



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA



La protección del empresario adherente en los contratos coligados

Dra. Laura Zumaquero Gil
Profa. Titular de Derecho Civil UMA



Contratos Civiles y
Desarrollo Social

RED DE INVESTIGACION CONTRATOS CIVILES Y
DESARROLLO SOCIAL

SEMINARIO PERMANENTE DE DERECHO PRIVADO UMA


Proyecto : “Negocios jurídicos conexos
en una economía de mercado (PID 2021-1244NB-100)”.

Financiado por:



CONTRATOS CON CONDICIONES GENERALES

- **Ideas previas:**

- “La justicia contractual se basa en un procedimiento limpio, en el que la voluntad es esencial. Cuando en ese procedimiento la voluntad de una de las partes está absolutamente disminuida y no es protagonista más que de una adhesión que se realiza típicamente en blanco, el Ordenamiento debe responder cuando estas reglas contractuales no son limpias o transparentes” (prof. Miquel, 2014).
- Sobre las CGC no funciona la competencia y, por tanto, no hay estímulo para mejorar  existen cada vez mayores abusos
- Estos abusos se producen tanto en contratos con consumidores como en contratos entre empresarios
- ¿Cómo responde nuestro Ordenamiento ante esta situación?

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

Controles CGC:

- **Control de inclusión:**

- Arts. 5 y 7 LCGC
- B2B o B2C
- Doble exigencia formal: cognoscibilidad y comprensibilidad
 - Informar de la existencia de cgc + entrega de un ejemplar
 - Aceptación del adherente + firma de los contratantes
 - Redacción ajustada a criterios de “transparencia, claridad, concreción y sencillez” (art. 5). No quedarán incorporadas al contrato las cláusulas “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” (art. 7)
- **No estamos ante un control del consentimiento**

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

- **Control de contenido**

- Control de legalidad sobre las condiciones generales del contrato
 - **Art. 8.1 LCGC:** “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”
 - Contratos B2B y B2C
 - **Art. 8.2 LCGC:** “En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]”.
 - Contratos B2C

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

- **Control de contenido**

- Conclusiones importantes respecto a los contratos B2B:
 - 1º El art. 8.1 reitera lo que ya dispone el art. 6.3 CC: *“Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”*.
 - 2º Excluye el control de contenido de la LCGC, otorgándole el mismo tratamiento que a las cláusulas negociadas
 - 3º Desautoriza la idea de que las condiciones generales que se separen del derecho dispositivo puedan ser consideradas nulas

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

- **Control de transparencia:**

- Control relacionado con los elementos esenciales del contrato
- Garantizar que el adherente conozca o pueda conocer la carga económica y jurídica que el contrato en su conjunto supone para él
- ¿Fundamento?
 - ✓ Art. 4.2 de la Directiva 93/13/UE, sobre cláusulas abusivas: *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, 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”*.
 - ✓ Este artículo no ha sido objeto de trasposición formal al Ordenamiento jurídico español

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

- **STS, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013**

- AUSBANC vs. BBVA, Cajas Rurales, Caja de Ahorros de Galicia
- Préstamos hipotecarios con cláusula suelo
- Acción colectiva de cesación de cgc, en la que se solicitaba la nulidad por abusiva de la cláusula suelo de los distintos préstamos hipotecarios
- Control de transparencia : “Garantizar que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la **carga económica** que el contrato supone para él, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, **como la carga jurídica del mismo**, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en sus presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo”.

Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación

- **Conclusiones sobre el control de transparencia:**

- El control de transparencia es un control propio, independiente del control de inclusión
- No es un control meramente formal, pues supone un control del consentimiento material, que debe ser libre y consciente respecto del objeto y la causa del contrato
- Está conectado con el control de abusividad
- La consecuencia de la falta de transparencia no es la nulidad automática de la cláusula, sino la necesidad de superar un control de contenido posterior

(Vid. SSTS de 8.09.2014, 24.03.2015, 26.10.2020, 23.03.2021, 27.01.2022, 6.06.2022, 27.09.2022, 30.03.2023, 16.09.2024, 30.01.2025...)

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

▪ **STS de Pleno, Sala 1ª, 3.06.2016:**

- Farmacéutica vs. Banco Pastor
- Préstamo hipotecario para la adquisición de un local con la finalidad de instalar una oficina de farmacia
- Determinación de la posible nulidad de la cláusula suelo con fundamento en los arts. 8.2 LCGC y 1258 CC
- **JPI:** Estima la demanda y ordena la eliminación de la cláusula suelo a partir de la aplicación del control de inclusión
- **AP:** Revoca la sentencia del Juzgado, al considerar que no es de aplicación ni el control de transparencia ni el control de abusividad y que el control de inclusión se supera
- **¿TS?**
 - El control de transparencia no es aplicable a los contratos entre empresarios
 - El control de inclusión se supera
 - El comportamiento de la entidad prestamista no ha sido contrario a la buena fe

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

➤ **Voto particular Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco J. Orduña Moreno:**

- Reivindica el carácter de auténtico principio jurídico de la transparencia atendiendo a los cambios sociales y jurisprudenciales
- El fundamento de la aplicación del control de transparencia reside en la predisposición del clausulado y la inferioridad de la posición contractual del adherente, lo cual es propio también de los contratos entre empresarios
- El control de transparencia no es asimilable al control de abusividad
- No hay razones para no realizar una interpretación extensiva del control de transparencia a la contratación entre empresarios a partir del control de inclusión (la normativa no lo prohíbe)

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

- **STS, Sala 1ª, de 15.01.2020:**

- D. Pedro y doña Carmela vs. Caja Rural de Asturias
- Préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una licencia de taxi
- Posible nulidad de la cláusula suelo
 - ✓ **JPI:** No son consumidores, no se aplica el control de transparencia y el control de incorporación se ha superado
 - ✓ **AP:** La condición general no supera el control de incorporación por el lugar en que aparece incluida, de forma enmascarada con un conjunto de cláusulas diversas, lo que dificulta el efectivo conocimiento y comprensión por parte del adherente
 - ✓ **TS?**
 - ❖ El control de transparencia solo procede en contratos con consumidores
 - ❖ El control de inclusión se refiere solamente a la transparencia documental y este se supera en el caso concreto
 - ❖ La AP realiza un control de transparencia material encubierto

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

- **STS, Sala 1ª, de 17.11.2023:**

- Luis Carlos (trabajador por cuenta ajena de una SL) vs. Caja Rural de Aragón
- Préstamo hipotecario con cláusula suelo (3,5%-15%), por importe de 138.000 euros para la financiación de circulante. Este préstamo estaba afianzado por la hija del prestatario (administradora de la sociedad y propietaria del 100% del capital social) y su pareja
- Se solicita la nulidad de la cláusula, alegando que era consumidor, que la cláusula suelo no fue negociada y no era transparente
 - **JPI y AP:** Consideran al actor consumidor porque no era socio ni administrador de la empresa y aplican el control de transparencia
 - **TS:**
 - El demandante no es consumidor. Lo relevante es la finalidad de la operación
 - La finalidad del préstamo era financiar una actividad empresarial de su hija. Por tanto, queda excluido tanto el control de transparencia material como el control de abusividad
 - La cláusula supera el control de inclusión

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

- **Conclusiones...**

- El TS excluye completamente la aplicación del control de transparencia a los contratos con condiciones generales entre empresarios
- Fundamento: Su estrecha conexión con el control de abusividad
- Se trata de un control diferente del control de transparencia al que se refieren los arts. 5 y 7 LCGC
- No es posible reconducirlo al control de inclusión para hacerlo extensible a los contratos celebrados entre empresarios
- Importancia de conocer la tramitación legislativa de la LCGC

¿La solución pasa entonces por legislar?

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

- Proposición de Ley de impulso de la transparencia en la contratación predispuesta (BOCG 10.11.2017). Presentada por el PSOE
 - **Art. 6 bis LCGC:** “1. Una vez las **cláusulas predispuestas** resulten incorporadas a las condiciones generales de la contratación de que se trate, **quedarán sujetas al control de transparencia**. Dicho control, **aplicable de oficio por jueces y tribunales**, con fundamento en las exigencias derivadas del principio general de transparencia y en los postulados de justicia contractual, tiene por objeto examinar si la configuración de la reglamentación predispuesta responde a los especiales deberes contractuales que el profesional tiene de facilitar la **comprensibilidad material, que no formal y gramatical, de los aspectos o elementos que definan el producto o servicio ofertado, su correcto funcionamiento y los riesgos asociados al mismo**. De forma que el consumidor o usuario comprenda no solo el significado general de la contratación, sino también el **alcance jurídico y económico de los compromisos asumidos**”.

CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS B2B

➤ **Art. 6 bis LCGC:**

“2. La tutela dispensada por **el control de transparencia**, con idénticos fundamentos y deberes de configuración comercial, **podrá extenderse a la contratación entre empresarios**. En este caso, el empresario adherente deberá solicitar judicialmente su aplicación y acreditar el carácter predispuesto del clausulado objeto de impugnación”.

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Art. 8.1 LCGC:** Excluye un control de contenido específico, al limitarlo a la infracción de normas imperativas o prohibitivas
- Esta decisión del legislador sorprende por varios motivos:
 - **Porque la propia Exposición de Motivos de la Ley reconoce que también en contratos entre empresarios se pueden producir situaciones de abuso, que lleven a la inclusión de cláusulas abusivas:**
 - Párrafo 8º: ***“Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no puedan existir abusos de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando se contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios [...]”***.

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- Porque **el fundamento de los controles legales** reside en el especial modo de contratar que caracteriza a estos contratos
- Porque el legislador ha regulado en **algunas leyes especiales** la posibilidad de declarar nulas por abusivas condiciones generales en contratos entre empresario.
 - Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad
 - Ley 15/2009, del contrato de transporte terrestre de mercancías

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Detractores de este control...**
 - El empresario no necesita de esta protección porque...
 - ✓ Dispone de más información
 - ✓ Está más motivado para negociar las cláusulas contractuales
 - ✓ Su inferioridad puede ser económica, pero no intelectual
 - Es perjudicial para el mercado porque lo tensiona
- **No estamos hablando de un grado de protección similar al de los consumidores**: exigencia de autorresponsabilidad, posibilidad de calcular y dominar los riesgos, características diferentes del tráfico mercantil...
- La diferencia de poder económico no es lo que justifica este control, sino la **superioridad funcional** que supone el empleo de condiciones generales
- **No se ha demostrado el perjuicio tan acuciante para el mercado**

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

ESTAMOS ANTE UN CONTROL LEGAL



Los jueces necesitan de una norma que les autorice a realizar un control. El art. 8.1 LCGC lo autoriza, si bien ceñido a la infracción de normas imperativas o prohibitivas

Los jueces no cuentan con una cláusula general como la buena fe y el equilibrio entre los derechos y obligaciones a efectos de efectuar este control

Un control de contenido específico de las condiciones generales entre empresarios debe ir más allá de la mera contravención de normas imperativas o prohibitivas o de la propia vulneración de los límites a la autonomía privada

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Soluciones propuestas por la doctrina científica. Pero ¿qué dice el TS?**

- ✓ **Acudir a la analogía (profesional/pymes y contratación fuera del sector)**

- TS: No es posible realizar una aplicación analógica de control de contenido del TRLCU porque no existe una laguna legal. Es una opción de política legislativa (STS de 3 de junio de 2016; 18 de enero de 2017)

- ✓ **Noción amplia del concepto de consumidor**

- TS: La interpretación del concepto de consumidor deberá realizarse de manera muy restrictiva (STJUE de 25 de enero de 2018, STS de 15 de enero de 2020).

- ❖ STS de 3 de junio de 2016: No queda probado el destino del préstamo a una actividad mercantil o comercial

- ❖ STS de 19 de abril de 2021: Fiadores no profesionales

- ❖ STS de 22 de enero de 2024: Contratos de doble finalidad

- ❖ STS de 13 de mayo de 2024: Empresarios no expertos

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Soluciones propuestas por la doctrina científica. Pero ¿qué dice el TS?**
 - ✓ **Aplicar los límites generales a la autonomía privada: ley, moral, orden público**
 - Infracción de normas imperativas o prohibitivas. Importancia del art. 1256 CC (STS de 12 de febrero de 2020)
 - STS de 26 de mayo de 1986 (moral)
 - Orden público económico: reglas de Derecho de la competencia: abuso de posición dominante y competencia desleal
 - ✓ **Acudir a la cláusula general de la buena fe y equilibrio entre derechos y obligaciones a partir de la EM de la LCGC**
 - TS: La EM no tiene valor normativo y el articulado no lo contempla (STS de 3 de junio de 2016)
 - ✓ **La buena fe y el art. 1258 CC**

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B:

Compraventa con compromiso de subrogación en préstamo hipotecario

▪ **STS, Sala 1ª, de 30.04.2015:**

- Promoción Urbana Logroñesa, S.L. vs. D. Cirilo (profesional negocio inmobiliario)
- Acción de cumplimiento del contrato de compraventa + demanda reconvenzional, en la que se solicitaba la nulidad de pleno derecho e ineficacia del contrato por contener cláusulas abusivas, contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones + restitución de la cantidad entregada a cuenta
- Infracción arts. 6.3, 1255, 1256 y 1258 CC
- **TS:**
 - La nulidad de las cláusulas abusivas no es una técnica de protección del empresario adherente
 - Entre empresarios o profesionales el control de contenido es el general de las cláusulas negociadas
 - **El art. 1258 CC no permite declarar la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas**

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B:

Contratos de préstamo hipotecario

STS, Sala 1ª, de 18.01.2017

- D. Federico, Dña. Macarena, D. Maximiliano y Dña. Emilia vs. Abanca
- Contrato de préstamo hipotecario para financiar la compra de un local destinado a oficina. Se solicita la nulidad de la cláusula suelo (límites: 3,75-15%). Fundamento: Infracción art. 8.1 LCGC en conexión con los arts. 6.3, 1255 a 1261 CC

STS, Sala 1ª, de 7.11.2017

- Matrimonio vs. NovaGaliciaBanco
- Contrato de préstamo hipotecario para la unificación de deudas de una sociedad. Se solicita la nulidad de la cláusula suelo (límites: 4,95-15%). Fundamento: Infracción arts. 2, 5.1, 7.1, 8 LCGC en conexión con los arts. 6.3, 1255 a 1261 CC

STS, Sala 1ª, de 12.06.2020

- Carnicería Charcutería Elvira, S.L. vs. Abanca
- Contrato de préstamo hipotecario para financiar actividades mercantiles. Se solicita la nulidad de la cláusula suelo (límites: 3-10%). Fundamento: Infracción art. 8.1 LCGC en conexión con los arts. 6.3, 1255 a 1261 CC

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B:

Contratos de préstamo hipotecario

- **Cambio en la doctrina jurisprudencial:**

- El TS reconoce la posibilidad de expulsar condiciones generales del contrato por infracción del art. 1258 CC.
- Sin embargo, no declara la nulidad en estos casos porque **no estamos ante cláusulas sorprendentes que frustren las legítimas expectativas del adherente:**

“[...] El carácter sorpresivo contrario a la buena fe vendría determinado por la contradicción entre la concertación de un interés variable y la limitación a dicha variabilidad proveniente de una condición general. Entronca este criterio con la regla de las cláusulas sorprendentes conforme a la que son inválidas aquellas estipulaciones que, a tenor de las circunstancias y naturaleza del contrato, son tan insólitas que el adherente no podría haberlas previsto razonablemente. [...]. Para que pueda estimarse que concurren tales circunstancias habrá que tomar en consideración el nivel de información proporcionado, pues una correcta información excluiría el factor sorpresivo, y la diligencia empleada por el prestatario adherente para conocer las consecuencias económicas y jurídicas del préstamo y de los posibles efectos futuros de la condición general discutida [...]”

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B: Contratos de compraventa con garantía hipotecaria

- **STS, Sala 1ª, de 29.03.2023:**

- Saltiter, S.L., vs. Pirene Issuer Holding

- 1º Préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de 16 viviendas entre Cesallu S.L. y Banco Sabadell
- 2º Cesallu S.L. vende las viviendas a Saltiter, S.L., que se subroga en la hipoteca
- 3º Novación en el préstamo entre Saltiter, S.L. y Banco Sabadell que no afectan a las cláusulas objeto de *litis* (*suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios...*)
- 4º Cesión de los derechos de crédito de Sabadell a Pirene Issuer Holding

- Saltiter demanda a Pirene solicitando la nulidad de las siguientes cláusulas: cláusula suelo, cláusula de gastos, cláusula de intereses moratorios, cláusula de reclamación de posiciones deudoras, cláusula de vencimiento anticipado.

- **¿TS?** Superan el control de inclusión y no infringen los arts. 1256 CC, 1258 CC, 57 Com porque no estamos ante un pacto sorprendente que frustre las legítimas expectativas del adherente

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **STS, Sala 1ª, de 20.04.2023:**

- Nosobrat, S.L. vs. Banco Caja España
- Compraventa con subrogación en el préstamo hipotecario, que contenía una cláusula suelo que limitaba su variabilidad en el 3,5% (8.01.2008)
- Novación del préstamo hipotecario (23.10.2008), que mantuvo la cláusula suelo, si bien modificó los límites, incluyendo un máximo del 12,5%
- Se solicita la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y/o por contravenir la buena fe y por generar un desequilibrio
- **¿TS?**
 - ✓ Considera superado el control de incorporación, que lo diferencia del control de transparencia
 - ✓ Considera excluidos los controles de transparencia y abusividad por tratarse de una sociedad
 - ✓ No ha quedado demostrado el déficit de información ni la mala fe de la demandada al insertar la cláusula suelo para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. El comportamiento de la entidad bancaria no infringe los arts. 1256 y 1258 CC ni el art. 57 Ccom.

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Algunas conclusiones respecto a la infracción del art. 1258 CC...**
 - ✓ No existe un desarrollo jurisprudencial adecuado que permita realizar un control de contenido efectivo de las condiciones generales entre empresarios a partir de este artículo
 - ✓ Su aplicación queda reducida a la existencia de cláusulas sorprendentes que frustren las legítimas expectativas del adherente
 - ✓ ALFARO ÁGUILA-REAL: “Es cierto que las cláusulas sorprendentes suelen ser abusivas, pero ambas características no tienen por qué coincidir”.
 - ✓ Respecto de las cláusulas referidas a elementos accesorios difícilmente se pueda hablar de cláusulas sorprendentes porque el cliente carece de representación mental alguna, basando su decisión de contratar en los elementos esenciales del contrato
 - ✓ El factor sorpresa desaparece cuando el cliente conocía el contenido de la cláusula o, por las circunstancias concretas, no podía pasarle inadvertida. Pero ¿esto excluye la abusividad de una cláusula?

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B: Derecho comparado

○ **Propuestas de *lege ferenda*: modelos de derecho comparado**

- Control de contenido basado en la cláusula general de la buena fe y/o equilibrio de derechos y obligaciones (... y otros parámetros de control)
 - BGB (§§ 307 y 310)
 - Código Civil holandés (art. 6:233 a)
 - Código Civil francés (art. 1171 CC) y Código de Comercio (art. L.442-6.I.2)
 - *Unfair Contract Terms Act* (cláusulas de exclusión/limitación de responsabilidad)
 - *Acquis Principles (6:301)*
 - *PECL* (art. 4:110)
 - *DCFR* (arts. II.9:403 y II.9:405)
 - Propuesta de Reglamento Europeo en materia de compraventa (art. 86)
- Control mixto de contenido que combine la cláusula general de buena fe con un listado de cláusulas abusivas
 - *Lei das Cláusulas Contratuais Gerais* de 1985 (arts. 15, 16, 18 y 19)

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- Control de contenido basado en la cláusula general de la buena fe y/o equilibrio de derechos y obligaciones
 - § 307 BGB: “son ineficaces las **cláusulas que perjudiquen de modo no razonable, en contra de las exigencias de la buena fe**, a la contraparte contractual del predisponente”.
 - Art. 6:233 a) NBW: “cláusulas que **son irrazonablemente gravosas** para el adherente”
 - Arts. 1170 Code Civil y L.442-6.1.2 Code de Commerce: “cláusulas que creen un **desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes**”.

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- Control de contenido basado en la cláusula general de la buena fe y/o equilibrio de derechos y obligaciones
 - **PECL:** Son abusivas las cláusulas “que causen, en perjuicio de una parte y en contra de los principios de **buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes** derivadas del contrato” (art. 4:110)
 - **DCFR:** Una cláusula incluida en un contrato celebrado entre empresarios será abusiva si “se aparta manifiestamente de las **buenas prácticas comerciales**, en contra de las exigencias de la **buena fe** y la **honradez de los tratos**” (art.II-9:405)
 - **Acquis Principles:** “si perjudica a la otra parte, contrariamente a las exigencias de la **buena fe, creando un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes**” (art. 6:301)
 - Propuesta de Reglamento Europeo de Compraventa de 2011: “se aparta manifiestamente de las **buenas prácticas comerciales**, en contra de las exigencias de la **buena fe** contractual”
- ¿Ventajas de este modelo?
 - Flexibilidad: adaptación al tipo de contrato y sus circunstancias
 - El juez no se ve obligado a declarar la nulidad a partir de un listado de cláusulas absolutamente prohibidas si considera que existe una compensación para la parte adherente a partir de otro tipo de ventajas que restan abusividad a la cláusula en cuestión o que permitan equilibrar posiciones
 - Permite atender a los usos y costumbres de un sector específico de la economía

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Control mixto de contenido que combine la cláusula general de buena fe con listados de cláusulas abusivas**
 - DL núm. 446/85, de 25 de outubro, sobre *Cláusulas Contratuais Gerais*
 - Art. 15 “São proibidas as cláusulas contratuais gerais **contrárias à boa fé**”.
 - Art. 16: “Na aplicação da norma anterior devem ponderar-se os valores fundamentais do direito, relevantes em face da situação considerada, e, especialmente:
 - a) **A confiança suscitada**, nas partes, pelo sentido global das cláusulas contratuais em causa, pelo processo de formação do contrato singular celebrado, pelo teor deste e ainda por quaisquer outros elementos atendíveis;
 - b) **O objectivo que as partes visam atingir negocialmente**, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado”.
 - En contratos entre empresarios y/o profesionales:
 - Art. 18: “**São em absoluto proibidas**, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que...”
 - Art. 19: “**São proibidas, consoante o quadro negocial padronizado**, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que...”

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

○ **Cláusulas absolutamente proibidas...**

- Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por não cumprimento definitivo, mora ou cumprimento defeituoso, em caso de dolo ou de culpa grave;
- Excluem ou limitem, de modo directo ou indirecto, a responsabilidade por actos de representantes ou auxiliares, em caso de dolo ou de culpa grave;
- Confirmam, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de interpretar qualquer cláusula do contrato;
- Excluem a excepção de não cumprimento do contrato ou a resolução por incumprimento;
- Excluem ou limitem o direito de retenção;
- Excluem a faculdade de compensação, quando admitida na lei...

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

○ **Cláusulas relativamente prohibidas...**

- Estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para a aceitação ou rejeição de propostas;
- Estabeleçam, a favor de quem as predisponha, prazos excessivos para o cumprimento, sem mora, das obrigações assumidas;
- Consagrem cláusulas penais desproporcionadas aos danos a ressarcir;
- Imponham ficções de recepção, de aceitação ou de outras manifestações de vontade com base em factos para tal insuficientes;
- Façam depender a garantia das qualidades da coisa cedida ou dos serviços prestados, injustificadamente, do não recurso a terceiros;
- Estabeleçam um foro competente que envolva graves inconvenientes para uma das partes, sem que os interesses da outra o justifiquem...

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Control mixto de contenido que combine la cláusula general de buena fe con listados de cláusulas abusivas**
 - ¿Ventajas de este modelo?
 - Protección más intensa a los empresarios y profesionales
 - Facilitan una mejor interpretación y aplicación de la cláusula general de la buena fe
 - Simplifica y facilita el control de las condiciones generales
 - De tratarse de una regla contractual que no tiene encaje en los listados siempre se tiene el recurso a la cláusula general de la buena fe
 - ¿Inconvenientes?
 - Puede suponer en algunos casos excesiva rigidez en la contratación
 - Impide que se tengan en cuenta los usos y costumbres de un sector específico de la economía, mayormente en el caso de las cláusulas absolutamente prohibidas

CONTROL DE CONTENIDO EN CONTRATOS B2B

- **Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos del año 2009. Comisión General de Codificación**
 - Arts. 1261 a 1264
 - Cláusulas abusivas: cláusulas no negociadas individualmente cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato
 - Listado de cláusulas abusivas aplicables a todos los contratos
 - Remisión, para el caso de consumidor adherente, a la normativa de consumidores
- **Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos del año 2023. Comisión General de Codificación**
 - Arts. 1265 y 1266 CC: Concepto de cgc y cláusula no negociada + remisión a la legislación especial respecto a los controles legales

La protección del empresario adherente en los contratos coligados

CONCLUSIONES FINALES...

- El tejido empresarial de nuestro país está compuesto principalmente por pymes y autónomos, que merecen de una protección cuando se cometen abusos por parte del predisponente
- Los tribunales no están resolviendo de manera efectiva los problemas de falta de transparencia y abusividad que se plantean en los contratos con condiciones generales entre empresarios. ¡Tampoco disponen de las herramientas más adecuadas!
- Urge, por tanto, reformar la LCGC, en el sentido de establecer:
 - 1) Un control de transparencia, aplicable también a los contratos entre empresarios y/o profesionales
 - 2) Un control específico de contenido para las condiciones generales entre empresarios y/o profesionales, basado en la cláusula general de la buena fe y el equilibrio entre derechos y obligaciones, que preste atención a los usos y costumbres del tráfico empresarial
 - 3) Posibilidad de establecer listados de cláusulas abusivas (hay cláusulas en el TRCLU que son perfectamente trasladables a los contratos B2B)

La protección del empresario adherente en los contratos coligados

¡MUCHAS GRACIAS POR VUESTRA
ATENCIÓN!

Contacto: laurazg@uma.es