

CONDICIONES GENERALES EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

GENERAL CONDITIONS FOR ELECTRONIC PROCUREMENT

JOSÉ ANTONIO VEGA VEGA
Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: RESUMEN-ABSTRACT. 1. PREMISAS INTRODUCTORIAS.- 2. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE. 2.1. Régimen jurídico. 2.2. Delimitación subjetiva y objetiva. 3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 3.1. Planteamiento general. 3.2. Análisis de la normativa. 3.3. Criterios para calificar una cláusula de abusiva. 3.3.1. *Requisitos de las cláusulas abusivas.* 3.3.2. *Criterios legales para definir una cláusula como abusiva.- 4. NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO ELECTRÓNICO POR CLÁUSULAS ABUSIVAS O CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN. 4.1. La nulidad parcial del contrato. 4.2. Criterios para la integración de las cláusulas nulas.*

RESUMEN:

El comercio electrónico representa una vía más ágil para facilitar el acceso a los bienes y servicios por parte de los consumidores. El ejercicio de la libertad de elección debe presuponer que al destinatario de la oferta, o consumidor, se le reconozcan una serie de derechos de información, habida cuenta que la oferta y aceptación se produce a través de una infraestructura técnica. Para alcanzar la igualdad entre las partes es importante que exista una transparencia en la contratación. La libre competencia exige un marco legal adecuado que permita a los operadores económicos ejercer su iniciativa privada, evitando toda situación de posición dominante en el mercado que le permita imponer cláusulas abusivas.

Palabras clave: Contratación Electrónica. Consumidor, Cláusulas abusivas, Contrato, Derecho de la Competencia, Mercado.

Clasificación JEL: K21, K22.

ABSTRACT:

Electronic contracting represents a more agile way of facilitating access to goods and services by consumers. The exercise of freedom of choice must presuppose that the recipient of the offer, or consumer, is recognized a series of information rights, given that the offer and acceptance occurs through a technological infrastructure unknown in many cases by the recipients. To achieve equality between the parties, it is important that there is transparency in the contracting. Free competition requires an adequate legal framework that allows economic operators to exercise their private initiative, avoiding any situation of dominant position in the market that allows them to impose abusive clauses.

Keywords: *Electronic commerce, Consumer, Abusive clauses, Contract, Competition Law, Market.*

JEL classification: *K21, k22*

1. PREMISAS INTRODUCTORIAS

La contratación electrónica puede generar importantes asimetrías en la posición negociadora entre los prestadores de bienes y servicios y los potenciales clientes, consumidores o usuarios. Por ello es importante que se parta de posiciones plenamente transparentes de forma que el funcionamiento de un mercado libre y competitivo alcance la pretendida eficiencia, ya que si existen

rigideces será difícil alcanzar los objetivos perseguidos¹. La libre competencia exige un marco legal adecuado que permita a los operadores económicos ejercer su iniciativa privada². El principio de libertad de empresa implica igualdad jurídica de competidores, lo que se traduce en la facultad de iniciar y sostener libremente la actividad económica, que ha de ejercerse en condiciones de igualdad³, pero también con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica en general⁴. Su regulación legal está encaminada a alcanzar y preservar una concurrencia perfecta; esto es, a sentar las bases necesarias para

¹ De esta forma, puede suceder que un determinado oferente alcance una posición de dominio en el mercado y se vea tentado a servirse de esa posición para expandir o incrementar su poder a través de medios anticompetitivos o que le permitan concluir acuerdos con cláusulas restrictivas susceptibles de afectar la estructura competitiva del mercado. Para la búsqueda de este principio en una determinada actividad económica, puede verse un análisis de la cuestión que tratamos en HERRERO SUÁREZ, C., “Libre competencia y propiedad intelectual. Análisis comparativo entre el Derecho antitrust estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo y español”, en AAVV, *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, (Coord. L. Ortiz Blanco), vol. 6, Dykinson, Madrid, 2005, p. 62.

² Este pensamiento lo expresa claramente la STC 88/1986, de 1 de julio, cuando sienta que *“el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta por parte de los poderes públicos, suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa... de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”*.

³ En palabras del Tribunal Constitucional, la libertad de empresa deber ejercerse en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica (STC núm. 208/1999, de 11 de noviembre).

⁴ Perfilando el derecho constitucional a la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional ha establecido como contenido esencial del mismo *“el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De esta manera, si la Constitución garantiza el inicio y mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad, pero también, de otra parte, con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general”* (STC núm. 84/1993, de 8 de marzo).

que el mercado funcione libremente y no existan limitaciones o restricciones de la competencia que faciliten posiciones dominantes que excluyan ilícitamente a otros competidores.

El mundo de las telecomunicaciones no es una zona de no-derecho. Pero el carácter marcadamente transfronterizo de muchas transacciones realizadas a través de las nuevas técnicas de comunicación a distancia contrasta con la existencia de derechos nacionales, que a veces constituyen un obstáculo al pleno funcionamiento del mercado, pues no es preciso recordar que, aunque la cultura sea virtual y mundializada, el Derecho aplicable a las diferentes redes lo constituye básicamente el ordenamiento interno de los Estados. De ahí que las respuestas deban buscarse en la creación de nuevas fórmulas de regulación por parte de los Estados y en la intensificación de la cooperación internacional de cara a la protección de la libre competencia.

El complejo proceso de la innovación tecnológica permite la utilización de modernos medios que desarrollan novedosas modalidades de contratación y de ejecución de actos jurídicos. El mundo del Derecho necesita, pues, que sus instituciones se adapten a estas evoluciones tecnológicas. Los sistemas y formatos electrónicos han permitido la rápida creación y almacenamiento de archivos de información. Y, como sabemos, los documentos son, en síntesis, archivos de información aptos para su transmisión. Por ende, las nuevas tecnologías han simplificado la creación, almacenamiento y transmisión de archivos documentales. La posibilidad de la puesta en circulación de estos instrumentos facilita el tráfico jurídico, aunque hace nacer también peligros de cara a la libertad, lealtad y transparencia en la contratación.

La regulación del mercado ha de cohonestar la situación de todos los sujetos participantes. Lo que quiere decir que debe tenerse en cuenta no solo los intereses de los oferentes o empresarios en las contrataciones que se producen entre ellos, sino también las que se conciertan con los consumidores y usuarios en consideración a su posición contractual más débil.

Con estas premisas se ha procurado establecer una tutela de los consumidores que contratan con los operadores del mercado mediante un control público de la iniciativa económica en determinados sectores. La regulación no ha de suponer una distorsión del mercado, sino todo lo contrario: puede servir para que el consumidor acepte con más seguridad la contratación y se beneficie de las ventajas que se le proporciona. Ello traerá consigo el consiguiente incremento de la demanda en el medio electrónico, lo que redundará a la postre en beneficio de la parte oferente o profesional.

Por tanto, no se oculta la necesidad de que la protección del consumidor deba encontrar acogida en el seno de la contratación, donde se ha demostrado que, en muchas ocasiones, no existe igualdad y los consumidores se encuentran con cláusulas predispuestas que perjudican claramente sus intereses. Esta situación es más clara en la contratación electrónica, donde los sujetos oferentes y demandantes no tienen una relación directa.

Debemos, por ende, considerar normal la introducción de normas protectoras de estos agentes que, usualmente, presentan una posición más débil frente a los empresarios y profesionales, así como la existencia de normas imperativas, limitadoras de la autonomía de la voluntad, que integren e interpreten los contratos favorablemente para aquellos, práctica que se justifica con más razón en la contratación electrónica, en la que la imposición de contratos o de cláusulas es de frecuente uso por parte de los oferentes.

2. CLÁUSULAS NO NEGOCIADAS INDIVIDUALMENTE

2.1. RÉGIMEN JURÍDICO

Las cláusulas no negociadas individualmente o predispuestas por los operadores del mercado (oferentes de bienes y servicios), incluidas las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, que se incorporan a contratos tipo o para celebrar con cualquier adherente⁵, son las prácticas más habituales en la contratación electrónica. La oferta genérica aparece en las redes o en cualquier espacio de contratación electrónica como la manera más extendida en esta índole de comercio, sin perjuicio de que puedan existir otras formas más concretas de llevar a cabo la negociación. En los supuestos de adherentes profesionales o no consumidores la contratación electrónica admite más fórmulas, aunque también puede darse la forma de contratación adhesiva. En ambos casos pueden existir por tanto cláusulas predispuestas.

La Exposición de Motivos de la Ley 34/2002, de 11 de noviembre, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), es clara al respecto. De la simple lectura cabe deducir el espíritu que dimana

⁵ El alcance de estas cláusulas predispuestas, en lo que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios, nos lo proporciona el artículo 80.1 del TRLGDCU, que mantiene un radio de acción restringido al referirse exclusivamente a estos sujetos, en tanto que el artículo 2.3 de la LCGC, en relación a condiciones generales de contratación, se refiere a cualquier adherente, que puede incluir a cualquier profesional sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

en esta disposición de cara a la tutela de los destinatarios de bienes y servicios en la contratación *online*. La misma conclusión colegimos si nos acercamos al Derecho europeo, en especial la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores, y la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE, y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

En todo caso, hemos de convenir que la protección que se dispensa en la LSSICE es más amplia que la ofrecida por la normativa europea, puesto que en la ley nacional quedan englobadas las personas físicas y jurídicas sin necesidad de que actúen fuera del ámbito de la actividad empresarial o profesional. De esta forma, podemos concluir que el empresario que opera por redes telemáticas está más protegido que el que lo hace en el comercio convencional.

En la contratación electrónica, al igual que en la convencional, cabe una negociación particular entre las partes contratantes, en la que cada una puede establecer los pactos y condiciones que tenga por conveniente, que, como es lógico, pueden ser negociados por correo electrónico o por medios análogos. Sin embargo, por razones operativas esta práctica no es ni será la más usual. Teniendo en cuenta que muchas veces nos encontramos con contratos de adhesión (*point and click*), es más habitual que las cláusulas estén predisuestas por una de las partes con la finalidad de que se incorporen a una pluralidad de contratos. En este caso es patente que se aplicará indefectiblemente la normativa sobre condiciones generales de contratación, ya que, el contrato electrónico participa de la misma naturaleza del contrato en general, salvo la forma en que se transmite el consentimiento. De ahí que en lo atinente a la perfección no exista otra especialidad que no sea la derivada de esta circunstancia o del hecho de ser un contrato a distancia y normalmente de adhesión, por lo que por razones de economía, tiempo y medios materiales no puede negociarse individualmente cada contrato.

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, fue la pionera en establecer en nuestro país una referencia a las condiciones generales de contratación al disponer su artículo 3º que “Las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición del seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo ...”. Posteriormente, vieron la luz otras normas que, de forma sectorial o general, fueron previniendo los efectos abusivos de la predisposición contractual.

La transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, tuvo lugar en nuestro país mediante la promulgación de la Ley 7/98, sobre Condiciones Generales de Contratación, de 13 de abril, cuyo propósito general se intentó explicitar de forma más bien confusa en la Exposición de Motivos⁶. Aunque la finalidad principal declarada de la ley fue la regulación de las condiciones generales de contratación, no dejó de acometer –de forma más bien inapropiada– la protección contra las cláusulas abusivas. Para ello, el legislador, mediante la Disposición Adicional Primera de la ley, modificó la LGDCU de 1984, que fue refundida después en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y que posteriormente ha sufrido múltiples reformas.

En consecuencia, la LCGC tenía por objeto inicialmente la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de contratación en general. El alcance de esta ley pretendía ser doble: de una parte, la protección de los intereses legítimos de los consumidores en contratos con cláusulas abusivas y, de otra, la de cualquier persona que contrate con otra que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

Las sucesivas reformas han dejado el tenor de la LCGC para regular exclusivamente lo que es objeto de su rótulo y, con una proyección más específica, se ha llevado la tutela de las cláusulas abusivas a la legislación de consumidores⁷.

Por tanto, al igual que en la contratación convencional, en el comercio electrónico, además de la aplicación general de la LGDCU (arts. 59.3 y 80-91), tenemos, como norma específica de la materia, la referida LCGC⁸.

⁶ En relación con el propósito de la Ley, señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., que: “*La Exposición de Motivos intenta explicar cuáles son los objetivos de la Ley, tarea que realiza de forma confusa como consecuencia, entre otras cosas, de las diversas redacciones que ha sufrido el Preámbulo de la Exposición, que, en ocasiones, ha supuesto la supresión de determinados párrafos, supresión que afecta a la correcta comprensión de otros o del conjunto*” (véase “El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación”, en *Las Condiciones Generales de Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Editor S. Espiau, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 56).

⁷ Véase VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, Ed. Reus, Madrid, 2015, pp. 259-278.

⁸ Debe tenerse en cuenta el Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que define la organización normativa de dicho Registro, y que tiene por objeto la publicidad de las condiciones generales de la contratación y de las resoluciones judiciales que puedan afectar a su eficacia.

2.2. DELIMITACIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA

En lo atinente al ámbito objetivo, el artículo 1.1 de la LCGC, que se refiere a este ámbito, define como condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas “cuya incorporación al contrato sea exclusivamente impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Es palmario que, en este concepto, y aplicado al comercio electrónico, subyacen varios requisitos. El fundamento está en la necesidad de predisposición o imposición por la parte oferente del contrato, así como en el hecho de que las cláusulas sean previstas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos. No importa tampoco la autoría material de la cláusula, o que existan otras que sean negociadas individualmente, pues la ley puede aplicarse al resto. Finalmente digamos que las cláusulas han de ser impuestas para que sean aceptadas por el adherente.

En lo que concierne al ámbito subjetivo, la propia LCGC dispone que se aplicará a los contratos celebrados entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente- que contengan condiciones generales (art. 2.1). Aclara la norma que se entiende por profesional toda persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial⁹, ya sea pública o privada (art. 2.2). También señala la ley que el adherente podrá ser asimismo un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Por consiguiente, es claro que la aplicación de la LCGC tiene un ámbito extensivo, dentro del cual se incluyen tanto los consumidores o usuarios como los profesionales, en tanto que la LGDCU se refiere exclusivamente al consumidor para establecer el ámbito de protección.

Dado que nuestro objetivo es analizar las condiciones generales en el comercio electrónico, estudiaremos, en primer lugar, los principios contenidos en la LCGC que ofrece un ámbito subjetivo más amplio.

El artículo 4 LCGC determina los contratos que quedan excluidos de su regulación: contratos administrativos, de trabajo, relativos a la constitución de sociedades, además de los que regulan las relaciones familiares y los contratos

⁹ Resulta curioso que la LGDCU se incline por el término *empresario* para definir al operador del mercado al que afecta su regulación, indicando que “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional” (art. 4), en tanto que la LCGC prefiere el vocablo profesional, al cual conceptúa como “toda persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial” (art. 2.2).

sucesorios. Quedan también excluidas las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, así como las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Hay que significar que, por disposición expresa de la LGDCU, a los contratos promovidos por Administraciones públicas (y entidades y empresas de ellas dependientes) y que se celebren con consumidores y usuarios, serán de aplicación las normas sobre condiciones generales de contratación previstas en dicho texto legal (recogidas en los arts. 80 y ss.), así como las contenidas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ver art. 59.3 LGDCU).

El artículo 5.1 de la LCGC dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Para garantizar el perfecto conocimiento por las partes, sobre todo las más débiles, la norma añade la coletilla de que todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. De ahí que, como mayor garantía, se presuma que no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de aquellas.

Del mismo modo, y más específicamente, el artículo 27.4 de la LSSICE dispone que “Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”. La norma especial con este mandato refuerza el carácter imperativo de caro al contratante débil, al que se le denomina destinatario en la ley, de informarle previamente de que existen condiciones generales predispuestas por el oferente.

El precepto anterior coincide con el espíritu del artículo 22 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que establece la obligación del prestador de poner a disposición de los destinatarios de forma clara e inequívoca, antes de la celebración del contrato, o en su caso, antes de la prestación del servicio, entre otros extremos, las condiciones y cláusulas generales, y las relativas a la legislación y jurisdicción aplicable al contrato.

Por su parte, el artículo 97 del TRLGDCU subraya dos consideraciones a tal respecto: la información debe hacerse con carácter previo a la contratación, de un lado, y la misma ha de hacerse con la debida antelación, de otro.

No concretan estos preceptos el *lapsus temporis* del deber de información, lo que puede plantear dudas hermenéuticas al respecto, al mantener la norma un concepto jurídico indeterminado¹⁰.

Los deberes y cautelas dispuestas con ocasión de la incorporación de las condiciones generales en el proceso de contratación o comercio electrónico no pueden cumplir o suplir, en ningún caso, la verdadera función de control de contenido que se lleva a cabo con las denominadas cláusulas abusivas. Es claro que su función se ciñe a la determinación de la existencia y del contenido contractual predispuesto por el prestador del servicio, sin entrar a valorar su posible eficacia ulterior a tenor del control de contenido a que dé lugar¹¹.

La condición general de contratación no es nula en sí misma. Su incorporación a un contrato debe someterse a los requisitos legales (art. 5º LCGC), previniéndose la no incorporación o nulidad de aquellas que contradigan lo dispuesto en la ley (arts. 7-9 LCGC), así como los efectos sobre los contratos en tales casos (art. 10 LCGC).

La LCGC dispone que la redacción de estas cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, concreción y sencillez (art. 5.4). Más pormenorizadamente, el artículo 80 del TRLGDCU exige varios requisitos en el texto de la cláusula: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción; b) accesibilidad y legibilidad, en los estrictos términos que marca la norma; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas; d) interpretación favorable al consumidor cuando se suscite alguna duda sobre el sentido de alguna cláusula. Por su parte, el artículo 81 regula la obligación de aprobación e información de las condiciones generales que integren los contratos celebrados con consumidores.

3. CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

La existencia de cláusulas predispuestas invita también al análisis de que dichas cláusulas puedan calificarse de abusivas. En una negociación en la que alguna parte impone condiciones es pensable que las mismas sean abusivas (renuncias

¹⁰ A tal respecto, de forma específica, para los contratos electrónicos, el hoy derogado Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, fijaba en tres días naturales anteriores a la celebración el plazo para que el predisponente facilitase al adherente, de modo veraz, eficaz y completo, la información exigida legalmente.

¹¹ En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., “Derecho de la contratación y condiciones generales”, en *Contratación y Comercio Electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 363.

a reclamaciones, fijación de fueros, prórrogas automáticas de contratos, etc.). Por ello si en todos los sectores de la contratación se plantea el problema de las cláusulas abusivas, mucho más puede plantearse en el comercio electrónico en el que, en la mayoría de los casos, nos encontramos en presencia de contratos de adhesión con interesados ausentes, lo que puede producir una cierta abusividad en el establecimiento de condiciones¹².

En el ámbito la Unión Europea la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, establece en el Considerando 11 una remisión a la regulación en otras directivas, en especial en la Directiva 93/13, de 15 de abril, sobre cláusulas abusivas, y la Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, así como, en lo que le pueda afectar, a la la Directiva (UE) 2019/771, del Parlamento Europeo y del Consejo.

En el Preámbulo (Considerando 2º) de la Directiva 93/13/CE se lee que, para facilitar el establecimiento de un mercado único y para proteger al consumidor, al adquirir bienes y servicios, frente a las cláusulas abusivas de los contratos de adhesión, se establecen normas uniformes sobre tales cláusulas, dadas las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros y que dan lugar a que los mercados difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros. Esta Directiva, que podemos afirmar que es de contenidos mínimos, aborda los requisitos que debe reunir una cláusula para ser abusiva, estableciendo también una relación de cláusulas que deben considerarse abusivas¹³.

En Derecho español, tal como hemos dicho, se acomete por primera vez el problema de las cláusulas abusivas con la Ley 50/1980, sobre contrato de seguro, en especial en su artículo 3. Después se promulgó la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de junio.

Para trasponer la Directiva 93/13/CEE se dictó en nuestro país la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación. En líneas generales, esta ley -tal como hemos expuesto- en su vertiente subjetiva es aplicable a cualquier profesional que contrate con un adherente, sea persona

¹² Véase a este propósito la opinión de TOSI, E., “La conclusione di contratti *on line*”, en *I problemi giuridici di Internet* (Coord. E. Tosi), cit., pág. 159.

¹³ Para un mayor detalle de la Directiva puede consultarse PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998; EMPARANZA, A., “La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores”, en *RDM*, 1994, págs. 461 ss.

física o jurídica, sin necesidad de que sea consumidor o usuario (art. 2º). Esta disposición resuelve de esta forma todos los problemas que plantean las condiciones generales de contratación en los contratos de adhesión, para lo cual acometió la reforma en profundidad de la hoy ya derogada Ley 26/1984, con el propósito de adaptarla al ordenamiento comunitario en lo relativo a la regulación de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas individuales siempre que el adherente pudiera ser considerado consumidor o usuario. Estas reformas quedaron recogidas en la refundición operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la LGDCU. Esta disposición normativa pretende refundir, regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que se refieren a esta materia, tal como se dice en su propia Exposición de Motivos. La refundición presenta un texto farragoso, reiterativo y que, es obligado decir, no cumple a plena satisfacción los designios para los que nació. La cuestión de las cláusulas abusivas se aborda con carácter general en los artículos 82 a 91, sin perjuicio de que de forma diseminada en su articulado se toquen cuestiones más particulares.

3.2. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA

La protección dispensada por la legislación española sobre cláusulas abusivas es doble: de un lado, al establecerse unos requisitos de índole formal, se asegura la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, de otro, la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas tiende a garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de la equidad. En los casos en que la decisión acerca de si una cláusula reúne los requisitos de inclusión legalmente establecidos plantee dificultades y se aprecie un evidente carácter abusivo de la misma por ser contraria al principio de la buena fe o altere el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes, el juez puede dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al control del contenido, con lo que es claro que se obtiene una doble garantía de protección contra este tipo de cláusulas¹⁴.

El régimen de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por vía electrónica, salvo las especificidades propias del medio, es análogo al de cualquier otro contrato, ya que lo único que cambia es la forma de perfección o de manifestación de la voluntad sin que -como hemos venido diciendo- estemos en presencia de una nueva categoría contractual.

¹⁴ En este sentido: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 204.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 59.3 del TRLGDCU, los contratos celebrados con consumidores que incorporen condiciones generales de contratación están sometidos también a los preceptos de la LCGC. De donde se deduce el doble control que cabe establecer sobre ciertas cláusulas que, sin ser generales de contratación, han de someterse a la norma tuitiva de la contratación de los consumidores. Asimismo, las cláusulas abusivas estarán bajo el control del propio TRLGDCU (arts. 80 a 91). Esto nos da a entender que hay que diferenciar claramente entre cláusula abusiva y condiciones generales de contratación. Puede existir una cláusula abusiva que no tenga esta condición, y viceversa; pero también pueden existir cláusulas abusivas incorporadas a condiciones generales de contratación. Por eso decimos que, en este último supuesto, el control es doble ya que podrían aplicarse indistinta o complementariamente ambas disposiciones legales.

El artículo 80 del TRLGDCU contiene los requisitos que, para su validez jurídica, deben cumplir las cláusulas que se incorporen a contratos celebrados con consumidores no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes. A saber:

a) *Concreción, claridad y comprensión contractual*: La cláusula ha de ser concreta, clara y sencilla en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberán hacerse referencia expresamente en el documento contractual [art. 80.1.a)]¹⁵.

b) *Accesibilidad y legibilidad*: La redacción de la cláusula ha de ser inteligible, de forma que permita al consumidor o usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido [art. 80.1.b)]¹⁶.

c) *Documentación o constancia de la operación*: Con la celebración del contrato ha de procederse a la entrega de recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales

¹⁵ Para salvaguardar los derechos del adherente, sea consumidor o profesional, el artículo 7.b) LCGC dispone que no podrán considerarse incorporadas a un contrato las cláusulas que “sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

¹⁶ En su afán reglamentista el TRLGDCU concreta que, en ningún caso se considerará cumplido el requisito de la accesibilidad y legibilidad si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura [art. 80.1.b)].

de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario, cuando estas sean utilizadas en la contratación, según previene también el artículo 63.1 TRLGDCU. La carga de la prueba sobre negociación de condiciones generales corresponde al predisponente (art. 80.2,2º)¹⁷.

d) *No utilización de cláusulas abusivas*: En el contrato se impone la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas [cfr. art. 80.1.c)].

e) *Integración e interpretación favorable al consumidor*: El contrato con consumidores y usuarios se integrará, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, incluso en los supuestos de omisión de información precontractual relevante (art. 65 TRLGDCU). En los casos de duda sobre el sentido de una frase o expresión ha de interpretarse a favor del consumidor¹⁸ (*in ambiguis contra stipulatorem vel proferentem*) (art. 80.2)¹⁹.

El artículo 82 del TRLGDCU concreta que, con carácter general, son cláusulas abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Es manifiesto que este artículo constituye una mera transposición de la Directiva 93/13/CEE, en especial de su artículo 3.1, en el que se alude a la no negociación individual y al desequilibrio que causa en el consumidor, pese a la exigencia de la buena fe²⁰.

¹⁷ Sobre la carga de la prueba en materia de condiciones generales de contratación puede verse CARRETERO GONZÁLEZ, C., “Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionados con la carga de la prueba”, en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 90 (2003), págs. 251 ss.

¹⁸ El artículo 6.2 de la LCGC amplía el radio de acción al determinar que “Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente”.

¹⁹ Este criterio en puridad es una aplicación de lo dispuesto en el artículo 1288 del Código Civil y que ya estaba consagrado en el criterio jurisprudencial. Sirvan de ejemplo las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 febrero de 1972 (RJ 1972, 392), 22 de febrero de 1979, 25 de febrero de 1998 (RJ 1998, 962), entre otras muchas.

²⁰ En la redacción del actual Texto Refundido de la LGDCU se aprecia una mayor cobertura para los consumidores y usuarios en relación con el tenor de la Ley de 1984, ya que, además de referirse a estipulaciones no negociadas, en la actual redacción se alude también, con buen criterio, a “prácticas no consentidas expresamente”, pues es palmario que en el uso comercial suelen aplicarse prácticas o usos comerciales que, de ser impuestos y abusivos, pueden alterar la paridad contractual.

3.3. CRITERIOS PARA CALIFICAR UNA CLÁUSULA DE ABUSIVA

3.3.1. *Requisitos de las cláusulas abusivas*

Con los presupuestos que hemos analizado en el epígrafe anterior, podemos concluir que los requisitos que debe cumplir una cláusula para considerarla abusiva son los siguientes:

1º. *Cláusula no negociada individualmente*. En los contratos celebrados entre dos partes en igualdad de condiciones es normal que las cláusulas que sean esenciales en el objeto económico del negocio se discutan, se traten o al menos exista la posibilidad de que las partes las conozcan en el momento de la firma y las asuman. Sin embargo, puede darse el caso de que una parte, que no actúe en situación de igualdad, imponga a la otra alguna cláusula que el adherente se vea compelido a aceptar sin posibilidad de negociar²¹. Son estas las cláusulas que pueden integrar la primera condición para ser abusivas –el que sea abusiva no dependerá solo de este aspecto de exclusión negocial, sino que deben darse los demás requisitos que después se analizarán-. El artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE matiza que “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión”. La Ley española no aclara el concepto de “estipulación no negociada individualmente”, por lo que habrá que atenerse al concepto que nos da la normativa comunitaria, que ha dado lugar a que sea interpretada de distinta forma por la doctrina²², pero en la que en todo caso subyace generalmente la exigencia de los siguientes requisitos:

²¹ La ausencia de negociación se entiende como equivalente a predisposición e imposición. Sobre el particular puede verse: MIQUEL RODRÍGUEZ, J., “Disposición adicional primera, tres”, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación* (Dir. I. Arroyo y J. Miquel), Madrid, 1999, págs. 284 ss.

²² Sobre el particular y con distintos puntos de vista sobre la cuestión doctrinal en lo referente a la contratación en general, puede verse: ALFARO ÁGUILA REAL, J., *Las condiciones generales de contratación*, cit., págs. 138 ss.; AVILÉS GARCÍA, J., “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, págs. 1548 ss.; BERCOVITZ, R., “Comentario a la disposición adicional 1ª, tres: artículo 10 bis.1 de la LGDCU”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, (Coord. R. Bercovitz), Pamplona, 1999, págs. 768 ss.; DUQUE, J., “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Comentarios a la Ley*, Madrid, 1984, págs. 51 ss.; GARCÍA RUBIO, M. P., “La condiciones generales en la contratación electrónica”, en *La Ley*, núm. 5227 (2001), págs. 1669-1698; OTERO LASTRES, J.M., “La protección de los consumidores y las condiciones generales de contratación”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4 (1977), págs. 759 ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999, págs. 288 ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “El ámbito de aplicación de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, cit., págs. 72 ss.

a) La estipulación ha de incorporarse por el proponente con carácter previo a la iniciación de la negociación, esto es, que ya de antemano venga considerada como una condición *sine que non*, o, en otros términos, que se trate de una imposición por parte de quien tiene la capacidad de imponer en virtud de la debilidad negocial que se le supone a la contraparte, es decir, al consumidor o usuario o adherente, en general.

b) El consumidor no ha de poder influir en su contenido. Esta exigencia es una consecuencia de la anterior y hace referencia a la capacidad de imposición de una de las partes. En los contratos en los que se discute la cláusula con la contraparte y al final se negocia y se acepta por la otra parte, no estamos en presencia de la condición que analizamos. Tampoco estaríamos en esta hipótesis cuando se negocie conjuntamente por ambas partes.

c) Este tipo de cláusulas abusivas tendrá aplicación en especial en los contratos de adhesión, y por tanto en los electrónicos. Es palmario que, en los contratos individualmente negociados por las partes, es prácticamente imposible considerar una cláusula como abusiva, habida cuenta que los contratos son discutidos por los estipulantes y se tratará de contratos aislados. No así en los de adhesión, en los que puede darse más fácilmente la imposición de las cláusulas. Sin embargo, esto no supone que en los contratos particulares no pueda darse la existencia de cláusulas abusivas, lo que ocurre es que será más difícil que se incluya o, de incluirse esta, que pueda acreditarse tal imposición.

Como hemos visto más arriba, el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato. Por ende, la negociación de forma individual de una cláusula, que no resulte abusiva, no supone la validez de otras que no cumplan tales requisitos (cfr. art. 82.2,1º TRLGDCU).

La ley contiene una norma claramente tuitiva de los consumidores y usuarios, ya que cuando pueda plantearse la duda de si la estipulación ha sido negociada por ambas partes de forma individual, será el profesional el que asuma la carga de la prueba debiendo acreditar que la cláusula ha sido negociada individualmente (art. 82.2-2º TRLGDCU).

2º. *Contravención de las exigencias de la buena fe*. La buena fe negocial es una lealtad en la actuación con la contraparte. La buena fe supone una búsqueda de la reciprocidad en las contraprestaciones. Se contempla también como una premisa de la tutela del consumidor en el artículo 80.1.c) TRLGDCU. En cualquier caso, su mera referencia por el legislador siempre podría resultar un concepto jurídico indeterminado. Por eso la Directiva 93/13/CEE se preocupa, en el Considerando

16, de buscar criterios para poder analizar el sentido y alcance que debe darse al principio o regla interpretativa –según la conceptualización doctrinal que se siga– de la buena fe, estableciendo que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes. Esto es, saber si se ha inducido de algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, o si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor. La forma de actuar bajo el principio de la buena fe consiste en que “los profesionales traten de manera leal con la otra parte” y tengan en cuenta los intereses legítimos de los consumidores. En definitiva, la buena fe queda reducida a una actuación *honeste* y leal con el consumidor o usuario. La buena fe habrá que presumirla siempre, pero quedará fuera de cobertura cuando se produzca un desequilibrio económico para la contraparte.

3º. *Desequilibrio en las contraprestaciones*. Es obvio que la mala fe contractual ha de tener el designio de obtener un beneficio no exclusivamente económico sino de dominio en la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato. Es un ilícito que supone obtener un beneficio global en el contrato y no de forma concreta en determinados aspectos. Se ha de partir de una imposición sutil, pero manifiesta en la negociación en conjunto del objeto. También ha de tratarse de un desequilibrio que sea importante e injustificado²³, logrado, si no con engaño –que podría integrar un delito de estafa–, al menos prevaleciéndose de una situación de poder, que confiere al que se encuentra en la misma la posibilidad de imponer algo. Consecuencia de ello, es el desequilibrio de las contraprestaciones y el perjuicio para el usuario o consumidor²⁴. Ahí radica el problema de la actuación de mala fe, puesto que si no tiene consecuencias económicas no podemos hablar de cláusulas abusivas. No obstante, esta apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no podrá nunca referirse a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución del objeto, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE). Lo que pretende con ello la normativa comunitaria es no abrir las puertas a posibles reclamaciones de nulidad bajo la pretensión de

²³ Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág. 199.

²⁴ Es claro que para que sea catalogada una cláusula como abusiva requiere que la misma provoque un fuerte desequilibrio contractual de las partes en perjuicio del consumidor y que tal desequilibrio sea contrario a la buena fe. Véase VATTIER FUENZALIDA, C., “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, pág. 1539.

un precio alto o desorbitado. El consumidor o usuario, si conoce el precio y la contraprestación de forma clara, tiene la opción libre de elegir. Y si no pudiera elegir, no estaríamos necesariamente en presencia de cláusulas abusivas sino en un problema de falta de libertad de competencia, por situaciones monopolísticas, que tiene sus normas propias de prevención, pero que, en todo caso, si representara un abuso frente al consumidor podría tutelarse también por la ley específica. No se da aquí, por tanto, un desequilibrio en unas imposiciones sutiles, sino que debe provenir de otras consideraciones que normalmente el consumidor no tiene en cuenta y que son importantes, como los plazos sobre aceptación de ofertas, las renunciaciones a reclamaciones, la posibilidad de que una parte pueda establecer plazo de ejecución, etc. En suma, todas aquellas que se deriven de la situación de debilidad del consumidor.

El ordinal 3 del artículo 82 TRLGDCU contiene algunas pautas para poder objetivar la posible existencia del abuso en la cláusula, tales como, por ejemplo, tener en cuenta:

a) *La naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato.* Habrá que ver en estos casos si se trata de bienes o servicios de uso o consumo común y fácil de encontrar en el mercado, dado que en esta hipótesis se hará más difícil la existencia de abuso en cuanto que aquí funcionarán –o deberán funcionar- adecuadamente las leyes del mercado.

b) *Las circunstancias concurrentes en su celebración.* En este supuesto hay que pensar que tiene importancia la posible –y a veces necesaria- adhesión al contrato, lo que cobra más relevancia en los contratos electrónicos en los que la contratación puede venir predispuesta ya por el oferente.

c) *Las demás cláusulas del contrato o de otro con el que esté relacionado.* En este caso habrá que considerar la posibilidad de renunciaciones, cláusulas interpretativas o de ejecución, necesidad de realizar otros contratos, etc., criterios legales que se recogen en los artículos 82 y 85 a 90 TRLGDCU.

Desde el punto de vista subjetivo, para hablar de cláusula abusiva en los términos referidos en la TRLGDCU debe tratarse de contratos celebrados con consumidores. El artículo 80 del mismo texto legal dispone claramente que los preceptos que se contienen en dicha norma son de obligado cumplimiento en los contratos celebrados con consumidores, y el artículo 8.2 de la LCGC determina la nulidad de pleno derecho de las condiciones generales cuando el contrato afecte a un consumidor. La protección de la igualdad de los contratantes es un presupuesto necesario para la contratación. De ahí que la protección de las cláusulas abusivas lo sea desde el punto de vista de la tutela de los consumidores, sujetos débiles en la actividad negocial. A tal respecto, incluso desde el punto

de vista legal, se distingue entre cláusulas abusivas y condiciones generales de contratación. Una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos de forma unilateral por una de las partes, y no tiene por qué ser necesariamente abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no, como hemos dicho, el carácter de condición general, ya que puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión de particulares²⁵. Por ello, en las condiciones generales de contratación la norma jurídica debe proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también los derechos de cualquier persona (adherente) que contrate con un operador económico que utilice condiciones generales de contratación abusivas en su actividad comercial con terceros.

El concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse sin que exista negociación individual. La hipótesis de que existan cláusulas abusivas entre profesiones o empresarios dará lugar a una situación de posición dominante, lo que también puede determinar la nulidad de la misma, pero al amparo de principios fundados en la legislación sobre competencia, en la que también se tutela la negociación entre empresarios. Y es claro que el artículo 8.2 LCGC declara nulas las condiciones generales que sean abusivas, en especial cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, lo que no impide que también puedan declararse nulas cuando afecte a cualquier adherente.

En consecuencia, solo cuando intervenga un consumidor frente a un profesional o empresario operará plenamente las disposiciones sobre cláusulas contractuales abusivas recogidas en el TRLGDCU, sin perjuicio de que, además -como en el resto de los supuestos-, puedan aplicarse las normas recogidas en la LCGC, según se prevé en el artículo 59.3 del TRLGDCU.

3.3.2. Criterios legales para definir una cláusula como abusiva

El artículo 82.4 del TRLGDCU fija unos criterios para definir las cláusulas abusivas en los supuestos de negociación con consumidores. Conviene aclarar que

²⁵ Véase el Preámbulo de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación.

los criterios que esta disposición normativa relaciona son meramente enumerativos, esto es, sin ánimo de agotar otras posibles circunstancias que también pueden servir para catalogar una cláusula como abusiva.

Los perfiles que definen esa relación se desarrollan en los artículos 85 a 91 del citado texto normativo. A cuyo tenor, podemos decir que son abusivas en todo caso las cláusulas que:

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario o profesional (reserva de facultades de aceptación, rechazo o resolución del contrato, prórrogas automáticas, interpretación o cumplimiento a favor del empresario, indemnizaciones excesivas, etc.) (art. 85);

b) limiten los derechos del consumidor y usuario reconocidos por normas imperativas o dispositivas (art. 86);

c) determinen la falta de reciprocidad de los contratos, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario (art. 87);

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (art. 88);

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89);

f) contravengan las reglas sobre competencia judicial y derecho aplicable en materia de arbitraje (art. 90).

No obstante lo anterior, las cláusulas abusivas referidas a la modificación unilateral de los contratos, a la resolución anticipada de los contratos de duración indefinida y al incremento del precio de bienes y servicios, no se aplicarán a los contratos relativos a valores, con independencia de su forma de representación, instrumentos financieros y otros bienes y servicios cuyo precio esté vinculado a una cotización, índice bursátil, o un tipo del mercado financiero que el empresario no controle, ni a los contratos de compraventa de divisas, cheques de viaje o giros postales internacionales en divisas (art. 91). La razón de la exclusión se justifica por la imposibilidad de que, en estas hipótesis, el empresario o profesional pueda controlar la fijación del precio o intervenir de una forma directa en la redacción de cláusulas contractuales de esta índole.

4. NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO ELECTRÓNICO POR CLÁUSULAS ABUSIVAS O CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

4.1. LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO

En el contrato electrónico, al igual que en el convencional, las cláusulas que se califiquen como abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para los contratantes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas (art. 83 TRLGDCU).

Debemos precisar que, con carácter particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor (art. 8.2 LCGC). Igualmente, serán nulas las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo establecido en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa, salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 8.1).

A estos tales efectos, el artículo 9 de la LCGC establece, con el propósito evidente de salvar el contrato, que la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual. La sentencia que resuelva el asunto decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10 de mentada Ley, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

Por su parte, en lo que se refiere también a las condiciones generales de contratación, el artículo 10 LCGC concreta que la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia.

Los términos legales dejan meridianamente claro que se trata de nulidad parcial del contrato, puesto que las demás cláusulas quedarán subsistentes. Esta nulidad parcial viene incluso determinada por el tenor del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, que aboga por el mantenimiento del contrato siempre que pueda subsistir una vez excluidas dichas cláusulas abusivas. La razón del mantenimiento

de la validez parcial del contrato reside en la necesidad de proteger al consumidor, y de este modo evitarle tener que elegir entre soportar las cláusulas abusivas o verse privado del bien o servicio como consecuencia de la ineficacia contractual²⁶.

4.2. CRITERIOS PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS CLÁUSULAS NULAS

La nulidad parcial del contrato plantea el problema de la integración. Hay que tener en cuenta que tanto la LCGC como la LGDCU, en relación con Directiva 93/13/CEE, de forma imperativa, intentan mantener el carácter obligacional del contrato una vez eliminadas las cláusulas o condiciones consideradas o declaradas nulas, siempre que no afecte a ningún elemento esencial del contrato.

La LGDCU no establece ninguna norma especial de integración, salvo lo prescrito por el citado artículo 83 que alude a la integración de los contratos con los consumidores y usuarios en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva. Por su parte, el ordinal 2 del artículo 10 LCGC declara que la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo.

En consecuencia, la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva. Esta integración, pues, habrá de tener en cuenta:

1º) Las normas imperativas que hayan de aplicarse en este tipo de contratos.

2º) Las normas dispositivas contenidas en el Código Civil sobre interpretación contractual, incluso por aplicación analógica.

3º) Los usos contractuales, que podrán ser no solo los interpretativos sino también los normativos; ello, porque, de una parte, es lógico que se apliquen en algunos casos los usos de comercio si se trata de contratos mercantiles, pero también porque el artículo 1º.3 del CC alude a que los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad, tendrán la consideración de costumbre, por lo que deberemos concluir que igualmente la costumbre, como norma jurídica, podrá ser aplicada para integrar los contratos.

4º) Finalmente, en caso necesario, podría acudir a la buena fe objetiva como integradora del contrato. Pero en esta hipótesis habrá que entender la *bona fides*

²⁶ También están a favor de esta interpretación, entre otros: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, cit., pág. 203; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., “Cláusulas abusivas en la contratación electrónica”, en *Comercio electrónico y protección de los consumidores* (Dir. G.A. Botana García), Ed. La Ley, Madrid, 2001, págs. 532 y 533.

bajo el prisma de principio general de derecho, no como un mero instrumento interpretativo del artículo 7 del Código Civil, ya que si no la entendiéramos así sería muy limitado el ámbito de actuación.

Digamos, para concluir, que, aunque no se prevea expresamente en el precepto en cuestión, hay que señalar que la ineficacia del contrato que cause perjuicios al consumidor podrá determinar la indemnización de daños y perjuicios a su favor, indemnización que tiene un fundamento *ex lege* [art. 8.c) TRLGDCU]. No es necesario, pues, buscar un fundamento extracontractual, habida cuenta que existe una ordenación legal concreta que contempla la posibilidad de exigir responsabilidades en estos casos.

Como las prácticas abusivas de los profesionales pueden afectar a más de un consumidor o usuario, la ley prevé el ejercicio de acciones colectivas de cesación (ver arts. 53 a 56 TRLGDCU). Igualmente, en los supuestos de condiciones generales de contratación se contemplan acciones de cesación, retractación y declarativas (arts. 12 ss LCGC). Todo ello, sin perjuicio de cualquier otra que pudiera proceder.

La *Revista de Estudios Económicos y Empresariales* recibió este artículo el 30 de julio de 2022 y fue aceptado para su publicación el 17 de septiembre de 2022.