94</sup>.

No obstante, estos principios son mucho más protectores que los PECL en varios sentidos. En primer lugar, porque existen dos normas específicas dirigidas a garantizar la posibilidad de conocer el contenido de las cláusulas no negociadas cuando se trate de contratación electrónica y de contratación con consumidores. Para los

---

<sup>92</sup> Vid. PFEIFFER, T./EBERS, M., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 305 y 306, donde se citan como fuentes el aludido punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE y, entre otras, la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico.

<sup>93</sup> Art. 6:201 (1): «*Contract terms which have not been individually negotiated bind a party who was unaware of them only if the user took reasonable steps to draw the other party's attention to them before or when the contract was concluded*». (2): «*Terms are not brought appropriately to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document*». Cfr: PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., p. 305.

<sup>94</sup> Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, op. cit., pp. 309 y 310.

contratos electrónicos, se considera que la facilidad de su celebración requiere una regla especial que garantice que el adherente pueda conocer y probar el contenido del contrato<sup>95</sup>; esta regla se concreta en el art. 6:201 (3) ACQP en la necesidad de que pueda tenerlo disponible antes de su celebración «*in textual form*»<sup>96</sup>, lo cual es interpretado en el sentido de que ha de poder almacenarlo en un soporte que le permita leerlo, grabarlo y reproducirlo de forma alfabética o en otro tipo de caracteres inteligibles<sup>97</sup>.

Por su parte, la contratación con consumidores se rige por la regla especial del art. 6:201 (4) ACQP: «*consumers are not bound to terms to which they had no real opportunity to become acquainted before the conclusion of the contract*»<sup>98</sup>, es decir, para que el consumidor quede vinculado por cláusulas no negociadas, se exige que el empresario actúe en orden a que tenga oportunidad real de conocerlas antes de la celebración del contrato, lo cual abarca requisitos de disponibilidad y comprensibilidad<sup>99</sup>. De esta forma, el ámbito de aplicación del art. 6:201 (1) y (2) ACQP queda restringido a la contratación entre empresarios lográndose así un adecuado nivel de protección del adherente consumidor en esta materia, para el que no basta una mera puesta a disposición de las cláusulas no negociadas: tener la oportunidad real de conocerlas conlleva algo más, particularmente, que estén redactadas de forma comprensible, pues no se puede conocer lo que no se puede comprender<sup>100</sup>.

Ello ha de ponerse además en relación con la regulación de las cláusulas abusivas contenida en la Sección 3 del mismo Capítulo 6, «*validity of terms*», que es aplicable a cualquier adherente y no sólo al consumidor (art. 6:301 ACQP): el art. 6:302 ACQP regula la «*transparency of terms*» como requisito cuyo incumplimiento determina la abusividad de las cláusulas no negociadas, en contratos entre empresarios y con consumidores: «*not individually nego-*

<sup>95</sup> Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 308.

<sup>96</sup> Art. 6:201 (3): «*If a contract is to be concluded by electronic means, contract terms are not binding on the other party unless the user makes them available to the other party in textual form*». Cfr. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>97</sup> Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, pp. 309 y 310.

<sup>98</sup> Cfr. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 305.

<sup>99</sup> Por ello, la renuncia del consumidor a conocer el contenido del contrato en el momento de su celebración sólo puede ser fruto de un acto enteramente libre. Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 310.

<sup>100</sup> En este sentido, se ha dicho que los ACQP consagran un principio de cognoscibilidad muy desarrollado. Vid. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 123.



*tiated terms must be drafted and communicated in plain, intelligible language*», es decir, las cláusulas no negociadas deben ser redactadas con un lenguaje llano e inteligible para que el adherente pueda conocer el contenido de su posición contractual, con independencia de la forma en que se le comuniquen; en otro caso, se las otorga directamente el carácter de abusivas<sup>101</sup>. Es lo que se ha denominado abusividad formal, cuyo modelo hay que situarlo, como vimos, en el Derecho alemán.

### 3.2 EL DCFR

Como es sabido, el DCFR, realizado por los aludidos *Study Group y Acquis Group* (red CoPECL), contiene un conjunto de reglas modelo que, entre otros propósitos y al igual que los PECL, están dirigidas a actuar a modo de instrumento opcional (*soft law rules*) con la finalidad de facilitar las transacciones intracomunitarias<sup>102</sup>. A pesar de que su punto de partida está en los PECL, que se reflejan en los Libros II y III, el ámbito de aplicación del DCFR es mucho más amplio y plasma una orientación más consumerista conforme con la tradición del Derecho comunitario recogida en los ACQP<sup>103</sup>.

La importancia del DCFR es innegable. El Libro Verde de la Comisión Europea sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas de 1 de julio de 2010 se marcó como objetivo «*definir las opciones posibles para reforzar el mercado interior avanzando en materia de Derecho contractual europeo y lanzar una consulta pública sobre las mismas*», lo cual no habría sido una novedad sino fuera porque además se declaró expresamente que un instrumento de Derecho contrac-

<sup>101</sup> Ahora bien, la valoración del cumplimiento de este requisito de transparencia puede ser diferente para contratos B2B y B2C. Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, pp. 324 y 325.

El art. 6:203 (1) recoge también la regla de interpretación *contra proferentem*: «*where the meaning of a term is unclear, that term is to be interpreted against the party who supplied it*», cuya relación con la abusividad de las cláusulas que incumplan el requisito de transparencia es explicada en el sentido de que corresponde aplicar primero la regla *contra proferentem* y, posteriormente, debe calificarse el resultado de esta interpretación como abusiva o no conforme a los arts. 6:301 (concepto de cláusula abusiva) y 6:302 (requisito de transparencia) ACQP. Vid. PFEIFFER/EBERS, *Principles of the Existing EC Contract Law...*, *op. cit.*, p. 315.

<sup>102</sup> Vid. VON BAR, C./BEALE, H./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, «Introduction», Sellier, Munich, 2009, pp. 9 y 10; VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 246 ss.

<sup>103</sup> Vid. VON BAR/BEALE/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE, *DCFR*, Full Edition, «Introduction», «Principles», *op. cit.*, pp. 15 ss., y 56, respectivamente.

tual europeo «podría servir de modelo, especialmente para los organismos internacionales que han tomado a la Unión como modelo de integración nacional», de tal manera que la UE «podría así desempeñar un papel protagonista para establecer normas internacionales uniformes en esta materia, lo que, a su vez, podría dar a la economía europea una ventaja competitiva en el mundo». Y, con estas declaraciones de intenciones, este Libro Verde alude a varios mecanismos que podrían ser útiles al respecto, siendo de todos ellos el relativo a la elaboración de un instrumento opcional (*opt-in*), sobre la base del DCFR<sup>104</sup>, el que tiene más visos de realidad para la propia Comisión Europea<sup>105</sup>.

Pues bien, la incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas individualmente, c.g.c. o no, se regula en el Capítulo 9 del Libro II DCFR, «*contents and effects of contracts*»<sup>106</sup>, cuyo art. II.-9:103, «*terms not individually negotiated*», recoge las reglas contenidas en los PECL, que a su vez fueron recogidas por los ACQP, a las que se suma la regla específica contenida en estos últimos relativa a la contratación electrónica<sup>107</sup>. De nuevo, la adopción de normas sobre incorporación al contrato de cláusulas no negociadas se justifica, pese a la escasa atención que prestó al tema la Directiva 93/13/CEE, con base en la existencia de reglas sectoriales al respecto en el *acquis* comunitario<sup>108</sup>.

Así, conforme al art. II.-9:103 (1) DCFR, las cláusulas no negociadas vinculan al adherente sólo si fue consciente de ellas o el pre-disponente tomó medidas razonables para llamar su atención sobre las mismas antes o en el momento de conclusión del contrato<sup>109</sup>, lo cual, según concreta el art. II.-9:103 (3) (b) DCFR, no se considera

<sup>104</sup> Se trata de «seleccionar las partes del Proyecto de MCR directa o indirectamente relacionadas con el Derecho contractual y (...) reestructurar, revisar y completar las disposiciones elegidas». Vid. Libro Verde, COM (2010) 348 final, p. 4.

<sup>105</sup> Vid. VAQUER ALOY, A., «Marco general del nuevo Derecho de contratos», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 31 ss.

<sup>106</sup> Cuestiona esta ubicación sistemática, PFEIFFER, T., «Non-Negotiated Terms», *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, VVAA, Reiner Schulze (ed.), Sellier, Munich, 2009, p. 184.

A favor, BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A., «II.-9:103: Cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.<sup>a</sup> P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 589, nota 91.

<sup>107</sup> El concepto de cláusula no negociada lo proporciona el art. II.-1:110 DCFR, al que se remite el propio art. II.-9:103 (3) (a) DCFR. Vid. DCFR, Full Edition, *op. cit.*, pp. 160 ss.

<sup>108</sup> Vid. PFEIFFER, «Non-Negotiated Terms», *op. cit.*, p. 186.

<sup>109</sup> Art. II.-9:103 (1): «*Terms supplied by one party and not individually negotiated may be invoked against the other party only if the other party was aware of them, or if the party supplying the terms took reasonable steps to draw the other party's attention to them, before or when the contract was concluded*». A partir de ahí, es responsabilidad del adherente conocerlas o no. Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 588 y 589.

realizado cuando se incluye una mera referencia en el documento contractual (cláusulas de referencia), aunque sea firmado por el adherente<sup>110</sup>. Por tanto, la única novedad que incorpora el DCFR con respecto a los textos anteriores está en la mención a la vinculación del adherente a las cláusulas no negociadas de las que fuera consciente antes o en el momento de celebración del contrato.

El comentario que sigue a la norma explica que se considera que el predisponente adopta medidas razonables para llamar la atención del adherente cuando le comunica la existencia de las cláusulas no negociadas o toma otras medidas que, en circunstancias normales, son suficientes para que conozca dicha existencia de cláusulas no negociadas y dónde encontrarlas, lo cual se acompaña de una ejemplificación de los supuestos más comunes: incorporación al documento contractual o al reverso de la oferta que hace referencia a ellas, incorporación a un anexo de la oferta o del contrato que hagan referencia a ellas, comunicación al adherente y supuestos en que las referencias del contrato a las cláusulas no negociadas son lo suficientemente claras como para deducir su existencia<sup>111</sup>.

En relación con esta última posibilidad y su concordancia con el art. II.-9:103 (3) (b) DCFR, se explica que las referencias contractuales pueden ser suficientes si, por ejemplo, el adherente ya fue advertido suficientemente de la existencia de cláusulas no negociadas en otros contratos similares celebrados con el predisponente, o si las mismas son generalmente conocidas en un determinado tipo de industria y, por tanto, por los clientes de la misma, siendo uno de ellos el adherente; es decir, la mera referencia a la existencia de cláusulas no negociadas en el contrato sólo es posible cuando el adherente ya las conoce por algún motivo<sup>112</sup>.

El comentario de la norma también hace mención a la posibilidad de renuncia del adherente a ser informado de la existencia de cláusulas no negociadas, incluso de forma implícita si no resulta razonable pedir esa información en función de las circunstancias de celebración del contrato. No cabe, sin embargo, que dicha renuncia venga establecida en una cláusula no negociada. Por otro lado, se considera que el adherente puede quedar vinculado por cláusulas no negociadas únicamente como consecuencia de la existencia de usos como los derivados, por ejemplo, del hecho de que

---

<sup>110</sup> Art. II.-9:103 (3) (b): «*Terms are not sufficiently brought to the other party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document*». Cfr. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 588.

<sup>111</sup> Además, se considera que hay aceptación de las cláusulas no negociadas cuando el vendedor las envía con la mercancía y el comprador acepta esta última, pero no cuando se envían con una factura posterior. Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 589.

<sup>112</sup> Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, p. 590.

una asociación de profesionales publique las cláusulas destinadas a ser aplicadas por sus miembros<sup>113</sup>.

Con respecto a los contratos electrónicos, el art. II.-9:103 (2) DCFR recoge la regla de los ACQP relativa a que el predisponente sólo puede hacer valer las cláusulas no negociadas si el adherente ha podido tenerlas disponibles «*in textual form*», lo cual conlleva, por un lado, que pueda leerlas, grabarlas y reproducirlas antes de la celebración del contrato con la utilización de un equipo informático estándar, incluyendo el acceso a un sitio web que le permita descargárselas, y, por otro, que estén escritas en caracteres alfabéticos u otros inteligibles [art. I.-1:106 (2) DCFR].

Ello constituye un reflejo del art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, como demuestra su cita en los comentarios de la norma, si bien con el añadido de que el DCFR establece expresamente la sanción de no incorporación al contrato ante el incumplimiento del deber de suministrar las c.g.c. al adherente de modo que pueda almacenarlas y reproducirlas, cuestión sobre la que no se pronunció dicha Directiva 2000/31/CE<sup>114</sup>.

El art. II.-9:103 DCFR no contiene una norma específica para los contratos con consumidores similar a la recogida por los ACQP, que, como hemos visto, incrementan la protección del adherente consumidor exigiendo que tenga la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebración del contrato. La única aproximación la encontramos en el art. II.-9:407 DCFR, «*factors to be taken into account in assessing unfairness*», ubicado en la Sección 4, «*unfair terms*», del mismo Capítulo 9, que introduce en su número (2) la ausencia de oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas por parte del consumidor como factor o circunstancia a tener en cuenta para valorar su abusividad<sup>115</sup>, con lo cual, aunque las que no cumplen esta condición pasan a formar parte del contrato, pueden llegar a declararse abusivas en el control de contenido y, por tanto, no vinculantes (art. II.-9:408 DCFR)<sup>116</sup>.

La oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas equivale a tener oportunidad de leerlas con tiempo suficiente antes de la celebración del contrato. Así, como se explica en los comen-

<sup>113</sup> Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 590 y 591.

<sup>114</sup> Art. II.-9:103 (2): «*If a contract is to be concluded by electronic means, the party supplying any terms which have not been individually negotiated may invoke them against the other party only if they are made available to the other party in textual form*». Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 588, 591 y 592.

<sup>115</sup> Recuérdese que el DCFR extiende el control de contenido a todo tipo de contratos, estén celebrados entre empresarios y consumidores, entre particulares o entre empresarios, si bien los criterios para valorar la existencia de «*unfair terms*» son distintos para cada caso (arts. II.-9:403, II.-9:404 y II.-9:405).

<sup>116</sup> Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 654 ss.

tarios de la norma, no la tiene el consumidor al que en una tienda se le anuncia la existencia de c.g.c. a través de un cartel situado en la caja registradora, que sólo puede leerse cuando se llega a ella, pues cuando llega su turno y lo ve no tiene tiempo de solicitarlas y leerlas entorpeciendo así el pago de los demás clientes. Por el contrario, esta oportunidad existe cuando dichas c.g.c. están situadas en un lugar visible del establecimiento, de forma que no escapan a la vista, o cuando, en una compra electrónica, la aceptación del consumidor se subordina a que marque la casilla en la que se afirma conocer las c.g.c. Al tiempo, se dice que la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas comprende requisitos de legibilidad<sup>117</sup>.

Por su parte, la comprensibilidad de las cláusulas no negociadas se contempla específicamente en el art. II.-9:402 DCFR, «*duty of transparency in terms not individually negotiated*», en sede igualmente de «*unfair terms*», como determinante de abusividad en la contratación con consumidores. Así, conforme a su número (1), el predisponente de cláusulas no negociadas tiene un deber de transparencia que conlleva la obligación de redactarlas en términos llanos e inteligibles, cuyo incumplimiento en los contratos con consumidores da lugar a que puedan ser declaradas abusivas [número (2)].

La norma, que toma como modelo el art. 5.º de la Directiva 93/13/CEE, persigue que el adherente comprenda por sí sólo el contenido de su posición contractual a partir de las cláusulas del contrato, lo cual abarca no sólo su redacción en términos claros e inteligibles sino también que las cuestiones más relevantes tengan una ubicación que permita su identificación sin dificultad. La valoración del cumplimiento de este deber de transparencia es diferente dependiendo de que la contratación sea entre empresarios, respecto de los que se puede presumir el conocimiento de determinadas cláusulas, o con consumidores; a mayores, tratándose de estos últimos, su incumplimiento puede determinar por sí sólo el carácter abusivo de las cláusulas afectadas por falta de transparencia, sin entrar en la valoración de más factores<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Art. II.-9:407 (2): «*For the purposes of II.-9:403 (Meaning of “unfair” in contracts between a business and a consumer) the circumstances prevailing during the conclusion of the contract include the extent to which the consumer was given a real opportunity to become acquainted with the term before the conclusion of the contract*». Tratándose de relaciones continuadas entre las partes contratantes que se desarrollan con las mismas c.g.c., es suficiente con que el consumidor tuviera oportunidad de conocerlas al inicio de la relación contractual. Vid. DCFR, Full edition, *op. cit.*, pp. 649 ss.

<sup>118</sup> Art. II.-9:402 (1): «*A person who supplies terms which have not been individually negotiated has a duty to ensure that they are drafted and communicated in plain, intelligible language. (2) In a contract between a business and a consumer a term which has been supplied by the business in breach of the duty of transparency imposed by the paragraph (1) may on that ground alone be considered unfair*». Vid. DCFR, Full edition,

Como resultado, nos encontramos con que, a pesar de la similitud entre los ACQP y el DCFR con relación a esta cuestión, los primeros son más protectores para el adherente por dos razones. Primero, porque los ACQP contienen una regla específica aplicable a la contratación con consumidores que exige que éstos tengan la oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas en el momento de celebración del contrato como requisito para que queden incorporadas al mismo. Si no hay oportunidad real de conocer determinadas cláusulas, la consecuencia lógica es que no entren a formar parte del contrato y no, como hace el DCFR, que simplemente se considere una circunstancia a tener en cuenta en la valoración de su abusividad. Dicho con otras palabras, los ACQP hacen recaer la responsabilidad de que el consumidor tenga oportunidad real de conocer las cláusulas no negociadas en el predisponente, mientras que el DCFR le exime de esta responsabilidad, pues cumple llamando la atención sobre su existencia<sup>119</sup>.

Y, en segundo lugar, porque el incumplimiento del deber de transparencia por parte del predisponente debería dar lugar por sí sólo al carácter abusivo de las cláusulas afectadas en cualquier caso, como contemplan los ACQP, y no sólo en la contratación con consumidores. En realidad, el deber de transparencia debe ubicarse en el ámbito del control de incorporación al contrato, puesto que los clausulados oscuros impiden que el adherente conozca su contenido<sup>120</sup>; no obstante, si la sanción se sitúa en el ámbito del control de contenido, debería alcanzar por igual a cualquier adherente.

---

*op. cit.*, pp. 629 y 630. En este caso, no se determinan claramente los términos de la relación de esta regla con el criterio de interpretación *contra proferentem* del art. II-8:103 DCFR, si bien hay que presumir, como en el caso de los ACQP, la preferencia de este último. *Vid. op. ult. cit.*, pp. 564 y 565.

Por otro lado, la valoración del cumplimiento del deber de transparencia en contratos con consumidores lleva a la figura del consumidor medio. Así, BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A., «II-9:402: Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.<sup>a</sup> P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, p. 646.

En contratos celebrados entre empresarios o entre particulares, el incumplimiento del deber de transparencia es un factor más a tener en cuenta de cara a valorar la abusividad de las cláusulas junto con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en su celebración, el resto de cláusulas contractuales y las contenidas, en su caso, en contratos conexos [art. II-9:407 (1)]. *Vid. DCFR*, Full edition, *op. cit.*, pp. 649 y 650.

<sup>119</sup> Con ello, el DCFR representaría en este punto una involución con respecto al Derecho comunitario, pues del punto i) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE se deduce como principio la no vinculación del consumidor a cláusulas que no tenga oportunidad de conocer antes de la celebración del contrato. *Vid. PFEIFFER*, «Non-Negotiated Terms», *op. cit.*, pp. 186 y 187, 191.

<sup>120</sup> En este sentido, CARBALLO FIDALGO, M., «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *Indret*, 1/2010, [www.indret.com](http://www.indret.com), pp. 14 y 15; BLANDINO GARRIDO, «II-9:402: ...», *op. cit.*, p. 647.

## VII. REVISIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

### 1. LA DIRECTIVA 2011/83/UE

El legislador comunitario ha incidido con posterioridad a la Directiva 93/13/CEE en el requisito de la comprensibilidad o transparencia aplicable a la contratación con consumidores, aunque de nuevo de forma insuficiente. El art. 5.1 de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, se refirió a los deberes de información precontractual del empresario con relación a los aspectos más relevantes del contrato<sup>121</sup>, información que se debe facilitar «*de forma clara y comprensible*» al consumidor, salvo que «*resulte evidente por el contexto*», pero sin carácter vinculante para los Estados cuando se trate de contratos que conlleven transacciones cotidianas y sean ejecutados inmediatamente (art. 5.3) y sin previsión de sanción específica ante el incumplimiento, que se deja, como es habitual a este respecto en el Derecho comunitario, en manos de los Estados miembros (arts. 23 y 24). Específicamente para contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, los arts. 6.1, 7.1 y 8.1 de la Directiva 2011/83/UE recogieron también el requisito de que la información precontractual ha de facilitarse de forma legible, clara y comprensible<sup>122</sup>.

Realmente, no se entiende muy bien por qué se incide en el deber de transparencia como mecanismo de protección al consumidor pero sólo en la fase precontractual, máxime cuando la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8 de octubre de 2008 sí lo aplicaba explícitamente a las cláusulas del contrato: el art. 31 de dicha Propuesta, «*requisitos de transparencia de las cláusulas contractuales*», imponía una redacción clara, comprensible y legible de las mismas (número 1) y, además, una puesta a disposición del consumidor «*de forma que le permitan verdaderamente familiarizarse con ellas antes de celebrar el contrato, teniendo en cuenta los medios de comunicación utilizados*» (número 2)<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Características principales del objeto del contrato; identidad del comerciante; precio total; incluidos los impuestos y, en su caso, modo de determinación de dicho precio y existencia de gastos adicionales; procedimientos de pago, entrega y funcionamiento; fecha de entrega del bien o de ejecución del servicio; sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante; recordatorio de existencia de garantía legal y, en su caso, convencional; duración del contrato y, en su caso, si es de duración indefinida, condiciones de resolución, y funcionalidad e interoperatividad de contenidos digitales.

<sup>122</sup> Cfr. DOUE de 22 noviembre 2011, L 304/74 ss., L 304/81.

<sup>123</sup> Cfr. COM (2008) 614 final, p. 34. *Vid.*, no obstante, la crítica, en CARBALLO FIDALGO, «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva...».

El cumplimiento de los deberes de transparencia en fase de formación del contrato es muy importante, pero parece que se queda a medio camino si no va seguido de un reconocimiento expreso y claro con relación a las cláusulas del mismo, aun cuando la información precontractual integre el contenido del contrato. A mayores, hay que contar con que el incumplimiento de los deberes de transparencia en la información precontractual no tiene sanción a nivel de Derecho comunitario, pues su voluntad en este ámbito es, según dice la propia Directiva 2011/83/UE, no afectar a las legislaciones nacionales con relación a cuestiones como, entre otras, la validez del contrato que quede afectado por vicios del consentimiento [Considerando (14)<sup>124</sup>], por lo que habrá que estar a estas últimas para determinar las consecuencias del incumplimiento de los deberes de información previos al contrato en la forma y con los requisitos previstos<sup>125</sup>.

La transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2011/83/UE a través de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el TRLCU, se ha plasmado, como vimos, con relación a esta cuestión, en el art. 60.1 TRLCU, que establece la obligación del empresario de facilitar al consumidor la información previa al contrato relativa a sus características principales «*de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto*». Y, con relación a determinados tipos de contratos, en el art. 98.1 TRLCU, que dice que la información precontractual en los contratos a distancia ha de facilitarse «*en términos claros y comprensibles*», y, además, que «*siempre que dicha información se facilite en un soporte duradero deberá ser legible*», y en el art. 99.1 TRLCU, que dice que la información precontractual en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil «*deberá ser legible y estar redactada al menos en castellano y en términos claros y comprensibles*»<sup>126</sup>.

Por otro lado, el art. 22 de la Directiva 2011/83/UE contiene una norma importante en materia de pagos adicionales en virtud de

*op. cit.*, pp. 11 ss.

<sup>124</sup> Cfr. DOUE de 22 de noviembre de 2011, L 304/65.

<sup>125</sup> Vid. CARRASCO PERERA, A., «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derechos de los Consumidores», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 326 ss.

Para el caso específico de los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil, el art. 6.6 de la Directiva 2011/83/UE estableció como sanción específica ante la omisión de información previa relativa a gastos adicionales u otros costes del art. 6.1.e) o relativa a los costes de devolución del bien del art. 6.1.i) la liberación del consumidor con relación a su abono. En el mismo sentido, el art. 97.6 TRLCU.

<sup>126</sup> Con relación a la integración de la información precontractual en el contenido del contrato, *vid.* arts. 61.2 y 97.5 TRLCU.



la cual el comerciante está obligado a «*buscar el consentimiento expreso*» del consumidor para que éste quede obligado a realizar tales pagos adicionales a la remuneración que corresponda como contraprestación de la obligación principal. Con ello, se va más allá de las clásicas reglas de cognoscibilidad y comprensibilidad con relación a esta cuestión concreta: no es suficiente con que el consumidor tenga la posibilidad de conocer y de comprender las cláusulas relativas a pagos adicionales sino que es necesario que de su consentimiento expreso a ellas; ni siquiera se permite que el empresario lo deduzca de la existencia de «*opciones por defecto que el consumidor debe rechazar para evitar el pago adicional*», pues en ese caso éste tiene derecho a su reembolso<sup>127</sup>. En el mismo sentido, el art. 60 bis.1 TRLCU, que incorpora a mayores la necesidad de que los pagos adicionales se comuniquen al consumidor «*de una manera clara y comprensible*»<sup>128</sup>.

La Directiva 2011/83/UE no establece sanción aplicable ante el incumplimiento de esta norma por el empresario, que se deja en manos de los Estados miembros conforme a los citados arts. 23 y 24 de dicha Directiva. En el caso del Derecho español y ante la ausencia de previsión en el TRLCU, habría que inclinarse por la no vinculación del consumidor a la cláusula sobre pagos adicionales, es decir, por su no incorporación al contrato o, con otras palabras, por su nulidad de pleno Derecho (arts. 8.1 LCGC y 6.3 CC), máxime teniendo en cuenta que ésta es la consecuencia si el consentimiento del consumidor se deduce por el empresario de la existencia de opciones por defecto que debe rechazar expresamente para evitar el pago adicional, pues en este caso se le reconoce derecho al reembolso del mismo.

Finalmente, el art. 32 de la Directiva 2011/83/UE modificó la Directiva 93/13/CEE insertándola un art. 8 bis conforme al cual los Estados miembros que adopten disposiciones más estrictas que las previstas en dicha Directiva 93/13/CEE para otorgar mayor protección al consumidor tienen la obligación de informar de ello a la Comisión Europea con la finalidad, entre otras cosas, de que ésta se asegure de que empresarios y consumidores tengan fácil acceso a esta información<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Cfr. DOUE de 22 noviembre 2011, L 304/81.

<sup>128</sup> Véase también el art. 98.2 párrafo segundo TRLCU, en este caso con relación a los contratos electrónicos que conlleven obligaciones de pago para el consumidor: «*el empresario deberá velar por que el consumidor y usuario, al efectuar el pedido, confirme expresamente que es consciente de que éste implica una obligación de pago. (...) En caso contrario, el consumidor y usuario no quedará vinculado por el contrato o pedido*».

<sup>129</sup> En el mismo sentido, la modificación que introduce el art. 33 en la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre deter-

Ello conecta con los actuales objetivos de armonización máxima o plena que, si bien declaran perseguir la protección del consumidor y el mejor funcionamiento del mercado interior<sup>130</sup>, también es cierto que en la práctica vienen a obstaculizar que se realice una revisión profunda del *acquis* comunitario<sup>131</sup>, y, además, tienden a convertir a los Derechos nacionales en ordenamientos rígidos<sup>132</sup>. En este caso, el carácter de armonización mínima de la Directiva 93/13/CEE (art. 8.º) se matiza, en aras de la armonización máxima, con esta obligación de información a la Comisión Europea cada vez que se adopten normas de mayor protección para el consumidor con respecto a las que en su día estableció el legislador comunitario, lo cual será aplicable en caso de que se afecte en este sentido a los requisitos de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas.

## 2. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO SOBRE COMPRAVENTA EUROPEA

La Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11 de octubre de 2011, también conocida como *Common European Sales Law* (en adelante, CESL), es una propuesta de instrumento opcional destinada a regir los contratos de compraventa transfronterizos cuyas partes contratantes se sometan expresamente a ella<sup>133</sup>.

Por lo que se refiere a la incorporación al contrato de cláusulas no negociadas, la Propuesta de Reglamento sigue de forma bastante acusada el modelo del DCFR, si bien con algunas diferencias destacables. El art. 70 CESL, «*deber de llamar la atención sobre las cláusulas contractuales no negociadas individualmente*», declara en su número 1 que dichas cláusulas sólo pueden ser invocadas por el predisponente si el adherente «*tuvo conoci-*

---

minados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Cfr. *DOUE* de 22 noviembre 2011, L 304/83.

<sup>130</sup> Vid. Considerando (5) de la Directiva 2011/83/UE, *DOUE* de 22 noviembre 2011, L 304/64 y L 304/65.

<sup>131</sup> Así, TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 104.

<sup>132</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, p. 196.

<sup>133</sup> Arts. 3 a 8 CESL, COM (2011) 635 final, pp. 28 ss. Vid. FAUVARQUE-COSSON, B., «Hacia un Derecho común europeo de compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 45 ss.

miento de ellas» o si dicho predisponente *«adoptó las medidas razonables para que la otra parte tuviera conocimiento de ellas antes de la celebración del contrato o durante dicha celebración»*, lo cual, conforme a su número 2, no se cumple en la contratación con consumidores a través de la introducción de cláusulas contractuales de referencia, ni siquiera cuando el consumidor firma el contrato<sup>134</sup>.

Por tanto, *a priori* la única diferencia con relación a su equivalente del DCFR radica en que, como vimos, este último impide las cláusulas de referencia para cualquier tipo de adherente, no sólo el consumidor. Sin embargo, también hay que recordar que el DCFR recoge el concepto de oportunidad real de conocer el contenido del contrato como criterio que sirve para valorar el carácter abusivo de las cláusulas introducidas en la contratación con consumidores, que no aparece sin embargo en esta Propuesta.

Con relación a los contratos electrónicos, el art. 24.4 CESL establece la necesidad de que el comerciante ponga las cláusulas contractuales a disposición de la otra parte contratante, no necesariamente consumidor, *«en caracteres inteligibles, alfabéticos o de otro tipo, a través de un soporte duradero y que permita la lectura y la grabación de la información contenida en el texto, así como su reproducción en forma tangible»*<sup>135</sup>, lo cual es equivalente al significado que, como vimos, se atribuye a la puesta a disposición del contenido del contrato *«in textual form»* del DCFR.

No obstante, el art. 25 CESL introduce una norma novedosa que aplica el deber de transparencia a este tipo de contratos electrónicos cuando se celebran con consumidores diciendo que la información precontractual debe facilitarse *«de una manera clara y destacada»* (número 1), que la obligación de pago ha de ser *«fácilmente legible únicamente con la expresión «pedido con obligación de pago» o una formulación inequívoca similar»* (número 2) y que la existencia de alguna restricción en cuanto a la entrega y medios de pago aceptados debe indicarse *«de modo claro y legible en el sitio web de la empresa»* (número 3)<sup>136</sup>.

Por otro lado, el incumplimiento del deber de transparencia en la contratación con consumidores, que el art. 82 CESL formula en términos de comunicación de las cláusulas no negociadas *«en un lenguaje sencillo y comprensible»*, se sitúa, al igual que en el DCFR, en el ámbito del control de contenido, por lo que el art. 83.2.(a) CESL recoge dicho incumplimiento como primera cir-

<sup>134</sup> COM (2011) 635 final, p. 70.

<sup>135</sup> COM (2011) 635 final, p. 50.

<sup>136</sup> COM (2011) 635 final, p. 50.

cunstancia que puede determinar el carácter abusivo de una cláusula no negociada en contratos con consumidores<sup>137</sup>. Por el contrario, el art. 86.2 CESL, que se refiere a las cláusulas abusivas en la contratación entre empresarios, no contempla la falta de transparencia entre las circunstancias que deben ser valoradas a este respecto<sup>138</sup>.

Finalmente, el art. 71 CESL contiene una regla específica en materia de pagos adicionales similar a la del art. 22 de la Directiva 2011/83/UE<sup>139</sup>. En la contratación con consumidores, las cláusulas que obliguen a la realización de pagos adicionales a la remuneración estipulada para la obligación principal sólo son vinculantes si el consumidor da su consentimiento expreso, no siendo válida a estos efectos la utilización por el empresario de opciones por defecto que el consumidor deba rechazar para evitar el pago adicional<sup>140</sup>. Con ello, se reitera el requisito del consentimiento expreso para conseguir la vinculación del consumidor en esta cuestión, requisito que va bastante más allá de la aplicación de los principios de cognoscibilidad y comprensibilidad a las cláusulas no negociadas para que puedan ser incorporadas al contrato<sup>141</sup>.

## VIII. LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009

Como se puso de manifiesto al inicio de este trabajo, la PMCC parte en este punto de la necesidad de incorporar al CC una regulación básica relativa a la contratación con consumidores con la finalidad de integrar en él, a semejanza del modelo marcado por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 2001, una realidad contractual a la que no puede seguir siendo ajeno, lo cual hay que relacionar con la asunción de otros dos objetivos de mayor alcance: coordinar el CC con el núcleo de Derecho europeo de contratos creado a partir de las Directivas comunitarias

<sup>137</sup> COM (2011) 635 final, pp. 74 y 75.

<sup>138</sup> COM (2011) 635 final, p. 78.

<sup>139</sup> La Propuesta de Reglamento trata de reflejar el nivel de protección establecido por las directivas de armonización máxima, en especial, por la Directiva 2011/83/UE. *Vid.* SHULTE-NÖLKE, H., «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 68.

<sup>140</sup> COM (2011) 635 final, p. 71.

<sup>141</sup> El consentimiento expreso del consumidor se exige también como requisito para que le sea aplicable el instrumento opcional (art. 8.2 CESL). *Vid.* SHULTE-NÖLKE, «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento ...», *op. cit.*, pp. 74 ss.

dictadas en materia de consumo y conseguir la mayor aproximación posible del Derecho español a los modernos ordenamientos europeos<sup>142</sup>.

Con ello, la PMCC persigue que el Libro IV del CC recobre su importancia y función originaria como núcleo del Derecho de obligaciones y contratos<sup>143</sup>, aplicable a todos los ciudadanos, entre los que el consumidor desarrolla un papel tan generalizado que ello justifica sobradamente su consideración por el CC<sup>144</sup>. Al tiempo, hay que volver a recordar que la justificación de la existencia del Derecho de consumo está precisamente en la protección del consumidor (art. 51 CE), lo cual desvirtúa el argumento de que las relaciones de consumo pertenecen al ámbito del Derecho mercantil por ser relaciones mixtas, que se articulan entre empresario y consumidor.

La regulación sobre c.g.c. se contiene en la Sección 4.<sup>a</sup> del Capítulo II («de la formación del contrato») de la redacción propuesta para el Título II («De los contratos») del Libro IV del CC, concretamente, en los arts. 1261 a 1264 PMCC. Se trata de una regulación «en bloque» que, frente a la opción que hubiera supuesto insertar cada una de las cuestiones que plantean en la sede correspondiente de teoría general del contrato, dota a la materia de una sistemática propia que se justifica por razón de la especificidad que presenta frente a la contratación negociada<sup>145</sup>.

En materia de incorporación al contrato, el art. 1261.2 PMCC recoge el requisito de la cognoscibilidad de las c.g.c., sólo c.g.c., diciendo que «*quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la*

<sup>142</sup> Así, en la Exposición de Motivos, IX, PMCC se dice que, pese a la dificultad que a veces entraña la relación entre las normas tradicionales en materia de obligaciones y contratos y las relativas a la contratación con consumidores, se ha optado por la inclusión en el CC del núcleo sustancial de estas últimas realizando una remisión a lo dispuesto por leyes civiles especiales en aquellos puntos que son de mayor casuismo, a semejanza de la opción seguida por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones de 26 de noviembre de 2001. Vid. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (en adelante, *BIMJ*), enero de 2009, pp. 10 ss., especialmente, p. 14.

Para una visión general de la PMCC, vid. JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-I, pp. 170 ss.

<sup>143</sup> Vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 19 ss.

<sup>144</sup> Vid. Díez-PICAZO, L., «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, Núm. 2130, [www.mjusticia.gob.es/bmj](http://www.mjusticia.gob.es/bmj), p. 5, donde se justifica la opción integradora alegando que la mayor consagración de un Derecho especial es precisamente su incorporación al Derecho común.

<sup>145</sup> En este sentido, vid. ALBIEZ DOHRMANN, «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 214 ss.

*identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes*<sup>146</sup>. La norma deriva de los PECL que, a su vez, como hemos visto, influenciaron el DCFR, si bien este último no pudo ser tenido en cuenta por ser contemporáneo a la PMCC<sup>147</sup>. Por lo que se refiere a la contratación electrónica, el art. 1268.1 párrafo segundo PMCC dice que el predisponente debe «*tener a disposición*» del destinatario las c.g.c. «*de manera que pueda almacenarlas y reproducirlas*»<sup>148</sup>, norma cuyo modelo hay que situarlo en el art. 27.4 LSSI.

Por su parte, el art. 1261.3.1) PMCC determina la no incorporación al contrato de las c.g.c. que «*resulten tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado*»<sup>149</sup>, es decir, las denominadas cláusulas «*sorprendentes*» o «*insólitas*», que se pretende que no formen parte del contrato por contradecir las expectativas razonables del adherente, pese a la posibilidad de haber tenido conocimiento de ellas y con independencia del juicio que merezcan a efectos de su valoración como abusivas. Ello supone una novedad importante con respecto al Derecho comunitario, los textos de Derecho contractual europeo, la LCGC y el TRLCU cuyo modelo se encuentra en el párrafo 305.c (1) *BGB*<sup>150</sup>.

Por último, el art. 1261.3.2) PMCC recoge el requisito de la comprensibilidad de las c.g.c. como determinante del control de incorporación, pues no lo superan aquellas cuya redacción «*sea de tal modo oscura o confusa que se pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate*»<sup>151</sup>.

Con ello, la PMCC se aparta también de los textos de Derecho contractual europeo, que, como hemos visto, sitúan el incumplimiento del deber de transparencia en el ámbito del control de contenido de las cláusulas no negociadas obviando así que, como establecen la LCGC, el TRLCU y la PMCC, la consecuencia de que se produzca una violación del deber de transparencia por parte del predisponente debe ser la no incorporación al contrato de las cláusulas afectadas, que el adherente no tiene posibilidad de conocer

<sup>146</sup> Cfr. *BIMJ*, cit., p. 46.

<sup>147</sup> Sobre las influencias recibidas en la PMCC, vid. Díez-PICAZO, «La Propuesta de Modernización ...», *op. cit.*, pp. 2 ss.; ALBIEZ DOHRMANN, «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», *op. cit.*, pp. 16 ss.

<sup>148</sup> Cfr. *BIMJ*, cit., p. 53.

<sup>149</sup> Cfr. *BIMJ*, cit., p. 46.

<sup>150</sup> A favor de esta norma, DURÁN RIVACOBIA, «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos...», *op. cit.*, p. 347.

<sup>151</sup> Cfr. *BIMJ*, cit., p. 47.

ni, por tanto, de formarse un correcto consentimiento contractual. Por otro lado, se introduce el concepto de adherente medio, similar al de consumidor medio utilizado por el Derecho comunitario, en un adecuado entendimiento de que la valoración de la comprensibilidad de las c.g.c. debe efectuarse en función de las características de un adherente medio con relación a un determinado tipo de contrato.

En definitiva, la PMCC contiene un conjunto de reglas en materia de incorporación al contrato de c.g.c. que pueden calificarse de claras, sencillas y sistemáticas frente a la complejidad de las normas vigentes contenidas en la LCGC y el TRLCU: cognoscibilidad a través de la puesta a disposición, pues no son válidas a estos efectos las cláusulas de referencia, y comprensibilidad de la redacción. En la misma línea, el art. 1263.1 PMCC unifica en una misma norma los efectos de la declaración judicial de no incorporación al contrato de c.g.c. y de la nulidad de cláusulas no negociadas por su carácter abusivo conforme al esquema conocido: ineficacia parcial del contrato e integración del mismo, salvo que se produzca una situación no equitativa para una de las partes, en cuyo caso podrá declararse la ineficacia total del contrato<sup>152</sup>.

Esta claridad y sencillez, característica de un cuerpo legal con forma de código, no es sin embargo incompatible con el otorgamiento de un mayor nivel de protección al adherente que se consigue por dos vías: la prohibición de cláusulas «sorprendentes» bajo sanción de no incorporación al contrato y el concepto de adherente medio conforme a las características del tipo contractual de que se trate como criterio determinante de la valoración de la transparencia del clausulado contractual. La misma tendencia se observa en materia de control de contenido, en la que se introduce la importante novedad con respecto al Derecho vigente que supone extenderlo a la contratación entre empresarios (art. 1262.1 PMCC<sup>153</sup>) en una acertada valoración de que el equilibrio contractual es susceptible de romperse también en los casos en que el adherente es un empresario no siendo por ello merecedor de un nivel de protección inferior<sup>154</sup>.

<sup>152</sup> Cfr. BIMJ, cit., p. 47.

Con relación a la integración del contrato ante la nulidad de cláusulas abusivas, recuérdese sin embargo la STJUE de 14 de junio de 2012 y posterior modificación del art. 83 TRLCU para adaptar nuestra legislación a lo en ella dispuesto eliminando las facultades judiciales relativas a dicha integración del contrato.

<sup>153</sup> Cfr. BIMJ, cit., p. 47.

<sup>154</sup> Piénsese sobre todo en el caso de las PYMES. En la misma línea, como vimos, el DCFR. En este sentido, *vid.* MIQUEL, J. M., «Artículo 8», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Aguila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 434 ss., 446 ss.; MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales, (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-

## IX. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CÓDIGO MERCANTIL DE 2014

El ALCM contiene también un conjunto de normas sobre incorporación al contrato de c.g.c. cuyo ámbito de aplicación se reduce a las relaciones entre empresarios dado que, pese a calificarse la contratación con consumidores como materia mercantil<sup>155</sup>, se adopta al mismo tiempo el criterio de no incorporar las normas específicas en materia de protección de consumidores a la propuesta de Código mercantil<sup>156</sup>, a las que como normativa especial se otorga preferencia<sup>157</sup>.

Con base en ello, se introducen unas normas relativas a los aspectos «*más básicos y generales*» de las c.g.c., entre las que se incluyen las referidas al control de incorporación al contrato, dejándose el resto en manos de la legislación específica<sup>158</sup>, es decir, de la LCGC, que quedaría afectada por la cláusula derogatoria general que resuelve las contradicciones que eventualmente pudieran presentar las normas no derogadas expresamente por el ALCM, como la LCGC, a favor de dicho ALCM<sup>159</sup>.

El Título III, «*De las condiciones generales de la contratación*», del Libro cuarto, «*De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general*», arts. 430-1 a 430-5 ALCM, regula la incorporación al contrato de las c.g.c. a partir del art. 430-2.1 ALCM, conforme al que «*las condiciones generales únicamente*

---

profesionales»), *Bases de un Derecho contractual europeo*, VVAA, Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 132 ss.; DURÁN RIVACOBA, «Valor jurídico de las condiciones generales...», *op. cit.*, pp. 689 y 690, «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos...», *op. cit.*, p. 348; ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, pp. 148 ss., 251 ss.; «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: ...», *op. cit.*, pp. 223 y 224; VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», «Libro II, Contratos y otros actos jurídicos», ambos en *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 73 y 74, y 154 y 155, respectivamente.

<sup>155</sup> Recuérdese, según se declara en la Exposición de Motivos, I-13, ALCM. Cfr: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 16.

<sup>156</sup> Recuérdese, por las razones que se aducen en la Exposición de Motivos, I-34, ALCM. Cfr: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 19.

<sup>157</sup> Vid. Exposición de Motivos, I-13, ALCM. Cfr: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 16.

<sup>158</sup> Vid. Exposición de Motivos, V-13, ALCM. Cfr: [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 47.

<sup>159</sup> Así, según la disposición derogatoria.4 ALCM, «*quedan derogadas cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en este Código*». Cfr. [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 574.



*forman parte de un contrato cuando se produce su incorporación voluntaria al mismo*», incorporación voluntaria que, según el art. 430-2.2 ALCM «*puede producirse mediante su firma por las partes o mediante remisión explícita a ellas en el contrato o en otra documentación contractual*»; por tanto, mediante cláusulas de referencia contenidas en el contrato o en anexos al mismo.

Ello supone una verdadera novedad con respecto a todos los textos examinados, cuyo común denominador ha sido precisamente prohibir de forma expresa la utilización de cláusulas de referencia con relación a cualquier adherente (PECL, ACQP, DCFR, PMCC) o, como mínimo, el consumidor (TRLCU, CESL). El art. 430-2.3 ALCM matiza la cuestión diciendo que «*cuando la incorporación voluntaria de las condiciones generales tenga lugar por remisión, cualesquiera de las partes deberá tener previamente la posibilidad de acceder a su contenido bien por disponer de un soporte en el que figuren las condiciones generales bien por tener acceso al sistema de información en el que se encuentren accesibles y recuperables en soporte duradero*». Pero, en cualquier caso, permitir las cláusulas de referencia, y no sólo en el contrato sino también en cualquier otra documentación que lleve consigo, supone una disminución importante de la protección del adherente empresario.

El art. 430-3.2 ALCM se muestra más proclive a dicha protección del adherente al privar de eficacia a las denominadas «cláusulas sorprendentes», es decir, a aquéllas «*cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente*». La norma toma como modelo el art. 2.1.20 (1) de los Principios Unidroit, destinados, como vimos, a regir relaciones entre empresarios de carácter internacional, si bien la consideración de este tipo de cláusulas en el ámbito del control de incorporación al contrato también aparece en el *BGB* y en la PMCC.

Finalmente, el art. 430-5 ALCM regula la posibilidad de c.g.c. contradictorias en la oferta y aceptación del contrato, de forma que se da preferencia a estas últimas «*a menos que el oferente, sin demora o con demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido*»; en caso contrario «*los términos del contrato serán los de la oferta con las condiciones generales contenidas en la aceptación*».

En materia de contratación electrónica, el artículo 421-8 ALCM contiene una norma especial para la incorporación al contrato de c.g.c. en la que se establece que «*la comunicación electrónica dirigida a la perfección de un contrato que pretenda com-*

*prender condiciones generales habrá de incluirlas en toda su extensión, incorporarlas mediante referencia a su acceso electrónico o efectuar su mera remisión en caso de condiciones ampliamente conocidas y regularmente observadas en el tráfico considerado. En estos dos últimos supuestos las condiciones generales permanecerán accesibles a las partes quienes podrán recuperarlas en todo momento durante la vigencia del contrato».* Se trata de una norma novedosa desde el punto de vista de su redacción y contenido, pues permite no sólo la incorporación por referencia sino también una «mera remisión» cuando se trate de c.g.c. «ampliamente conocidas y regularmente observadas» en el tráfico empresarial, siempre que, al igual que en el caso de incorporación por referencia, permanezcan accesibles para las partes mientras esté vigente contrato.

Por último, en materia de contrato de seguro, el ALCM prevé normas específicas sobre control de incorporación que persiguen «reconocer las especialidades propias de este contrato», especialidades que están relacionadas sobre todo con las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado<sup>160</sup>. Así, el art. 581-3.3.a) ALCM dice que las c.g.c. y particulares del contrato de seguro deben cumplir los requisitos de «concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos o cláusulas y pactos no contenidos en la póliza». Es decir, recoge en buena medida el art. 80.1.a) TRLCU con la finalidad de introducir requisitos de comprensibilidad aplicables a las cláusulas del contrato de seguro, ausentes del resto de normas sobre incorporación al contrato de c.g.c. del ALCM, y, también, con la finalidad de evitar en este caso la posibilidad de cláusulas de referencia que reenvían al adherente a condiciones que no aparezcan en la póliza.

Por otro lado, el art. 581-3.4 ALCM establece que «las limitaciones de los derechos del asegurado, tomador o beneficiario figurarán de forma destacada y comprensible y deberán ser aceptadas por el tomador», si bien «las condiciones del contrato, incluidas las limitativas, se entenderán aceptadas si, transcurridos dos meses desde el pago de la prima, el tomador no ha manifestado su voluntad de resolver el contrato». En este caso, la necesidad de que las cláusulas limitativas de derechos sean «aceptadas por el tomador» podría haberse recogido al modo del art. 3 LCS, que dice que dicha aceptación ha de ser por escrito y «específicamente»; ésta es sin duda la intención de los redactores de la norma a tenor de su

<sup>160</sup> Recuérdese el art. 3 LCS. Vid. Exposición de Motivos, VI-116, ALCM. Cfr. [www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/anteproyectos-informados), p. 64.

segunda parte, que consagra una especie de aceptación tácita en aras de la seguridad jurídica, pero no habría estado de más decirlo expresamente, pues en realidad todas las cláusulas del contrato han de ser aceptadas.

## X. CONCLUSIONES

### 1. ¿CONTROL DE INCORPORACIÓN PARA C.G.C. O PARA CONTRATOS DE ADHESIÓN?

La primera cuestión a considerar de cara a la realización de propuestas de mejora de la normativa vigente en materia de control de incorporación al contrato de clausulados predispuestos es si dicho control debe seguir siendo aplicable a todo tipo de contratos de adhesión o únicamente a aquéllos que se realizan con c.g.c.

El fundamento del control de incorporación está en la ausencia de negociación de las cláusulas contractuales, que dificulta al adherente el conocimiento de su contenido, por lo que debería mantenerse para cualquier contrato de adhesión, con independencia de que se haya realizado con c.g.c. o no. El hecho de que los contratos de adhesión particulares, sin c.g.c., tengan una importancia cuantitativa muy residual y la circunstancia de que, además, la inexistencia de la nota de la generalidad en las cláusulas predispuestas dificulte la prueba de la ausencia de negociación, no justifican, a mi modo de ver, que el adherente sea excluido de una tutela jurídica adecuada en este ámbito<sup>161</sup>.

Como hemos visto, esta es la pauta que sigue el Derecho español a través de la doble regulación contenida en los arts. 5.º LCGC, para las c.g.c., y 80.1.a) y b) TRLCU, para las cláusulas no negociadas en la contratación con consumidores, pauta cuyo origen hay que situar en la Directiva 93/13/CEE y que adoptan también los PECL, los ACQP, el DCFR y la Propuesta de Reglamento sobre compraventa europea. Frente a ello, la PMCC y el ALCM han optado por restringir las normas sobre control de incorporación al ámbito de las c.g.c., de la misma forma que los principales modelos de Derecho comparado a que hicimos referencia, especialmente, el que representa el *BGB* alemán.

<sup>161</sup> En contra, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), I. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 81.

## 2. ¿TRATAMIENTO NORMATIVO UNITARIO O DIFERENCIADO PARA LOS CONTRATOS CON CONSUMIDORES?

Partiendo de la premisa de que el control de incorporación al contrato de clausulados predispuestos se justifica y, por tanto, debe mantenerse, para cualquier tipo de contrato de adhesión, la siguiente cuestión a resolver es la relativa a la conveniencia, o no, de mantener un régimen diferenciado al respecto aplicable a la contratación con consumidores.

A mi modo de ver, sería preferible un tratamiento normativo unitario de la cuestión, por varias razones. En primer lugar, una regulación diferenciada no se justifica desde el punto de vista material porque no concurren circunstancias especiales en la contratación con consumidores que no se puedan salvar con un régimen unitario que, en su caso, contenga algunas normas especiales aplicables al consumidor.

La circunstancia más relevante a tener en cuenta cuando el adherente tiene la condición de consumidor es el grado de comprensibilidad exigible a las cláusulas contractuales, en la que aparece claramente implicada su condición de parte débil de la relación jurídica. Ello se debe solventar con la consideración normativa del concepto de adherente medio con relación al tipo de contrato de que se trate, concepto que por otro lado conviene que sea recogido para todo adherente y no sólo para el consumidor.

Recurriendo al régimen vigente, ya vimos que lo único que aporta el art. 80.1 TRLCU con relación al art. 5.º LCGC es, por un lado, la referencia a que las cláusulas no negociadas se formulen «*sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual*» [letra a)], requisito que sin embargo debería ser exigible, de una forma u otra, para todos los contratos de adhesión y no sólo para los celebrados con consumidores. Por otro lado, la reforma del art. 80.1.b) por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha introducido un criterio objetivo para la valoración de la «*legibilidad*» de las cláusulas contractuales que debería ser igualmente de aplicación a todo adherente, pues no puede considerarse a nadie vinculado contractualmente por clausulados de lectura dificultosa porque el tamaño de la letra es minúsculo o su contraste con el fondo es insuficiente.

Desde el punto de vista formal, un régimen unitario permitiría superar la doble regulación que existe en la actualidad (LCGC, para cualquier adherente, y TRLCU, para contratos con consumidores), eliminando así una de las deficiencias más graves de nues-

tro Derecho en la materia, el solapamiento normativo que afecta a los contratos de adhesión que se celebran con consumidores cuyo contenido son c.g.c.

La relación jurídica ha de establecerse, por tanto, en términos de predisponente y adherente, sin perjuicio de que, en su caso, se contemple alguna especificidad para la contratación con consumidores. En este sentido se han planteado modelos de Derecho comparado como el Derecho holandés y portugués, los textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), las tendencias más recientes de Derecho comunitario (CESL), y la PMCC<sup>162</sup>.

### 3. FORMULACIÓN DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

#### 3.1 Normas genéricas frente a normas casuísticas

El Derecho español contiene un sistema de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas susceptible de ser mejorado desde muchos puntos de vista, no sólo en lo relativo a los solapamientos normativos que genera. Entre otras cuestiones, es particularmente destacable el hecho de que el TRLCU deja traslucir la inexistencia de un punto de partida correcto a nivel conceptual, induciendo más a confusión en este sentido que la propia LCGC, pese a ser posterior. Recuérdesse que el art. 80.1.b) TRLCU, al hablar de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas, que denomina «*accesibilidad*», introduce la referencia a la «*legibilidad*», que más bien tiene que ver con la comprensibilidad de las mismas; por su parte, el art. 80.1.a) TRLCU, al referirse a la comprensibilidad de dichas cláusulas no negociadas, lo enlaza con la necesidad de que no existan «*reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato*», lo cual tiene que ver más bien con la llamada cognoscibilidad.

A ello hay que sumar el detallismo en que incurrn algunas de las normas vigentes, que con ello dan lugar a la configuración de un régimen demasiado estricto, que no permite su adaptación a las circunstancias del caso concreto. Recuérdesse el art. 5.º1 LCGC, para los contratos celebrados por escrito, que recoge un cúmulo de

<sup>162</sup> Recuérdesse que, si bien los ACQP y la Propuesta de Reglamento de compraventa europea contienen alguna norma específica aplicable a la contratación con consumidores, ello no se hace en el marco de una doble regulación sino a modo de norma especial.

Por el contrario, el criterio seguido por el ALCM daría lugar a una, no doble, sino triple regulación (LCGC, TRLCU y ALCM).

requisitos cuyo estricto cumplimiento puede entorpecer la agilidad del tráfico empresarial.

A mi modo de ver, la formulación del régimen de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos debe realizarse a través de normas de carácter más flexible, que permitan su adaptación a las circunstancias contractuales particulares. Se debe buscar que el adherente tenga la posibilidad efectiva de conocer el contenido del contrato antes de contratar, pero a través de una fórmula genérica, en la medida de lo posible, en la que se plasmen de forma clara y sencilla los objetivos perseguidos por el control de incorporación<sup>163</sup>, y sin perjuicio de la consideración puntual de criterios concretos que faciliten la protección de dicho adherente, como el relativo al tamaño de la letra de los clausulados y a su contraste con el fondo del papel. En esta línea se sitúan todos los modelos de Derecho comparado que tomamos como referencia, los textos de Derecho contractual europeo (PECL, ACQP, DCFR), la Propuesta de Reglamento de compraventa europea, la PMCC y, hasta cierto punto, el ALCM.

### 3.2 Nivel de protección del adherente

Llegados a este punto, nos debemos plantear cuál es la fórmula más adecuada para conseguir los objetivos que persigue el control de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos, lo cual está íntimamente ligado con el nivel de protección que se quiera otorgar al adherente.

#### 3.2.1 COGNOSCIBILIDAD

Por lo que se refiere a la formulación de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas, hemos visto modelos próximos de Derecho comparado que responden de forma muy correcta a sus objetivos. Recuérdese el art. 1341 párrafo primero del *Codice civile* italiano, seguido por el art. 33 del Anteproyecto de «Código europeo de contratos» del Grupo de Pavía, que condiciona la vinculación del adherente a las c.g.c. al hecho de que en el momento de celebración del contrato tenga conocimiento de ellas o haya podido conocerlas utilizando una diligencia ordinaria, y el art. 5.º del *Decreto-Lei portugués n.º 446/1985, de 25 de outubro, das condições gerais dos contratos*, que obliga al predisponente a

<sup>163</sup> En este sentido, ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, op. cit., p. 139.

comunicar al adherente las c.g.c. de forma íntegra, de manera adecuada y con la antelación necesaria para que, conforme a la importancia del contrato y la extensión y complejidad de las cláusulas, sea posible su conocimiento completo y efectivo por quien usa una diligencia media<sup>164</sup>.

En ambos casos se utiliza el concepto de diligencia ordinaria o diligencia media como parámetro que sirve para calificar el cumplimiento de la obligación del predisponente de puesta a disposición del contenido del contrato: si el adherente pudo conocerlo utilizando una diligencia ordinaria, se presume que el predisponente cumplió con su obligación de puesta a disposición; ahora bien, en caso de conflicto, la norma portuguesa atribuye la carga de la prueba a éste último.

Frente a ello, los textos de Derecho contractual europeo no utilizan este concepto sino que formulan el objetivo de la cognoscibilidad de las cláusulas no negociadas a partir de la obligación del predisponente de adoptar medidas suficientes (PECL) o razonables (ACQP, DCFR) para llamar la atención del adherente sobre la existencia y contenido de dichas cláusulas, lo cual es también seguido por la Propuesta de Reglamento de compraventa europea y por la PMCC.

Estos textos incorporan otras medidas de protección del adherente, como la prohibición expresa de cláusulas de referencia, para todo tipo de contratos de adhesión (PECL, ACQP, DCFR, PMCC) o sólo con consumidores (CESL), y la introducción de una norma especial en materia de contratación con consumidores que exige la oportunidad real de conocer el contenido del contrato (ACQP). No obstante, el nivel de protección del adherente que se consigue es inferior al que consagra nuestro Derecho y al que persiguen los modelos de Derecho comparado señalados, italiano y portugués, para los que sólo si el adherente tiene posibilidad de conocer el clausulado contractual utilizando una diligencia media queda vinculado por el mismo.

El concepto de diligencia ordinaria o media del adherente permite centrar la atención en la parte contratante hacia la que va dirigido el control de incorporación y, por ello, constituye la formulación más lógica y conforme con la justicia material. Si dicho control de incorporación pretende que el adherente tenga la posibilidad de conocer las cláusulas no negociadas antes de la celebración del contrato, la consecuencia debe ser que quede vinculado

---

<sup>164</sup> Como pusimos de manifiesto, la doctrina más especializada en materia de c.g.c. se ha mostrado muy favorable al modelo portugués. *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica de los empresarios...*, *op. cit.*, p. 139.

contractualmente si tuvo dicha posibilidad utilizando una diligencia normal y no, simplemente, si el predisponente adoptó medidas razonables para llamar su atención sobre ellas, sin tener en cuenta si con estas medidas el adherente pudo o no pudo realmente conocer el contenido del contrato<sup>165</sup>.

Al hilo de estas consideraciones, nos debemos plantear si la contratación electrónica merece un tratamiento específico, como sucede en el Derecho español y en bastantes de los textos manejados. En principio, una norma general que establezca la obligación del predisponente de poner a disposición del adherente los clausulados predisuestos para que éste pueda conocerlos con carácter previo a la celebración del contrato utilizando una diligencia normal sería suficiente en el sentido de que, sustantivamente, ello comprende una obligación de puesta a disposición que puede cumplirse a través del mismo medio de comunicación empleado o de cualquier otro.

Sin embargo, las características peculiares de la contratación electrónica y su importancia creciente justifican una norma específica dirigida a garantizar especialmente la posición del adherente con la finalidad de que la puesta a disposición de las cláusulas no negociadas se realice de modo que dicho adherente pueda almacenarlas y reproducirlas antes de la celebración del contrato. Esta es la tendencia marcada, como hemos visto, por los ACQP y el DCFR cuando exigen que el adherente pueda tenerlas disponibles «*in textual form*», reflejo del art. 10.3 de la Directiva 2000/31/CE, sobre comercio electrónico, lo cual han recogido también de forma similar la PMCC, la Propuesta de Reglamento de compraventa europea y, hasta cierto punto, el ALCM.

Por último, la cognoscibilidad de los clausulados predisuestos plantea la problemática de las llamadas cláusulas «sorprendentes», recogidas expresamente como supuesto de no incorporación al contrato por los Principios Unidroit, el *BGB*, la PMCC y el ALCM. Se trata, como vimos, de un planteamiento novedoso con relación al Derecho comunitario, los textos de Derecho contractual europeo y el Derecho español, que no acaba de resultar coherente con los fundamentos del control de incorporación al contrato de las cláusulas no negociadas: otorgar al adherente la posibilidad de conocer su contenido para, de esta manera, reconocer la validez de su consentimiento contractual. Por esta razón, podría establecerse una obligación específica de información del predisponente

---

<sup>165</sup> Recuérdese que esta oportunidad real de conocer el contenido del contrato la salvan los ACQP con la introducción de una norma especial aplicable a la contratación con consumidores, pero no los PECL, el DCFR, que sólo lo considera a efectos de abusividad de las cláusulas, la Propuesta de Reglamento de compraventa europea ni la PMCC.



con relación a este tipo de cláusulas bajo sanción de no incorporación al contrato, de forma que con ello pasarían a formar parte de este control de incorporación previo al contrato sin desvirtuar su naturaleza.

### 3.2.2 COMPRESIBILIDAD

La comprensibilidad para el adherente de las cláusulas no negociadas constituye un requisito de suma importancia de cara a su incorporación al contrato, pues no se puede prestar un consentimiento válido sobre lo que no se puede conocer por ser incomprensible. Por lo tanto, la primera conclusión a destacar es la necesidad de que el deber de transparencia del predisponente se ubique en el ámbito del control de incorporación al contrato, como hace el Derecho español, los principales modelos de Derecho comparado, la PMCC y el ALCM (sólo con relación al contrato de seguro), y no en el ámbito del control de contenido, como hace el *BGB*, los ACQP, el DCFR y la Propuesta de Reglamento de compraventa europea (estos dos últimos sólo con relación a la contratación con consumidores), o, por lo menos, no de forma exclusiva<sup>166</sup>.

Recuérdese que el incumplimiento del deber de transparencia por parte del predisponente se produce no sólo cuando redacta las cláusulas de manera oscura o abigarrada sino en todos los supuestos en que se presentan de forma ilegible o, por cualquier otro motivo, de forma no clara para el adherente dentro del contexto del contrato, obstaculizando así que pueda formarse un adecuado conocimiento de su posición contractual (STS de 9 de mayo de 2013). La formulación de dicho deber de transparencia no debe dejar resquicio a que se produzcan dudas a este respecto y superar, por tanto, declaraciones normativas que pudieran dar lugar a pensar que su valoración procede sólo tomando en consideración a las cláusulas contractuales de forma individualizada: de igual manera que el contrato se interpreta como un todo (art. 1285 CC) así ha de hacerse también con relación a la valoración del cumplimiento del deber de transparencia.

Por otro lado, una adecuada regulación de la necesidad de que las cláusulas no negociadas sean comprensibles aconseja que se recoja normativamente, al modo de la PMCC, el concepto de adherente medio aplicado al tipo contractual concreto de que se trate en cada caso como parámetro de valoración, pues otorgaría seguridad jurídica a esta cuestión sin dejar de lado la justicia material.

<sup>166</sup> *Vid.*, sin embargo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, *op. cit.*, pp. 79 ss., especialmente, 93 ss., 109 ss.

#### 4. SANCIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO

El incumplimiento de los requisitos de incorporación al contrato de los clausulados predispuestos da lugar a que el adherente no quede vinculado por los mismos, a que se tengan por no puestos. Como se explicó, nuestro Derecho parte de dos sanciones sólo aparentemente distintas, «no incorporación» (art. 7.º LCGC) y nulidad de pleno derecho (art. 8.º LCGC), que habría que unificar bajo la denominación única de nulidad de pleno derecho. La distinción entre «no incorporación» y nulidad sólo induce a confusión provocando inseguridad jurídica con relación a una problemática que incide directamente en la protección del adherente.

La nulidad de pleno derecho como sanción ante las deficiencias de incorporación no ha estado exenta de alguna crítica doctrinal, habiéndose llegado a proponer incluso su interpretación como nulidad relativa o anulabilidad con base en la legitimación restringida del adherente que se establece en el art. 9.º LCGC<sup>167</sup>.

Sin embargo, la nulidad de pleno derecho es, a mi modo de ver, la sanción más correcta para el incumplimiento de los requisitos de incorporación, pues la propia razón de ser del control de incorporación deriva en la necesidad de una sanción que elimine directamente del contrato las cláusulas afectadas por el incumplimiento, que las tenga por no puestas, pudiendo además declararse ello de oficio sin necesidad de impugnación previa<sup>168</sup>.

Las normas sobre incorporación al contrato de clausulados predispuestos se basan en razones de orden público: evitar que el adherente quede vinculado por contenidos que no tuvo oportunidad de conocer en el momento de la celebración del contrato. No se trata de proteger simplemente el interés privado de un adherente concreto, como demuestra la existencia de acciones colectivas dirigidas a la realización de un control previo a la inserción de c.g.c. en contratos determinados (art. 12 LCGC), que si bien no pueden aplicarse con relación a requisitos de cognoscibilidad o puesta a disposición sí pueden hacerlo con relación al incumplimiento del deber de transparencia.

---

<sup>167</sup> Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, «El control de inclusión ...», *op. cit.*, pp. 1131 ss., que considera que la anulabilidad es una sanción más adecuada en el sentido de que su sometimiento a plazo proporciona seguridad al tráfico jurídico.

<sup>168</sup> Con relación a las cláusulas abusivas, el TJUE ha establecido de forma reiterada que la efectividad del art. 6.º de la Directiva 93/13/CEE, que obligó a los Estados miembros a tomar medidas para que dichas cláusulas no vinculen al consumidor, pasa necesariamente por el deber del juez nacional de apreciar de oficio su nulidad tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Vid. STJUE de 14 de junio de 2012, *cit.*, DOUE de 28 de julio de 2012, C 227/5.

Podría pensarse incluso en la adopción de mecanismos disuasorios para los empresarios con respecto a la utilización de c.g.c. que violen del control de incorporación y el control de contenido, al margen de las sanciones civiles, pues la nulidad de pleno derecho únicamente da lugar a que, en caso de conflicto, quepa la posibilidad de que tengan que eliminar las cláusulas afectadas de un contrato concreto tras el ejercicio de una acción y correspondiente sentencia a favor del adherente.

En este sentido, el Informe de la Comisión Europea de 27 de abril de 2000 sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE planteó la posibilidad de prever la imposición de sanciones indemnizatorias e, incluso, penales, a los empresarios que incurran en la utilización de cláusulas abusivas<sup>169</sup>, posibilidad que podría también tenerse en cuenta en los casos de utilización de cláusulas que no hayan sido puestas a disposición del adherente o violen el deber de transparencia.

Finalmente, sería también conveniente unificar en una misma norma los efectos del incumplimiento del control de incorporación y del control de contenido, al modo en que lo hizo la PMCC, teniendo en cuenta la doctrina establecida por la citada STJUE de 14 de junio de 2012 a propósito de la improcedencia de conceder al juez facultades de integración del contrato que puedan eludir el efecto disuasorio buscado por la Directiva 93/13/CEE con relación a la utilización de cláusulas abusivas, valoración que debe ser igualmente aplicable con relación a los incumplimientos que puedan producirse del control de incorporación al contrato<sup>170</sup>.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, Edisofer, 2004.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, 2002, pp. 1133 ss.
- «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 75 ss.

<sup>169</sup> COM (2000) 248 final, pp. 20 y 21.

<sup>170</sup> Recuérdese que se dijo que la concesión al juez de facultades de integración del contrato puede dar lugar a que los empresarios caigan en la tentación de utilizar cláusulas abusivas pensando que, en el supuesto de que se llegue a declarar su nulidad, siempre es posible que dicha integración del contrato realizada por el juez acabe garantizando su interés. Vid. *DOUE* de 28 de julio de 2012, C 227/5. De ahí la modificación del art. 83 TRLCU por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, eliminando tales facultades judiciales de integración contractual.

- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Una perspectiva española y europea*, Thomson Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
  - «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 15 ss.
  - «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 194 ss.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Cívitas, Madrid, 1991.
- ARROYO AMAYUELAS, E., «Hacia un derecho contractual más coherente: La sistematización del acervo contractual comunitario», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 209 ss.
- BARRES BENLLOCH, P./EMBED IRUJO, J. M./MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho contractual europeo*, Partes I y II, Colegios Notariales de España, Madrid, 2003.
- BLANDINO GARRIDO, M.<sup>a</sup> A., «La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 239 ss.
- «II.-9:103: Cláusulas no negociadas individualmente», «II.-9:402: Deber de transparencia en las cláusulas no negociadas individualmente», *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, VVAA, Vaquer Aloy, A./Bosch Capdevila, E./Sánchez González, M.<sup>a</sup> P. (coords.), Tomo I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 588 ss., y 645 ss., respectivamente.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción, (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de Derecho Civil*, 2007, pp. 621 ss.
- CÁMARA LAPUENTE, S., «Artículo 89», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 910 ss.
- CARBALLO FIDALGO, M., «Las cláusulas contractuales no negociadas ante la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores», *Indret*, 1/2010, www.indret.com, pp. 1 ss.
- CARRASCO PERERA, A., «Desarrollos futuros del derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de Derecho de los Consumidores», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 311 ss.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 295 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato, Thomson Cívitas, Madrid, 2007.

- «La Propuesta de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (Una presentación)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2011, Núm. 2130, [www.mjusticia.gob.es/bmj](http://www.mjusticia.gob.es/bmj), pp. 1 ss.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «La contratación electrónica y la defensa del consumidor», *El comercio electrónico*, VVAA, Joseba A. Echeverría Sáenz (coord.), Edisofer, Madrid, 2001, pp. 31 ss.
- DURÁN RIVACOBA, R., «Valor jurídico de las condiciones generales de la contratación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2008, n.º 706, pp. 655 ss.
- «La propuesta de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España», *Revista de Derecho*, 2010, Vol. 11, pp. 327 ss.
- DURANY PICH, S., «Artículos 5 y 7», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 264 ss.
- FAUVARQUE-COSSON, B., «Hacia un Derecho común europeo de compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 41 ss.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «Las condiciones generales en la contratación electrónica», *La ley*, 2001, pp. 1693 ss.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J., «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1791 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., «La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica, Una reflexión de derecho civil sobre la contratación electrónica», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 419 ss.
- GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., «Artículo 5, Requisitos de incorporación», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 139 ss.
- «Artículo 80, Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente», «Comentario al artículo 89.1», *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 913 ss., y 1111 ss., respectivamente.
- «Los principios Lando», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 151 ss.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación, (Crónica de lo incomprensible)», *Anuario de Derecho Civil*, 2001, pp. 1105 ss.
- INFANTE RUIZ, F. J., «Apuntes sobre la reforma alemana del Derecho de obligaciones: la necesitada modernización del Derecho de obligaciones y la gran solución», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2002, n.º 8, pp. 153 ss.
- JEREZ DELGADO, C./PÉREZ GARCÍA, M. J., «La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del Derecho de obligaciones», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-I, pp. 155 ss.
- LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. DE A./LUNA SERRANO, A./DELGADO ECHEVERRÍA, J./RIVERO HERNÁNDEZ, F./RAMS ALBESA, *Elementos de*

- Derecho Civil*, II, Derecho de Obligaciones, Vol. Primero, Parte general, Teoría general del contrato, Dykinson, Madrid, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., «Comentario al art. 10 bis», *Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*, VVAA, Eugenio Llamas Pombo (coord.), *La Ley*, Madrid, 2005, pp. 269 ss.
- LLODRÀ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales, Un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARTÍN PÉREZ, J. A., «El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales (Sobre la necesidad de protección de los adherentes-profesionales)», *Bases de un Derecho contractual europeo*, VVAA Santiago Espiau Espiau/Antoni Vaquer Aloy (Editores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 131 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «Contenido y efectos del contrato», *Derecho Privado Europeo*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (coord.), Colex, Madrid, 2003, pp. 435 ss.
- *Curso de Derecho Civil (II)*, Derecho de Obligaciones, VVAA, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), Colex, Madrid, 2014.
- MIQUEL, J. M., «Artículo 8», *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, VVAA, Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaro Águila-Real (coord.), Cívitas, Madrid, 2002, pp. 428 ss.
- MIRANDA SERRANO, L. M., «La contratación a distancia de consumo: TRDCU y Directiva 2011/83/UE», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 145 ss.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, *La Ley de condiciones generales de la contratación*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.
- «Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 99 ss.
- «La protección del consumidor en el contrato de seguro», *Derecho (privado) de los consumidores*, VVAA, Luis María Miranda Serrano/Javier Pagador López (coords.), Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 367 ss.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Protección de los consumidores y Código Civil: ¿integración o distinción?», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, VVAA, Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), Palazón Garrido, M.<sup>a</sup> L./Méndez Serrano, M.<sup>a</sup> M. (coords.), Atelier, Barcelona, 2011, pp. 485 ss.
- PERALES VISCASILLAS, P., «Los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 183 ss.
- PÉREZ ESCOLAR, M., «El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿hacia un código de consumidores?», *Revista Práctica de Derecho de daños*, Mayo 2010, Número 82, pp. 5 ss.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2004.
- «Artículo 80», *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Colex, Madrid, 2011, pp. 696 ss.
- «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», *Tratado de Contratos*, Tomo II, VVAA, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1791 ss.
- PFEIFFER, T., «Non-Negotiated Terms», *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, VVAA, Reiner Schulze (ed.), Sellier, Munich, 2009, pp. 183 ss.
- PFEIFFER, T./EBERS, M., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 297 ss.
- PICOD, Y., «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret*, 4/2009, www.indret.com, pp. 1 ss.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009.
- REYES LÓPEZ, M.<sup>a</sup> J., *Manual de Derecho privado de consumo*, La Ley, Madrid, 2012.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de Adhesión», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 54 ss.
- SHULTE-NÖLKE, H., «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de la Compraventa», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 63 ss.
- SHULTE-NÖLKE, H./BUSCH, C., *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)*, Contract II, VVAA, Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Sellier, Munich, 2009, pp. 49 ss.
- TERRÉ, F., *Pour une réforme du droit des contrats*, VVAA, sous la direction de Françoise Terré, Dalloz, Paris, 2008.
- TORRES GARCÍA, T. F., «Protección del consumidor y derecho de la contratación», *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, VVAA, Vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 881 ss.
- TWIGG-FLESNER, C., «La Directiva sobre derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, VVAA, Sergio Cámara Lapuente (dir.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 81 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E., «La propuesta de Derecho privado unificado de obligaciones y contratos para Europa: el *Draft Common Frame of Reference*», *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 61 ss.
- «Libro II, Contratos y otros actos jurídicos», *Unificación del Derecho Patrimonial Europeo, Marco Común de Referencia y Derecho español*, VVAA, Eduardo Valpuesta Gastaminza (coord.), Bosch, Barcelona, 2011, pp. 99 ss.
- VAQUER ALOY, A., «El Marco Común de Referencia», *Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2009, pp. 239 ss.

- «Marco general del nuevo Derecho de contratos», *Nuevas perspectivas del Derecho contractual*, VVAA, Esteve Bosch Capdevila (dir.), Bosch, Barcelona, 2012, pp. 31 ss.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Conclusión y contenido del contrato en el Anteproyecto de Pavía», *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, VVAA, J. M. González Porras/F. P. Méndez González (coords.), II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4975 ss.
- VON BAR, C./BEALE, H./CLIVE, E./SCHULTE-NÖLKE, H., «Introduction», «Principles», *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009, pp. 1 ss., y pp. 37 ss., respectivamente.
- VON BAR, C./CLIVE, E., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Vol. I, Sellier, Munich, 2009.
- ZIMMERMANN, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de E. Arroyo i Amayuelas, Bosch, Barcelona, 2008.