

## **La regulación del régimen de las condiciones generales de contratación entre empresarios: reflexiones a partir de la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos**

M.<sup>a</sup> Natalia Mato Pacín  
Área de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

La aprobación de la Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos presentada en 2023 (PM, en adelante), daría lugar a que se recogiera por primera vez y de manera expresa en el Código civil español la figura de las condiciones generales de la contratación. Se haría, concretamente, a través de un capítulo propio dentro del Título II, el Capítulo III, bajo el rótulo “Los contratos con condiciones generales o con cláusulas no negociadas”. Los dos preceptos que lo conforman se dedican a establecer, por un lado, una definición de condiciones generales de la contratación y de cláusulas no negociadas individualmente (art. 1265 PM) y, por otro, a efectuar una remisión a la legislación especial existente en cuanto al régimen jurídico a aplicar a este tipo de cláusulas predispuestas, resaltando las cuestiones tradicionales en la contratación no negociada, como son la delimitación subjetiva, los diferentes controles y reglas de interpretación especiales y las consecuencias de no superar tales controles (art. 1266 PM). Estas dos menciones deben completarse necesariamente con el artículo 1257 PM que, de manera novedosa (y, añadimos, pertinente), incluye reglas para resolver el conocido como conflicto o batalla de formularios, situación especialmente frecuente en la contratación predispuesta entre empresarios.

Y es que, como es sabido, la contratación no negociada no es un fenómeno exclusivo del ámbito de consumo, sino que también en las relaciones entre empresarios se recurre de manera habitual a las condiciones generales de la contratación. Será este, concretamente, el ámbito en el que se centre la presente propuesta de comunicación. La potencial aprobación del texto de Modernización del Código civil de 2023 mantendría en líneas generales invariable el régimen de protección del empresario adherente respecto de la situación actual pues, salvo la regulación del conflicto de formularios, no desarrolla su régimen jurídico. Desde nuestro punto de vista, se podrían plantear aquí dos interrogantes, vinculados entre sí: el primero, si es necesario otorgar algún tipo de protección *ad hoc* a los empresarios adherentes; el segundo, en el caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuera afirmativa, cómo o dónde se podría articular dicha protección.

Contestando al primer interrogante, somos de la opinión de que también el empresario que ostenta la posición del contratante adherente está necesitado de una protección especial en cuanto al contenido del contrato. El presupuesto de la existencia de una asimetría de poder y del déficit de la autonomía de la voluntad bilateral característico de la contratación no negociada e impuesta se aprecia también en la formación de los

contratos mediante condiciones generales entre empresarios. En este sentido, a nuestro juicio, no serían suficientes los mecanismos de protección actuales.

Una breve panorámica sobre el marco normativo que puede suponer una protección para los adherentes empresarios en el ordenamiento jurídico español debe comenzar con la principal norma en la materia, la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998. Esta norma sujeta las condiciones generales entre empresarios a un control formal de incorporación (arts. 5 y 7) y a unas reglas especiales de interpretación, sin prever un control de contenido ni de transparencia material, que el TRLGDCU (arts. 80 y ss.) y la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de junio de 2016) reservan para las cláusulas no negociadas en los contratos de consumo. Si bien pareció en un primer momento que respecto de la transparencia material podía haber un desarrollo judicial del principio de la buena fe del art 1258 CC, que supusiera un control de las cláusulas sorprendentes en contratos entre empresarios, en la práctica no podemos hablar de que esta sea hoy en día una vía desarrollada y asentada para controlar abusos en la contratación no negociada en este tipo de contratos.

A estos controles *ad hoc* sobre condiciones generales se le añadirían los límites generales a la autonomía de la voluntad previstos para todo contrato en el art. 1255 CC (art. 1219 PM), especialmente la ley imperativa. Dentro de este marco de normas que pueden suponer un control al contenido de cláusulas predispuestas, también respecto del adherente empresario, se incluyen las normas imperativas de Derecho general de contratos y obligaciones así como normas sectoriales, como la Ley de morosidad, contratos de transporte de mercancías o normas del sector bancario, resaltando, en este sentido, el avance que sí que supuso en la protección del prestatario empresario persona física la Ley del Contrato de Crédito Inmobiliario de 2019. Recientemente, en el ámbito digital se ha sumado algún otro mecanismo de protección, en algún caso más bien relacionado con deberes de información y transparencia (Reglamento (UE) 2019/1150, Reglamento 2022/1925) y en otros sí contemplando un verdadero control de contenido para todo tipo de sujeto -consumidor o empresario-, como es el Reglamento de Datos (Reglamento (UE) 2023/2854).

Podríamos calificar esta situación como una protección “a parches” en la medida en que, como hemos visto, no existe una norma general que garantice una tutela al empresario frente a los contenidos abusivos cuando no ha habido negociación, sino ciertas reglas especiales en diferentes tipos de contratos o ámbitos de contratación.

Por otro lado, y en contraposición a este escenario, si volvemos la vista a nuestro alrededor, es incuestionable que la tendencia en los países de nuestro entorno es la de proteger al empresario adherente frente a cláusulas abusivas, aunque con una intensidad menor, lógicamente, a la protección aplicable a los contratos de consumo. Así, tanto en Alemania, como en Portugal, Holanda, Francia o Bélgica se prevé un control de contenido

para los contratos no negociados entre empresarios, siendo los dos últimos países los que más recientemente han legislado en este sentido -en 2016 y 2020/2022, respectivamente-

Así las cosas, y si partimos de la necesidad de un cierto control material en contratos mediante condiciones generales entre empresarios, el siguiente paso consistiría en plantearse dónde ubicar la regulación de dicho control. La justificación e interés de este debate en el marco de una Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos radica en el hecho de que, como veremos a continuación, no todos los ordenamientos jurídicos que protegen al empresario adherente frente a contenidos desproporcionados o desequilibrados han utilizado la misma fórmula, pero, de los cinco mencionados, cuatro -Alemania, Holanda, Francia y Bélgica- regulan un control de contenido aplicable a todo adherente y lo hacen -aunque en algún caso no exclusivamente- en su Código civil. De estos países que protegen al empresario adherente, tan solo Portugal mantiene y concentra el régimen de las condiciones generales de la contratación en una ley *ad hoc*, la *Lei de cláusulas contratuais gerais* de 1985, donde se prevé un control de incorporación y un control de contenido frente a las cláusulas generales contrarias a la buena fe (art. 15), con dos listados ejemplificativos de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas, tanto para relaciones entre empresarios (arts. 18 y 19) como para los contratos con consumidores (art. 21 y 22). Como decíamos, en el resto de los estados señalados se ha incluido el régimen de las condiciones generales de la contratación -también respecto del empresario adherente- en el Código civil<sup>1</sup>.

Efectivamente, Alemania, como consecuencia de la integración de su ley de condiciones generales (la *AGB Gesetz* de 1976) en el Código civil alemán (BGB), en virtud de un proceso de modernización del Derecho de obligaciones en 2001, prevé la regulación de esta figura en el Libro 2, Derecho de obligaciones, §§ 305 a 310 BGB. Este ordenamiento, que es uno de los modelos de referencia en materia de condiciones generales, sujeta a las cláusulas no negociadas entre empresarios al control de contenido reflejado en la cláusula general de “buena fe” y “perjuicio indebido” del § 307, conceptos que habrá que adaptar en este tipo de contratos atendiendo a “la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial” (§ 310 BGB). Se excluye expresamente la aplicación de los catálogos de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas de los §§ 308 y 309, que se reservan para los contratos de consumo.

Una solución relativamente parecida es la que se articula en el Código civil de los Países Bajos. En esta norma se prevé la ineficacia de toda condición general que sea “irrazonablemente onerosa” para la parte adherente o que no tuvo la posibilidad razonable de conocer (art. 6:233 *Burgerlijk Wetboek*), sin que le sean de aplicación a los adherentes empresarios los listados de cláusulas prohibidas de los arts. 6:236 a 6:238, previstos

---

<sup>1</sup> De hecho, lo mismo ocurre en Italia, cuyo Código civil regula el control de incorporación al que se sujetan las condiciones generales del contrato en su artículo 1341 y la regla de la prevalencia en el art. 1342. Sin embargo, no lo incluimos en la exposición central puesto que en este ordenamiento jurídico no se protege -al menos no en la misma medida y de manera general- a los empresarios adherentes.

también solo para el adherente consumidor. La peculiaridad que presenta la regulación holandesa reside en que tiene en cuenta el tamaño de la entidad adherente para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del control de contenido, excluyendo a las empresas de un cierto tamaño (art. 6:235.1 de la misma norma).

Por su parte, los ordenamientos jurídicos de Francia y Bélgica poseen ciertos paralelismos en materia de protección al empresario adherente. En primer lugar, en ambos Códigos civiles se ha producido una reforma más o menos reciente y en ambos casos ha supuesto la incorporación de la regulación de las cláusulas no negociadas en la norma civil, incluyendo dentro del ámbito de protección a cualquier adherente, sea consumidor o no. Así, la reforma francesa del Derecho de obligaciones de 2016 dio lugar al actual art. 1171 *Code civil*, que reputa como no escrita aquella cláusula en un contrato de adhesión que suponga un “desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes”, del mismo modo que hace el actual Código civil belga, tras su reciente reforma vigente desde enero de 2023: además de regular el control de incorporación, la regla de la prevalencia y la batalla de formularios en las condiciones generales (art. 5.23), considera como abusiva toda cláusula no negociada que cree un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 5.52).

En ninguno de los dos casos, sin embargo, era realmente una novedad la existencia de un cierto control a las cláusulas en contratos entre empresarios. Ya en el 2008 se había introducido en el Código de comercio francés, dentro de las prácticas restrictivas de la competencia, el concepto de “desequilibrio significativo” consecuencia de que se hubiera “sometido o intentado someter a la otra parte comercial” (art. L. 442-1 I 2º). Por su lado, una modificación del Código de Derecho económico belga (en vigor desde diciembre de 2020) había creado un nuevo título para contratos entre empresarios en virtud del cual, entre otras medidas, se prevé la posibilidad de que una estipulación sea declarada abusiva en aplicación de una cláusula general (que gira en torno al “desequilibrio manifiesto”), así como dos listados de cláusulas abusivas y presuntamente abusivas, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, en ambos sistemas deberá tenerse en cuenta la relación entre la norma civil y la mercantil. Nos parece que quizás la articulación de ambos textos será más fácil en el caso belga que en el francés, pues las previsiones del *Code de droit économique* de Bélgica están en sintonía con la del Código civil (*v. gr.* en ambos casos el concepto es el de cláusula abusiva y pivota sobre los mismos elementos y en ambos casos se prevé la nulidad para la abusividad). Además, son estipulaciones que se incluyen en sede claramente contractual y no dentro de las normas de Derecho de la competencia<sup>2</sup>. No ocurre lo mismo en el caso del art. L. 442-1 I 2º del *Code de Commerce* francés, norma que, aunque persigue como objetivo la protección de la parte débil, tiene una filosofía más cercana al Derecho de la

---

<sup>2</sup> Teniendo en cuenta que el art. VI.91.1 del Código de Derecho Económico belga excluye del ámbito de la regulación de cláusulas abusivas en contratos entre empresarios a los contratos de servicios financieros, quizás puede ser un ámbito en el que sí suponga realmente un cambio el nuevo art. 5.52 del Código civil de Bélgica.

competencia que al Derecho de contratos. Esto último se demuestra, por ejemplo, en rasgos como la legitimación activa de la acción del art. L 442 (incluye a toda persona interesada, entre otros, al Ministro de Economía) o en la importancia que se le da a las multas como sanción (art. L 442-6.III), sin que se prevea expresamente en la norma la nulidad de la cláusula que resulte significativamente desequilibrada.

Pues bien, a la vista de lo hasta aquí expuesto, consideramos que podría ser una opción plausible la de incluir en el Código civil español el régimen jurídico de las condiciones generales de la contratación. Y se podría hacer incorporando la propia LCGC, como en su momento se hizo en Alemania, aunque en este caso excluyendo la regulación estrictamente de consumo, que está ya asentada y encajada en el TRLGDCU, al que se haría una remisión. Por otro lado, aprovechando esta reforma, como hemos defendido anteriormente, podría configurarse una cláusula general de buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes -siguiendo los criterios del art. 82 TRLGDCU, para evitar generar distorsiones-, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se extendiera a todo adherente, tanto consumidor como empresario (“parte contractual” o “contratante”, como se señala, en general, en los textos de Derecho comparado). Cuestión diferente, que requiere de otro estudio específico, sería la relativa a cómo delimitar qué empresarios adherentes serían los necesitados de protección.

No creemos que fuera un obstáculo para esta opción el hecho de que se tratara de una norma dentro del Código civil a aplicar en relaciones comerciales, pues, además de que es una fórmula existente en diversos países de nuestro entorno con nuestra misma tradición, la propia Propuesta de Modernización ya se ocupa de algún caso similar: el artículo 1256 PM se refiere expresamente un supuesto de la misma naturaleza al regular la “confirmación escrita entre profesionales”.

Por otro lado, es cierto que, como se señala en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Modernización (página 38), la materia relativa a las cláusulas no negociadas es y ha sido objeto de múltiples pronunciamientos -en ocasiones, cambiantes- por parte de los tribunales. Pero también lo es que, en la práctica, parece que las consecuencias traducidas en modificaciones legislativas se han reducido, *grosso modo*, a lo relacionado con el control de transparencia material (principalmente porque ha sido un control desarrollado de manera jurisprudencial y doctrinal).

En definitiva, se trataría de incorporar en el Código civil la regulación de una institución básica de Derecho de contratos -que no desafina con el resto de la norma pues no es una materia excesivamente técnica o especializada-, de tal manera que se mantuviera una cierta unidad en lo relativo a la justicia contractual. Y hacerlo incluyendo a todo adherente para garantizar la existencia de una protección básica a modo de red a la que se pudiera acudir de una forma más directa en el caso de cláusulas impuestas en contratos entre empresarios desproporcionadas.