

Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del Derecho Español *

CECILIA GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ
Catedrática de Derecho Civil.
Universidad de Sevilla

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN: EN ESPECIAL LA REGLA DE LA PREVALENCIA. PRESUPUESTO DE APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL FORMALISMO VOLUNTARIO
- III. LA EFICACIA DE LAS CONDICIONES PARTICULARES Y SU VINCULACIÓN A LA REGLA DE LA PREVALENCIA
 - 1. Cláusulas de forma escrita
 - 2. Cláusulas de fusión, integración o exhaustividad
 - 3. Cláusulas de reserva de confirmación o ratificación

I. INTRODUCCIÓN

Dos son las cuestiones que plantea el formalismo voluntario: La primera, la incidencia de la forma sobre la validez del contrato, debe ser resuelta examinando las funciones contrapuestas que al pacto de forma en abstracto se le pueden asignar en el Ordenamiento español. La segunda se relaciona con la actividad interpretativa judicial, aunque en el fondo, todos los conflictos que la forma voluntaria ocasiona se conectan con ella, lo que es decir, para el Ordenamiento jurídico español, con las reglas de los arts. 1281 y ss. Código Civil¹.

En el ámbito del formalismo voluntario hay que preguntarse si las partes pueden, en uso de su autonomía privada, seleccionar algunos de los criterios de interpretación y excluir otros o establecer entre ellos un orden de preferencia, cuestión a la que entiendo no puede darse más que una respuesta negativa en el Ordenamiento español². Desde este punto de vista, la existencia de un pacto de formas es un elemento del que se sirve el Juzgador para interpretar los hechos de los que resulta o no la existencia del contrato, pero sin alterar las normas de los artículos que el Código Civil dedica a la hermenéutica contractual (arts. 1281 ss.). Frente a esta posición hay quien sostiene que una de las ventajas del pacto de forma es la de establecer un principio literalista en la interpretación, que excluya el recurso a la prueba extrínseca, de manera que sólo cuando los términos literales usados no sean reflejo de la intención común de las partes, se puedan tener en cuenta los actos coetáneos, posteriores o anteriores al contrato celebrado. Este último planteamiento recuerda, de modo inmediato, la llamada «regla de la palabra» o *parol evidence rule* del derecho inglés, usada –como señala LÓPEZ Y LÓPEZ– para impedir la consideración de cualquier acuerdo verbal que contradiga lo que por escrito ha sido establecido por las partes³.

* Ponencia presentada en el Convenio Internacional sobre «Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto» celebrado en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad italiana de Brescia el 26 de mayo de 2006, organizado bajo la dirección del Profesor Fabio Addis, Ordinario de Derecho Civil de la citada Universidad.

1. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *La forma voluntaria del contrato*, Valencia 1999, pgs. 60 y ss.

2. Cfr. GÓMEZ-SALVAGO, *La forma voluntaria del contrato*, ob. cit., pgs. 63 y concordantes.

3. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentarios al art. 8 Convención de Viena», en DIEZ-PICAZO (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid 1998, pg. 117.

El pacto por el que se conviene que la realización de un acto jurídico deba revestir una forma determinada puede referirse tanto al posible contrato que las partes puedan perfeccionar en el futuro, como a las declaraciones futuras que modifiquen o extingan un contrato ya vigente entre las mismas⁴.

En el primer caso, creemos que la función constitutiva del pacto de forma no cabe en el Derecho español. Es admisible que las partes convengan que el contrato existirá en el momento del otorgamiento del documento, porque el pacto de forma tiene su fundamento en la autonomía privada, pero pretender que la forma pactada sea la única hábil para perfeccionar el negocio que en el futuro puedan celebrar las partes va más allá de esta libertad, pues según nuestro Código Civil (arts. 1281 siguientes sobre interpretación de los contratos) y nuestra Jurisprudencia, la fijación de los datos que deben ser interpretados, así como la determinación de la existencia del contrato son cuestiones de hecho que sólo al intérprete corresponde fijar. Por ello estimo que el pacto de forma no tiene capacidad para decidir por sí solo la existencia o validez del contrato futuro, como tampoco su interpretación puede jugar a favor de la imposición de un principio literalista, que excluya de la indagación de lo querido por las partes los actos coetáneos o posteriores de las mismas (art. 1282 CC). Tan es así que, dada una conducta de las partes posterior al pacto, reveladora de una voluntad concorde de contratar *en cualquier forma*, el intérprete no puede negar la existencia del consentimiento: al contrario, deberá concluir que ha habido una voluntad nueva. «revocatoria». «derogatoria» –como quiera llamarse– de que lo pactado ha quedado sustituido por un nuevo acuerdo de las partes⁵.

En España no se puede negar la existencia del contrato por no haber mediado escritura pública, porque el principio espiritualista en materia de forma cuenta con un amplio reconocimiento en nuestro Ordenamiento. Será la presencia de los requisitos esenciales del contrato, los del art. 1261 CC –consentimiento, objeto y causa– la que conlleve la declaración de su existencia, aunque exista pacto previo de forma, tal como resulta de la interpretación que constante jurisprudencia hace de los arts. 1278 a 1280 CC⁶. Por aplicación del art. 1278 CC, el contrato será obligatorio «cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado...», y por aplicación de esta premisa, de acuerdo con el art. 1279, cada una de las partes puede exigirse el otorgamiento de la escritura desde que hubieran prestado su consentimiento para contratar⁷. Dicho en otras palabras: en la medida en que concluido el contrato entre las partes «en cualquier forma», subsista el interés para rellenar la forma pactada, «los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenarla, desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez», facultad para compelerse recíprocamente a cumplir con la forma que presupone la previa existencia del acuerdo.

Además, las convenciones de forma no son aptas para excluir la aplicación de las reglas generales de interpretación de los contratos, pues la regla fundamental en nuestro Derecho es que la voluntad contractual sólo es atendible si es reflejo de la intención de los contratantes (art. 1281 y 1282 Código Civil), luego hacer prevalecer la literalidad de unos términos sobre la intención de los contratantes sería un obsequio a un principio formalista incompatible con nuestro Ordenamiento⁸. A mayor abundamiento, en nuestro Derecho no existe el sistema de la prueba tasada, de

4. GÓMEZ-SALVAGO, «Las cláusulas de modificación o extinción “sólo por escrito” del contrato (Un apunte de Derecho Comparado)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid 2003, pgs. 2025-2042, cit. pg. 2030.

5. GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, *La forma voluntaria del contrato*, ob. cit., pgs. 47-48.

6. IDEM, pg. 54 y concordantes.

7. IDEM, pg. 76.

Art. 1278 CC: «Los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez».

Art. 1279: «Si la ley exigiese el otorgamiento de escritura pública u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos para su validez».

8. IDEM, pg. 64-65 y bibliografía allí mencionada, especialmente LÓPEZ Y LÓPEZ, «De la interpretación de los contratos. Comentarios a los artículos 1281 a 1289 del Código civil», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XVII-2, Madrid 1981.

Art. 1281 CC: «Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas».

Art. 1282 CC: «Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato».

manera que ni siquiera los contratos que deben constar en documento público (a los que se refiere el art. 1280 Código Civil), se someten a un régimen especial, en el sentido de que sólo pueda intentarse su prueba ante los Tribunales cuando consten en la forma a que dicho artículo se refiere.

El segundo ámbito del formalismo voluntario, el de las cláusulas de modificación o extinción «sólo por escrito» del contrato, está íntimamente relacionado con la relevancia futura de los actos de modificación del contenido obligacional inicialmente pactado por escrito (ampliaciones o modificaciones en el plano dentro de un contrato de obra, por ejemplo), o con los actos de extinción del contrato por mutuo acuerdo, o de las declaraciones que se produzcan en el marco de los derechos potestativos que puedan corresponder a una de las partes (resolución contractual, desistimiento unilateral en contratos de larga duración, mutuo disenso, ...)⁹.

El art. 29.2 del Convenio de Viena se refiere a ellas: Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos.

Como señala LÓPEZ Y LÓPEZ¹⁰, el artículo da entrada a la prohibición de que las variaciones a un contrato que debían ser probadas por escrito no puedan hacerse en forma oral (la llamada *parol evidence rule* en el Derecho inglés), pues la aplicación de la doctrina de los propios actos recogida en el citado precepto no es sino la confirmación de que la regla inicial es presuntiva de la voluntad de las partes, pero no conclusiva ni excluyente. Por esta razón, no se debe partir del entendimiento de este precepto como si estableciera una regla general acompañada de su excepción. Por el contrario, su exégesis acertada, continúa el autor, debe partir de su configuración como una regla presuntiva que, como tal, juega fundamentalmente en el proceso, que establece la regla cardinal de permitir la prueba de las variaciones del contrato por medios distintos de la escritura, admisibilidad de otros medios probatorios que tiene la virtud de clarificar la regla sentada al inicio del precepto. El argumento tiene algo de similar –aunque los ámbitos de aplicación sean ciertamente distintos– con el que propugnaba en su día SETZER para el art. 1352 *Codice civile* italiano, trayéndolo de una correcta interpretación de la L. 17 *Codice de FIDE Instrumentorum*, cuya obra tan valiosamente ha sido difundida por Fabio ADDIS¹¹: de un pacto de forma escrita no puede deducirse sin más la voluntad en contrario de quedar vinculadas las partes sólo con ese escrito, puesto que éste puede ser querido sólo para la prueba¹².

Dada la amplitud de medios de interpretación recogida por el art. 8.3 de la Convención de Viena, a la hora de determinar la intención de las partes o el sentido que le hubiera dado una persona razonable –para la que deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran

9. GÓMEZ-SALVAGO, «Las cláusulas de modificación o extinción “sólo por escrito” del contrato (Un apunte de Derecho Comparado)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, ob. cit., pg. 2030.

10. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al art. 8 de la Convención de Viena», en Díez-Picazo (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la Convención de Viena*, ob. cit., pgs. 113-131.

11. Nos referimos a la obra de SETZER, «Sulla pattuizione dello scritto in particolare della L. 17 cod. De fide instrumentorum», traducción por Fabio Addis, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles 2005, con una introducción de Fabio Addis bajo el título «Contractus in scriptis fieri placuit. Setter e il formalismo convenzionale», pgs. 7-44.

12. SETZER, ob. cit., pgs. 117-118: «Per l'interpretazione della volontà delle parti é principio riconosciuto cha una norma giuridica generalmente vincolante ceda solo nei confronti di una specifica e contraria pattuizione. É però norma giuridica generalmente vincolante che un contratto sia perfetto con il consenso. Ciò di conseguenza vale finchè le parti no hanno dichiarato expresamente o tácitamente una volontà contraria. Da una generica pattuizione Della redazione per iscritto non può dedursi con sicurezza la contraria volontà di vincolarsi solo con lo scritto, poichè la redazione per iscritto può essere voluta per la prova; una diversa volontà può dunque ben essere alla base di quella pattuizione».

Y para reforzar su argumento dice algo que es justo el símil al que se quería llegar: que «La possibilità che la prova sia riconosciuta presupone che tra le parti sia expresamente convenuto di vincolarsi con il consenso e non esclusivamente con lo scritto o che vi siano particolari fatti dai quali rilevi una tale volontà» (ver pgs. 117-118).

Ver los principales hitos argumentales en la introducción que realiza Fabio Addis [pgs. 19-21], si bien como señala este autor [pg. 22], «Dopo altri quarant'anni, il codice civile italiano ha seguito la scia del legislatore edesco, sichhè Setter può considerarse un oppositore ante litteram anche dell'art. 1352 cod. civ., tanto per quel che riguarda le ragioni storiche che si son volute porre a fondamento di questa disposizione, quanto per la sua opportunità e convenienza».

establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes— «parece fuera de toda duda que la tradición limitativa en orden a la *parol evidence rule* no ha sido recogida en la normativa actual sobre la compraventa internacional de mercaderías»¹³. Respecto a nuestro Derecho interno, para el autor es claro que no rige «la regla de la palabra», como «lo demuestra *a fortiori*» el hecho de que no está vedado el recurso a la prueba extrínseca, ni siquiera en el caso de los llamados «términos claros»¹⁴, ex arts. 1281 y 1282 CC.

Para terminar, este entendimiento general de las cláusulas de *no oral modifications* ha sido recogido en el art. 2106 de los Principios de Derecho Europeo de los contratos, preparados por la Comisión Europea de Derecho de los Contratos, dirigida por el Profesor LANDO: aunque se hayan pactado cláusulas de modificación del contrato sólo por escrito, parece evidente que puede ser contrario a la buena fe sujetar a las partes al contenido original cuando existe un claro compromiso de ambas para acordar variaciones verbales o tácitas al contrato original¹⁵.

La problemática expuesta en las páginas anteriores puede trasladarse al ámbito de las cláusulas de forma escrita contenidas en las condiciones generales de la contratación, pues también los contratos celebrados mediante condiciones generales han de ser, llegado el caso, objeto de la actividad de interpretación contractual.

La Ley 7/1998, de 13 abril, de Condiciones generales de la contratación (en adelante LCGC) contiene reglas de interpretación especiales aplicables a los contratos celebrados mediante condiciones generales *sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Código civil en lo no previsto en la misma* (art. 6). Este precepto dispone que *las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resuelvan a favor del adherente*, interpretación *contra proferentem* conocida desde antiguo entre nosotros en el art. 1288 CC; además, *cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para ese contrato*, señala el precepto, *prevalecerán éstas sobre aquéllas [...]*, regla de la prevalencia de las cláusulas particulares frente a las condiciones generales (art. 6.1, primera parte LCGC). Por último, relacionada con la anterior, y como aparente excepción a ella, contiene la regla de la prevalencia de la condición general más beneficiosa para el adherente del art. 6.2, segunda parte LCGC, al ordenar que prevalezcan las condiciones generales en caso de contradicción con las cláusulas específicas previstas para el mismo contrato cuando aquéllas *resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares*¹⁶.

En el caso de contratos celebrados con consumidores y usuarios mediante cláusulas predisuestas, la Ley 26 /1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) se limitaba a reiterar la regla *contra proferentem* (art. 10.2)¹⁷. El Proyecto de Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (121/000083) modificaba ese artículo 10 dando a su apartado 2 la siguiente redacción: «*Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor*». El actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 noviembre (en adelante TR/2007) reproduce en su art. 80.2 el tenor del proyecto, estableciendo que en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalezca la interpretación más favorable al consumidor, cuando se ejerciten acciones individuales.

13. LÓPEZ Y LÓPEZ, Comentario al art. 8 del Convenio de Viena», en DIEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías*. Comentario a la Convención de Viena, ob. cit., pg. 118.

14. IDEM, pg. 127-129.

15. Ver GÓMEZ-SALVAGO, «Las cláusulas de modificación o extinción “sólo por escrito” del contrato (Un apunte de Derecho Comparado)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis DIEZ-PICAZO*, ob. cit., especialmente pg. 2041.

16. ROCA GUILLAMÓN las sintetiza en las siguientes: a) Criterio de prevalencia de las estipulaciones específicamente pactadas para ese contrato —las llamadas condiciones particulares— sobre las condiciones generales, salvo que éstas fueren más beneficiosas. b) Criterio de la interpretación más favorable al adherente, conforme a la vieja regla *interpretatio contra stipulatorem*. Por último, reenvío a los criterios generales del CC sobre interpretación de los contratos, con carácter subsidiario a las anteriores reglas. ROCA GUILLAMÓN, «Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos», en UBALDO NIETO (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Consejo General del Poder Judicial, Lex Nova, Valladolid 2000, pgs. 305 a 346, cit., pg. 311.

17. Que así goza de triple formulación en nuestro Derecho: art. 1288 CC, art. 6.2 LCGC y art. 10.2 LGDCU.

II. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN: EN ESPECIAL LA REGLA DE LA PREVALENCIA. PRESUPUESTO DE APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL FORMALISMO VOLUNTARIO

De entre esas pautas de interpretación, vamos a fijarnos especialmente en la regla de la prevalencia, que desde la LCGC se extiende a cualquier contrato sometido a condiciones generales, y no exclusivamente a los celebrados con un consumidor, con tal, naturalmente, de que sea subsumible en el ámbito de aplicación de la misma¹⁸.

La aplicación de la regla de la prevalencia de las cláusulas particulares frente a las condiciones generales puede resultar problemática en aquellos casos en que estas últimas contengan estipulaciones relativas a la eventual celebración de acuerdos individuales entre las partes, lo que normalmente hacen los predisponentes con el propósito de condicionar o limitar la eficacia de estos últimos¹⁹. Así ocurre cuando las condiciones generales utilizadas para celebrar un contrato contienen cláusulas de forma escrita, es decir, cláusulas por virtud de las cuales los acuerdos individuales alcanzados entre quienes toman parte en la celebración del contrato y mediante los que se pretende modificar o añadir nuevos contenidos al contrato, no serán válidos si no se plasman por escrito.

La exigencia de que las condiciones confrontadas sean eficaces somete a debate la cuestión de la validez de aquellas condiciones generales que pretenden limitar o impedir, en ciertos casos, la eficacia de algunas condiciones particulares concurrentes en el mismo contrato. En palabras de FERRER RIBA, «la cuestión —que, de la mano de la doctrina alemana, ha devenido tópica en el tratamiento dogmático de la regla de la prevalencia— se plantea respecto de las condiciones generales que imponen requisitos formales para que valgan las particulares (*cláusulas de forma escrita*), supeditan los compromisos de los auxiliares u otros agentes del predisponente a la confirmación por parte de éste (*cláusulas de reserva de confirmación o ratificación*), o bien declaran que el documento en que ha sido fijado el contrato expresa todo lo acordado (*cláusulas de fusión o integración, o de exhaustividad*)»²⁰.

En efecto, estas cláusulas conocen diversas formulaciones, «si bien todas tienen en común el hecho de referirse a la eventualidad de que las partes alcancen acuerdos individuales, añadidos o distintos de las estipulaciones contenidas en las condiciones generales, con la finalidad de establecer limitaciones o exigencias adicionales en cuanto requisitos para su eficacia, de tal modo que lo que en último término se persigue por parte del predisponente es el aseguramiento, en la medida de lo posible, de la validez de las condiciones generales frente a los acuerdos individuales»²¹.

Es obvio que las partes puedan hacer depender la eficacia de sus contratos o de las modificaciones a los mismos de ciertos requisitos formales establecidos *ex voluntate*. Pero para que estas cláusulas —que pueden cumplir la estimable función de promover la claridad y uniformidad en la contratación— produzcan la ineficacia de aquellas condiciones particulares que no las respeten, deberán ser, a su vez, condiciones particulares; así, serían válidas las cláusulas de forma escrita usadas habitualmente y con pleno conocimiento entre dos profesionales, en su trato sucesivo²².

18. Como señala ROCA GUILLAMÓN, la regla había sido formulada ya con mucha anterioridad a la LGDCU por la Jurisprudencia de la Sala Primera y, por supuesto, con carácter general para cualquier sujeto de un contrato de adhesión, sin reparar en que se tratara o no de un consumidor. ROCA GUILLAMÓN, «Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos», en UBALDO NIETO (dir.), ob. cit., pg. 323.

Cita al respecto la STS de 18 enero de 1909, en la que se ventilaba la contradicción entre cláusulas impresas en un formulario y las manuscritas, declarándose en la sentencia que hallándose en oposición una cláusula general impresa en la póliza con otra particular es obligado tener presente como regla de criterio aplicable el carácter de verdadera excepción de esta última frente a las cláusulas de carácter general, puesto que «esta cláusula, como singular y particularmente concertada para el contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta voluntad de las partes, derogando o anulando de esta manera la consignada en las condiciones generales».

19. Seguimos a PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Barcelona 1999, pg. 526

20. FERRER RIBA, «Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, pg. 372.

21. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., 526.

22. FERRER RIBA, «Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), ob. cit., pgs. 373-374.

III. LA EFICACIA DE LAS CONDICIONES PARTICULARES Y SU VINCULACIÓN A LA REGLA DE LA PREVALENCIA

1. Cláusulas de forma escrita

Según la doctrina que se ocupa del tema, determinar si estas condiciones generales son válidas y eficaces exige analizarlas a la luz de los límites legales impuestos a las mismas condiciones generales (art. 8 LCGC)²³ y, en el caso de las cláusulas de reserva de confirmación, también a la de los principios que rigen en nuestro Derecho los actos de apoderamiento y de limitación de los poderes de representación. Entre los límites impuestos a las condiciones generales destaca uno de carácter general, constituido por la propia norma del art. 6.1 LCGC²⁴, y otro de carácter especial (aplicable directamente sólo a los contratos con consumidores) contenido en el art. 85.9 TR/2007, que incide en la validez de las cláusulas sobre forma escrita y sobre reserva de confirmación²⁵, a cuyo tenor *Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas, y, en todo caso, [9.] las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.*

La eficacia de las cláusulas de forma escrita depende, en primer término, de su compatibilidad con el art. 6.1 LCGC. Éste reposa en el principio consensualista y la primacía de la autonomía privada, y por ello da preferencia, en la interpretación contractual, a las condiciones consentidas sobre las que no lo han sido. Las condiciones generales de forma escrita pretenden, a la inversa, subordinar la prevalencia de una condición particular –estipulada *ex consensu*– a la observancia de exigencias formales dispuestas en una condición general²⁶. Esta consecuencia no es compatible con el fundamento y el mandato interpretativo del art. 6.1 LCGC, y por ello, a juicio de FERRER RIBA, las condiciones generales que contengan cláusulas de forma escrita son, en vía de principio, ineficaces.

No obstante, se plantea el autor como discutible, si incurren propiamente en causa de nulidad

23. Art. 8 LCGC: Nulidad. 1. 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. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.
24. Art. 6.1 LCGC: Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares.
25. Antigua regla sexta de la disposición adicional primera de la LGDCU. FERRER RIBA, «Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador) ob. cit., pg. 373. Por su parte, la Disp. Adic. 6ª LGDCU establece: «A los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 6ª.– La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades».
26. Idem, ult. loc. cit. Para la generalidad de la doctrina la regla de la prevalencia encuentra su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad o, si se prefiere, en el principio del sometimiento de las condiciones generales a la autonomía de la voluntad, del cual la regla de la prevalencia constituye una manifestación jurídico-positiva. Así por ejemplo PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, Barcelona 1999, pg. 516. También ALFARO y CAMPINS, [«Comentarios a la Disposición Adicional Primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Cláusula sexta», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores), y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid 2002, pgs. 1062-1067, cit. pg. 1062] se muestran conformes con que «el fundamento de la regla de la prevalencia se encuentra en la reconstrucción de la voluntad común de los contratantes como objetivo de la interpretación. Las condiciones particulares deben prevalecer porque reflejan mejor la voluntad de las partes que las condiciones generales. Esta conclusión parece evidente toda vez que las condiciones particulares, a diferencia de las condiciones generales, encuentran su legitimación en la autonomía privada». También ROCA GUILLAMÓN, [«Reglas sobre la interpretación de las condiciones generales de los contratos», ob. cit., pg. 324] opina que el razonamiento expuesto lo que hace es simplemente otorgar preferencia a una declaración de voluntad «particular» sobre otra posible de carácter general, por entender que en aquélla se debe expresar mejor y más fielmente la verdadera intención de los contratantes, cuya averiguación es precisamente la finalidad perseguida con la interpretación, según se deduce de los arts. 1281 y 1282 CC. Tal criterio es, en consecuencia, coherente con una concepción estrictamente «contractualista» de las condiciones generales de la contratación.

por vulnerar dicho artículo o si, por el contrario, son simplemente postergadas, ex art. 6.1 LCGC, por la condición particular libremente acordada que las contradice en lo referente a la exigencia formal. Se podría pensar que la cuestión es irrelevante, porque, a fin de cuentas, la condición general no va a prevalecer. Pero la doctrina alemana ha puesto de relieve, con buen criterio según este autor, que la presencia en el tráfico de estas condiciones puede disuadir a los adherentes de hacer valer sus derechos, lo que lleva a postular, profilácticamente, su invalidez.

En España, la solución a que se llegue suele apoyarse –aunque no exclusivamente– en la regla de la prevalencia²⁷; y ello con independencia de la forma en que conste el acuerdo particular contradictorio, que en principio es eficaz. Cuestión distinta es que, desde el punto de vista de la actividad probatoria, la demostración de la existencia de un acuerdo oral discrepante de una condición general pueda resultar considerablemente compleja, si no una *probatio diabólica*, en especial cuando –como sucederá de ordinario– sea el cliente el que se ve en la tesitura de tener que demostrar su existencia²⁸.

En efecto, cuando las partes asumen compromisos mediante la celebración de acuerdos verbales y posteriormente el predisponente trata de eludir su cumplimiento alegando la existencia de cláusulas de forma escrita en las condiciones generales –problema que, por otra parte, es el general de la forma voluntaria del contrato– dos son las posibles soluciones alternativas para el referido conflicto²⁹: Estimar que las cláusulas de forma escrita implican la elevación del elemento de la forma escrita a requisito esencial para la validez de los eventuales acuerdos individuales alcanzados por las partes, de modo que los pactos y garantías meramente verbales carecerán de eficacia en tanto en cuanto no se documenten por escrito; o considerar que, pese a todo, ha de prevalecer el acuerdo individual oral alcanzado entre las partes frente a la cláusula de forma escrita establecida en las condiciones generales³⁰.

Esta última opinión encuentra apoyo en diversos argumentos; sostener la declaración de ineficacia de un acuerdo individual oral alcanzado entre las partes como consecuencia de lo dispuesto en una cláusula general de forma escrita halla importantes e insalvables obstáculos; entre ellos, el de menor peso es aquel de que las partes como dueñas del negocio pueden echar abajo las exigencias de forma establecidas por las mismas, siempre que lo hagan con la conciencia de querer tal derogación, argumento que tiene el inconveniente de que en la generalidad de los casos los adherentes no tienen conciencia del contenido de las condiciones generales³¹. Razonamiento de mayor peso, en cambio, es el que sostiene que las cláusulas de forma escrita son cláusulas sorprendentes

27. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., pg. 526. También MARTÍNEZ DE SALAZAR, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz 2002, pg. 134 afirma: «La regla de la prevalencia es válida incluso en los casos en que las condiciones generales hayan recogido una regla, de forma escrita, por la que se consideren ineficaces tales acuerdos individuales, porque las partes, en uso de su autonomía privada, pueden hacer desaparecer las exigencias puestas por ellos mismos, o porque se considere una cláusula sorprendente y, por ello, no incluida en el contrato. En cualquier caso, deberá ser tenida en cuenta la conducta de las partes en la ejecución del contrato, que puede ser indiciaria de la existencia de una condición particular o de la exclusión de la condición general. [...] por ejemplo, la ausencia de cobro de comisiones bancarias a un determinado cliente durante la ejecución de un contrato, puede resultar indicativa del acuerdo individual derogatorio de la condición general que impone el cobro de dichas comisiones a todos los demás clientes». Es ésta la visión de la doctrina alemana, según PAGADOR LÓPEZ, ob. cit., pg. 530: «La doctrina parece inclinarse de forma mayoritaria por afirmar la validez de los acuerdos verbales alcanzados entre las partes, con independencia de la eventual existencia de cláusulas de forma escrita, lo que es tanto como decir que las *allgemeine Schriftformklauseln* carecen de eficacia determinante de la validez o invalidez de los acuerdos –escritos o verbales– individuales alcanzados entre las partes».
28. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, ob. cit., pg. 133: «En la práctica es relativamente frecuente por ejemplo, que el cliente pacte oralmente con el Director de una determinada entidad de crédito condiciones distintas de las generales contenidas en el formulario general facilitado por el Banco en materia de comisiones o tipos de interés». «Cuando el acuerdo sea oral, existirá un problema de prueba, incumbiendo la carga de la misma a quien alegue la existencia de la cláusula particular».
29. Seguimos en la exposición de estos argumentos a FERRER RIBA, «Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador) ob. cit., pg. 373.
30. Seguimos a PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., pgs. 530 y concordantes.
31. Así se expresan ALFARO y CAMPINS, «Comentarios a la Disposición Adicional Primera, regla 6ª de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores), ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, ob. cit., pgs. 1062-1067, cit. 1064.

y que por ello no quedan incluidas en el contrato. El hecho de que los acuerdos individuales verbales se vean desprovistos de eficacia a causa de una estipulación de las condiciones generales es, con certeza, sorprendente, porque cualquier cliente confía en que el predisponente cumpla con aquello que ambos han acordado oralmente, y por ende, se ve objetivamente sorprendido cuando aquél trata de eludir el cumplimiento de los compromisos así asumidos, alegando la existencia de una cláusula de forma escrita en las condiciones generales³². Por lo demás, en el plano del Derecho positivo, la propia regla de la prevalencia impone que las partes, mediante acuerdos individuales, puedan obviar las exigencias de forma escrita establecidas mediante condiciones generales, porque, en cualquier caso, aquéllos prevalecen sobre éstas merced a esta regla.

Antes de la promulgación de la LCGC, el art. 10 LGDCU no formulaba de modo explícito la regla de las cláusulas sorprendentes, si bien existían importantes indicios que permitían afirmar su presencia latente en nuestro ordenamiento³³. Todo apuntaba a que sería recogida tras la reforma que se avecinaba³⁴. No fue así³⁵, aunque ello no significa que la regla sea ajena a nuestro derecho positivo, pues muchas de las cláusulas que se consideran abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario que enumera el art. 85 TR/2007, son en realidad cláusulas sorprendentes, entre otras, las del apartado 9, que ahora nos interesa especialmente.

Para el legislador, una cláusula de forma escrita contenida en una condición general es nula por no superar el control de contenido. Ahora bien, en este punto es necesario hacer una precisión previa. El art. 83 TR/2007 declara la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, entre ellas, las del art. 85, por vincular el contrato a la voluntad del empresario, y particularmente, las que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

Bajo la vigencia de la antigua LGDCU, la nulidad de las mismas se sustentaba en la regla 6ª, Disp. Adic. 1ª LGDCU, que contemplaba la llamada «lista negra» de las cláusulas o estipulaciones que «al menos» tendrán carácter abusivo³⁶. La definición de qué debía entenderse por cláusula

32. Este razonamiento es más convincente que el argumento de que las partes son dueñas del negocio y por tanto pueden echar abajo las exigencias de forma establecidas por las mismas, pues lo hace con la conciencia de que quisieron la derogación. Así se expresan ALFARO y CAMPINS, «Comentarios a la Disposición Adicional Primera, regla 6ª de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores), ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 1065, mostrándose más cercanos a quienes afirman que las cláusulas de forma escrita son cláusulas sorprendentes y, por tanto, no quedan incluidas en el contrato, pues «En efecto, resulta ciertamente insólito que lo acordado oralmente no tenga ninguna validez. No es algo con lo que ciertamente tenga por qué contar el cliente. Aún más. Incluso aunque el cliente haya leído la cláusula, ello no impide que sea considerada como sorprendente. En efecto, el cliente puede pensar que no le es aplicable, puesto que, a pesar de la misma, el predisponente o el representante ha celebrado un acuerdo individual. En este sentido y dado que las condiciones particulares prevalecen sobre las generales, el pacto oral bien puede considerarse una derogación de la cláusula general que lo prohíbe».
33. Entre ellos merece destacarse la llamada integración publicitaria en el contrato y la exigibilidad de las prestaciones propias de cada producto o servicio, del art. 8.1.2º LGDCU, pues la protección de las expectativas suscitadas en el cliente por obra de la publicidad hace que prevalezcan los contenidos de ésta frente a la sorpresa que supondría para el cliente la prevalencia de condiciones generales distintas y con las cuales, a la vista de las afirmaciones o informaciones vertidas en la publicidad, razonablemente no tenía por qué contar. Además, algunos de los supuestos de abuso incluidos en la Disposición Adicional Primera de la LGDCU ocultaban en realidad hipótesis de cláusulas sorprendentes, como por ejemplo, en los casos contemplados en el apartado 6º, que interesan especialmente: La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.
34. En efecto, la regla de las cláusulas sorprendentes aparecía recogida de modo expreso en el art. 5.c) del proyecto, conforme al cual, no quedarán incorporadas al contrato las [...] condiciones generales [...] que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.
35. Para los motivos ver PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación, ob. cit., pg. 491, que recoge la cuarta enmienda y su defensa en la tramitación parlamentaria de la Ley.
36. Son palabras de LLAMAS POMBO, a quien seguimos en la exposición del comentario a la Disp. Adic. 1ª LGDCU. LLAMAS POMBO, «Comentarios al art. 10 bis de la LGDCU», en LLAMAS POMBO (coord.), Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después, Madrid 2005, pg. 269-358, cit. 311. La Disposición Adicional Primera de la LCGC 7/1998, de 13 abril, modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), añadiendo un nuevo art. 10 bis con la siguiente redacción:
Art. 10 bis. 1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas

abusiva se hacía por el art. 10 bis LGDCU a través de dos procedimientos distintos. Uno era la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones; el otro consistía en la enumeración de cláusulas que «en todo caso» eran abusivas, contenida en la disposición adicional primera³⁷, doble vía que se consideraba necesaria porque la lista de la LGDCU era mixta, esto es, porque mezclaba prohibiciones precisas con otras que requerían la determinación de ciertos conceptos, es decir, un juicio de valor sobre la abusividad en el que se utilizaran principios como el de la buena fe.

El actual TR/2007 contiene el concepto de cláusulas abusivas en el art. 82, especialmente en su párrafo 1, considerando como tales *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*, desglosando a continuación en los arts. 85 y siguientes el listado de cláusulas que antes se recogía en la farragosa lista de la Disp. Adic. 1ª LGDCU desglose que reitera en lo sustancial los contenidos de ésta, enumerando cláusulas que «en todo caso», por diferentes motivos, el legislador considera abusivas.

Para cierta doctrina, no obstante, todas las cláusulas consideradas abusivas por el legislador requieren de la interpretación³⁸, pues el carácter abusivo o no de una cláusula de forma escrita no puede ser afirmado ni negado de manera general o abstracta, sino que habrá de ser enjuiciado y decidido a la luz del contenido regulador y el ámbito de aplicación de la concreta cláusula de forma escrita de que se trate³⁹. En este sentido, desde el punto de vista del control de contenido, la licitud de este tipo de cláusulas se producirá cuando sirvan al exclusivo cometido de preservar

los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato.

El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

2. Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el art. 5 del Convenio de Roma de 1980, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales.

Por su parte, la Disp. Adic. 1ª apartado 6º de la LGDCU, tras la modificación operada por la LCGC, establece: «Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas.— A los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes:

1. Vinculación del contrato a la voluntad del profesional

6ª. La exclusión o limitación de la obligación del profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades».

37. MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentarios a la Disp. Adic. 1ª. Apartado 3 de la LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación, Madrid 2002, pg. 894. Ver también MARTÍN PÉREZ, «Comentarios al art. 10 LGDCU», en LLAMAS POMBO (coordinador), ob. cit., pg. 237.

38. MIGUEL GONZÁLEZ, «Comentarios a la Disp. Adic. 1ª.3 de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 952. Según el autor (cfr. pg. 957), «En principio parece que las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato no son relevantes para calificar de abusivas a las cláusulas incluidas en la llamada lista negra, porque según la Ley lo son en todo caso. Aunque esa sea la natural interpretación de la lista negra, no puede obviarse que en ellas se menciona literal y reiteradamente la necesidad de valoraciones [cuando emplea expresiones tales «plazos excesivamente largos», o «insuficientemente determinados», «motivos válidos», etc.]; parece claro que para determinar el carácter abusivo en esos supuestos habrá que atender a las circunstancias concurrentes, porque solamente ellas nos dirán si los plazos son excesivos, si existen motivos válidos, etc. La cuestión que debe suscitarse es si en algún supuesto en que la Ley no utiliza expresiones como las mencionadas, también habrá que atender a las demás cláusulas y circunstancias concurrentes. Creo que así debe ser cuando la indeterminación también existe [...]», señalando el autor algunos supuestos, entre los cuales, sin embargo, no se encuentran expresamente las cláusulas del apartado 6 que nos interesan.

39. PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación, ob. cit., pg. 534.

e incrementar el grado de claridad y seguridad jurídicas, esto es, sin comprometer ni subordinar al cumplimiento de requisitos formales adicionales la validez y eficacia de los acuerdos individuales alcanzados entre las partes⁴⁰. Estas cláusulas de forma escrita han de reputarse lícitas puesto que su significación se agota en facultar a cada una de las partes para compeler a la otra a que los eventuales acuerdos individuales de carácter verbal alcanzados entre ambas –cuya eficacia no se cuestiona en modo alguno– se documenten por escrito, o en advertir al cliente que la persona que toma parte en la celebración del contrato en calidad de representante del predisponente no se halla legitimada para negociar modificaciones de las condiciones generales ni para añadir nuevos pactos a las mismas.

Para terminar, una última cuestión. El art. 8 de LCGC⁴¹ deja libre de control de contenido específico a las condiciones generales entre empresarios. El control de contenido que omite el precepto para éstas es justamente lo más destacable del precepto, señala MÍQUEL GONZÁLEZ, desde el momento que en su párrafo primero sólo dispone la nulidad de las condiciones generales que contradigan las normas imperativas y prohibitivas aplicables a todos los contratos y en el párrafo segundo ciñe el control de las cláusulas abusivas a los contratos con consumidores⁴².

La doctrina que comenta la Ley se muestra crítica con esta decisión del legislador que rechazó enmiendas dirigidas a introducir también ese control de contenido de las condiciones generales entre empresarios, arbitrando diversos criterios para obtenerlo, entre ellos, la cláusula general de la buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, o el que se pueda derivar de las reglas generales de la contratación recogidas en el Código civil⁴³.

El precepto que controla el contenido de los contratos en general en el Código civil no es otro que el art. 1255, que lo efectúa mediante la ley imperativa, la moral y el orden público. Como ley imperativa especialmente importante en el control de contenido de las reglas contractuales predisuestas debe citarse el art. 1256 CC, a cuyo tenor *La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contratantes*, cuyo desarrollo se encontraba por cierto en la disposición adicional primera de la LGDCU bajo el epígrafe *vinculación del contrato a la voluntad del profesional*, esto es, en la llamada lista negra de cláusulas que se declaran en todo caso abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁴⁴, en la actualidad, art. 85 TR/2007, en especial, el

40. IDEM, pg. 534. Señala el autor otras hipótesis que se pueden dar en la práctica, a saber: «Cláusulas de forma escrita contenidas en condiciones generales mediante las que se pretende privar de eficacia a los eventuales acuerdos individuales de carácter verbal alcanzados por las partes, cuya ineficacia puede apoyarse, en el caso del procedimiento de control concreto, en la regla de la prevalencia, en la regla de las cláusulas sorprendentes, en la práctica del control de contenido o en varios de estos mecanismos simultáneamente, y en el caso de procedimiento de control abstracto, en la práctica del control del contenido.

Cláusulas de forma escrita que tan sólo persiguen objetivos de claridad y seguridad jurídicas y facilitación de la actividad probatoria de las partes, pero que para ello imponen al adherente cargas o esfuerzos desproporcionados. Este tipo de cláusulas no devienen ineficaces como consecuencia de la aplicación de la regla de la prevalencia, puesto que no cuestionan la eficacia de los acuerdos individuales verbales alcanzados entre las partes, pero pueden adolecer, en función de las circunstancias concretamente concurrentes, de *inhaltliche Unangemessenheit*, de forma que su nulidad puede resultar de la práctica del control de contenido, tanto en el caso del *Kontrollverfahren* como en el del *Individualverfahren*».

41. Art. 8 LCGC: Nulidad. 1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el art. 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

42. «El precepto, por tanto, sólo es inútil en apariencia, porque en realidad tiene la función de negar, aunque implícitamente, lo que se considera generalmente núcleo de una ley de condiciones generales: una cláusula general para efectuar un control específico del contenido distinto del general aplicable a todos los contratos». Seguimos a MÍQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios al art. 8 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid 2002, pg. 428-482, cit. 431.

43. MÍQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios al art. 8 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 456.

44. MÍQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios al art. 8 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 459. Señala el autor otras cláusulas de la lista negra que son nulas además por ser contrarias a norma imperativa: epígrafe II, la 9, 10 y 12; epígrafe III, la 17; del epígrafe IV, la núm. 19 y del epígrafe V, la 20, 13 y 24.

párrafo 9 que ahora interesa especialmente. Por tanto, son también nulas las cláusulas que examinamos contenidas en las condiciones generales de los contratos entre empresarios⁴⁵.

2. Cláusulas de fusión, integración o exhaustividad

Respecto a las *cláusulas de fusión o integración (merger clauses)* o *cláusulas de exhaustividad*, llamadas *Vollständigkeitsklausel* en el Derecho alemán, establecen que el documento contractual suscrito por las partes incluye todo lo acordado y pretenden evitar la incorporación al contrato de las declaraciones o actos que han precedido a la firma del mismo y que no se han plasmado en el documento suscrito.

Para LÓPEZ Y LÓPEZ estas cláusulas no son válidas en Derecho español. «Una tal cláusula es una circunscripción de la tarea interpretativa a los solos materiales indicados por las partes, reduciendo, cuando no eliminando, las posibilidades de establecimiento de la real intención de aquéllas», de modo que «un acuerdo de ese tipo pretendería exceptuar la plena aplicación de los arts. 1281 y 1282 CC, lo que no es loggable dado que estos preceptos, como, por otro lado, todas las normas de interpretación del Código civil, son inderogables, precisamente porque están dominadas por el principio de real intención común de las partes»⁴⁶.

En cualquier caso, es claro que si dicha cláusula adopta la forma de condición general, prevalece el acuerdo individual contradictorio: el predisponente no puede llevar al adherente a la creencia de que el contrato se celebra de acuerdo con ciertas reglas, para luego desplazarlas por medio de una condición general. Si el adherente prueba –como le incumbe– que se llegó a un acuerdo particular al margen del documento suscrito, el predisponente no puede desconocerlo escudándose en una condición general de fusión o integración. Se lo impide, como en las cláusulas de forma escrita, el propio art. 6.1 LCGC, cuya declaración de prevalencia se impone sobre todas las condiciones generales contradictorias con otra particular, al margen de que la contradicción resida en el contenido de la cláusula, en su forma, o en las circunstancias en que la condición particular fue convenida. Así, el predisponente, para evitar la aplicación de la condición particular, deberá *probar por otros medios* que las partes rechazaron su inclusión en el contrato⁴⁷.

La regla de la prevalencia entra en juego cuando se produce una contradicción o discrepancia entre una condición general y un acuerdo especialmente negociado entre las partes. En principio, la regla recibe aplicación tanto cuando el acuerdo individual entre las partes se produce simultánea o posteriormente a la celebración y documentación del contrato, como cuando las partes alcanzan el acuerdo con anterioridad a la documentación formal de un contrato, entre cuyas condiciones generales figura una cláusula contradictoria o discrepante con el citado acuerdo individual. También entonces ha de reconocerse preferencia al acuerdo, porque a estos efectos carece de toda relevancia tanto su forma de presentación, –esto es, «si aparecen manuscritas o mecanografiadas, si los acuerdos se han alcanzado de forma verbal o escrita, o incluso si lo han sido expresa o tácitamente»–⁴⁸ como el momento cronológico de su existencia, «porque la regla de la prevalencia no trata de ordenar acuerdos individuales y condiciones generales en función del momento crono-

45. Idem, pgs. 474, 476, 478 ss.

46. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al art. 8 del Convenio de Viena», en DIEZ-PICAZO (dir. y coord.), ob. cit., pg. 129. Sobre la validez de la «merger clause» en el ámbito del Convenio, ver pgs. 118-120, en las que el autor expone argumentos a favor y en contra, así como una conclusión de mínimos. A favor de su validez en el Derecho interno español. FERRER RIBAS, pues estas cláusulas circunscriben el objeto a interpretar, pero no los medios para hacerlo, y en esta medida pueden ser válidas –«Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), ob. cit., pgs. 373-374–.

47. FERRER RIBA, «Comentarios al art. 6 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador), ob. cit., pgs. 374-375.

48. ROCA GUILLAMÓN, «Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos», en UBALDO NIETO (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ob. cit., pg. 323.

Cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 30-5-1994 se trataba de un contrato de préstamo, cuyas condiciones generales establecían que el prestatario debía satisfacer una determinada cuota mensualmente; sin embargo, desde el principio, y con la aquiescencia de la entidad prestamista, el prestatario vino realizando sus pagos trimestralmente, por la cuantía correspondiente a tres mensualidades, por lo que la Audiencia Provincial estimó que el comportamiento de las partes (el prestatario durante cuatro años había venido satisfaciendo las cuotas trimestralmente, y la entidad prestamista lo había venido admitiendo) ponía de manifiesto la existencia de un acuerdo individual entre ellas, apto para desplazar la condición general del contrato que establecía la amortización mensual del préstamo.

lógico de su nacimiento o incorporación al contrato, palabras de PAGADOR LÓPEZ—, sino que es una norma de delimitación o discrepancia entre un acuerdo individual y una condición general aplicables a un mismo contrato, por lo que ha de prevalecer aquél sobre ésta, con independencia de que el mismo se haya alcanzado antes, después o durante la celebración y documentación del contrato. Es decir, lo relevante es la expresión genuina del principio de autonomía de la voluntad y no su aparición en un momento cronológico posterior»⁴⁹.

Para ALFARO y CAMPINS, en todo caso, «si el adherente puede probar la existencia de un acuerdo oral anterior, el mero hecho de que en el contrato figure una condición general contraria al mismo no es significativo, por sí solo, de que las partes hubieren cambiado de opinión desde la celebración del acuerdo oral hasta la documentación del contrato. La razón no es difícil de comprender: la condición general existía con anterioridad al acuerdo, luego no prueba dicho cambio de opinión. Por tanto, una vez probada la existencia del pacto oral por el adherente, el predisponente deberá probar que dicho acuerdo fue rechazado en el transcurso de los tratos previos»⁵⁰. Se trata de una solución que a juicio de estos autores se corresponde con lo previsto en el art. 8 Ley de contrato de seguro (en adelante LCS) *in fine*, en el que se pone de manifiesto que el hecho de que los acuerdos individuales no hayan quedado reflejados en la documentación del contrato no significa un cambio de opinión de las partes respecto a los mismos, por cuanto basta con que el tomador del seguro pruebe la existencia de dicho acuerdo para que esté legitimado para exigir su incorporación a la póliza⁵¹.

En resumen, la existencia de las llamadas cláusulas de cierre contractual —estipulaciones cuya misión estriba en confirmar el hecho negativo de que las partes no han alcanzado otros acuerdos, ni verbales ni escritos, distintos de los que aparecen recogidos en el documento contractual— no puede impedir la prevalencia de cualesquiera acuerdos individuales, verbales o escritos, alcanzados por las partes previa, simultánea o posteriormente a la celebración del contrato. Estas condiciones generales pueden resultar nulas, en todo caso, en el marco del control de contenido, puesto que habrán de reputarse abusivas en cuanto traten de desplazar la regla de la prevalencia o introducir

49. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., pgs. 542-543.

Sin embargo, algún autor como FERRER RIBA, afirma que la regla de la prevalencia se aplica a la relación entre las condiciones generales y particulares que concurren simultáneamente a formar la reglamentación de un contrato, pero que no opera si la condición general incorporada en el momento de celebrarse el contrato es contradicha por una condición particular acordada con posterioridad a la fase de perfección del mismo. En su opinión, los supuestos de contradicción sobrevenida por razón de modificación contractual, que en la jurisprudencia española suelen aparecer en el contrato de obra (p. ej. SSTS 8-1-1985 [RJ 1985, 165], 2-12-1985 [RJ 1985, 6196], 28-2-1986 [RJ 1986, 938], 16-5-1989 [RJ 1985, 3766] y 12-1-1999 [RJ 1999, 134]), —referidas a los efectos que produce el aumento de obra, si las desviaciones del proyecto original se han ejecutado con el consentimiento (a menudo tácito) del comitente— pueden ciertamente plantear conflictos similares a causa de la presencia, en el documento originario, de cláusulas sobre forma escrita o sobre reserva de confirmación. Sin embargo, haciendo abstracción de ello, las contradicciones que surjan van a resolverse dando preferencia a la condición particular estipulada en sustitución de la condición originaria, pero no por aplicación de una regla interpretativa, sino como un efecto legal consiguiente a la modificación contractual (arts. 1203, 1204 y 1593 CC). FERRER RIBA, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (Directores) y ALFARO ÁGUILA-REAL (Coordinador) ob. cit., pg. 376. También para ALFARO y CAMPINS, la regla de la prevalencia opera sólo en aquellos casos en los que los acuerdos individuales fueron adoptados por las partes con anterioridad al documento contractual que contiene las condiciones generales. ALFARO y CAMPINS, «Comentarios a la Disposición Adicional Primera, regla 6ª de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores), ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 1065.

50. ALFARO y CAMPINS, «Comentarios a la Disposición Adicional Primera, regla 6ª de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores), ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 1065.

51. Ejemplo de la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales lo extrae del art. 8 LCS, conforme al cual, si el contenido de la póliza difiere de la proposición de seguro o de las cláusulas acordadas, el tomador del seguro podrá reclamar a la entidad aseguradora, en el plazo de un mes a contar desde la entrada en vigor de la póliza, para que subsane la divergencia existente. También ROCA GUILLAMÓN, «Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos», en UBALDO NIETO (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, ob. cit., pg. 327 señala que este precepto se ocupa del problema de la contradicción entre presuntos pactos, los previstos como tales en el documento de proposición del seguro y el contenido de la póliza luego formalizada, asignando prevalencia a lo dispuesto en la póliza tras el transcurso de un mes, que se prevé para la solución de la divergencia, sin que se haya solicitado por el tomador dicha corrección, «lo que puede ser generalizado como un conflicto de contradicción entre pactos o estipulaciones previos a la realización del contrato y lo dispuesto, y más tarde advertido, en las condiciones generales».

presunciones o ficciones indestructibles que conlleven una alteración inadmisibles de la carga de la prueba (arts. 88.2 y 89.1 TR/2007)⁵².

3. Cláusulas de reserva de confirmación o ratificación

Por último, respecto a las cláusulas de reserva de confirmación o ratificación, mediante ellas se subordina la validez y eficacia de los acuerdos individuales —sean orales o escritos— celebrados por los representantes del predisponente a su confirmación escrita por parte de éste.

Las condiciones sobre reserva de confirmación o «salvo ratificación» deben enjuiciarse desde otro punto de vista. Dado que su principal pretensión es delimitar el poder de representación de la persona que actúa por cuenta del predisponente frente al adherente, debe averiguarse si pueden producir ese efecto. Por de pronto, pues, habrá que distinguir según el tipo de agente o auxiliar del profesional que se vea afectado por la cláusula, pues algunos de ellos tienen poderes circunscritos de modo típico por imperativo legal (los cuales no pueden estar restringidos por medio de condición general) y otros tienen poderes cuyo alcance está sujeto a la voluntad del principal o a mutaciones en la apariencia representativa.

En el primer caso, los acuerdos alcanzados, por aplicación de la regla de la prevalencia, son válidos y eficaces cuando quien actúa es el propio predisponente en persona o representantes mercantiles cuyo ámbito de facultades no es limitable por parte del predisponente⁵³ (caso, por ejemplo, de los factores notorios del art. 286 Código de comercio, administradores de sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, de los arts. 129 Ley de sociedades anónimas y 63 Ley de sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente), porque son ineficaces cualesquiera limitaciones —y menos aún las contenidas en un formulario de condiciones generales— a su ámbito de facultades representativas típicas, legalmente definido, las cuales limitaciones, por tanto, en caso de existir, serán inoponibles a terceros, esto es, al cliente que se relaciona con el predisponente a través del representante de este último, y alcanza acuerdos individuales que sustituyen o se añaden a lo dispuesto en las condiciones generales. En consecuencia, es ineficaz e inoponible al adherente la prohibición, impuesta por el predisponente-principal al representante, de separarse de las previsiones contenidas en las condiciones generales, por lo que el acuerdo individual alcanzado por el cliente con el representante ha de considerarse válidamente celebrado y, en consecuencia, ha de prevalecer frente a lo dispuesto en las condiciones generales (regla de la prevalencia)⁵⁴.

Distintos son los casos de los contratos celebrados mediante representante con facultades limitables por el predisponente principal, en los que «sólo serán oponibles al adherente aquellas cláusulas a reserva de confirmación que se incorporen válidamente al contrato [arts. 5 LCGC y 80 TR/2007] y cuyo efecto-sorpresa haya sido eliminado por el predisponente,...»⁵⁵. En estos supuestos, opina PAGADOR LÓPEZ, «la condición general en la que se advierte acerca de la existencia de tal limitación se convierte en una cláusula general relativa a la celebración de acuerdos [...] y que además, posee especial importancia debido a que afecta sustancialmente a expectativas legítimas y razonables del cliente [por lo que] no será eficaz ni oponible a éste a menos que se incorpore

52. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación*, ob. cit., pg. 544. El art. 88.2 considera abusivas las cláusulas que impongan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante. El art. 89.1, por su parte, dispone que en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas por afectar al perfeccionamiento y ejecución del contrato «las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

Por otra parte, la Disp. Adic. 1ª LGDCU, tras la modificación operada por la LCGC establecía: «A los efectos previstos en el art. 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: 19. La imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor en los casos en que debería corresponder a la otra parte contratante. 20. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato».

53. IDEM, pg. 537.

54. IDEM, pgs. 541 y 542.

55. IDEM, pg. 541.

materialmente al contrato de modo tal que resulte asegurado su conocimiento efectivo por parte del cliente»⁵⁶.

En este segundo grupo de casos, señala FERRER RIBA, aunque la limitación del poder por medio de condición general sea eficaz frente al representante (lo que, atendido el carácter unilateral y generalmente aformal del apoderamiento y de sus modalidades, queda fuera de duda), ésta no será sin más oponible al otro contratante. La oponibilidad está ligada a la posibilidad efectiva de conocer la limitación: por ello, se dice que la cláusula que persiga limitar el poder de un agente o un empleado deberá ser claramente visible (resaltada y cerca del lugar de firma), y su contenido ser comprensible para el adherente, a fin de que se pueda desvirtuar la apariencia representativa que el predisponente contribuyó a crear.

Otros autores dudan que una condición general, aun en tales términos, pueda producir ese efecto: aunque sea debidamente destacada, puede que llegue a conocimiento del adherente demasiado tarde –en el momento de firmar y después de haber incurrido en costes de negociación inútiles con un auxiliar sin poder suficiente–; ello permitiría considerarla abusiva.

En los contratos celebrados con consumidores la regla 9ª del art. 85 TR/2007 considera nulas por abusivas las cláusulas de exclusión o limitación de la obligación del profesional de no respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes, o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

Para ALFARO y CAMPINS de esta disposición puede deducirse con facilidad que la inclusión de una condición general que limite el poder de sus empleados para realizar acuerdos individuales no sólo no constituye un contrario *actus* suficiente para destruir la situación objetiva de apariencia de apoderamiento en la que confían los terceros que discuten las condiciones generales con los empleados, sino que la limitación o exclusión de responsabilidad por parte del empresario respecto de los actos realizados por sus mandatarios o representantes, en la medida en que supone una violación del principio de prevalencia, debe considerarse abusiva y, como tal, nula de pleno derecho. Pero la ineficacia de una cláusula en este sentido no impide con carácter definitivo la posibilidad de limitar el poder de los empleados, siempre que el predisponente publique las limitaciones a dicho poder, sin que sea suficiente a estos efectos, una simple condición general en el documento contractual⁵⁷.

56. «Es decir, las cláusulas salvo confirmación sólo son válidas y eficaces en los supuestos indicados y siempre que se dé cumplimiento a los requisitos de inclusión de los arts. 5 LGCG y 10.1.a) LGDCU y, además, el predisponente elimine su efecto-sorpresa. Así ocurre, por ejemplo, cuando la cláusula contiene en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa a la limitación de las facultades representativas del empleado o agente apoderado del predisponente, ex art. 3.2 Ley de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles», PAGADOR LÓPEZ, Condiciones generales y cláusulas predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación, ob. cit., pg. 542. No comparte la opinión que considera que puede bastar un aviso colocado de manera visible en el establecimiento cuando se trata de contratos que se realizan en estos locales, pues este procedimiento sólo es admisible respecto de aquellos sectores en los que la contratación no suele documentarse por escrito.
57. ALFARO y CAMPINS, «Comentarios a la Disposición Adicional Primera, regla 6ª de la LGDCU», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ y DIEZ-PICAZO (directores), ALFARO ÁGUILA-REAL (coordinador), ob. cit., pg. 1063.