

Algunos desiderátums sobre las condiciones generales de la contratación.

Diálogo francés, español y argentino con trasfondo europeo y latinoamericano

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.202>

Resumen

Algunas reformas recientes en Francia y Argentina sugieren la apertura de un diálogo sobre cuestiones relativas a las condiciones generales de la contratación. Este diálogo no se limita a las reflexiones comparativas entre estos dos sistemas legales, sino que se extiende a la experiencia española. Al mismo tiempo, el diálogo puede enriquecerse con una mirada al derecho contractual europeo, en el cual se observa un importante desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial. El debate puede ser incluso más provechoso si se incorpora el derecho contractual latinoamericano, cuya creciente modernización es una realidad incontestable.

Palabras clave

Condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, transparencia formal y material de las cláusulas, cláusulas abusivas, justicia contractual.

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de Granada, miembro del Seminario Permanente de Derecho Comparado de la Universidad de Granada y del Grupo Actualiza. Forma parte del Grupo de Investigación de Derecho Civil "Ossorio Morales" (SEJ 150). Investigador principal de proyectos de investigación de ámbito nacional. Entre algunas de sus obras más recientes podemos citar: Comentarios de los arts. 618-656, 1583-1587, 1588-1600, 1601-1603 CC, en la obra colectiva *Comentarios al Código civil*, dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano (2013); *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales: una perspectiva europea y española*, 2009; "Las condiciones generales de la contratación: un perspectiva europea y transnacional", en *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, ed. S. Sánchez Lorenzo, tomo I, ed., 3.ª 2016, pp. 753 y ss.; *Ocupación, hallazgo y tesoro: Reminiscencias civiles*, 2014. Director de la obra *Derecho privado europeo y la modernización del Derecho contractual en España*, 2009. Codirector de la obra *Comentarios de la Ley de Sociedades*

Abstract

Recent reforms in France and Argentina suggest opening a dialogue on some issues that the general conditions of contracting continue to raise. This dialogue is not limited only to comparative reflections between both legal systems, but also has as reference the Spanish experience. At the same time, the dialogue can be enriched by focusing on European contract law, which is where there has been greater normative, doctrinal and jurisprudential development. The debate can be further enriched if we approach the Latin American contract law, whose growing modernization is an incontestable reality.

Keywords

General conditions of contracting, adhesion contracts, formal and material transparency of the clauses, abusive clauses, contractual fairness.

Profesionales, 3.^a ed., 2013. También ha codirigido, con C. Rodríguez Marín, *Contrato de Obra y Protección de los Consumidores*, Aranzadi, 2014. Es coautor de los Manuales *Teoría General de Obligaciones y Contratos* (2015) y *Contratos en particular* (2016). Ha participado en la discusión y elaboración de los libros quinto y sexto de la Propuesta de Código Civil (2015-2016), redactados bajo los auspicios de la Asociación de Profesores de Derecho civil, cuyo presidente es el profesor R. Bercovitz Rodríguez-Cano. La última obra colectiva, codirigida con M.^a Luisa Moreno-Torres Herrera, tiene por título *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, Ed. Aranzadi, 2017.

Introducción

En esta primera andadura de la nueva revista jurídica *Anuario de Derecho Privado* quiero contribuir con un estudio sobre las condiciones generales de la contratación. Las reformas habidas últimamente en Francia y en Argentina me sugieren abrir un diálogo sobre algunos desiderátums que siguen suscitando las condiciones generales de la contratación (en adelante, CGC), pero no quiero limitarlo a unas reflexiones comparatistas entre ambos derechos, sino que me gustaría aprovechar también la experiencia española. Quienes conocen el derecho de las condiciones generales de la contratación saben que ningún análisis se puede hacer sin referirse al derecho europeo, que es donde ha habido un mayor desarrollo normativo, doctrinal y jurisprudencial. El debate puede enriquecerse si miramos también al derecho latinoamericano, cuya creciente modernización es una realidad incontestable.

En un mercado globalizado es inevitable que los derechos nacionales se aproximen cada vez más. Incluso es necesario para hacerlos más atractivos y competitivos en las operaciones transfronterizas. En el nuevo derecho francés de obligaciones y contratos, articulado en la *Ordonnance* n.º 2016-131, del 10 de febrero de 2016, se justifica en la presentación al presidente francés la necesidad de la reforma del Code civil para hacerlo más competitivo en el orden internacional. Se dice en ella: “Dotarse de un Derecho escrito de obligaciones y contratos más inteligible y previsible [...] constituye un factor susceptible de atraer a los inversores extranjeros y a los operadores que deseen vincular su contrato al derecho”, y es ésta una de las principales divisas de la reforma. Aunque no es ésta la principal razón del reconocimiento expreso por primera vez en el Code civil de las CGC (art. 1110), no podía faltar en la reforma una mención concreta a ellas ni otras normas jurídicas sobre su régimen jurídico.

Las mismas tendencias podemos observar en Argentina, que, con el Código Civil y Comercial de la Nación, promulgado el 7 de octubre de 2014 y vigente desde el 1.º de agosto de 2015, ha incorporado, con carácter general, los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas (art. 984).

Han tenido que pasar más de doscientos años en Francia y más de ciento cuarenta años en Argentina para que sus códigos asumieran una praxis contractual que empezó a tener relevancia en la segunda mitad del siglo XIX. Salvo el Codice civile italiano de 1942, todos los demás códigos han incorporado más bien tarde que pronto el derecho de las condiciones generales de la contratación (p. ej., el Nuevo Código civil holandés en 1992 o el BGB en 2001).

A diferencia de Francia y Argentina, España ya tenía una Ley de condiciones generales de la contratación (Ley 7/1998, del 13 de abril), y quizá en un futuro no muy lejano siga el camino trazado por el Code civil (Cc) y el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) para llevar al Código civil las CGC (hubo una propuesta en 2009 y hay otra nueva en 2016).

Es común a todos los ordenamientos jurídicos, como también sucede en los ordenamientos jurídicos señalados, la siempre difícil convivencia de las normas generales de la contratación, que comprenden también las CGC, con las normas específicas del derecho de consumo. Francia ha preferido dejar fuera del nuevo Cc los contratos de consumo, cuya regulación principal sigue siendo el Code de la consommation, del 26 de julio de 1993. Es una opción de política legislativa perfectamente comprensible dada la no siempre fácil coordinación de los principios contractuales del derecho de consumo con los del derecho contractual común. En este sentido, Argentina ha sido mucho más valiente al ubicar las normas generales del contrato de consumo en el CCyC (arts. 1092 a 1122), además con bastante acierto, partiendo del reconocimiento de la categoría general del contrato de consumo y la simplificación de las normas que regulan el contrato de consumo. Cabe apreciar en el modelo elegido por Argentina ciertas similitudes con el modelo alemán que con la reforma del BGB en 2001 incorpora en él el derecho contractual de consumo, dispersado hasta entonces en muchas leyes especiales (sólo estaba incorporado en el BGB el contrato de viaje)¹. Pero, en contraste con Alemania, Argentina sigue teniendo una ley de consumidores, la Ley 24.240, “Normas de Protección y Defensa de los Consumidores”, que regula, entre otras materias, los contratos particulares con consumidores. España regula el derecho contractual de consumo en una ley especial, el Texto Refundido de la Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLGDCU, 2007). Además tiene una Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, 1998), pero que es incompleta. Al mismo tiempo, tiene un Código Civil de 1889, que prácticamente ninguna reforma ha sufrido en materia de los contratos. A diferencia de Francia y Argentina, en España convive un sistema contractual decimonónico, que pervive con la ayuda de las reglas hermenéuticas *ex artículo 3.1 del Código Civil (CC)*, con un sistema contractual moderno desarrollado por la jurisprudencia, que tiene su principal base en el derecho contractual europeo, al que hay añadir el derecho de consumo con-

1 Sobre el arte de integrar directivas comunitarias y leyes especiales de consumo en el BGB pueden consultar mi monografía *El moderno Derecho alemán de obligaciones*, Ediciones Olejnik, 2017, 31 y ss. De obligada consulta es la obra de R. Zimmermann *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. E. Arroyo i Amayuelas, Ed. Bosch, 2008.

tractual. Mirando de nuevo al otro lado del charco, fijándonos ahora en Colombia, podemos comprobar que la situación es en parte la misma que en España, al tener un Código Civil un poco más viejo (1873) que comparte espacios con el Estatuto del Consumidor (2011), el cual regula específicamente las CGC (arts. 37 y ss.)².

Estas nuevas tendencias en los países en uno y otro lados no se pueden desligar de los impulsos que se producen en contextos más amplios, como la evolución del derecho contractual europeo, iniciada a partir de los años ochenta del siglo pasado en Europa, y la evolución, mucho más incipiente, del derecho contractual latinoamericano.

El acercamiento a cualquier derecho nacional de los estados miembros de la Unión Europea (UE) sobre las CGC requiere en la actualidad un conocimiento previo del derecho europeo cuya principal referencia es la Directiva 93/13/CEE, del 5 de abril de 1993³, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. No menos determinante es la jurisprudencia europea dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que después de veinticinco años ha desarrollado un cuerpo doctrinal importante en torno a casi todos los preceptos de la Directiva 93/13/CEE a partir de las cuestiones prejudiciales que han suscitado los tribunales nacionales sobre la conformidad de los derechos internos con las normas de esta directiva.

Una perspectiva nueva ofrece el derecho contractual europeo que con tanta fuerza empezó a construirse a finales del siglo pasado⁴, y que tiene su máxima manifestación en el Marco Común de Referencia o Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁵, libros II y IV, publicados en 2009. Previamente vieron la luz los Principios Europeos de los Contratos (PECL)⁶, los Principios de Derecho contractual

2 Como principal referencia sobre el derecho colombiano de condiciones generales de la contratación debemos citar a J. Pinzón Sánchez, “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de la contratación”, capítulo XIII, *Derecho de obligaciones*, dir. M. Castro, 2016, 487 y ss.

3 Para un primer acercamiento, por todos, J. Pagador López, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Ed. Marcial Pons.

4 Para una visión global del derecho contractual europeo, *vid.* M. Schmidt-Kessel, “Europäisches Vertragsrecht”, *Europäische Methodenlehre*, ed. K. Riesenhuber, ed. 3.ª, Ed. De Gruyter, 2015, 373 y ss. Una obra de referencia sigue siendo la de K. Riesenhuber, *Europäisches Vertragsrecht*, Ed. De Gruyter, 2.ª, ed. 2006.

5 En la literatura española es fundamental la obra colectiva coordinada por A. Vaquer Aloy, E. Bosch Capdevilla y M.ª P. Sánchez González, *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Ed. Atelier, 2012. Otra obra colectiva de interés, esta vez en italiano, es la dirigida por G. Alpa et alii, *Il Draft Common frame of Reference del Diritto Privato Europeo*, Ed. Cedam, 2009.

6 Una lectura desde España, L. Díez-Picazo, E. Roca Trías y A. M. Morales Moreno, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Ed. Civitas, 2002.

europeo⁷, los Principios Acquis⁸ y el Código Europeo de los Contratos⁹. Los cinco textos, que tienen una clara vocación europea, tenían la aspiración de convertirse en un derecho contractual opcional en las operaciones transnacionales en Europa y fuera de ella. Sus redactores tuvieron a bien regular al menos los aspectos más relevantes de las CGC, siendo los textos más completos los Principios Acquis y el DCFR. La crisis por la que actualmente pasa la UE ha aparcado de momento cualquier vocación de un modelo contractual opcional en Europa. Ni siquiera llegó a buen puerto la Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (2011), que contenía unas normas específicas sobre las CGC en los contratos con consumidores y en los contratos con determinados empresarios.

Latinoamérica comparte al menos la preocupación por tener unos principios contractuales internos y transnacionales a los que pueden acogerse los operadores económicos en los intercambios de bienes y servicios¹⁰. El texto “Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos” (PLDC, versión 2017)¹¹⁻¹², que regula, entre otras materias, los principios generales de los contratos (libertad de contratación, fuerza obligatoria de los contratos y la buena fe como límite de las convenciones contractuales) y las principales reglas de formación del contrato, no se ocupa, sin embargo, de las CGC. Los PDCL no son un texto sólo para los contratos mercantiles, sino que comprende cualquier contrato de contenido de intercambio de bienes y servicios. En sintonía con otros textos internacionales e interregionales, los PDCL han optado por establecer normas generales de la contratación en las operaciones transnacionales, en las que la libertad contractual es una pieza clave, dejando en manos de las normas nacionales la protección de quienes no pueden negociar el contenido de las cláusulas. Al menos los PDCL establecen

- 7 Una lectura en español, *Principios de Derecho contractual europeo*, partes I y II, edición preparada por P. Barres Benlloch, J.M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz, Colegios Notariales de España, 2003.
- 8 E. Arroyo i Amayuelas, “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, *ADC*, tomo LXI (2008), fasc. 1, 211 y ss.
- 9 Una buena síntesis puede encontrarse en el breve estudio de C. Vattier Fuenzalida “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”, *ADC*, LXI (2008), fasc. IV., 1851 y ss.
- 10 *Vid.* A. Ferrante, “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 30, enero-junio, 107 y ss.
- 11 Estos Principios son el resultado del trabajo de un grupo de profesores de Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay, Uruguay y Venezuela, con el apoyo de sus respectivas universidades y el respaldo de la Fondation pour le Droit Continental, coordinado por la Fundación Fuego Laneri (Chile).
- 12 Como principal obra para el conocimiento de estos principios, *Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos*, coords. A. Vidal Olivares, C. Pizarro Wilson y J. de la Maza Gazmuri, con prólogo de A. M. Moreno y N. Fenoy, Ed. BOE, 2017.

como límite de la contratación la buena fe: “Las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe se tienen por no escritas” (art. 7.2).

Desde el año 2015 existen también los “Principios OHADAC sobre los contratos comerciales” para el Caribe¹³. Según explican los redactores de este modelo internacional de alcance regional, no se pretende representar o entrañar un cuerpo de principios generales del Derecho, ni mucho menos ser expresión de una eventual o presunta *lex mercatoria*. Es, además, un modelo pensado exclusivamente en los contratos entre empresarios, como los Principios Unidroit, y quedan fuera los contratos con consumidores. Comparte con los textos citados más arriba que es un modelo opcional de contratación. Los Principios OHADAC, que parten necesariamente del reconocimiento expreso del principio de libertad contractual, al menos algunas normas básicas sobre las CGC (art. 2.1.9) y resuelve el conflicto entre formularios (art. 2.1.10). Además contiene algunas reglas que benefician a quien se encuentre en una situación contractual débil, como la regla de la interpretación *contra proferentem* (art. 4.1.3) o la sanción del abuso de debilidad o dependencia en la contratación (art. 3.4.8).

Con esta panorámica comparatista, con el trasfondo además europeo y latinoamericano, vamos a abordar algunas cuestiones relacionadas con las CGC que siguen existiendo, y que seguramente nunca serán resueltas definitivamente, en parte por su propia complejidad¹⁴. Quizá la experiencia en Europa pueda ayudar a la solución de conflictos que puedan surgir, y que probablemente ya se han planteado, en Latinoamérica. Pero también desde las tierras al otro lado del Atlántico nos pueden hacer aportaciones que nos resulten útiles.

13 El texto es fruto de un trabajo académico dirigido bajo la batuta siempre atenta del Prof. S. Sánchez Lorenzo, en el que participan profesores de España, Alemania y Francia. La Organización para la Armonización del Derecho Comercial en el Caribe (OHADAC) nace como una institución cuyo objetivo esencial consiste en la aproximación, armonización o unificación del derecho mercantil en el marco geográfico de los países caribeños. Se considera que esta armonización constituye un medio esencial para conseguir, facilitar e intensificar los intercambios comerciales en ese espacio regional, al tiempo que procura, a la larga, sumar esfuerzos para reforzar su papel en el marco del mercado mundial, estrechando lazos tanto económicos como políticos entre los países de la región. El Caribe es una región estratégica de acusada diversidad política, enclavada en un espacio geográfico de gran interés para el comercio mundial, dada su proximidad con enormes mercados consolidados (EE. UU.) y emergentes (México, Brasil, Colombia, etc.). Sin embargo, pese a su proximidad, que llega a que algunos microestados compartan una misma isla (Saint Martin/Sint Marteen), los estados caribeños no han logrado una comunicación estrecha desde un punto de vista jurídico o económico, lo cual perjudica sus propias relaciones comerciales y cierra la puerta a alianzas estratégicas que refuercen su posición común en la región (www.ohadac., 11).

14 Para una primera aproximación, pueden consultar mi trabajo “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. S. Sánchez Lorenzo, tomo I, 3.ª ed., Ed. Civitas, 2016, 753 y ss.

Primer desiderátum: Del contrato individual o negociado al contrato de adhesión o con condiciones generales

Todos los códigos civiles y comerciales son herederos de dos grandes principios que se forjaron en la Revolución francesa y que después asumieron los codificadores, como buenos burgueses que fueron. La libertad y la igualdad, las principales conquistas de la Revolución francesa, constituyen el ADN de la contratación civil y comercial. Incluso hoy, cuando la libertad y la igualdad están entredichas, ningún código civil o comercial puede, ni debe, renegar de estos dos principios generales de la contratación. Los códigos civiles parten de la igualdad de los contratantes, pero no lo proclaman porque consideran que la contratación es entre particulares, y, por tanto, se encuentran en situaciones de igualdad cuando contratan. Donde los todos códigos inciden es en reconocer la libertad contractual como principio principal del sistema contractual. Si hay libertad contractual es porque hay igualdad entre los contratantes. Al menos debe ser el punto de partida cuando se quiere renovar el derecho contractual.

No nos debe extrañar, pues, que el nuevo Cc francés en derecho de obligaciones y contratos comienza proclamando —después de definir el contrato— la libertad contractual en el artículo 1102-1: “Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son contractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi”. Este principio no venía así tan claramente formulado en el Code civil de 1804¹⁵.

La libertad de contratación es igualmente el pórtico de la regulación del contrato en el CCyC. El artículo 958 comienza diciendo que “las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido”. Podemos discutir sobre el verdadero significado de la libertad contractual, que es ante todo un derecho del ciudadano, pero, en primer lugar, debemos resaltar su valor universal como queda plasmado en todos los textos internacionales sobre la contratación.

Tanto el artículo 1102-1 Cc como el artículo 958 CCyC son sólo la traslación de una formulación universal de un principio que viene reconocido en los Principios Unidroit (versión 2010), cuyo artículo 1.º dice: “Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido”. No hay texto de derecho contractual moderno que no parta de este principio. Citemos sólo los PECL

15 A. Quiñones Escámez, “El Derecho contractual francés”, en *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. S. Sánchez Lorenzo, tomo I, 3.ª ed. (Ed. Civitas, 2016), 256.

(art. 1:102), el DCFR (art. II.-102).¹ o los PDCL (art. 5). La libertad contractual puede verse como una necesidad pragmática sin la cual no puede funcionar el mercado, sin cual la no puede funcionar el intercambio de bienes y servicios. Pero no es sólo un principio meramente pragmático, sino que es un principio también teórico sin el cual no se puede entender el derecho de los contratos. Los textos internacionales (Principios Unidroit) e interregionales (p. ej., los PDCL o los Principios OHADAC) conciben la libertad contractual esencialmente como un principio programático porque son sobre todo textos pragmáticos. Aun siendo este el enfoque que debemos dar a la libertad contractual en los textos citados, es un principio que nace de la teoría del derecho contractual. Los códigos civiles no nacen del pragmatismo, sino de la teoría. Los principales códigos civiles del siglo XIX, que concluye con la redacción del BGB, nacen y beben de las construcciones jurídicas. Para entonces, hay que reconocerlo, la libertad contractual constituye una conquista frente a la iglesia, la nobleza y el Estado, algo impensable antes de la Revolución francesa. Nuestro Código civil, aunque no utiliza el sustantivo “libertad” o el adjetivo “libre”, parte igualmente de la libertad contractual cuando el artículo 1255 comienza diciendo “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente”. La libertad contractual adquiere un valor fundamental, tanto que hoy es un derecho fundamental o constitucional en cualquier Estado democrático de derecho que a su vez garantiza la libertad de mercado y de empresa. En Europa, por ser un Estado supranacional, la libertad contractual forma parte intrínsecamente de las libertades comunitarias si bien no viene formulada como un principio independiente (véase los artículos 45 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que recogen las principales reglas de libertad de circulación de personas, servicios y capitales, el derecho de establecimiento y la circulación de mercancías).

La libertad contractual se manifiesta tanto en la libertad de elegir al contratante como en la libertad de no contratar, como también en la libertad de fijar el contenido (autonomía privada), aunque nadie es lo suficientemente iluso como para creer que la libertad realmente existe porque está condicionada a toda clase de factores que en absoluto son controlables por instancias jurídicas. Pero un sistema jurídico que niega la libertad contractual como principio se niega a sí mismo.

La libertad contractual necesita de un faro para evitar que una de las partes abuse finalmente de su posición en el (futuro) contrato. Ese faro es la buena fe, que debe iluminar todas las fases del contrato hasta su definitiva extinción. Son los textos modernos los que exigen específicamente que los contratos deben ser negociados, formados y ejecutados conforme con la buena fe (arts. 1104 Cc 961 CCyC),

siendo el otro principio general o rector de la contratación¹⁶. El papel asignado inicialmente a la buena fe para integrar el contenido de los contratos (art. 1258 CC español) asume otros retos, y está presente desde el primer contacto negocial hasta la extinción definitiva del contrato. Lo expresa con rotundidad el nuevo derecho francés (art. 1104¹⁷) y argentino (art. 961-1¹⁸). La buena fe tiene muchos significados: deber de confidencialidad, deber de lealtad, deber de respetar la justicia contractual. Es un deber que incumbe a ambas partes del contrato. Lo dice claramente el artículo 1:201.1 PECL: “Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe”. El mismo mandato es recogido en el artículo 7 PDCL.

La principal base del derecho contractual es que los contratantes son libres para determinar el contenido de los contratos. Es lo que tradicionalmente significa la autonomía privada en el derecho contractual. Ello requiere, como presupuesto, que las partes estén en situación de igualdad para formular e incorporar en el contrato sus intereses mediante acuerdos, fijando cada uno sus derechos y obligaciones. Una verdadera negociación que respete los límites intrínsecos del ordenamiento jurídico (las leyes imperativas y prohibitivas, el orden público y la moral) y que concluye en un contrato implica que las partes han actuado de buena fe y que el contrato es justo. Sin embargo, la realidad económica es muy distinta. Para los mercados la negociación es un estorbo, es un coste excesivamente elevado. No es que renieguen de la buena fe, ni siquiera de la libertad contractual ni de la igualdad, al menos en abstracto. Lo que niegan es que haya que pactar, que haya que determinar el contenido en cada contrato. Los mercados quieren fórmulas más rápidas, más sencillas. Hay cada vez hay más sectores en los que son totalmente improductivos los contratos negociados. Desde hace mucho tiempo existen en muchos ámbitos de la vida económica la contratación en masa, la contratación reglamentada y la contratación mediante formularios. Una gran mayoría de contratos con consumidores nunca es negociada. Y muchos contratos entre empresarios son contratos de adhesión. Las verdaderas libertad e igualdad contractual en realidad quedan reservadas a la contratación entre particulares, que es la que menos interesa a la economía. No deja de ser, pues, un cierto contrasentido que todos los textos de derecho contractual proclamen como principio general,

16 Quiñones Escámez, “El derecho contractual francés”, 257-258.

17 “Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.”

18 “Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.”

rector o pragmático la libertad contractual, cuando la realidad es bien otra¹⁹. Pero, como hemos manifestado más arriba, ningún sistema contractual que pertenezca a la economía de mercado puede renunciar a este principio.

Más sólo partiendo del explícito reconocimiento de la libertad contractual en los derechos contractuales podemos admitir que el contenido del contrato sea determinado exclusivamente por una de las partes del contrato. Al menos la libertad contractual queda garantizada cuando se puede decidir con quién quiere uno contratar y qué contrato quiere uno firmar. Cuanto mayor sea la oferta en el mercado mayor libertad hay para elegir. Una economía competitiva puede asegurar al menos la libertad contractual para elegir con quien quiere uno contratar y el contrato que uno quiere celebrar. Cuando no es competitiva, cuando la oferta o la demanda es exigua, la libertad contractual peligra.

La realidad práctica diaria nos enseña que no hay negociación, que no hay autonomía privada, que no hay libertad para determinar el contenido de los contratos. No hay que preocuparse por eso si existen otras garantías (mayor información precontractual, mayor transparencia formal y material, control de las cláusulas abusivas...). Desde finales del siglo XIX en Europa y América ya había contratos en los que las cláusulas venían redactadas previamente para ser impuestas. Hubo que esperar mucho tiempo para que esa realidad tuviera alguna plasmación legal y sobre todo para que fuese reconocida en los códigos y no sólo en leyes especiales. En Francia se tuvo que esperar hasta el 2016. En Argentina, un poco antes, en el 2015. En España, de momento, nos contentamos desde 1998 con una ley especial de CGC (LCGC), y desde el 2007, con un texto refundido de consumo (TRLGDCU). El contraste es aún mayor en Colombia con un Código Civil basado en la libertad, la igualdad y la autonomía privada, pero al mismo tiempo tiene un moderno derecho de condiciones generales de la contratación para las relaciones de consumo²⁰.

El Code civil, en su nueva redacción, admite por primera vez el contrato de adhesión, junto con el contrato de *gré a gré* (art. 1110). Con ello ingresa en el Code civil una categoría dogmática que hunde sus raíces en una doctrina elaborada en Francia a comienzos del siglo XX, que tiene como principal inspirador a

19 La Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia C-1162 de 2000, defiende que los contratos por adhesión, por el hecho de ser tales, no violan el principio de igualdad, y que establecer como regla general la contratación caso por caso en esta clase de actividades podría ser contrario al interés general, al comprometer la eficiencia y continuidad del servicio y, paradójicamente, hasta podría promover de forma injustificada la desigualdad al sustituir los principios orientadores de la prestación de un servicio público por el interés individual (citada por Pinzón Sánchez, *op. cit.*).

20 Sobre este contraste, *vid.* Pinzón Sánchez, 496 y ss.

R. Saleilles, quien ya avisaba entonces que la construcción de los contratos con condiciones generales estaba por hacer. En esta construcción se pone más acento en el contrato mismo para diferenciarlo de los contratos negociados²¹ que en las condiciones generales como cláusulas predispuestas e impuestas. En palabras de E. Savaux, la reforma francesa consagra definitivamente la distinción entre el contrato individual y el contrato de adhesión²². En Francia, el contrato de adhesión como categoría contractual siempre ha tenido predicamento entre la doctrina. No es de extrañar, pues, que este *nomen iuris* contractual ahora forme parte del lenguaje jurídico del Code civil.

Argentina acoge también esta categoría contractual en el artículo 984 CCyC, pero con una matización que merece ser resaltada. A diferencia del derecho francés, que menciona sin más el contrato de adhesión, la norma argentina se refiere al contrato celebrado por adhesión. La elección de la proposición “por” en lugar de la proposición “de” es acertada porque expresa mejor lo que significa realmente el contrato de adhesión²³. Como dice R. Stiglitz, la ordinaria determinación bilateral del contenido del vínculo, que caracteriza a la contratación discrecional y que se desenvuelve desde la etapa de tratativas, queda sustituida por un simple acto de adhesión a un esquema predeterminado unilateralmente²⁴. Así es: el contrato de adhesión expresa esta idea de que es un contrato que se perfecciona mediante un acto de adhesión por quien no ha predispuesto de las cláusulas (consumidor o empresario). Aunque personalmente pienso que donde se debe poner el acento es en el contenido de este contrato, esto es, en las condiciones o cláusulas que por ser predispuestas e impuestas para una pluralidad de destinatarios son condiciones o cláusulas generales²⁵.

21 Para el C. De Cores Helguera el contrato de adhesión viene a poner en peligro la estabilidad de la teoría general del contrato: *Pasado, presente y futuro de la Teoría General de Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*, Universidad Católica de Uruguay, 2015, 562.

22 “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, 739.

23 Así también lo considera C. Pizarro Wilson, “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”, *Rev. Estud. Socio-Jurid.*, vol. 6, n.º 2, 2004, 120.

24 “Comentarios a los arts. 984 a 989”, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirs. M.ª Herrero *et alii*, tomo III, Libro Tercero, Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación, 2015, 372.

25 Para Pizarro Wilson, el uso de la expresión “contrato de adhesión” no es apropiado como técnica legislativa. Para él, la expresión adecuada es “condiciones generales del contrato”. La razón principal es que el contrato de adhesión no engloba todas las figuras en las que se pueden encontrar cláusulas abusivas. El contrato de adhesión es una forma especial de contratación: “La eficacia del control...”, *op. cit.*, 137.

Ambos textos asumen, pues, la teoría contractualista del contrato de adhesión, el cual no se negocia pero se acepta libremente.

Empero ambos textos participan también de la teoría normativista, puesto que cuando definen los contratos de adhesión los limitan a los contratos que contienen condiciones o cláusulas generales. Según el artículo 1110-2 Cc, *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociations, sont déterminées à l'avance par l'une des parties*. El artículo 984 CCyC dice que “El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes se adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción”. Ambas normas dicen con palabras distintas lo mismo, con la matización argentina de que la redacción unilateral de un contrato puede venir de la mano de un tercero (p. ej., un contrato redactado por un notario, por un abogado o por un intermediario). Los contratos cuyo contenido viene redactado de antemano, es decir predispuesto, tienen un respaldo legal por voluntad expresa del legislador.

Ambos textos son en realidad una simbiosis de las grandes corrientes doctrinales que ha habido durante el siglo XX sobre los contratos no negociados y las condiciones generales de la contratación.

En realidad, cuando se escarba un poco en la teoría(s) contractualista(s) y normativista(s), la discusión gira principalmente en torno de la legitimidad de los contratos no negociados²⁶. Una discusión que fue necesaria en su momento para justificar en el derecho de los contratos la presencia de contratos no negociados. Su presencia significaba un cuerpo extraño e incómodo en los sistemas en los que se proclama la libertad y la autonomía privada. Fue una de las principales razones por las que la regulación de las CGC se hiciera en leyes especiales. Salvo en el Codice civile de 1942, que se ocupó de las CGC, y más tarde en el Nuevo Código civil holandés (1992), hubo que esperar hasta el siglo XXI para que los códigos incorporasen en la parte general, junto con los contratos individuales o negociados, los contratos de adhesión o las condiciones generales de la contratación.

Son muchos los textos legales que en lugar de acoger la figura del contrato de adhesión como categoría conceptual se limitan a definir las CGC. El BGB (2001) incorpora el derecho sustantivo de las CGC en los §§ 305 y ss. —regulado antes en la AGB-G de 1976—, comenzando con una definición de las CGC en la que la predisposición y la imposición de las cláusulas a una pluralidad de contratantes son sus

26 Para una visión global sobre el debate, por todos, vid. J. Alfaro Águila-Real, *Las condiciones generales de la contratación*, Ed. Civitas, 1992, 38 y ss.

notas distintivas (§ 305.1 BGB). La Ley española de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC, 1998), aunque se refiere al adherente en su normativa, tiene por objeto las CGC (art. 1.1). Lo mismo se puede decir del Estatuto colombiano del Consumidor (art. 2.1.9).

En el Derecho europeo no se ha incorporado la categoría jurídica del contrato de adhesión. El DCFR define las CGC en el artículo II.-1:109, diferenciándolas de las cláusulas no negociadas individualmente en el artículo II.-1:110 de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, la cual tampoco menciona en ningún momento el contrato de adhesión, si bien tampoco define las CGC.

La expresa referencia a las cláusulas no negociadas individualmente en la Directiva 93/13/CEE obligó a todos los estados miembros a incorporar en sus ordenamientos este nuevo concepto ya que puede haber contratos no negociados que sean individuales (llamados también “contratos singulares prerredactados” o “contratos de adhesión particulares” o “únicos”). Es frecuente en estos contratos que la predisposición venga de la mano de un tercero (p. ej., en los contratos notariales). Aunque debería presuponerse la neutralidad del tercero, en ocasiones pueden pesar e influir en él más los intereses de quien le pida la redacción del contrato. En este caso, el adherente a un contrato individual no negociado debería ser igualmente protegido. La mayoría de los ordenamientos jurídicos dispensa en los contratos individuales no negociados sólo una protección a los consumidores. Me parece significativo en este sentido el avance que propone el DCFR, que diferencia en el artículo II.-1:110 entre contratos con cláusulas no negociadas individualmente según sea entre un empresario y un consumidor (redactados por el empresario o por un tercero) o entre empresarios.

Ya con el nuevo siglo bien comenzado, podemos afirmar con toda seguridad que si bien los códigos civiles modernos deben seguir siendo el cuerpo normativo por excelencia de los contratos entre particulares (primer contrato), deben servir igualmente de base para los contratos entre empresarios y consumidores (segundo contrato) y los contratos entre empresarios (tercer contrato²⁷). Los códigos civiles siempre han cumplido una función subsidiaria cuando no son contratos entre particulares. Sólo que ahora, en el nuevo siglo, los otros contratos deben igualmente formar parte de los códigos civiles y mercantiles.

27 La doctrina italiana ha elaborado las categorías de primer, segundo y tercer contrato. El primer contrato es el contrato tradicional. El segundo es el contrato de consumo. Y el tercero es el contrato entre empresarios. Estos dos contratos, a diferencia del primero, se caracterizan por la asimetría que hay entre uno (empresario) y otro (consumidor o empresario). *Vid.* V. Roppo, “De nuevo sobre contrato asimétrico y tercer contrato. Las coordenadas del debate, con alguna novedad”, *RdP*, n.º 35, 2014, 25 y ss.

Argentina ha dado aún un paso más trascendente al optar decididamente por la unificación del código civil y mercantil, lo que justifica, con mayor razón, que los contratos entre empresarios y con consumidores tengan su sede principal en el CCyC.

Un paso que no se atreve a dar la mayoría de los países en Europa, a pesar de que tienen como referencia el Código civil de obligaciones de Suiza o el Código civil italiano. En España, ni si siquiera en las últimas reformas propuestas ha habido voluntad de unificar el derecho de obligaciones civiles y mercantiles en un único código. Primero, se elaboró una propuesta de reforma del libro IV del Código Civil (2009); después, se presentó una Propuesta de Código Mercantil (2013) que quería seguir los pasos de la reforma del Code de commerce 2000 (llegó a ser anteproyecto de ley). Ahora hay una nueva Propuesta de Código Civil, libros quinto y sexto (2016), la cual tiene entre sus objetivos, según la exposición de motivos, abarcar todas las relaciones jurídico-privadas en la regulación de sus respectivas materias, lo cual significa, implícitamente, que incorpora reglas generales de los contratos entre empresarios y con consumidores (incluso regula contratos mercantiles como, p. ej., el contrato de préstamo de dinero —contiene normas sobre la apertura de crédito—, el arrendamiento financiero o el servicio bancario de cajas de seguridad). Por lo tanto, su vocación de regular el derecho de obligaciones y contratos va mucho más lejos que los códigos civiles tradicionales. Hay que ampliar la perspectiva de la codificación civil decimonónica, según se argumenta en la exposición de motivos. Nuestro Código Civil, para merecer el nombre de *civil*, según sus redactores, tiene que servir para la contratación entre particulares tanto como para la contratación *entre* profesionales y *con* profesionales.

Segundo desiderátum: La protección jurídica del contratante que no puede influir en el contrato o que no puede discutir su contenido

Los códigos civiles tradicionales no ofrecían una protección que no fuese la de garantizar la libertad contractual y la autonomía privada, siendo los principales límites la ley, la moral y el orden público. Los contratantes que luchaban contra cláusulas leoninas no tenían más recursos que los tradicionales, como la regla de la interpretación *contra proferentem* (un recurso no obstante muy eficaz, utilizado

por los tribunales en la protección de los contratantes débiles) o la cláusula general de buena fe (germen del límite de las cláusulas abusivas, especialmente en el derecho alemán con ayuda del § 242 BGB). No nos debe sorprender que fueran los códigos civiles tradicionales los que pusieran las primeras piedras en la construcción de un derecho más proteccionista²⁸. Este nuevo derecho, que después se codificó casi siempre en leyes especiales, vuelve poco a poco ahora a los códigos.

La inferioridad en la contratación, que está presente implícitamente en los contratos no negociados, requiere respuestas concretas que no pueden venir sólo de los tribunales (como sucedía antes) sino que, sobre todo, deben ser impulsadas por los gobiernos mediante leyes de carácter preventivo. En el momento en que aparecen el consumo y el consumidor como categorías económicas y jurídicas se produce una escisión que ha condicionado todo el desarrollo posterior en la protección del contratante que no tiene poder de negociación. Desde entonces, cuando se habla del *contratante débil*²⁹ se diferencia entre el consumidor y el empresario. Aunque uno u otro se puede encontrar en una situación de inferioridad, la protección no puede ser idéntica. Incluso se considera que a quien se debe proteger mediante políticas legislativas es sólo al consumidor, porque se estima que el empresario está suficientemente protegido por las normas generales de la contratación (un desiderátum equivocado, como lo pone de manifiesto la realidad española)³⁰.

El derecho comparado nos demuestra que cada país tiene su propia política legislativa. Aquellos países que entienden que también los empresarios deben ser protegidos en la contratación adhesiva (p. ej., Alemania, Holanda Portugal, Israel, Brasil) nunca equiparan el empresario al consumidor. La protección no puede ser igual de intensa cuando quien se adhiere a un contrato es un empresario. Esto se trasluce claramente en la estructura interna de muchas leyes proteccionistas y ahora en los nuevos códigos, en los que podemos encontrar normas que protegen tanto a los empresarios como a los consumidores y otras específicamente destinadas a la protección de los consumidores.

28 Así también en Colombia. Vid. Pinzón Sánchez, *op. cit.*, 514 y ss.

29 Para De Cores Helguera el contratante es una nueva categoría del nuevo derecho contractual, *op. cit.*, 527.

30 Sobre el funcionamiento del mercado y mecanismos de protección del contratante que tiene que aceptar CGC, vid. el estudio reflexivo y crítico de J. Pagador López “Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil y/o sanción de las disfunciones del mercado”, *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii, Ed. Nomos, 2017, 161 y ss.

En esta distinta protección de empresarios y consumidores en los contratos no negociados hay varios debates que nos sugieren algunas reflexiones de interés.

Por una parte, se cuestiona si la protección se debe extender a todos los empresarios que se adhieren a cláusulas no negociadas o si debería reservarse sólo a determinados empresarios. Incluso cabe debatir si ciertos empresarios deben ser protegidos con la misma intensidad que los consumidores. En el derecho de las condiciones generales de la contratación suele haber una definición del empresario o profesional (la Directiva 93/13/CEE se refiere al profesional, no al empresario³¹) en contraposición al consumidor (especialmente en los ordenamientos de los estados miembros de la UE por influencia clara de las directivas comunitarias), que engloba a todos los empresarios (personas físicas, personas jurídicas, las pymes, los emprendedores, las grandes empresas...). Limitar la protección sólo a determinados empresarios (p. ej., en Holanda y Australia), salvo que sea en leyes especiales como a veces efectivamente sucede (p. ej., en materia de crédito inmobiliario [Francia y Alemania]), no es la política legislativa más idónea si el objetivo es proteger al contratante que se encuentre en una situación de inferioridad. Puede haber empresas que aun teniendo cierto poder en el mercado no puedan negociar las cláusulas, como sucede a veces en relaciones verticales (p. ej., una gran empresa proveedora de una gran superficie de alimentos tiene menor capacidad negociadora que ésta). En la praxis, en la solución de cada caso concreto, puede influir el tipo o concepto de empresa que sufre los abusos de otra³², pero ello no debe ser argumento para excluir a determinados empresarios de una protección más especial. La protección, no obstante, puede venir del abuso por dependencia económica, sancionable entonces por la vía de los vicios del consentimiento contractual. La protección, en su caso, de determinados empresarios en la contratación adhesiva requiere una concreción que debe ser muy bien perfilada. Aun así, una definición clara no evitará conflictos y en ocasiones puede dar lugar a situaciones injustas que sólo se pueden evitar estirando la norma que en principio no es de aplicación.

31 El 17 de mayo de 2018 el TJUE ha dictado una sentencia sobre el concepto de “profesional” según la Directiva 93/13/CEE. Se trataba de una entidad de educación superior financiada principalmente con fondos públicos, la cual había ofrecido a un estudiante un contrato relativo a un plan de pago a plazos sin intereses de las tasas de matrícula y de la participación en los gastos de viaje de estudios. Para el TJUE no hay ninguna duda de que esta entidad, identificada como empresa, debe ser considerada como profesional, por lo que es de aplicación la mentada directiva al ser el contrato en cuestión un contrato no negociado con un consumidor.

32 La experiencia judicial alemana, que no distingue entre empresarios en los §§ 305 y ss. BGB, es bastante ilustrativa. Por todos, M. Lehmann y J. Ungerer, “Differenzierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle”, *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl *et alii*, Ed. Nomos, 2017, 295 y ss.

Por estas razones debemos considerar acertada la decisión del legislador francés y argentino de extender la protección que otorgan sus nuevos códigos a todos los que se adhieren a contratos con condiciones generales, y a la vez establece un régimen de protección más específico para los contratos de consumo no negociados. Con la reforma habida en Francia se produce una ruptura importante con el derecho anterior al admitir ahora específicamente el control de las cláusulas abusivas no sólo en los contratos celebrados entre profesionales y no-profesionales o consumidores (distinción procedente del derecho de consumo francés) sino también en los contratos entre profesionales (es preferible referirse a los contratos entre empresarios). En la valoración del texto francés, Savaux aplaude la reforma porque, a su juicio, concilia de forma oportuna un instrumento moderno de la protección de los contratantes débiles con una filosofía contractual basada en la libertad y la responsabilidad³³. No se puede decir lo mismo del derecho argentino, que si bien, a nuestro juicio, protege también a los empresarios frente a cláusulas abusivas, no lo hace con la amplitud del derecho francés si nos atenemos a la parte del CCyC que regula con carácter general los contratos por adhesión.

En el futuro, España tendrá que dar el paso que han dado Francia y Argentina. Lo intentó con la Propuesta de 2009 y lo ha vuelto a intentar con la Propuesta de 2016. En ellas se articula un régimen general para las CGC, si bien, mediante una norma de remisión, se preserva, al mismo tiempo, la protección prevista en la legislación de consumo.

Todos estos movimientos pueden enmarcarse en un marco más amplio. En Europa, los modelos de *soft law* articulan, con matices, un régimen general de las CGC —los que mejor lo regulan son los Principios Acquis y el DCFR— sin distinguir, de entrada, si los adherentes son consumidores o empresarios. Esta vocación de un régimen general de las CGC contrasta, sin embargo, con la Directiva 93/13/CEE, que, por razones muy diversas, se ciñe a las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores. Las razones que se esgrimieron cuando se aprobó la Directiva 93/13/CEE —p. ej., por falta de competencia de la entonces CEE— para negar la protección a los empresarios frente a cláusulas abusivas se desvanecieron, sin embargo, rápidamente con las directivas 2000/35/CE y 2011/7/UE, que establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, por lo tanto entre empresarios, y que protegen a los empresarios —sin distinción— frente a determinadas cláusulas abusivas —incluso cuando son negociadas—. Tampoco

33 *Op. cit.*, 740.

fueron obstáculo para insertar un régimen de CGC para la protección de las pymes en la fallida Propuesta de un Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea (2011).

Una singularidad en el derecho europeo, que no viene empero formulada —al menos no expresamente— en el derecho argentino, es que rige para los contratos con consumidores la presunción *iuris tantum* de no negociación. Cualquier contrato con un consumidor se presume que no ha sido negociado, de modo que el empresario tendrá que probar, por el interés que puede tener de querer sustraerse del control de las cláusulas no negociadas, que el contrato fue negociado. La presunción de no negociación fue introducida por la Directiva 93/13/CEE (según el artículo 3-2-2, “El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”) y rige en todos los ordenamientos de los estados miembros de la UE. Esta presunción de no negociación, que puede resultar excesivamente amplia por abarcar todos los contratos de consumo, debería regir sólo para los contratos prerredactados por el empresario. Si prestamos un poco de atención al derecho comunitario, detectamos que no es necesario que el empresario demuestre de un modo palpable que se hubiesen negociado las cláusulas, y es suficiente que pruebe que el consumidor ha podido influir en su contenido. Me parece que la Ley 24.240 argentina se expresa mejor que la directiva cuando el artículo 38-1 establece que las cláusulas son negociadas cuando “la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido” (habrá que entender que debatir las cláusulas siempre es factible hasta antes de la firma del contrato). En la praxis es difícil imaginarse que el consumidor haya podido influir en contratos que previamente están redactados por el empresario para una pluralidad de contratos; en todo caso, el consumidor puede influir en un contrato individual, en el que también rige la presunción de no negociación.

La presunción de no negociación no debería regir en los contratos de adhesión entre empresarios. En los textos de *soft law* europeos que introducen la presunción de no negociación la limitan, a mi modo acertadamente, a los contratos de consumo, matizando, además, que la presunción rige para las cláusulas pre-dispuestas (véase en particular el artículo II.-1:110 DCFR). Se debe advertir, no obstante, atendiendo sobre todo a la jurisprudencia alemana, del peligro de que los tribunales sean excesivamente exigentes en la acreditación de la negociación de las cláusulas en contratos entre empresarios³⁴. Es importante que los tribunales

34 Criticado por B. Gsell, “Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Erstreckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Verkehr”, *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii, Ed. Nomos, 2017: 244-246.

presten especial atención a la fase previa a la celebración del contrato para poder determinar si la contraparte ha podido influir en la redacción del contrato o al menos en la de algunas cláusulas concretas (si bien, en este caso, no se debe olvidar la regla básica de que la negociación de algunas cláusulas no es impedimento para que el contrato sea de adhesión).

La línea divisoria entre contratos de adhesión entre empresarios y con consumidores, ciertamente necesaria por la distinta protección que se dispensa a quienes no pueden influir en el contrato o discutir su contenido, suscita en casos concretos problemas en la aplicación de las normas.

Tercer desiderátum: Conocimiento y comprensión (transparencia) de las cláusulas no negociadas

El contratante que no puede influir en las cláusulas o que no puede discutir las al menos debe tener garantías para que pueda conocerlas. Pero es aún más importante que las cláusulas no negociadas sean redactadas de manera que sean comprensibles. El conocimiento y la comprensión de las cláusulas no negociadas al menos aseguran, en principio, aunque sea sólo hipotéticamente, que el otro contratante sabe lo que está suscribiendo en el momento de la adhesión al contrato.

El conocimiento y la comprensión de las cláusulas son exigencias en toda contratación, negociada o no. Son relevantes asimismo para formar la voluntad contractual, aunque en los contratos no negociados se reduzca a un acto de adhesión. En la contratación negociada, al ser resultado de un acuerdo de voluntades, la negociación misma garantiza a priori que las cláusulas insertadas en el contrato sean conocidas y comprendidas por los contratantes. Los problemas que no obstante puedan surgir, sobre todo los relacionados con la comprensión de las cláusulas, se resuelven mediante las reglas hermenéuticas de carácter subjetivo y objetivo para poder determinar así la intención común de los contratantes. Entre las reglas hermenéuticas podemos encontrar algunas nuevas como, p. ej., cuando nos encontramos con palabras o conceptos técnicos. Según el artículo 71 PDCL, “las palabras técnicas de toda ciencia o arte se toman en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que han usado en sentido diferente”. Se trata de una regla que sirve de apoyo a la interpretación literal, que es la primera de las reglas hermenéuticas de los contratos, negociados o no.

En los contratos en los que no se puede influir ni discutir su contenido es necesario, en pro de una mayor protección del contratante débil, que haya mecanismos previos que aseguren que éste no sólo conozca las cláusulas sino que las comprenda.

No es tanto el conocimiento como la comprensión de las cláusulas el verdadero desiderátum de las CGC (en mucho menor grado las cláusulas no negociadas en un contrato individual). No resulta difícil fijar reglas de prevención para garantizar el conocimiento de las CGC (lugar de publicidad de las CGC, tamaño de la letra...). Lo verdaderamente complejo es establecer reglas previas que permitan que el contratante pueda comprender realmente el alcance de las cláusulas. No todos los contratantes tienen la misma formación para comprender las cláusulas. Y hay contratos más complejos que otros. Un buen banco de prueba pueden ser los contratos financieros de cuya dificultad de comprensión ni siquiera se escapan a veces los más versados en productos financieros (no es infrecuente la aprobación específica de normas relativas a los contratos financieros para asegurar el conocimiento y la comprensión de las cláusulas en este sector económico mediante una adecuada información precontractual general y personalizada, fichas de información cuyo contenido viene previamente fijado o simulaciones).

La prevención del conocimiento y de la comprensión de cláusulas no es exclusiva de los contratos con consumidores, sino que es igualmente necesaria en la contratación entre empresarios, si bien las medidas de prevención deberían ser más flexibles en ésta que en aquéllos. La razón es que los empresarios por regla general tienen más facilidades y medios para conocer y comprender las cláusulas, sus relaciones son más constantes y sobre productos conocidos; además, están los usos comerciales de cada sector.

Los ordenamientos jurídicos que establecen reglas de prevención para el conocimiento y la comprensión de las CGC optan con frecuencia por reglas generales que después se incorporan en la legislación de consumo sin apenas especificidades. No es este el caso del Código civil francés, que hace omisión total de la exigencia de la comprensión de las CGC para que formen parte del contrato. Sólo dice el artículo 1119-1 que “Les conditions générales invoquées par une partie n’ont effet à l’égard de l’autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées”. Al menos el precepto exige que las CGC sean conocidas para poder ser aceptadas. Son dos requisitos que tienen que darse: que el adherente conozca las CGC y que las acepte. La exigencia de la comprensión, que supone que las cláusulas sean también claras, viene establecida en la L. 211-1-1 del Code de la consommation: “Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux

consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible”. Esta misma exigencia debe cumplirse en las CGC que aceptan los empresarios, como establece expresamente el artículo L. 211-4 (una novedad que introduce la *Ordonnance* n.º 2016-301, del 14 de marzo).

Me parece más acertada la opción argentina, además desde el punto de vista de técnica legislativa, como así se ha hecho, de regular los requisitos de conocimiento y de comprensión en el CCyC, concretamente en el 985, a saber, que “las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes”, exigiendo, además, que “la redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible”. Puede discutirse sobre cada uno de los requisitos concretos que deben darse en las CGC antes de su aceptación, pero cualquier discusión que surja debe focalizarse en el conocimiento y la comprensión de aquéllas. La Ley 24240 de protección de los consumidores centra todo su esfuerzo en garantizar el conocimiento de las CGC, pero no contiene ningún requisito específico sobre la comprensión de las CGC. Por las exigencias tan específicas del artículo 38-2, transcribimos literalmente su contenido:

Todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública y privada, que presten servicios o comercialicen bienes a consumidores o usuarios mediante la celebración de contratos de adhesión, deben publicar en su sitio *web* un ejemplar del modelo de contrato por suscribir. Asimismo deben entregar sin cargo y con antelación a la contratación, en sus locales comerciales, un ejemplar del modelo del contrato por suscribir a todo consumidor o usuario que así lo solicite. En dichos locales se exhibirá un cartel en lugar visible con la siguiente leyenda: “Se encuentra a su disposición un ejemplar del modelo de contrato que propone la empresa para suscribir al momento de la contratación”.

Es una norma garantista *pro consumatore* de mayor alcance que en muchos otros ordenamientos jurídicos, como los citados en este trabajo, al exigir al empresario predisponente, con carácter general, la publicación en una página *web* del modelo de contrato, con lo que se asegura, al menos, con cierta certeza, al consumidor el conocimiento de las CGC.

En el derecho europeo, al referirse al conocimiento y a la comprensión de las CGC, se ha puesto de moda un nuevo término, cual es la *transparencia en la contratación no negociada*. Es un deber que ha de cumplir quien predispone las cláusulas de un contrato. Donde por primera vez se utiliza expresamente el término “transparencia” como un deber en la contratación no negociada es en los Principios Acquis, concretamente en el artículo 6:302, que tiene por título “Transparencia de las

cláusulas”, donde establece que “las cláusulas no negociadas individualmente deben ser redactadas y dadas a conocer en un lenguaje sencillo e inteligible”. A continuación, en el artículo 6:303 (2), se establece que “en las cláusulas contractuales redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el test de abusividad no se extiende ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio a pagar”. En el artículo II.9:402 DCFR aparece también formulado el deber de transparencia en la redacción y comunicación de las cláusulas no negociadas individualmente, con una singularidad importante al considerar que puede ser abusiva una cláusula por falta de transparencia en los contratos no negociados con consumidores.

La transparencia de las cláusulas no negociadas no añade nada a lo que ya sabíamos sobre la comprensión como requisito, siendo un requisito de incorporación en el contrato, como también lo es el conocimiento de las cláusulas no negociadas. Pero también puede suceder que por falta de transparencia de una cláusula no negociada se perjudique al adherente, por lo cual no debe surtir, en este caso, efectos (es la solución adoptada por los Principios OHADAC en el artículo 2.1.9.2, letra b, según el cual no se cumple el requisito de conocimiento cuando la condición general “sea excesivamente onerosa, teniendo en cuenta la naturaleza, el lenguaje y la forma en que ha sido establecida”³⁵).

Sobre la base de este nuevo desiderátum se ha creado un nuevo principio, cual es la transparencia material de las cláusulas no negociadas, que es distinta de la transparencia formal (requisitos de incorporación).

Debido en parte a la influencia de la jurisprudencia alemana, que elaboró el mandato de transparencia material de las CGC, que después fue incorporado en

35 Según los redactores del texto, el precepto tiene su base en el test de razonabilidad, uno de los expedientes judiciales desarrollado por los tribunales estadounidenses e ingleses. En su fundamentación, los autores explican que, como condición objetiva, la eficacia de la condición general suele someterse asimismo a un test de razonabilidad. En el Derecho inglés y estadounidense, el test de la razonabilidad (*fair and reasonable*) sirve de criterio para determinar si una cláusula puede quedar incorporada al contrato o si, por el contrario, no es equitativa y se reputa ineficaz. La razonabilidad se aprecia según una serie de circunstancias que las partes conocían o debían conocer razonablemente cuando celebraron el contrato (art. 11.1 Unfair Contract Terms Act de 1977). De ahí que el grado de comunicación de una cláusula sea muy importante para determinar si es abusiva o irrazonable. En los sistemas romano-germánicos se impone a veces un control del contenido de las cláusulas para evitar que unas condiciones excesivamente onerosas sean impuestas a la otra parte o para evitar que se abuse de la buena fe (art. 6:233 CC holandés y surinamés). La regla recogida en los Principios responde a esta tendencia, introduciendo una formulación flexible que permite adaptarse a las peculiaridades del contrato. Para evitar la ineficacia del consentimiento contractual prestado por la parte adherente, el proferente debe evitar la simple referencia en el contrato a la existencia de las condiciones generales en otro documento, aunque la firma se estampe tras la indicación de que las condiciones están en otro documento, y procurar que el adherente firme específicamente el clausulado que contiene las condiciones generales, que la referencia a tales condiciones generales se haya hecho en su caso de manera destacada, y que las propias condiciones generales se hayan redactado de forma clara y comprensible para un adherente medio.

el § 307.1 BGB con motivo de la Reforma de 2001, otros derechos nacionales han sido receptores de este principio. Uno de los derechos nacionales más sensibles a este principio ha sido el derecho español, primero con apoyo en la doctrina³⁶, y después en la jurisprudencia. La transparencia material ha sido respaldada, finalmente, por el TJUE, por lo que podemos decir que este principio forma hoy parte del acervo europeo.

La transparencia material como principio o requisito en la contratación adhesiva ha tenido un especial desarrollo por un motivo básico. Las cláusulas que no pueden ser declaradas abusivas por ser cláusulas que regulan aspectos esenciales o principales del contenido del contrato pueden ser no obstante abusivas por falta de transparencia. Es criterio asentado en el derecho de las condiciones generales que las cláusulas que determinan el contenido esencial o principal del contrato no pueden ser objeto de un control de contenido, principalmente porque supondría una injerencia inadmisibles por parte de los tribunales. Este impedimento no existe cuando se debe asegurar el conocimiento y la comprensión de las cláusulas —que ahora se identifican con la transparencia formal—, dos requisitos que rigen para todas las cláusulas no negociadas, sean principales o accesorias. Con la transparencia material se ha dado un nuevo paso en el control de las cláusulas no negociadas porque permite declarar nulas las cláusulas que no cumplen con el deber de transparencia. Este nuevo control no debería ejercerse sólo en los contratos con consumidores sino también en los contratos entre empresarios (como en Alemania). En España, por el contrario, se reserva este nuevo control a los contratos con consumidores por decisión argumentada de la jurisprudencia. La desprotección que esta jurisprudencia causa a los empresarios se quiere remediar ahora con una ley *ex professo* sobre la transparencia en la contratación predispuesta, actualmente en trámite parlamentario.

En Francia, el artículo L. 212-1 del Code de la consommation es una transcripción del anterior artículo L. 132, que transpone, sin más, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE: “L’appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l’objet principal du contrat ni sur l’adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible”. Este mismo

36 Una notable influencia en el derecho español ha ejercido la obra de F. Pertíñez Vílchez *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, 2004. Este autor es un defensor acérrimo de la transparencia material en los contratos de adhesión. Una lectura revisionista de la transparencia ofrece L. M.^a Miranda Serrano en su espléndido artículo “El control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *Indret*, abril, 2018.

precepto no ha pasado al Code civil (cfr. art. 1170). En principio, cabe pensar que seguirá rigiendo, como ha defendido la doctrina francesa, la distinción tradicional entre el control de incorporación (conocimiento y comprensión de las cláusulas o transparencia formal) y el control material (cláusulas abusivas), con la única novedad de que estos controles también se dan en las CGC suscritas entre empresarios. Sin embargo, el derecho francés se debe regir de conformidad con el derecho europeo, y en particular conforme con la jurisprudencia europea, según la cual el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE permite el control de transparencia de las cláusulas principales o accesorias no negociadas en contratos con consumidores más allá de la exigencia en la claridad y comprensión de ellas. Más concretamente, la jurisprudencia europea exige que la comprensión asegure que las cláusulas no negociadas sean lo suficientemente claras y comprensibles para que no perjudiquen económicamente al consumidor. Según la significativa STJUE del 30 de abril de 2014, en un caso de un contrato de préstamo de divisa extranjera, “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”. Esta jurisprudencia da el respaldo definitivo a un nuevo principio, crea un nuevo control, que para algunos, sin embargo, añade nuevos problemas cuyas soluciones pueden resolverse mediante el control de incorporación.

El control de la transparencia material ha tenido una enorme trascendencia en España, especialmente en el ámbito financiero, donde miles de cláusulas financieras (cláusula de interés variable, cláusulas suelo, cláusulas multidivisas) han sido declaradas nulas por no ser suficientemente transparentes porque los clientes (consumidores) no pudieron ver las consecuencias económicas negativas de los productos financieros que se les ofrecieron. Sin embargo, esta nueva protección a favor de los consumidores se niega en España a los empresarios, debido en gran parte a las incongruencias del ordenamiento jurídico y por la doctrina del Tribunal Supremo³⁷.

37 Pueden consultar mi trabajo “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7 (2017): 67 y ss.

Mirando ahora de nuevo al derecho argentino, en ninguno de los dos principales textos cabe encontrar un resquicio legal para la admisión de la transparencia material como un control diferente al control de incorporación.

La principal singularidad del derecho argentino es que, a diferencia de los derechos francés y español, se refiere específicamente a las cláusulas sorprendentes, que son aquellas que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles, y se consideran abusivas según el artículo 988, letra c, CCyC. Lo que para algunos derechos nacionales son cláusulas que no se incorporan en el contrato (p. ej., § 305 c BGB; la misma Propuesta de Código Civil —2016— considera que las cláusulas sorprendentes o desacostumbres para el adherente no se incorporan en el contrato; el artículo 2.1.9.2, letra a, Principios OHADAC, según la cual no se considera cumplido el requisito de conocimiento de una condición general cuando esta “resulta tan sorprendente o desacostumbrada que el adherente no ha podido razonablemente contar con ella, en atención las circunstancias y al objeto del contrato”), en Argentina se entiende, por el contrario, que deben ser nulas porque se consideran abusivas las cláusulas sorprendentes. Esta distinta solución a un mismo tipo de cláusulas por su contenido, redacción o presentación puede deberse a la evolución que estas cláusulas han tenido en la práctica judicial. Si en un primer momento se consideraba un problema estrictamente de conocimiento y comprensión de las cláusulas, ahora también se defiende que las cláusulas sorprendentes pueden ser abusivas. Personalmente, considero que ambas soluciones son defendibles, debiéndose estar a cada caso en concreto. Se debe añadir que cualquiera que sea la solución, el control ha de ser individual, debiéndose estar a las circunstancias que rodean el contrato de adhesión, y pueden ser objeto de examen tanto las cláusulas principales como las accesorias (hay coincidencia en este punto con la transparencia formal y material de las cláusulas no negociadas).

Cuarto desiderátum: Garantizar la justicia contractual en la contratación no negociada

Siendo una realidad incontestada en la economía globalizada la desigualdad en el poder de negociación, no resulta nada sospechosa la pregunta formulada hace ya un largo tiempo por dos grandes comparatistas, como son Zweiger y Kötz, si no había llegado ya el momento de reemplazar o suplementar el principio de libertad

de contrato por el principio de justicia contractual^{38,39}. Esta pregunta, formulada en 1971, no ha sido resuelta satisfactoriamente aún hoy en la mayoría de los países, principalmente porque los ordenamientos jurídicos no contienen por norma general un control del contenido de los contratos no negociados más allá de los contratos de consumo. Al principio, la reacción a las cláusulas claramente desequilibradas a favor de una de las partes venía de la mano de las cláusulas generales o abiertas (la cláusula general de buena fe). Más tarde, mediante leyes especiales se intensificó el control de contenido de las cláusulas, especialmente en los contratos con consumidores, pero también en los contratos entre empresarios, al menos en algunos países. En el presente siglo, la gran novedad es que se generaliza esta tendencia. Cada vez son más los derechos nacionales los que extienden el control de las cláusulas abusivas a todos los contratos de adhesión⁴⁰. El peso del control material recae, sobre todo, en los tribunales, aunque son muchos los ordenamientos nacionales que determinan controles preventivos con el fin de eliminar antes las cláusulas abusivas, particularmente en los contratos con consumidores. El control de contenido abarca todas las cláusulas que no forman parte del objeto del contrato. Siendo un control general, comprende todos los contratos de adhesión, salvo que por mandato legal sean excluidos expresamente. No es infrecuente que haya leyes sectoriales que intensifiquen el control de contenido de cláusulas específicas (un paradigma son las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales). Se observa también, especialmente en el ámbito de consumo, una progresiva política de determinar previamente el contenido del contrato, normativizando el contrato, al menos el contenido mínimo que debe cumplir so pena de ser declarado nulo, limitando por ley, por tanto, el poder del empresario de regular sus intereses a su medida (p. ej., los contratos de viaje combinado, de crédito de consumo, de crédito inmobiliario o de aprovechamiento de bienes inmuebles turísticos por un tiempo determinado).

Francia es un claro ejemplo de esta nueva tendencia al incorporar además en el Code civil una norma general sobre las cláusulas abusivas, negando su eficacia:

38 *Introducción al derecho comparado*, trad. A. Aparicio Vázquez, Ed. Oxford University Press, 2002, 346.

39 La justicia contractual es un concepto poliédrico en el que caben supuestos muy diversos, entre los cuales figura también el necesario equilibrio que tiene darse entre las obligaciones y los derechos de una y otra parte del contrato, y no sólo en la contratación adhesiva (equilibrio que sólo se puede conseguir mediante leyes preventivas y sancionadoras) sino también en la contratación negociada (hablaríamos de un contrato justo si está equilibrado).

40 Afirma certeramente C. Pizarro Wilson que “hoy lo importante radica en lograr un sistema de protección eficaz que proteja no sólo al contratante-consumidor, y, de otra parte, que a veces se extienda a la protección de quien carece la calidad de consumidor”: “La eficacia del control...”, *op. cit.*, 124.

“Dans un contrat d’adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (art. 1171-1)”. Lo que era una norma exclusiva del Code de la consommation (véase el actual artículo L. 212-1 según la reforma habida el 10 de febrero de 2016, cuya interpretación debe apoyarse en el artículo 1171-1; el artículo L.212-2 remite al precepto anterior precisando que éste es de aplicación a los contratos entre *des professionnels et des non-professionnels*). Aunque no se menciona específicamente la buena fe en el artículo 1171-1, habrá que interpretar y aplicar este precepto como una verdadera cláusula general de buena fe. Una singularidad del derecho francés de consumo es que esta cláusula general y las cláusulas abusivas forman parte del orden público (art. L. 212-3). Con la reforma, además, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE pasa a ser una norma general (al igual que la norma comunitaria, se exige para apreciar el carácter abusiva de una cláusula que haya un desequilibrio importante).

El derecho argentino no ha querido ser menos, pero no ha llegado a formular una cláusula general de buena fe en el CCyC para todos los contratos de adhesión. Como en el derecho francés, las cláusulas abusivas se deben tener por no escritas (art. 989). En lugar de una cláusula general o abierta de buena fe para todos los contratos de adhesión, el CCyC contiene tres cláusulas abiertas. Según el Código, “son cláusulas abusivas las que desnaturalicen las obligaciones del predisponente, las que importan una renuncia o restricción a los derechos del adherente y las que por su contenido, redacción o presentación no son razonablemente previsibles” (art. 988). En realidad, se trata de un elenco de cláusulas abiertas. Por el contrario, en el título dedicado a los contratos de consumo, hay una verdadera cláusula general de buena fe según la cual son abusivas aquellas cláusulas que, habiendo sido o no negociadas individualmente, tienen por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 CCyC). La correspondencia de esta norma con el derecho comunitario es manifiesta al exigir que debe haber un desequilibrio significativo (cfr. art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE)⁴¹. Al igual que en el derecho francés, no se menciona expresamente la buena fe en el artículo 1119. La ausencia de este concepto quizá se debe a que la buena fe es una consecuencia del equilibrio básico que debe haber entre los derechos y las obligaciones de una y otra parte.

41 Entienden R. Stiglitz y G. Stiglitz que la noción de *desequilibrio significativo*, como elemento caracterizante de la cláusula abusiva, debe centrarse en su incidencia sobre el principio de onerosidad o de máxima reciprocidad de intereses, *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2.^a ed., Ed. La Ley, 2012, 312-313.

Cuando ese equilibrio no se da, siendo además significativo en perjuicio del que no ha podido negociar el contenido, se sobreentiende que es contrario a la buena fe. R. Stiglitz y G. Stiglitz, en sus reflexiones sobre la reforma proyectada, defienden que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de la máxima reciprocidad de intereses no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe⁴². Pero los autores reconocen a continuación la función de la buena fe, su utilidad, la cual por sí sola es una cláusula abierta, de la que puede servirse el intérprete en su juicio sobre una cláusula de dudosa legitimidad y en su confrontación con el derecho dispositivo y la finalidad jurídico-económica del contrato⁴³.

Conforme con una interpretación literal del texto argentino, parece que se ha querido fijar un elenco de cláusulas abusivas para todos los contratos de adhesión⁴⁴, pero la cláusula general de buena fe como instrumento normativo de control sólo rige para los contratos de consumo, con la singularidad, además, de que la cláusula general es aplicable también a las cláusulas negociadas (puede suponer una injerencia excesiva de los tribunales en los contratos aun cuando una de las partes es un consumidor). Si leemos bien el artículo 988, el elenco de cláusulas abusivas que contiene no recoge más que tres cláusulas abiertas⁴⁵. La distinta redacción de los artículos 988 y 1119 nos debe llevar a la conclusión de que el texto argentino ofrece una tutela más limitada a los empresarios que se adhieren a CGC. Corresponderá a la doctrina y a la jurisprudencia explicar sobre todo qué se entiende por *desnaturalización de las obligaciones del predisponente*. Cabe entender que la desnaturalización de las obligaciones del predisponente se da cuando se amplíen los derechos del empresario con daño al adherente, se modifiquen en su favor y en algún sentido la obligación a la que se ha comprometido el empresario o se amplíen las obligaciones del adherente o se restrinjan o se supriman sus derechos⁴⁶. El CCyC en sede de los contratos de consumo precisa expresamente en el artículo 1122 el control judicial pero reconoce a la vez el control administrativo mediante la aprobación de cláusulas (reservada sólo para los contratos de consumo).

42 *Ibidem*, 309.

43 *Ibidem*, 310.

44 En sus observaciones al Proyecto del CCyC, R. Stiglitz y G. Stiglitz en ningún momento afirman con la debida rotundidad que estas cláusulas abiertas rigen también para los contratos de adhesión con empresarios, 272 y ss.

45 R. Stiglitz, 383-385.

46 *Ibidem*, 384 (el autor se refiere, sin embargo, siempre al consumidor, cuando, en realidad, el artículo 988 no hace ninguna distinción).

En una mirada breve al derecho colombiano se encuentra que en la definición de las cláusulas abusivas se prescinde del adjetivo §“significativo” o “importante”, exigiendo para la abusividad que el desequilibrio sea injustificado (art. 42 del Estatuto del Consumidor). Cabe entender que se parte de un concepto más amplio de lo que se entiende por *cláusulas abusivas* que en el derecho europeo al exigir sólo que el desequilibrio sea injustificado.

Esta tendencia de ampliar la protección frente a cláusulas abusivas ha tenido su referendo en las propuestas de *soft law* europeas. La norma más sencilla viene en los PECL, en cuyo artículo 4:110 se invoca, además, el principio general de buena fe, en clara sintonía con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, con la relevancia, además, de que no es una norma exclusiva para los contratos no negociados con consumidores. Se incorpora en el texto otro presupuesto o límite, junto con la buena fe, cual es la lealtad del predisponente en el momento de la redacción de las cláusulas. Parecida es la cláusula general de buena fe contenida en los Principios Acquis (art. 6:301 [1]). En el DCFR se opta por un mayor casuismo en la determinación del carácter abusivo de las cláusulas según sea en contratos entre un empresario y un consumidor, entre empresarios o entre no empresarios (arts. II: 9:401 y ss.⁴⁷), pero la buena fe siempre constituye el principal elemento definidor de las cláusulas abusivas. El otro elemento definidor es la honradez. Una nota un tanto disonante con respecto a otros textos es la sustitución en el DCFR de los presupuestos “desequilibrio significativo” por “perjuicio significativo”, más en sintonía con el derecho alemán, que se refiere al “perjuicio indebido” (*unangemessene Benachteiligung*). Para algunos autores, son finuras del lenguaje jurídico, sin mayores consecuencias jurídicas, sobre todo si se toma en consideración la buena fe objetiva como presupuesto o límite de las cláusulas no negociadas. Para otros, por el contrario, con la terminología que utiliza el DCFR se pretende evitar que el control de “abusividad” de las cláusulas no alcance el equilibrio económico entre las prestaciones esenciales⁴⁸. En la praxis judicial alemana no hay casos en los que los tribunales hayan llegado tan lejos enjuiciando el equilibrio de las prestaciones esenciales encapsuladas en las CGC. Supondría una injerencia inadmisibles en el mercado. Para prácticamente toda la doctrina alemana el contenido del § 307.1 BGB (antes § 9.1 ABG-G) es conforme con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.

47 Vid., A. Scarso, “Unfair terms”, *Il Draft Common frame of Reference del Diritto Privato Europeo*, Ed. Cedam, 2009, 215 y ss.

48 M.³ A. Blandino Garrido, “Cláusulas abusivas”, *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coords. A. Vaquer Aloy et alii, Ed. Atelier, 2012, 654.

Atravesando nuevamente el Atlántico, vale la pena detenerse nuevamente en los PLDC, en concreto en el artículo 7, el cual, en dos apartados, se refiere a la buena fe equiparándola a la honradez o lealtad que deben tener los contratantes y también a la buena fe como límite de las cláusulas. “Las partes deben comportarse conforme a las exigencias de la buena fe” (ap. 1). Y “las limitaciones convencionales contrarias a la buena fe no producen efecto alguno” (ap. 2). El artículo 7 contiene dos cláusulas generales que son aún más abiertas que la cláusula general de buena fe del § 242 BGB, según el cual “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. Es significativo que en el proyecto aún se hacía referencia expresa a los usos del tráfico⁴⁹. La buena fe atraviesa, en palabras de C. Pizarro Wilson, los demás principios⁵⁰. Y aunque este texto contractual panamericano deja fuera los contratos no negociados —no sólo los de consumo—, emana de él un claro repudio al desequilibrio del contenido del contrato que emana de una posición dominante de una parte respecto de la otra⁵¹. El artículo 7.2 responde a este repudio al negar eficacia alguna a la cláusula que en contra de la buena fe limita los derechos de la otra parte, como también el artículo 37, que sanciona con la anulabilidad una excesiva ventaja a favor de una de las partes del contrato en virtud de una cláusula (en este caso, más que un vicio —como entiende el texto—, sería más bien una cláusula contraria a la buena fe). Resulta novedoso este apartado si se toma como referencia el artículo 4:109 PECL al regular los casos de beneficio excesivo o ventaja indebida, entre los cuales no se encuentra la excesiva ventaja a favor de una de las partes del contrato en virtud de una cláusula (tampoco forma parte del abanico de supuestos en la Propuesta de Código Civil, 2016). Volviendo al artículo 7.2, podemos ver en él una norma de naturaleza imperativa en la que la buena fe es un límite que no se puede franquear,

49 Al respecto, indican C. Eyzaguirre Baez y J. Rodríguez Díez que “la referencia a “los usos del tráfico” más que una definición parece hacer referencia a un cierto parámetro de determinación de la buena fe, tal como sería “las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación”. La relación entre “buena fe” y “usos del tráfico” no es pacífica en la doctrina, y en el UCC estadounidense la idea de “usage of trade” tiene un contenido propio que se diferencia de la obligación de actuar de buena fe. No obstante, esta relación entre buena fe y usos del tráfico no es del todo ajena a la doctrina nacional, y la idea de “usos del tráfico” aparece asociada a ella en el § 242 BGB. Sea cual sea la relación entre ambos términos, se debe tener presente que la idea de los “usos del tráfico” no supone una definición de la buena fe, representando simplemente uno de los muchos criterios orientativos para determinar su contenido en un caso concreto, “Expansión y límites de la buena fe —objetiva—. A propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 2º, 2013, 146.

50 “Presentación”, en *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, prólogo de A. M. Morales y N. Fenoy, Ed. BOE, 2017, 23.

51 *Ibidem*, 25.

con independencia de que el contrato sea negociado o no. Pero tiene un alcance limitado al referirse a cláusulas limitativas de derechos de una de las partes⁵²⁻⁵³.

El otro texto con vocación interregional, los Principios OHADAC, si bien regula algunos aspectos importantes de las CGC, no contiene una cláusula general de buena fe, reduciendo la protección al abuso de debilidad o dependencia, que es un supuesto de vicio contractual, conforme con el artículo 3.4.8, cuyo apartado primero establece que “una parte puede anular el contrato o alguna de sus cláusulas si la otra parte, para contratar, ha abusado de una situación de confianza o dependencia existente entre las partes, o bien de la ignorancia, dificultades económicas, estado de necesidad o falta manifiesta de experiencia de la otra parte”; el segundo apartado precisa que “la anulación solo procede si la otra parte conocía o cabía esperar que conociera la situación y se aprovechó de tal situación, produciendo un perjuicio excesivo en la otra parte”⁵⁴.

- 52 Al hilo de esta norma, entonces aún en proyecto, Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Díez reflexionaban en los siguientes términos: “Esta limitación en el contexto del PLDC permite plantear el problema en el Derecho nacional a propósito de una materia muy específica: la validez de la llamada ‘entire agreement clause’ o ‘merger clause’. Esta cláusula puede presentar distintas modalidades, pero fundamentalmente lo que busca es excluir las negociaciones previas del análisis del juez a efectos de integrar el contenido del contrato. Las partes suelen estipular esta cláusula al final del contrato, estableciendo que el contenido del mismo se limita a lo expresamente establecido. Esta cláusula nace en el Derecho anglosajón a fin de mantener una aplicación estricta de la ‘parole evidence rule’ y evitar que el juez recurra a las negociaciones previas para integrar el contrato. La cláusula se extendió al derecho continental, donde se planteó su conflicto con la buena fe, usándose, asimismo, de forma extendida en transacciones internacionales. El problema que se surge es si acaso la ‘merger clause’ constituye una limitación a la buena fe, y si, por lo tanto, debe excluirse del contrato. Debe destacarse que la norma del PPLDC no proscribire la ‘exclusión’ de las partes de comportarse de acuerdo con la buena fe, sino que de forma mucho más genérica priva de efectos a ‘las limitaciones convencionales a este deber’, y ciertos autores nacionales han descartado de manera general la validez de las cláusulas que la limiten”, 190.
- 53 La práctica negocial, como indican Eyzaguirre Baeza y Rodríguez Díez, “presenta numerosas situaciones en las cuales las partes acuerdan términos que normalmente podrían ser consideradas como contrarias a la buena fe, como estipular en las negociaciones previas que ambas partes se reservan el derecho de romper las negociaciones en cualquier momento y sin tener que señalar un motivo para ello, o estipular en el contrato que el mismo se llevará a cabo sin importar que su cumplimiento se haga excesivamente oneroso para uno de los contratantes por circunstancias sobrevinientes. Además de estos casos, encontramos innumerables ejemplos en los que el juez podría estar en desacuerdo con los términos del contrato y buscar corregirlos mediante la buena fe: por ejemplo, es usual en contratos de financiamiento a empresas que existan ciertas restricciones o *covenants* que limiten la libertad contractual del deudor en determinados eventos, o el establecimiento de cláusulas de aceleración muy amplias (por ejemplo, una cláusula que acelere el vencimiento de ocurrir un efecto adverso relevante, comúnmente denominadas cláusulas MAC)”, 191-192.
- 54 En su fundamentación, los redactores del texto afirman: “Los Principios optan por incluir entre los vicios del consentimiento al abuso de debilidad o dependencia. La conformación de los contornos de esta figura es debida principalmente a la doctrina de la *undue influence* conocida en los países de *common law*. A través de esa figura la jurisdicción de equidad intentaba remediar los resultados a veces insuficientes de la consideración exclusiva como vicios del consentimiento del *mistake*, la *misrepresentation* y la *duress*. La disposición pretende evitar que uno de los contratantes pueda aprovecharse en la celebración de un contrato de una relación de confianza o dependencia entre las partes, o de una situación de aflicción o de necesidad en que puede encontrarse una de las partes, cuya voluntad es afectada de forma indebida. Si esto ocurre, el contrato puede ser anulado”.

La protección frente a las cláusulas abusivas se puede y se debe intensificar mediante técnicas legislativas, especialmente cuando los adherentes son consumidores, como es a través de la elaboración de listas de cláusulas presuntiva y absolutamente abusivas, que cumplen, por una parte, una función preventiva y, por otra, facilitan el control judicial. Mediante estas listas, que varían en cada sistema, se pretende asegurar un equilibrio normativo de los contratos. Salvo algún derecho nacional (p. ej., el derecho portugués), las listas operan sólo en los contratos no negociados con consumidores, especialmente en los estados miembros de la UE (la Directiva 93/13/CEE contiene una lista muy básica de cláusulas abusivas). En Francia se deja en manos del Consejo de Estado las listas de cláusulas abusivas, quien mediante decreto aprobará las cláusulas que por una comisión nombrada a estos efectos son determinadas abusivas per se, y en otro decreto las cláusulas que presuntamente son abusivas (art. L. 212-1 Code de la consommation). La ventaja de este proceder es que permite una actualización sucesiva de las cláusulas que son o pueden ser abusivas. En un sistema en el que las listas aparecen en leyes que deben ser aprobadas por el Parlamento, como en el derecho alemán y en el español (§§ 308 y 309 BGB y arts. 85 a 91 TRLGDCU), resulta más difícil una revisión y actualización continuada de las cláusulas que son abusivas⁵⁵.

El derecho argentino ha optado, como ya sabemos, por una lista muy básica de cláusulas que se consideran abusivas, refiriéndose a tres cláusulas abusivas (cfr. arts. 37 de la Ley de Defensa del consumidor y 988 CCyC). El Estatuto colombiano del Consumidor contiene una verdadera lista de cláusulas abusivas que son absolutamente abusivas si nos atenemos al artículo 43, el cual establece que son cláusulas nulas de pleno derecho. Además contiene una prohibición absoluta de las cláusulas que modifican unilateralmente el contrato a instancia del predisponente (art. 38) y un régimen legal específico para las cláusulas de permanencia en los contratos de tracto sucesivo (art. 41).

55 Aun así, depende de la voluntad política de quienes nos gobiernan. En España, mediante la Ley 4/2018, de 11 de junio, se incorpora en el TRLGDCU, en una disposición adicional, según la cual “1. Serán nulas aquellas cláusulas, estipulaciones, condiciones o pactos que excluyan a una de las partes, por tener VIH/sida u otras condiciones de salud. 2. Asimismo, será nula la renuncia a lo estipulado en esta disposición por la parte que tenga VIH/sida u otras condiciones de salud”. Esta Ley no dice que son cláusulas abusivas, sino que son directamente nulas. Estas cláusulas, como se indica en el Preámbulo de la Ley, acentúan el estigma social y son discriminatorias. En el ámbito de Ley del Contrato de Seguro, se incorpora otra disposición adicional, según la cual “No se podrá discriminar a las personas que tengan VIH/sida u otras condiciones de salud. En particular, se prohíbe la denegación de acceso a la contratación, el establecimiento de procedimientos de contratación diferentes de los habitualmente utilizados por el asegurador o la imposición de condiciones más onerosas, por razón de tener VIH/sida u otras condiciones de salud, salvo que se encuentren fundadas en causas justificadas, proporcionadas y razonables, que se hallen documentadas previa y objetivamente”.

En los textos de alcance internacional o interregional no procede por norma general una lista de cláusulas abusivas, sin perjuicio de que alguna norma determine el carácter abusivo de una cláusula. No obstante, en los textos de *soft law* europeos figuran listas de cláusulas abusivas, distinguiendo incluso si son absoluta o relativamente abusivas (cfr. arts. 6:304-6:305 Principios Acquis y II.-9:410 DCFR).

Quinto desiderátum: Conservar el contrato no negociado aun habiendo cláusulas abusivas

La consecuencia de la declaración abusiva de una cláusula es su necesaria desaparición del contrato, dejándola sin efecto alguno, que para algunos ordenamientos es igual que una declaración de nulidad de pleno derecho (así específicamente el Estatuto colombiano del Consumidor [arts. 43 y 44]). El Cc determina en el artículo 1171-1 que una cláusula abusiva *est réputée non écrite*. La misma consecuencia viene establecida con otras palabras en el artículo 1122-b CCyC, a saber, que las cláusulas abusivas se tienen por no convenidas.

La laguna que una declaración abusiva de una cláusula produce en el contrato tiene consecuencias no sólo para el predisponente sino también para el adherente. ¿Qué debe hacer el juez en este caso? El derecho argentino lo resuelve acertadamente cuando tanto en el artículo 989 como en el artículo 1122-c CCyC se ordena al juez a integrar el contrato cuando declara la nulidad parcial del contrato si no puede subsistir sin comprometer su finalidad⁵⁶⁻⁵⁷. Esta solución, que rige para todos los contratos de adhesión, coincide sustancialmente con la doctrina del TJUE, la cual si bien niega tajantemente cualquier intervención judicial en el contrato modificando o reduciendo las cláusulas abusivas (p. ej., cuando son cláusulas penales, cláusulas de interés remuneratorio o de interés moratorio), admite no obstante que pueda integrarse el contrato acudiendo al derecho dispositivo siempre que el contrato no se pueda ejecutar sin la cláusula que ha quedado sin efecto y la nulidad total del contrato sea perjudicial para el consumidor (SSTJUE 14 de junio

56 A juicio de R. Stiglitz y G. Stiglitz, refiriéndose aún al Proyecto, se ha recogido la mejor de las soluciones, la de la conservación del contrato en la medida en que aun con la integración simultánea del contrato no se halle en riesgo su finalidad, *op. cit.*, 512.

57 Más impreciso resulta el Estatuto colombiano del Consumidor en el artículo 44, según el cual, “cuando subsista el contrato, la autoridad competente aclarará cuáles serán los derechos y obligaciones que se deriven del contrato subsistente”.

2012 y 21 de enero 2015)⁵⁸. La modificación o reducción puede entenderse también como una actividad integradora del contrato, si bien, como se colige de la jurisprudencia europea, esta concreta actividad judicial puede sugerir a los empresarios a utilizar cláusulas abusivas a sabiendas de que pueden ser modificadas o reducidas posteriormente.

El derecho francés, por el contrario, no contiene una norma semejante en el Code civil ni en el Code de la consommation. Los tribunales franceses deberán guiarse, por tanto, principalmente por las directrices de la jurisprudencia europea sobre las consecuencias para el contrato cuando una cláusula es declarada abusiva.

La desvinculación de las cláusulas abusivas del contrato es también la consecuencia que se prevé en el artículo 6:306 de los Principios Acquis y en el artículo II.-9:408 del DCFR para cualquier contrato no negociado —una cláusula abusiva no es vinculante para la parte que no la dispuso—. Como en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, también en estos textos europeos se eleva a mandato legal el mantenimiento “razonable” del contrato a no ser que no se pueda mantener, pero no se dice cómo se debe mantener el contrato, si cabe la modificación, reducción o la integración de éste para colmar en su caso las lagunas causadas por la eliminación de cláusulas abusivas.

Último desiderátum: La flexibilización del concepto de “consumidor” en la contratación no negociada

La figura del consumidor no tiene un perfil tan claro como a veces se pretende dar⁵⁹. Es un sujeto ante todo económico que necesita no obstante de definiciones jurídicas para una mayor protección de sus derechos en las operaciones de intercambio de bienes y servicios. Pero cualquier definición legal que se quiera dar

58 Ambas sentencias traen causa de una cuestión prejudicial formulada por tribunales españoles que preguntaron al TJUE sobre la facultad del juez para modificar una cláusula de interés moratorio, aun cuando en aquel momento el TRLGDCU contemplaba esta facultad en el artículo 83 TRLGDCU. La respuesta negativa de la STJUE en el caso Banco Español de Crédito, por ser contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, dio lugar a una reforma del citado precepto mediante la Ley 3/2014, de 27 de marzo, en el que se suprime toda referencia a la integración del contrato y modificación de las cláusulas declaradas abusivas, y también desaparece el artículo 1258 CC.

59 Uno de los estudios más exhaustivos sobre la figura del consumidor se puede encontrar en el comentario al artículo 3 TRLGDCU, aunque es anterior a la última reforma habida en 2014, realizado por el profesor S. Cámara Lapuente, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Ed. Colex, 2011, 102 y ss.

del consumidor es fácilmente constatable, mirando sobre todo a la realidad económica, que el consumidor es un sujeto demasiado complejo como para encerrarlo en una descripción normativa (no hay una única definición del consumidor incluso dentro de cada sistema). En los estados miembros de la UE, la principal definición del consumidor viene formulada en el artículo 2.1 de la Directiva 2011/83/UE, del 25 de octubre: es *consumidor* “toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”. Sin entrar en los pormenores de esta directiva, y tampoco en el concepto de *consumidor* según ésta, al menos debe señalarse que se produce un cambio respecto a directivas anteriores. Se introduce aquí un elemento subjetivo que no aparece en las directivas anteriores (tampoco en el artículo 1:201 de los Principios Acquis y en el artículo I.-1:105.1 y Anexo DCFR) al referirse al propósito del sujeto que interviene en el mercado, que debe ser ajeno a su actividad económica, pero aun así lo verdaderamente determinante sigue siendo el elemento objetivo, esto es, que la actuación del sujeto económico debe ser ajena a su actividad económica.

Se dice, con razón, que el concepto de *consumidor* es una ficción jurídica pero necesaria para definir el ámbito de aplicación de determinadas normas y para sustentar una política legislativa⁶⁰. No se entiende la figura del consumidor si no se contrapone al empresario o profesional. Una y otra se necesitan para que una relación de intercambio de bienes y servicios sea de consumo. Esta relación no es en absoluto una relación ficticia, sino una relación económica y jurídica a la vez. Dándose estos elementos, se considera necesaria una protección porque se presupone que el consumidor siempre está en inferioridad. Es sólo una presunción, pero que, no obstante, requiere de respuestas políticas en pro de una protección de los derechos de los consumidores.

Aun cuando en Europa la armonización de los derechos nacionales es uno de los principales objetivos de la política legislativa europea, podemos encontrar diferencias notables, por ejemplo en el derecho francés, en el que además del consumidor está la figura del “no profesional”, es decir, aquel que no actúa directamente en el marco de su actividad habitual, y que también debe ser protegido (artículo preliminar del Code de la consommation⁶¹). En España, después de la Ley 3/2014,

60 M. Pasquau Liaño, “De la protección del consumidor a la reforma del derecho de la contratación”, *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y Reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, coords. B. Añoveros Terradas y S. Llebaría Samper, Ed. Aranzadi, 2016, 272.

61 “Pour l’application du présent code, on entend par : - consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n’entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale,

se han ampliado aún más los sujetos protegidos por el TRLGDCU (art. 3⁶²). La Ley argentina de Defensa del Consumidor está más cerca del derecho de consumo español al extender la protección a consumidores que no son personas físicas, con la matización de que es consumidor el destinatario final de los bienes y servicios, lo cual permite ampliar la protección a situaciones limítrofes (art. 1⁶³). Una concepción también más amplia que muchos ordenamientos nacionales de Europa ofrece la ley colombiana del Estatuto del Consumidor al incorporar las personas jurídicas que sean consumidores (art. 5.3⁶⁴)⁶⁵.

Atendiendo a las muchas variantes que se pueden dar en las operaciones económicas, se han identificado consumidores concretos, como el consumidor medio (el consumidor razonablemente informado antes de la celebración del contrato) o el consumidor vulnerable o careciente (en sectores muy específicos, como el inmobiliario, en particular cuando se solicitan préstamos hipotecarios), y, al mismo tiempo, se ha ido flexibilizando el concepto de *consumidor*.

Sobre este particular, cabe señalar como ejemplos el consumidor que celebra un contrato con ánimo de lucro (la jurisprudencia del TJUE considera consumidor a particulares que intervienen en el mercado con un claro afán especulativo o lucrativo (sentencias del 25 de octubre del 2005 y 10 de abril del 2008) y es también consumidor quien celebra el contrato con doble finalidad, personal y empresarial (así, las sentencias del TJUE del 20 de enero del 2005 y 3 de septiembre del 2015). En estos casos, los tribunales deben establecer algunos límites para conceder la

libérale ou agricole ; - non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ; - professionnel : toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel."

- 62 "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial."
- 63 "Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social."
- 64 "Consumidor o usuario. Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario."
- 65 De Cores Helguera subraya la amplitud de miras de los derechos latinoamericanos al extender la protección de las normas de consumo a las personas jurídica en contraste con los países europeos, *op. cit.*, 517 y ss.

protección que dispensan las normas de consumo. Así, si se realiza con cierta reiteración una actividad lucrativa en un período corto de tiempo, el sujeto económico no puede ser calificado de consumidor (no obstante, un comprador puede adquirir una vivienda también con fines lucrativos, y no por ello deja de ser consumidor). Para el supuesto de que el sujeto económico tenga un doble propósito (personal y empresarial), debe ser preponderante el propósito personal para ser consumidor (p. ej., un comprador firma un contrato de préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda que al mismo tiempo servirá para abrir una consulta profesional)⁶⁶.

El consumo empresarial⁶⁷ tiene también cabida en el derecho de consumo, por lo que el empresario que adquiere un producto o suscribe un servicio que no sea para desarrollar su actividad empresarial deber ser protegido como un consumidor más. La misma protección, por tanto, debería darse en la contratación adhesiva, pudiendo denunciar la empresa que realiza un acto de consumo empresarial las cláusulas abusivas del contrato que ha firmado con otra empresa. La principal premisa es que el producto o servicio adquirido no esté integrado en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. En la praxis a veces no será fácil examinar el cumplimiento de esta premisa.

A los terceros que participan de una manera directa o indirecta en contratos de consumo se les debe dar también la protección que se dispensa a los consumidores (p. ej., el fiador o el avalista que garantiza obligaciones de un préstamo de consumo o de un crédito para adquirir bienes inmuebles de uso residencial).

Conclusión

El diálogo que hemos mantenido a lo largo del presente estudio sobre algunos de los desiderátums que suscitan —y siguen suscitando— las condiciones generales y las cláusulas predispuestas en los contratos con consumidores y entre empresarios nos enseña que hay un debate común en Europa y en Latinoamérica y, al mismo

66 Vale la pena leer para comprender los actos o contratos mixtos el considerando n.º 17 de la Directiva 2011(83/UE (que tiene un valor cuasi-normativo). Según este considerando, “la definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”.

67 A él se refiere en Uruguay expresamente De Cores Helguera, *op. cit.*, 520 y ss.

tiempo, nos ilustra que sigue habiendo planteamientos, problemas y soluciones que no siempre reciben las mismas respuestas en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y legal. Donde más se ha avanzado últimamente es en la protección de los empresarios cuando se adhieren a condiciones generales. Mas una novedad reciente es la incorporación del derecho de las condiciones generales de la contratación o de los contratos de adhesión en la reforma francesa del derecho de obligaciones en el Code civil (2016) y en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en Argentina (2015). Quizá algunas de las reflexiones del presente trabajo puedan servir a otros países tanto de Europa como de Latinoamérica para profundizar en estas materias e iniciar, en su caso, reformas legislativas conforme a las sendas trazadas en estos ordenamientos jurídicos.

Referencias

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. *El moderno derecho alemán de obligaciones*. Ediciones Olejnik, 2017.

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”. En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sánchez Lorenzo, S., tomo I, 3.ª ed. Ed. Civitas, 753 y ss.

Albiez Dohrmann, Klaus Jochen. “Los parámetros de control de las cláusulas suelo en préstamos bancarios con empresarios en la jurisprudencia reciente”. *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7 (2017), 67 y ss.

Alfaro Águila-Real, J. *Las condiciones generales de la contratación*. Ed. Civitas, 1992.

Alpa G. et alii. *Il Draft Common frame of Reference del Diritto Privato Europeo*. Ed. Cedam, 2009.

Arroyo i Amayuelas, E. “Los Principios del Derecho contractual comunitario”, *ADC*, tomo LXI (2008), fasc. 1, 211 y ss.

Barres Benlloch P., Embid Irujo, J.M. y Martínez Sanz, F. *Principios de Derecho contractual europeo*, Parte I y II, P. Colegios Notariales de España, 2003.

Blandino Garrido, M.ª A., “Cláusulas abusivas”. En *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, coords. Vaquer Aloy, A., et alii. Ed. Atelier, 2012, 639 y ss.

Cámara Lapuente, S., “Comentario del art. 3 TRLGDCU, Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores”, dir. Cámara Lapuente, S. Ed. Colex, 2011, 102 y ss.

De Cores Helguera, C. *Pasado, presente y futuro de la Teoría General de Contrato. Una mirada desde la tradición jesuítica*. Uruguay: Universidad Católica de Uruguay, 2015.

Díez-Picazo, L., Roca Trías E. y Morales Moreno, A. M. *Los principios del derecho europeo de los contratos*. Ed. Civitas, 2002.

Eyzaguirre Baez, C. y Rodríguez Díez, J. “Expansión y límites de la buena fe —objetiva—. A propósito del “Proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. ° 2, 2013, 137 y ss.

Ferrante, A. “¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n. ° 30, enero-junio, 107 y ss.

Gsell, B., “Deutsche Erfahrungen mit der begrenzten Ersteckung der Klauselkontrolle auf den unternehmerischen Verkehr”, *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii, Ed. Nomos, 2017, 237 y ss.

Lehmann, M. y Ungerer, J. “Diferencierte Unternehmerbegriffe und differenzierte Missbräuchlichkeitsanforderungen innerhalb der B2B-Inhaltskontrolle”. En *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii. Ed. Nomos, 2017, 295 y ss.

Mirando Serrano, L. M.^a. “El control de transparencia de las condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”. *Indret* (2018).

Pagador López, J. *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Ed. Marcial Pons.

Pagador López, J. Proporcionalidad en el control de las cláusulas contractuales: ¿Protección de la parte más débil o sanción de las disfunciones del mercado”. En *Standardisierte Verträge zwischen Privatautonomie und rechtlicher Kontrolle*, eds. Kindl et alii. Ed. Nomos, 2017, 161 y ss.

Pasquau Liaño, M. “De la protección del consumidor a la reforma del Derecho común de la contratación”. En *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y Reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, coords. Añoveros Terradas B. y Llebaría Samper, S. Ed. Aranzadi, 2016, 267 y ss.

Pertíñez Vílchez, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ed. Aranzadi, 2004.

Pinzón Sánchez, J., “Contratos de contenido predispuesto: la adhesión y las condiciones generales de la contratación”, capítulo XIII. En *Derecho de obligaciones*, dir. Marcela Castro. 2016, 487 y ss.

Pizarro Wilson, C. “La eficacia del control de las cláusulas abusivas en el derecho chileno”. *Rev. Estud. Socio-Juríd.* 6, n. ° 2 (2004): 117 y ss.

Pizarro Wilson, C. “Presentación”. En *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, prólogo de Morales, A. M. y Fenoy, N. Ed. BOE, 2017, 15 y ss.

Quiñones Escámez, A. “El Derecho contractual francés”. En *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sánchez Lorenzo, S., tomo I, 3.ª ed. Ed. Civitas, 243 y ss.

Riesenhuber, K. *Europäisches Vertragsrecht*. Ed. De Gruyter, 2.ª, ed. 2006.

Roppo, V. “De nuevo sobre contrato asimétrico y tercer contrato. Las coordenadas del debate, con alguna novedad”. *RdP*, n. ° 35 (2014): 25 y ss.

Savaux, E. “El nuevo Derecho francés de obligaciones y contratos”, *ADC*, tomo LXIX, 2016, fasc. III, 715 y ss.

Scarso, A. “Unfair terms”, *Il Draft Common frame of Reference del Diritto Privato Europeo*, Ed. Cedam, 2009, 215 y ss.

Schmidt-Kessel, M. “Europäisches Vertragsrecht”. En *Europäische Methodenlehre*, ed. Riesenhuber, K., ed. 3.ª, Ed. De Gruyter, 2015, 373 ss. Hay una versión inglesa, “European Contract Law”, *European Legal Methodology*, ed. Riesenhuber, K., Ed. intersentia, 2015, 405 y ss.

Stiglitz, R. “Comentarios a los arts. 984 a 989”. En *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirs. M.ª Herrero et alii, tomo III, Libro Tercero. Ministerio de Justicia de Derechos Humanos de la Nación, 2015, 371 y ss.

Stiglitz, R. y Stiglitz, G. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2.ª ed. Ed. La Ley, 2012.

Vaquero Aloy, A. Bosch Capdevilla E y Sánchez González M.ª P., *Derecho Europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Ed. Atelier, 2012.

Vattier Fuenzalida, C. “El Derecho europeo de contratos y el anteproyecto de Pavía”. *ADC*, LXI (2008), fasc. IV., 1851 y ss.

Vidal Olivares, A. Pizarro Wilson, C. y de la Maza Gazmuri, J., *Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos*, con prólogo de Moreno, A. M. y Fenoy, N., Ed. BOE, 2017.

Zimmermann, R., *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E. Ed. Bosch, 2008.

Zweigert y Kötz, *Introducción al derecho comparado*, trad. Aparicio Vázquez, A. Ed. Oxford University Press, 2002.