

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO



TESIS DOCTORAL

**LA BUENA FE EN EL CONTROL DE INCORPORACIÓN
DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN**

MARIA ALEJANDRA LACAYO ARANA

Bajo la Dirección del Dr.:

D. ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO

Salamanca, 2012

*A Dios,
Por habernos dado la capacidad de leer, pensar y escribir.
Y la libertad de escoger hacerlo.*

*A Samuel, Mariana y Cristina,
El amor que todo lo puede.*

Agradecimientos

En este proyecto que hoy acaba me acompañó mi familia, que fue también inspiración, motivo; con el entrañable amor que cada uno ha cultivado en mi corazón y con especial agradecimiento por cada una de las cosas que me han entregado, dedico este trabajo a: Mi abuelo Alberto, que ya no está, fue el primero en motivarme a nunca dejar de remover la conciencia. Mi abuela María Luisa, cuya incondicionalidad me ha hecho sentir una más de sus hijas. Mis padres Oscar y Martha, por su lucha ineludible en el proceso de educarnos, de quienes aprendí a asumir grandes responsabilidades y respetar siempre mis prioridades. Mis tíos Alberto y Saraly, con quienes siempre he podido contar de una manera muy cercana. Mi prima María Eugenia -mi hermana- que me ha enseñado que no hay problema grande ni voluntad pequeña. Mis primas Mayu, Saraly y Cristina, las hermanas que siempre están y que llevo en el corazón. Mis hermanos, Rebekah, Oscar y Kevin, quienes me recuerdan el norte cuando a veces me pierdo. La tía María Eugenia, cuya alegría me recuerda que la vida es un suspiro. Samuel y María Victoria, cuyas palabras siempre de ánimo me invitan a seguir.

Especial recuerdo a los amigos entrañables que hice en estos años de aventura, fueron muchas penas y alegrías las compartidas, Lily, Gabo, Renata, Diovanna, Estela, Abelardo, Harry.

A mi Director de Tesis, Dr. Andrés Domínguez Luelmo, un gran consejero, por su paciencia, generosidad, dedicación y sus buenas conversaciones.

A mi tutora, Dra. Esther Torrelles, cuyas puertas siempre estuvieron abiertas, por su apoyo incondicional.

A Los profesores, bibliotecarios y demás personal de la Universidad, cuyo trabajo y colaboración hizo que todo fuera más fácil.

Control de Incorporación, Condiciones Generales y Buena Fe

Introducción	8
---------------------	----------

CAPITULO I

Las Condiciones Generales de la Contratación

1. Antecedentes y Evolución Legislativa	15
2. La Doctrina de la Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales	26
2.1. La validez de las condiciones generales de la contratación	26
3. El sentido de las Condiciones Generales y la racionalización del tráfico contractual	39
3.1. Condiciones Generales y Empresa. Predisponentes	40
3.1.1. Planificación de costes	40
3.1.2. Optimización de Recursos	41
3.1.3. Seguridad Jurídica	42
3.2. Condiciones Generales y Consumidores. Adherentes	43
3.2.1. Celeridad en la contratación, acceso rápido a bienes y servicios	43
3.2.2. Equidad en la oferta en masa	43
3.2.3. Reducción del precio	44
4. Las Condiciones Generales de la Contratación y el Ejercicio de la Libertad Contractual	47
4.1. Punto de Partida	47
4.1.1. Los límites a la Libertad Contractual	50
4.1.2. La desigualdad de las partes contratantes	54
4.1.3. La predisposición unilateral como argumento de la falta de libertad	58

4.2. La autodeterminación como presupuesto de la libertad contractual	59
4.3. La Buena Fe como límite a la Libertad contractual	68
5. Aproximación a la Ley Española de Condiciones Generales de la Contratación	73
5.1. Concepto de las condiciones generales y ámbito de aplicación de la Ley	73
5.1.1. La contractualidad	74
5.1.2. La predisposición y la generalidad	76
5.1.3. La imposición	77
5.1.4. Los elementos esenciales del contrato	79
5.1.5. El sujeto protegido por la Ley	81
5.2. La Buena Fe en la Ley de Condiciones Generales	82
5.2.1. La Cláusula General contenida en la Disposición Adicional I Tres	82

CAPITULO II

Buena Fe y Condiciones Generales

1. Esbozos	85
2. Delimitación y Alcance de la Buena Fe en el ámbito de las Condiciones Generales	89
2.1. Criterio de Validez de las Condiciones Generales	89
2.1.1. El equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes	90
2.1.2. El perjuicio	98
2.2. El deber de Transparencia	101
2.2.1. El alcance de la Transparencia	101
2.2.2. La Transparencia y la dualidad de controles	105
2.2.2.1. Control de Incorporación	105
2.2.2.1.1. La redacción de las condiciones generales	105
2.2.2.1.2. La regla de interpretación contra proferentem	108
2.2.2.2. Control de Contenido	114
2.2.2.2.1. ¿Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia?	114
2.3. El respeto a las Expectativas Legítimas del adherente	120

3. Otras Manifestaciones de la Buena Fe en las Condiciones Generales	130
3.1. El carácter imperativo del Derecho Dispositivo cuando eludirlo no sea justificable a la luz de la Buena Fe	130
3.2. La Buena Fe como instrumento de Protección del Adherente empresario	134
3.2.1. El criterio determinante de la protección jurídica	134
3.2.2. El adherente profesional y el adherente consumidor y sus respectivas fuerzas negociadoras frente al predisponente	144
4. El Contenido Obligatorio del Contrato	149
4.1. El contenido obligatorio	149
4.1.1. La Ley	149
4.1.2. La Moral	150
4.1.3. El orden Público	150
4.2. Las Cláusulas prohibidas	151
4.2.1. La lista negra de cláusulas abusivas en la Ley española de de Condiciones Generales	151
5. Los Actuales Derroteros de la Buena Fe en el Derecho Contractual Comunitario	154
5.1. Perspectivas	154
5.2. La Directiva 93/13 sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos con consumidores	157
5.2.1. El Estado actual de la transposición y el concepto de buena fe	157
5.3. El Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo	164
5.3.1. El contexto del Marco Común de Referencia	164
5.3.2. La inclusión de la buena fe en el Marco Común de Referencia	169
5.4. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo sobre Derechos de los consumidores	171
5.5. Derecho Contractual Comunitario y algunas de las Iniciativas Académicas	175
5.5.1. Los Principios de Derecho Europeo de Contratos y Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo (Lando-Von Bar)	175
5.5.2. Grupo Europeo de Investigación sobre el Actual Derecho Privado (Grupo <i>Acquis Communautaire</i> (Schulze)	180

CAPITULO III

La Incorporación de las Condiciones Generales de la Contratación

1. La Incorporación de las Condiciones Generales a los Contratos	184
1.1. Exordio de un Control	184
1.2. Función del Control de Incorporación	189
1.3. La justificación de un control de forma a la luz de la buena fe contractual	195
1.4. Operatividad del control de incorporación	198
2. Supuestos contemplados por la Ley de Condiciones Generales	204
2.1. Contratación Escrita	204
2.2. Contratos Orales	205
2.3. Contratación telefónica y electrónica	208
2.3.1 La incorporación de las condiciones generales al contrato electrónico	209
2.3.2. La incorporación por referencia o remisión de las Condiciones Generales	215
3. Requisitos de Incorporación	216
3.1. El deber de información previa	216
3.1.1 La información –referencia- expresa y reenvío	220
3.2. La entrega de un ejemplar	227
3.3. La aceptación y firma	229
3.4. El control de doble firma	233
4. Requisitos de Redacción. El lenguaje de las Condiciones Generales	234
4.1. Perceptibilidad y Legibilidad	234
4.2. Comprensibilidad	238
5. La Interpretación de las Condiciones Generales como coadyuvante de la incorporación de cara a su eficacia	244
5.1. La regla de la Prevalencia	247

5.2. La regla contra proferentem- pro adherente	250
5.3. Las reglas de interpretación del Código Civil	253
5.4. Los efectos de la interpretación contractual	254
6. La debida diligencia del adherente como supuesto de incorporación	255
6.1. El deber de informarse	255
6.2. El proteccionismo consumerista	263

CAPITULO IV

La Ineficacia de las Condiciones Generales no Incorporadas

1. La no incorporación de las cláusulas abusivas y la nulidad del contrato	265
1.1. La nulidad parcial como regla general: el aforismo “ <i>utile per inutile non vitiatur</i> ”	266
1.1.1. Nulidad parcial del contrato, no de cláusulas	269
1.1.2. Nulidad parcial por no incorporación	274
1.1.3. El dilema de la nulidad relativa de pleno derecho en la ley de condiciones generales	275
1.2. El salto a la nulidad total del contrato: “ <i>unus actus non potest pro parte valere, pro parte non</i> ”	284
2. La necesidad de un régimen concreto de ineficacia	290

CAPITULO V

La Integración del Contrato Parcialmente Anulado

1. Las Condiciones Generales de la Contratación y la Integración Contractual	296
2. La reducción conservadora de la validez	302

3. La interpretación integradora, una alternativa entre la voluntad y la norma	306
4. Elementos de Integración Contractual	312
4.1. El derecho imperativo	312
4.2. El derecho dispositivo	315
4.3. La costumbre como fuente de integración	321
4.4. La buena fe, su función integradora	322
Conclusiones	327
Relación de Jurisprudencia	338
Normativa citada	344
Bibliografía	347

Introducción

“En nuestro derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas en cuanto sean contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o constituyan un abuso del derecho, pero el defecto más fácil de diagnosticar será el que resulta de contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes”.

F. De Castro

El fenómeno de las Condiciones Generales de la Contratación es un fenómeno reciente –al menos desde el punto de vista legislativo- sin embargo, podemos asegurar que se encuentra profundamente arraigado en nuestras vidas cotidianas, tal es la dimensión que ha alcanzado que cada vez que realizamos un contrato bajo estas condiciones no reparamos en el análisis de su contenido ni de sus consecuencias jurídicas, es ya un acto mecánico, uno más de los muchos que acompañan nuestro diario trajín.

Este hecho ha llevado a los legisladores, motivados muchas de las veces por Directivas Comunitarias, a fraguar un sistema de protección paralelo, pero complementario, al modelo clásico contractual establecido en el Código Civil. En este sistema han tenido cabida múltiples normas especiales destinadas a regular un tipo contractual específico, que si contratos de viajes combinados, que si contratos a distancia, pero también normas de carácter más general, como la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que introduce un control del contenido contractual y un control de incorporación de cláusulas al contrato.

La puesta en escena de estas normas ha despertado un especial interés a la Doctrina, especialmente dentro del Derecho de Contratos, pero también en áreas como el derecho procesal; temas como el de la naturaleza jurídica de las Condiciones Generales, la causa de su validez, los controles de contenido e

incorporación, las acciones colectivas, la celeridad del tráfico contractual, y muy especialmente la protección de consumidores y usuarios, han acaparado centenares de páginas de los libros y revistas editados en los últimos tres decenios, posiblemente desde la entrada en vigor de la primera de las normas de esta naturaleza, la Ley Española de Contratos de Seguro.

Los Tribunales de Justicia también se han hecho cargo del asunto y sin dificultad puede encontrarse una vasta Jurisprudencia relacionada con las Condiciones Generales, más aún cuando se trata de contratos con consumidores y usuarios.

Sin embargo, pese a que el tema ha sido analizado ampliamente, es hasta hace relativamente poco que se empieza a considerar doctrinalmente el rol que la Buena Fe desempeña en este contexto, éste, como principio importantísimo que rige el Derecho de Contratos, se revela más importante aún en el ámbito de las Condiciones Generales, cuya naturaleza provoca que se establezcan unos criterios de protección que validen el contenido de las mismas conforme los principios aún vigentes de libertad contractual y autonomía privada.

Recurrir a éste principio en tema de condiciones generales se justifica en cuanto una de las partes contractuales se ve sometida –o ¿deberíamos decir elige?- a un sistema de contratación en el que no participa del contenido contractual, las exigencias que la buena fe impone a la otra parte garantizarán que más allá de la adhesión a la que se somete aquella, le están plenamente salvaguardados sus derechos contractuales, tanto a niveles de información, como de contenido equilibrado del contrato, habida cuenta de mantener vivo el ejercicio de la libertad contractual.

Este sin embargo, no deja de ser un principio abstracto que se maneja a veces con demasiada imprecisión, convirtiéndose en un recurso retórico semejante más a un discurso filosófico que a un debate con razonamientos jurídicos en aras de esclarecer su significado.

Pero si la Buena Fe tiene como inconveniente su abstracción, también nos ofrece como ventaja su permeabilidad, y dejando de un lado esos términos demasiado generales a los que nos tiene acostumbrados, en el ámbito de las condiciones generales podemos identificar sus manifestaciones concretas, a las que las mismas leyes mencionadas hacen referencia expresa.

En el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que es la estudiada en este trabajo, la Buena Fe se encuentra claramente positivada, y está presente tanto en el control del contenido como en el control de incorporación, se presenta principalmente como un criterio de validez de condiciones generales, y un deber de transparencia en la incorporación de las mismas.

También en el ámbito de la Unión Europea se han establecido importantes avances al respecto, además de las normas relativas a los contratos con condiciones generales que expresamente incorporan la Buena Fe, como la Directiva 93/13 del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la Directiva 86/653 del Consejo relativa a los agentes comerciales independientes y la Directiva 97/7 del Parlamento y del Consejo del 20 de mayo de 1997, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, los últimos esfuerzos encaminados a la unificación del Derecho Europeo de Contratos, concretamente el derecho de las condiciones generales, han reconocido también la necesidad e importancia de incluir este principio como pilar fundamental del Derecho contractual común, pese a las manifiestas diferencias entre los vigentes sistemas jurídicos.

Así las cosas, el proceso de reconocimiento y asentamiento de la Buena Fe como principio fundamental en la contratación con condiciones generales, no sólo viene de dentro, sino que incorpora las directrices dictadas por la Unión Europea y las nuevas tendencias sobre derecho de contratos a nivel internacional. De ahí que cada vez tome mayor importancia.

El presente, es un trabajo sobre el estado de la cuestión en España. Si bien, nuestro enfoque principal es el control de incorporación como consecuencia de la Buena Fe contractual, en honor a la claridad del tema y de la magnitud de un

principio como el estudiado, no se podía dejar de abarcar aspectos importantes relacionados directamente con la materialización de este principio.

En el transcurso de la investigación fueron surgiendo algunas dudas que esperamos poder solventar, dudas relacionadas con la libertad contractual, si esta se ve mermada en las contrataciones con condiciones generales, o si el derecho dispositivo podría adquirir cierto grado de imperatividad en las condiciones generales o si esto constituía un atentado contra la autonomía de la voluntad; y también muy importante, si podía declararse la abusividad de una cláusula contenida en un condicionado general cuando la contratación se realizaba entre empresarios.

Así, empezamos presentando un antecedente legislativo, haciendo una relación histórica de la evolución de la doctrina de las condiciones generales y las normas consideradas pioneras y más importantes en la materia, hasta llegar al estado en el que hoy se encuentra el tema de las Condiciones Generales. Presentamos un breve análisis sobre el sentido de las Condiciones Generales para el tráfico jurídico, la celeridad que ha significado y así mismo las ventajas que supone para ambas partes contractuales.

Así mismo, exponemos la doctrina en torno a su Naturaleza Jurídica, un debate aparentemente superado pero necesario de incluir en un trabajo como este a fin de determinar la importancia de la buena fe para efectos del control de incorporación.

En este contexto analizamos el ejercicio de la libertad contractual en los contratos de adhesión, la supuesta desigualdad de las partes y la autodeterminación del adherente, haciendo especial referencia a la Buena Fe como límite a la libertad contractual, lo que a nuestro juicio da por probado que dicha libertad se mantiene a pesar de la predisposición unilateral.

Al final del último Capítulo nos aproximamos a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y sus lineamientos más generales relativos al tema

que nos ocupa, el concepto legal de condiciones generales, su ámbito de aplicación y el criterio de la Buena Fe que la Ley incorpora.

En el segundo Capítulo nos ocupamos en delimitar el alcance y la trascendencia de la Buena Fe en la Ley de Condiciones Generales, hacemos una referencia corta pero precisa a ésta como criterio de abusividad de las Condiciones Generales, que persigue por una parte evitar un contenido desequilibrado del contrato en perjuicio del adherente, y por otra un respeto a las expectativas legítimas del adherente, en este sentido y a diferencia de lo que ha resultado más común en doctrina, hemos tomado como referente al adherente en sí mismo, con independencia de si actúa como consumidor o empresario, puesto que como se verá, consideramos que en este particular el criterio determinante de la protección jurídica es el contrato y sus circunstancias de celebración, y no la calidad de la persona que se adhiere.

Incluimos un estudio sobre los actuales derroteros de la Buena Fe en el Derecho Europeo de Contratos, concretamente la Directiva Comunitaria 93/13 y su estado actual de transposición en los diferentes países, el Marco Común de Referencia **para un Derecho Contractual Europeo**, la Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores y una de las iniciativas académicas más importantes que a la fecha se presenta en el ámbito comunitario.

A lo largo del tercer Capítulo ahondamos en el control de incorporación – principal objetivo de este trabajo- y en el deber de transparencia que la buena fe impone a los predisponentes a fin de garantizar una información completa y veraz que garantice la contractualidad de las condiciones generales, es decir, la libertad al momento de contratar.

Vemos como está configurado el control de incorporación en el ordenamiento jurídico español, tanto en la Ley de Condiciones Generales como en otras normas que de forma particular establecen su propio régimen, cual es la función que cumple este control, su justificación y los supuestos de contrataciones contemplados en la Ley, los requisitos de incorporación y de redacción,

refiriéndonos en breve a la interpretación contractual como coadyuvante de la incorporación de cara a la eficacia de las condiciones generales.

Hacemos un breve espacio al deber de diligencia del adherente, quizás como un deber que emana de la Buena Fe, y a quién una vez salvaguardados todos sus derechos y respetadas sus garantías, no podrá alegar –en virtud de esa Buena Fe- el desconocimiento y consecuente no incorporación de Condiciones Generales que cumplen con los requisitos establecidos en la ley.

Los siguientes Capítulos están dedicados al estudio de la ineficacia de las Condiciones Generales no incorporadas y la posterior integración del contrato afectado por la no incorporación de algunas de sus cláusulas.

Para la realización de este trabajo hemos recurrido al auxilio de diversas fuentes de investigación. Acudimos a la consulta obligada de las obras colectivas de comentarios tanto a la Ley de Condiciones Generales como a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, que fueron de gran ayuda en el inicio de este estudio, asimismo accedimos a los trabajos monográficos doctrinarios especializados en el tema de Condiciones Generales que nos adentraron en cuestiones más trascendentales. Por su parte los manuales, diccionarios jurídicos, y algunos comentarios al Código Civil, constituyeron unas herramientas muy útiles para esclarecer en términos científicos algunos de los conceptos utilizados en este trabajo.

De igual manera fueron de gran importancia y ayuda los artículos científicos publicados en las revistas, la especialidad que estos ofrecen nos ayudaron al entendimiento de las soluciones a los problemas jurídicos que el tema estudiado presenta. Y por supuesto no hemos de restarle méritos a la utilidad de la Jurisprudencia encontrada, tanto del Tribunal Supremo cómo de los Tribunales menores, que no sólo nos ha arrojado las luces necesarias para entender el funcionamiento de las normas estudiadas, sino que nos ha dado la evidencia de que el Derecho de las Condiciones Generales en España se encuentra en permanente renovación.

En el ámbito del Derecho Comunitario y el estudio de las Directivas y textos comunitarios, recurrir a Internet fue un ejercicio de rigor, sobre todo a páginas electrónicas oficiales de la Unión Europea como a las páginas de los distintos grupos académicos que actualmente trabajan en el estudio y la unificación de la Unión Europea.

Por último, sólo nos queda advertir al lector sobre el alcance y magnitud del trabajo que tiene en sus manos, esperando no defraudarle si no encuentra en estas páginas un concepto sobre la buena fe, intuyo que éste seguirá siendo objeto de debates de toda índole mientras exista una sociedad cuyas relaciones se establecen por ese conjunto de normas llamado derecho, y que cualquier cosa que uno pretenda decir sobre el mismo, será insuficiente; esta, aunque modesta, es más bien una investigación sobre la manifestación de ése principio tan trascendente para el derecho en un fenómeno jurídico reciente y cada vez más en auge, situación en la que se tiene por una parte el reconocimiento de un “adherente” y un “predisponente” como nuevos sujetos de derecho, y por otra, unos límites a la autonomía de la voluntad, sin que por ello pueda cuestionarse la existencia de la libertad contractual en estas relaciones jurídicas.

La Buena Fe, no como teoría de un principio indeterminado y abstracto, ni como un concepto genérico sino, como un principio palpable y perceptible a los ojos de cualquier “adherente medio”, es lo que ocupa las líneas que siguen.

CAPÍTULO I

LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1. Antecedentes y Evolución

La doctrina de las Condiciones Generales surge en un contexto en el que los obstáculos para la realización de la autonomía de la voluntad que representaban los contratos en los que una de las partes predisponía las condiciones en las que se iba a realizar dicho contrato.....

Desde POTHIER¹ hasta SALEILLES, que en 1901, acuña por primera vez el término *contratos de adhesión*², aunque para negar su carácter contractual y defender su carácter de actos unilaterales reglamentarios. Luego en 1942 es el *Codice Civile* italiano, el primer cuerpo legal que regula positivamente las Condiciones Generales de los Contratos³, luego, en la década de los 70 del siglo pasado, otros países europeos establecieron una normativa particular al respecto, tal es el caso de Suecia en 1971, Dinamarca en 1974, Alemania en 1976, muy influyente para las futuras normas españolas, Gran Bretaña en 1977 y Francia en 1978 entre otros⁴.

Como pionero, el *Codice Civile*, marca un precedente sin parangón que se impone con mucha fuerza, al punto que llega a inspirar las posteriores normas europeas sobre condiciones generales que surgieron en el marco de la

¹ En *Traité du contrat d'assurance*, 103, citado por GARCÍA AMIGO, en *Condiciones Generales de los Contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 16, cita 8.

² Es unánimemente aceptado por la doctrina, que el término “contratos de adhesión” se debe la obra *La déclaration de volonté*, de RAYMOND SALEILLES, así, A. POLO, “Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1942”, *RDP*, No. 308, Noviembre de 1942, p. 714; Díez-PICAZO, “Condiciones generales de la contratación (Esbozo de una evolución)”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aurelio Menéndez /Luis Díez-Picazo (directores), Civitas, Madrid 2002, p. 61; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 15.

³ Acaso precede al Código Civil italiano en la regulación de esta materia, el Código de las obligaciones Polaco de 1933, inspirado en el proyecto de Código de las obligaciones italo-francés, así lo refiere PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 341 nota 5.

⁴ ULMER “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – La armonización del derecho europeo y las experiencias alemanas con la ley sobre CGC de 1976”

modernización y unificación legislativa de la Comunidad. En el artículo 1341 se incluye la regla de la eficacia de las condiciones generales solo cuando éstas hayan sido conocidas o hayan sido posibles de conocer por el adherente utilizando el predisponente la diligencia ordinaria. Este artículo vendría luego a servir de argumento a favor de la contractualidad de las condiciones generales en los debates que posteriormente surgirían respecto a la naturaleza jurídica de estas cláusulas.

Se establece asimismo el requisito de la *specifica approvazione* de ciertas cláusulas que el ordenamiento consideró que debían ser conocidas de manera particular por el adherente, como las que encierran limitación de responsabilidad, limitación a la facultad de oponer excepciones, la tácita prórroga o renovación del contrato, la cláusula compromisoria o la renuncia al domicilio contractual⁵.

Luego vino la Ley Alemana de 1976 y modificada en 1983 que constituye un cuerpo normativo de gran importancia para la legislación española, inspiró todos los anteproyectos que hasta 1989 se intentaron concretar en España. Estableció esta norma, lo que después se ha llamado requisitos de incorporación o inclusión que disponía que para que las cláusulas generales pudieran ser incorporadas al contrato o para que sean parte constitutiva de él, el Predisponente debía cumplir varios requisitos y garantizarle al adherente la real oportunidad de conocerlas sin especiales dificultades. Dentro de estos denominados requisitos de inclusión o de incorporación aparecen las reglas relativas a las cláusulas sorpresivas o sorprendentes que son aquellas con las que el adherente no podía contar ó que resultan desproporcionadas de acuerdo con la idea del contrato que el adherente se pudo haber formado o podría legítimamente esperar⁶.

en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998 de 13 de abril*, Traducido al Castellano por Waltraud Ball, Santiago Espiau Espiau (editor), Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 35.

⁵ *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Cassazione e delle Magistrature Superiori*. A TORRENTE, G. PESCATORE Y C. RUPERTO, Dott. A. Giuffrè Editore, 6ª edición, Milán, 1973, p. 1265.

⁶ DIEZ- PICAZO "Condiciones Generales...", cit. p. 66.

Finalmente, se aprueba en España en 1980, la Ley de Contratos de Seguro⁷ por la que las condiciones generales se consolidan como un concepto establecido y reconocido por el ordenamiento interno, entonces se incluyó un particular régimen sobre la inclusión de las cláusulas no negociadas al contrato de seguro, estableciendo ciertos parámetros que debían cumplir las empresas aseguradoras para incorporar sus condiciones al contrato que realizaran con sus clientes (Arto. 3, 5), además de normas sobre el control del contenido (Arto. 8), declaración de nulidad de algunas cláusulas (Arto. 3) y efectos *erga omnes* de las sentencias que en aplicación de estos preceptos se dictasen (Arto. 3).

Como pionera en esta materia, sobre todo por no tratarse de una ley especial de condiciones generales de la contratación, la ley fue sometida a numerosas críticas, tanto a favor como en contra, por la doctrina como por los legisladores en el momento de su aprobación⁸, aún cuando ya había quedado superado el debate sobre si los contratos de seguro, tal y como venían acostumbrándose, eran contratos de adhesión, y merecían ser considerados por el ordenamiento como tales en una ley especial⁹.

La prevención en la introducción de estos criterios a la práctica contractual, se debió sobre todo al efecto *erga omnes* de las sentencias que declarara la nulidad de una cláusulas del condicionado general, y en parte a que la Jurisprudencia parecía no tener criterios suficientes en materia del control del contenido para determinar la nulidad de las condiciones generales, considerado este control como un leve atentado contra la autonomía de la voluntad, y si se vio sin embargo muy sensible hacia la protección de los controles de incorporación,

⁷ BOE No. 250 de 17/10/1980

⁸ Se cuestionó si una ley de contratos de seguro debería ocuparse de la regulación de las condiciones generales. Para una mayor ilustración puede consultarse E. POLO “La Extensión de la eficacia del control judicial” en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* Edición e Introducción de Verdura y Tuells, Colegio Universitario de Estudios Financieros: consejo superior bancario, D. L. Madrid, 1982, pp. 225 ss; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro: comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, Fernando Sánchez Calero (director), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2001 p. 77.

⁹ “...Un contrato como el de seguro, que es de los que se encuadran bajo la rúbrica un poco tópica ya de los contratos de adhesión...” A. POLO, “Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1942”, cit. p. 711, y ahí citas de las SS TS 13-12-1934, 12-03-1957, 02-11-1976.

llegando incluso a declarar la nulidad de cláusulas por no haber sido específicamente aceptadas.¹⁰

Por su parte, la doctrina que para entonces se adelantaba a la ley, había sido muy enfática al plantear la realidad a la que se enfrentaba el derecho contractual y consideraba que había que superar el liberalismo radical que inspiró los Códigos decimonónicos, llevando a la dogmática tradicional a elaborar una revisión de sus concepciones dada la crisis del concepto tradicional y clásico del contrato que entonces se consideraba existente¹¹.

Entre los ilustres doctrinarios civilistas y mercantilistas que indistintamente se ocuparon y abordaron estos temas con excelente precisión, se pueden mencionar a Don FEDERICO DE CASTRO, JOAQUÍN GARRIGUES, MANUEL GARCÍA AMIGO, MIGUEL ROYO MARTÍNEZ, ANTONIO POLO Y RODRIGO URÍA, entre otros, que nos ofrecen magistrales ensayos, consulta imprescindible para empezar nuestro trabajo.

Se planteaban entre otras cosas, la cuestión ya resuelta –al menos en apariencia-, de la naturaleza jurídica de las condiciones generales para determinar su carácter vinculante. Asimismo la Jurisprudencia¹², le abría también un camino a esa peculiar forma de contratación que se estaba estableciendo en los usos del tráfico jurídico¹³, pero que no contaba aún con la plataforma suficiente ni con las

¹⁰ Refiere el profesor DÍEZ PICAZO que 20 años después de la entrada en vigor de la Ley de Contratos de Seguro es muy difícil encontrar cláusulas de contratos de seguro declaradas nulas ya que no se habían establecido con dicha ley unos criterios de nulidad específicos y una norma de la cual la nulidad dimanara, (“Condiciones Generales...” cit. p. 68). En esto, la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, ha jugado un papel importantísimo al enunciar una serie de cláusulas que deben considerarse abusivas, y aunque no tienen carácter restrictivo, le otorgan al juez parámetros básicos para determinar que puede ser o no ser abusivo, en consideración con la naturaleza del contrato en el que se pretenda la eficacia de la cláusula.

¹¹ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...* cit. p. 77.

¹² SS TS 18-01-1909 y 24-03-1944, entre otras.

¹³ Es ya innegable que este hecho jurídico es una manifestación de un hecho precedente, a la industria inclusive, en el que han jugado un papel muy importante los notarios de antaño y sus formularios notariales, así, RODRIGO URÍA “Reflexiones sobre la contratación mercantil en masa” en *RDM* No. 61, 1956, p. 224; cfr. F. DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *ADC* 1982, p. 1053 Nota 232. Antes de la Revolución Francesa ya existían vestigios de este tipo de contratación, aunque el código decimonónico pretendiera en su momento establecer derechos de igualdad de las prestaciones y el principio de la autonomía de la

consideraciones benévolas de algunos otros sectores doctrinarios para establecerse como régimen imperativo y reconocido, ambos factores contribuyeron, sin lugar a dudas, en el desarrollo legislativo de las condiciones generales.

Pese a no ser una norma especial de condiciones generales, los preceptos incluidos en la Ley de Contratos de Seguro constituyen, si se quiere, una legislación un tanto atrevida, rompe abiertamente con los criterios más tradicionales de la materia¹⁴, y marca un período de transformación, tanto del concepto de contrato de seguro, como de su categoría de contrato de adhesión, y en consecuencia de la utilización de condiciones generales y la protección de los consumidores.

Es el inicio de una regulación del contrato acorde con los signos de los tiempos, lo que ha permitido asumir posturas diferentes e impensables en otros tiempos, y reconocer la legitimidad de nuevas instituciones, como las acciones procesales colectivas, el consentimiento por adhesión, los controles de contenido y de inclusión de cláusulas contractuales, y, los efectos *erga omnes* de las sentencias.

Posteriormente se promulgó la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984¹⁵, que tuvo como causa política

voluntad, hay que considerar que la autonomía de la voluntad nunca ha sido un poder ilimitado por lo que querer defenderla bajo esa bandera no deja de ser un planteamiento inocuo. También puede verse ESPÍN CÁNOVAS “Los límites a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado” Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954 p. 10: “*La autonomía de la voluntad que se consagra en los Códigos Civiles bajo ese signo individualista, tenía también un límite infranqueable, el que imponen orden público y buenas costumbres.*” En el mismo sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL, “...de libertad contractual en el sentido de ausencia de límites estatales específicos a la determinación por las partes del contenido del contrato no puede hablarse con propiedad hasta la época liberal. Con anterioridad no existe la autonomía privada en su sentido contemporáneo...” en, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 85, p de p 152; igualmente, MARTÍN BALLESTERO, L. *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Madrid, 1963 p. 35, “*La autonomía de la voluntad, mas que un problema de libertad es un problema de sus límites (...) puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y como lo será mañana, un problema de medida*”.

¹⁴ SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro: Comentarios...* cit. p. 118.

¹⁵ (RCL 1984/1906) Derogada por el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre (RCL 2007/2164)

de fondo, la ingesta masiva de aceite de colza desnaturalizado¹⁶. Las reacciones del gobierno, presionado por las asociaciones y manifestaciones de los consumidores, dieron marcha rápida a lo que naturalmente se daría después, como consecuencia de una política pro derecho del consumidor, que se venía gestando en el marco de la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea, desde 1972, en la Conferencia de París con la elaboración de un programa de protección de los consumidores, luego, en la Resolución del Consejo de 1975, tuvo lugar el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información de los consumidores y un Segundo Programa de igual nombre, adoptado mediante Resolución de 19 de mayo de 1981¹⁷.

Esta ley, muy a su manera y con algunas deficiencias propias de una ley surgida más por presiones sociales y políticas que por una prudente elaboración jurídico doctrinaria, introdujo un régimen específico sobre las condiciones generales incluidas en los contratos celebrados con los consumidores, quedando fuera del alcance de su aplicación, y en consecuencia de su protección, aquellos contratantes que no actuaran como destinatarios finales de los bienes o servicios, lo que resulta lógico a la luz de la demanda social que la originó.

Aparecen implícitos los controles del contenido y de incorporación y las reglas de redacción e interpretación, incluye una lista taxativa de cláusulas que se consideran abusivas (DA 1ª); como reglas de redacción se obliga a la concreción, claridad, sencillez y comprensión directa (Arto. 10.1 inciso a); las cláusulas oscuras deberán interpretarse de la forma mas favorable al consumidor (Arto. 10.2); en cuanto a la incorporación se establece la prohibición de reenvío, el deber de relacionar directamente las cláusulas de las condiciones generales, la referencia expresa de los textos incluidos y la obligación de entrega de un comprobante de la obligación (Arto. 10.1 incisos a y b), y por primera vez se contempla el principio

¹⁶ R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Rodrigo Bercovitz y Javier Salas (Coordinadores), Civitas, Madrid, 1992, p. 9.

¹⁷ Para mayor ilustración al respecto, PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 16 ss.

de buena fe como garante del justo equilibrio de las prestaciones en amparo del consumidor (Arto. 10.1 inciso c).

Otro momento importantísimo y al que le anteceden múltiples Directivas Comunitarias, elaboradas al amparo de aquél movimiento pro consumidores iniciado en 1972¹⁸, fue la promulgación de la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre *cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores*¹⁹; caracterizada por tres elementos: (a) protección al consumidor (no incluye las relaciones contractuales entre empresarios), (b) contra cláusulas abusivas (c) en los contratos por adhesión (no regulaba las cláusulas abusivas que hubieran sido negociadas)²⁰.

Aunque la Directiva fue creada principalmente para garantizar la protección de los derechos de los consumidores en sus contratos con profesionales, la transposición al derecho español resultó más ambiciosa incluyendo en su régimen de aplicación los contratos celebrados entre empresarios y reglamentando las condiciones generales de la contratación en general. Esto se debió a que la reforma a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, por la que se intentó cumplir con el deber de transposición de la Directiva, no tuvo cabida en el derecho Español²¹.

¹⁸ “Tras la cumbre de Fontainebleau comenzaron a aprobarse importantes Directivas de protección de los derechos e intereses económicos de los consumidores, tales como la Directiva sobre publicidad engañosa de 10 de septiembre de 1984, la Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos de 25 de julio de 1985, la Directiva sobre contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil de 20 de diciembre de 1985 y la directiva sobre crédito al consumo de 22 de diciembre de 1986” entre otras posteriores, (PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva Comunitaria...* cit. p. 18).

¹⁹ DOCE No. L095 de 21/04/93

²⁰ El limitado campo de aplicación de la Directiva, se reduce a la protección de los consumidores en los contratos de adhesión, en este sentido, A. PINTO MONTEIRO “El problema de las Condiciones Generales de los Contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” *RDM* No. 219, 1996.

²¹ A. EMPARANZA “La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español” *RDM*, 1994; se conoce un Anteproyecto de Ley de modificación de la LGDCU fechado en 1995 mediante el que se pretendía transponer al derecho interno la Directiva, modificando en aspectos concretos esta ley, el dato nos lo refiere PAGADOR LÓPEZ, “Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas” en *Curso sobre protección Jurídica de los Consumidores*, Gema Botana y Miguel Ruiz (coordinadores), McGraw Hill, Madrid, 1999 p. 168.

Se ha afirmado que la Directiva 93/13 está inspirada en la Ley Alemana de Condiciones generales, “en cuanto establece los principios de abuso de acuerdo a la fórmula germánica: desequilibrio significativo en el conjunto de derechos y deberes dimanantes de un contrato contraviniendo los mandatos de la buena fe”²². La buena fe entra en juego como protagonista en un sistema de protección en el que aún lo importante es el sujeto y no las circunstancias de celebración del contrato, y en el que la Unión Europea muestra signos de preocupación social por una clase de contratantes relativamente débil de su sociedad.

A grandes rasgos, y aunque se trata de una Directiva de mínimos, puede valorarse positivamente, al ser la primera de este tipo que constituye un paso fundamental hacia la armonización de las legislaciones internas de los países miembros con la intención de asegurar la competencia empresarial en igualdad de condiciones e instaurar un verdadero mercado común²³.

Entre sus disposiciones se encuentra un control del contenido, excluyendo de éste los elementos esenciales y accidentales del contrato, como el objeto, precio y calidad (Arto. 4.2); también contempla la exigencia de claridad y comprensibilidad como reglas de redacción o control de inclusión tanto para condiciones generales como para los elementos esenciales (Artos. 4.2 y 5); la ilicitud en defecto de la transparencia (Arto. 6.1), la interpretación *pro consumatore* (Arto. 5); la ineficacia parcial del contrato (Arto. 6.1) y como novedad para el derecho español, un control abstracto que se materializa a través de acciones procesales judiciales o procedimientos administrativos (Arto. 7) y como ya habíamos anunciado, la exclusiva protección de los contratos celebrados con consumidores, dejando al margen las relaciones de adhesión ínter empresariales.

²² DÍEZ-PICAZO, “Condiciones Generales...” cit. p. 70.

²³ “En este sentido, la creación de un espacio libre sin fronteras interiores requiere la armonización legislativa en un campo tan importante del mercado como es el consumo de masas; esto es, la armonización del régimen jurídico de la contratación estandarizada entre profesionales y empresarios (...)” así, RUIZ MUÑOZ, “Control de las Condiciones Generales de los Contratos en Derecho Comunitario” en *GJ*, 1994, D-21, p. 54.

Transponer esta Norma al derecho interno español a través de una modificación a la Ley General para la Defensa de los Consumidores de 1984, no fue posible, y ante el fracaso de esta reforma, se optó por una ley específica de Condiciones Generales que desde la entrada en vigencia de la Ley de Consumidores de 1984, se venía fraguando como anteproyecto en la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia, dirigido tanto a la protección de consumidores y no consumidores. Para entonces, el proyecto no fue aprobado por el Consejo de Ministros para ser presentado al Parlamento, pero luego en 1988, se reelaboró por la misma comisión, se aprobó por el Consejo de Ministros pero no tuvo mejor fortuna y tampoco logró concretarse.

Y así, dos propuestas posteriores, una de 1992 y otra de 1996, sobre condiciones generales de la contratación. Finalmente, en 1997 y aprovechando la coyuntura con el deber de transponer la Directiva sobre protección de los consumidores del que España estaba en mora, tiene cabida un verdadero proyecto de Ley, legatario sin duda de muchas de las normas contenidas en sus precedentes²⁴, pero conteniendo la normativa específica sobre protección de los consumidores ordenada por la Directiva Comunitaria. Surge así, la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Ley 7/1998 de 13 de abril²⁵.

Sin embargo, esta transposición no resultó ser del todo satisfactoria al criterio de la Unión Europea, y en el año 2004 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que España no había transpuesto de forma correcta algunos de los preceptos de la Directiva 93/13²⁶, reprochando el hecho de que el legislador nacional no haya aclarado que la interpretación favorable al consumidor no se aplica en los casos de las acciones colectivas de cesación, ya

²⁴ A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “El Proceso de Elaboración de la Disciplina sobre Condiciones Generales en nuestro ordenamiento”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales en la Contratación*, DÍEZ PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002, pp. 49 ss.

²⁵ BOE 14/04/1998

²⁶ Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España, Sentencia TJCE 2004/227

que podría perjudicar al consumidor al dejarle la puerta abierta al adherente para alegar interpretación favorable y así no obtener la prohibición de la cláusula.

De ahí que el 29 de diciembre de 2006, se publicara la ley 44/2006 de Mejora de Protección de Consumidores y Usuarios²⁷ que modifica fundamentalmente la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios cumpliendo con lo requerido por la Comunidad Europea, y que modifica además algunos aspectos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación relativos a la interpretación de los contratos.

Esta ley habilita al gobierno para que posteriormente pueda refundir en un texto único la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores, lo que se cumple con el Real Decreto Legislativo 1/2007²⁸ de 16 de noviembre, que deroga además de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles²⁹, la Ley 22/1994 de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos³⁰, la Ley 21/1995 de viajes combinados³¹, la Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista³², y la Ley 23/2003 de garantías en venta de bienes de consumo³³.

El libro II del Texto Refundido establece el régimen jurídico en materia de contratos con consumidores, estableciendo que quedarán sometidos a las leyes civiles y mercantiles y en lo particular a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Básicamente, mantiene las previsiones contenidas en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios e introduce las modificaciones establecidas por la Ley 44/2006 de Mejora de protección de consumidores y

²⁷ BOE 30/12/2006

²⁸ BOE 30/11/2007

²⁹ BOE 26/11/1991

³⁰ BOE 7/7/1994

³¹ BOE 7/7/1995

³² BOE 17/01/1996

³³ BOE 11/07/2003

usuarios, por la que se prohíben –o consideran abusivas- las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor, y además se prohíben las cláusulas que excluyan el derecho del consumidor de terminar con los contratos de tracto sucesivo.

Ordena la integración de los contratos con consumidores, en beneficio de los mismos, conforme al principio de la buena fe objetiva.

El título II de este libro regula lo relativo a las condiciones generales y las cláusulas abusivas, estableciendo un control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente que deberán cumplir el requisito de concreción, claridad y sencillez, y buena fe y justo equilibrio entre las prestaciones, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. La Doctrina sobre la Naturaleza Jurídica de las Condiciones Generales

2.1. La validez de las Condiciones Generales de la Contratación

Las Condiciones Generales de la Contratación son todas aquellas cláusulas redactadas por una de las partes contratantes sin posibilidad de ser negociadas con la otra a fin de incorporarlas a un número indeterminado de contratos, identificadas fácilmente por tres elementos circunstanciales: unilateralidad, predisposición e imposición.

Estas circunstancias propias de las condiciones generales causaron que en sus albores fuera cuestionada su validez jurídica, dado que se trataba de contratos en los que la libertad de una de las partes se veía reducida a aceptar unas cláusulas ya establecidas por la otra parte, superado el debate y admitida ya su validez jurídica, se abrió otro debate sobre la causa de esa validez, y ahora la cuestión versa sobre la razón de la eficacia de las condiciones generales si precisamente no han sido producto de la voluntad común de los contratantes. La importancia de determinar su naturaleza jurídica trasciende a una mera cuestión técnica, en ello reside también la respuesta a cuestiones fundamentales como el de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la inclusión de la buena fe en los contratos con condiciones generales.

En la doctrina se ha llegado a diferenciar entre fundamento de validez y naturaleza jurídica, los requisitos de incorporación determinan la naturaleza jurídica de las condiciones generales, pero no implica que queden amparadas por el consentimiento, de hecho el control de incorporación implica que el legislador ha fijado para las condiciones generales una fuente de legitimación distinta del consentimiento³⁴.

³⁴ Pertíñez Vilchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004.

Respecto a la Naturaleza Jurídica existen dos posturas doctrinarias importantes y contradictorias, la una que justifica la fuerza vinculante de las condiciones generales en un derecho normativo consuetudinario, un derecho objetivo similar a la ley, cuya eficacia sería igual a la de las normas supletorias que ex artículo 1258 del Código Civil pasan a formar parte del contenido del contrato³⁵, independientemente de la aceptación o no de la parte adherente; y la otra que defiende la eficacia de las cláusulas generales por su carácter contractual como producto del ejercicio de la autonomía de la voluntad, dentro de sus propios límites y con un control un tanto diferente al establecido por la dogmática tradicional del contrato³⁶.

Junto a la tesis normativista, una postura intermedia que parte del supuesto contractual concreto para determinar si las condiciones generales que lo regulan, deben ser consideradas normas o cláusulas contractuales, postura que ha seguido, según creemos, la ley vigente sobre condiciones generales al excluir de su ámbito de aplicación los contratos administrativos, los laborales, los de familia y los sucesorios.

La tesis normativa se fundamenta en la idea de que no se puede hablar de contrato allí donde las partes no pueden discutir las cláusulas del mismo, lo que lleva a considerar las condiciones generales como declaración unilateral de la voluntad, que vincula por haber aceptado el adherente, la ley del contrato que suscribe, la adhesión constituye un elemento imprescindible para que las condiciones generales se tornen eficaces pero no tiene el mismo valor que el consentimiento contractual y por tanto no pueden considerarse contratos³⁷.

³⁵ La llamada *naturaleza normativa de las condiciones generales*, ALFARO, “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Díez PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002, p. 81.

³⁶ La llamada *naturaleza contractual de las condiciones generales*.

³⁷ Sin embargo, hay opiniones a favor de la equivalencia entre la adhesión y el consentimiento contractual, afirmando que ambas constituyen la misma cosa en cuanto que, con ambas formas de aceptación, las partes quedan obligadas al contenido del contrato; así, M. MARTÍNEZ MARTÍN, “Comentarios a la Sentencia de 13 de noviembre de 1995” *ADC*, No. 41, 1996 p. 596; así mismo la jurisprudencia francesa, citada por GARCÍA AMIGO, “Sobre la Naturaleza de las Condiciones Generales de la Contratación” en *RDP*, 1965, p. 706.

En contra reaccionó la doctrina que defendía la tesis contractualista señalando que entender las condiciones generales como normas, lesiona el estado de derecho, en donde solo los órganos de control estatal delegados pueden crear normas generales que obliguen a todos, no existe este poder a favor de los empresarios³⁸, no tiene el predisponente, a pesar de su superioridad económica, una superioridad jurídica que le faculte para normar. En consecuencia, dice ROYO MARTÍNEZ³⁹, es irrelevante la desigualdad económica de las partes y tampoco es exclusiva de la contratación en masa, al contrario, es muy frecuente y probablemente lo sea más, en la contratación particular.

En este mismo sentido ha opinado el profesor DE CASTRO; las condiciones generales parecen ley por imperativas, articuladas, generales y abstractas, elementos que se encuentran también en algunos contratos individuales que no por eso son ley⁴⁰.

Para ANTONIO POLO⁴¹ y en un contexto donde el principal problema que presentaban estas cláusulas era el de su interpretación, previo a todo razonamiento sobre la misma, debía conocerse la naturaleza jurídica, aquello de lo cual procede su validez, pues si tales fueran entendidas como normas deberían interpretarse tal cual las leyes, o sea siguiendo la voluntad del texto y la voluntad de quien lo elaboró, en este caso, el contratante mas fuerte; de ser entendidas como contratos la interpretación debe ser la propia, lo que cambiaría el sentido del contrato, pues las normas generales sobre interpretación contractual ceden siempre a favor del contratante mas débil. En opinión del autor, la intervención del poder público en el campo de los contratos de adhesión no justifica en nada el querer darle naturaleza normativa, y siguen siendo contratos.

³⁸A. POLO, "Comentarios a la Sentencia..." cit. p. 714; F. DE CASTRO, "Las Condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes" *ADC*, 1961, p. 303.

³⁹"Contratos de Adhesión" *ADC* 1949, p. 60.

⁴⁰F. DE CASTRO, "Las condiciones generales de los contratos..." cit. p. 305.

⁴¹A. POLO "Comentario a la Sentencia..." cit. p. 714; en el mismo sentido, F. DE CASTRO, "Las condiciones generales de los contratos..." cit. p. 304.

Para GARCÍA AMIGO⁴², las Condiciones Generales del Contrato no pueden entrar a formar parte reguladora de la relación contractual en virtud de la ley ni de la costumbre ni de los principios generales del derecho, en conclusión, no pueden regular el contrato en virtud de ninguna de las fuerzas objetivas, proceden de las fuerzas subjetivas que intervienen en la determinación de la norma jurídica aplicable al contrato concreto, y los ordenamientos reconocen como única vía normativa de las relaciones contractuales el principio de la autonomía de la voluntad, defiende la tesis contractualista en “toda su pureza y con todas sus consecuencias” en cuanto que las condiciones generales son cláusulas estipuladas privadamente en virtud del ejercicio de ese principio⁴³ y han de entrar siempre en el juego de la oferta y la aceptación para ser eficaces jurídicamente⁴⁴.

Por su parte, RODRIGO URÍA⁴⁵, expone la tesis propuesta en Francia por SAINT-REMY⁴⁶, que remite a la naturaleza del contrato para determinar si sus condiciones generales deben ser consideradas cláusulas contractuales o normativa contractual, afirmando que sería insostenible defender abiertamente cualquiera de las dos tesis sin detenerse a hacer una valoración particular de los distintos supuestos en que se gestan las condiciones generales, no se puede, opina el autor, mantener un pensamiento radical sobre las fuentes del derecho, y recuerda como ejemplo, el derecho sindical funcionando como orden jurídico tal cual el producido por los órganos legislativos, pero tampoco puede dárseles este carácter a las cláusulas emanadas de la voluntad del particular contratante, con intención de fortalecer su posición negociadora respecto del otro contratante que se encuentra limitado en sus derechos.

Se le da entonces a las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores, producto de la voluntad unilateral de los empresarios, el carácter de cláusulas contractuales; no así a las condiciones generales que nacen

⁴² GARCÍA AMIGO, “Sobre la Naturaleza Jurídica...” cit. p. 722-723 y, *Condiciones Generales...* cit. p. 133.

⁴³ *Condiciones Generales...* cit. p. 145.

⁴⁴ *Condiciones Generales...* cit. p. 158.

⁴⁵ “Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie”, *RDM* No. 61, 1956, pp. 231 ss.

⁴⁶ “De la révision des clauses léonines dans les contrats d’adhésion, Paris, 1929; citado por GARCÍA AMIGO, “Sobre la Naturaleza de las Condiciones Generales...” cit, p. 705

en el contexto de una contratación laboral o una administrativa, siendo indiscutible derecho objetivo que vincula sin previo consentimiento. En consecuencia, la interpretación de unas u otras condiciones generales se hace de conformidad con su naturaleza.

La teoría contractualista establece que solo adquieren fuerza obligatoria aquellas condiciones generales que pasen a formar parte del contenido contractual, solo son vinculantes por y para el contrato en particular y por si solas no son nada, es decir que antes de formar parte del contenido del contrato, antes de haber concurrido la oferta y la aceptación, son solamente el contenido de una oferta contractual, una vez aceptadas se convierten en *lex contractus*, en auténticas normas jurídicas contractuales⁴⁷, forman parte del contenido contractual solamente aquellas que han sido incorporadas al contrato conforme las normas legales establecidas, lo que da cuenta de la importancia del control de incorporación, que debe ser lo suficientemente eficaz para garantizar que pueda el contrato surtir todos los efectos correspondientes a su naturaleza.

A sabiendas de la existencia de las condiciones generales y mas aún, conociendo su contenido, la parte adherente queda obligada a su cumplimiento. La libertad del contratante está limitada a la aceptación del contrato o a su rechazo, y la aceptación del contrato implica, siempre y cuando se conozcan, la aceptación de las condiciones generales como cláusulas que forman parte del contenido contractual como consecuencia de la autonomía de la voluntad.

Con estos argumentos en contra y con la aparente prevalencia doctrinal de la teoría contractualista, la tesis de la eficacia normativa tuvo que transformarse⁴⁸,

⁴⁷ Por todos y literalmente, GARCÍA AMIGO, *Condiciones Generales...* cit. p. 160.

⁴⁸ Pese a que la teoría normativista clásica de SALEILLES fue abandonada por la doctrina por su falta de sustentación jurídica, han surgido, siempre a la luz de esta teoría, algunas tendencias sobre la admisibilidad de la naturaleza normativa de las condiciones generales, por una parte, algo así como un derecho normativo corporativo tal cual las normas que establecen las empresas para regular su funcionamiento y obligar a sus socios, por otra, la teoría de los usos, en cuanto son socialmente aceptadas, y por último, hay quienes opinan que existe un poder normativo a favor de los empresarios, punto que ya fue rebatido por buena parte de la doctrina. Así, J. A. BALLESTEROS

y romper un poco los esquemas iniciales que defendían a ultranza la naturaleza normativa de las condiciones generales.

En España, JOAQUÍN GARRIGUES⁴⁹ fue el primero en exponer la teoría normativa abriendo una puerta hacia la contractualidad. Hizo una distinción entre *condiciones generales de la contratación* y *condiciones generales de los contratos*, y se refiere a las primeras como el conjunto de normas previamente establecidas que vendrían a regular las relaciones contractuales de los empresarios y que quedan al margen del conocimiento del cliente, podrían ser estas las normas contractuales que incluyan en sus estatutos los bancos estatales, y que aunque son creados a fin de regular el funcionamiento interno de la empresa, afectan indirectamente las relaciones que la institución establezca con terceros; en cambio, las condiciones generales de los contratos son las normas elaboradas por las empresas a fin de incluirlas en sus contratos y que se someten al conocimiento y aprobación del cliente, previo, o al momento de la celebración.

Esta distinción ha servido para sostener que las condiciones generales de lo contratación en cuanto se asimilan a los usos⁵⁰ son verdadero derecho objetivo y pasan a formar parte del contrato siempre que las partes no declaren en contra de su vigencia; las condiciones generales de la contratación, dice, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por suplir las lagunas de la legislación, ofrecen un carácter muy semejante a la ley⁵¹, las condiciones generales de los contratos en cambio, por estar a la disposición del cliente y someterse a su aceptación, configuran una invitación de oferta que cuando es atendida por el cliente inicia el proceso de formación contractual⁵².

GARRIDO *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999 p. 116.

⁴⁹ *Contratos Bancarios*, 2ª edición, Imprenta Aguirre, Madrid, 1975, p. 17.

⁵⁰ El mismo autor afirma que las condiciones generales son asimilables al uso solamente cuando hayan alcanzado un grado suficiente de difusión y objetividad, o sea, un uso en su fase de objetivación generalizadora, en los demás supuestos las CG son meras cláusulas contractuales, *Contratos bancarios...* cit. p. 21.

⁵¹ *Idem*, p. 19.

⁵² *Idem*, p. 23.

Pero querer enmarcar, desde un punto de vista normativista a las condiciones generales dentro del derecho objetivo de comercio, resulta, sino un error, desafortunado, el viejo derecho de los comerciantes adquiere carácter de derecho consuetudinario en cuanto es formado por los usos, nacidos en el mercado bajo la fórmula de negociación vendedor-cliente, las condiciones generales por el contrario son obra de un grupo de comerciantes que las imponen a sus clientes⁵³.

El proceso consuetudinario es harto complejo para que se tenga, sin más ni más, como legítima una costumbre⁵⁴, los usos nacidos en el mercado, por contener la voluntad implícita de las partes, ser repetición continuada y mientras no contravengan los principios generales del derecho, adquieren la naturaleza normativa. No sucede lo mismo con las Condiciones Generales, elaboradas por especialistas en las asesorías de las grandes empresas y muchas veces contrarias a los principios generales del derecho⁵⁵.

Esta diferenciación planteada por GARRIGUES, aunque un tanto convincente, no es admisible desde una perspectiva actual, de aceptarlo, estaríamos asumiendo que las empresas puedan, a través de las condiciones generales de la *contratación*, establecer normas reguladoras de carácter vinculante para los clientes que no podrían exigirles por la vía de las condiciones generales de los *contratos*, y por supuesto que entraría la ingeniería contractual de los empresarios a jugar un papel muy importante en la elaboración de sus condiciones generales de contratación.

En la vigente ley de condiciones generales, solo son admisibles las condiciones generales de los contratos, no así las condiciones generales de la contratación⁵⁶ por no ser incluidas en el mismo contrato, para ello se vale de un

⁵³ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, "Las Condiciones Generales de los contratos y la protección del consumidor" *ADC* 1983, p. 1191.

⁵⁴ F. DE CASTRO, citando a CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos II*, 1958, "Las Condiciones Generales de los contratos...", cit. p. 307.

⁵⁵ *Idem*, p. 307.

⁵⁶ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, "Conceptos básicos y requisitos de las Condiciones Generales de los Contratos" *AC*, 1993-I, Sección Doctrina, p. 9; refiriéndose entonces, a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios.

control de incorporación que no permite la validez de aquellas cláusulas que no hayan sido previamente incorporadas y por tanto no tiene ningún sentido establecer tal diferencia.

Por otro lado, el control administrativo, a través de la aprobación de las condiciones generales por un ente estatal, parece indicar en cierto modo su carácter normativo; SÁNCHEZ CALERO⁵⁷, quien ha abordado el tema de las condiciones generales desde la perspectiva de los contratos de seguro, rechaza esta postura argumentando que la generalización del uso de las condiciones generales y su paralela aprobación administrativa por un ente de control estatal no implica que éstas se conviertan en normas de dicha institución, pues no debe confundirse el acto de aprobación con el acto aprobado.

Para ALFARO ÁGUILA-REAL⁵⁸, uno de los modernos y más autorizados exponentes del fenómeno de las condiciones generales, la naturaleza jurídica no queda resuelta ni con la tesis normativa ni con la contractual, hasta ahora más comunes, no son normas por que la delegación de normar es inadmisiblemente inconstitucionalmente y solo pueden hacerlo aquellos a quienes la ley faculta para esto, que son los órganos de control estatal; tampoco son normas equiparables a las que surgen en el ámbito del derecho corporativo por que las condiciones generales se imponen a personas ajenas a las instituciones (léase empresas), a diferencia de las sociedades en las que las normas vinculan a sus socios únicamente; tampoco admite que son contratos en cuanto que la adhesión no tiene el mismo valor jurídico que el consentimiento contractual, y que no pueden tener carácter contractual en cuanto que la validez de los contratos no depende de lo pactado sino del procedimiento por el que se ha alcanzado el acuerdo que no es otra cosa sino la libertad, la legitimidad de las cláusulas contractuales no se basa en la justicia de su contenido, en las condiciones generales en cambio son jurídicamente vinculantes únicamente aquellas cláusulas cuyo contenido sea equilibrado, su validez no depende de la aceptación o no de las partes, pues al no

⁵⁷ *Comentarios a la ley de contratos de seguro*, cit. p. 84, en el mismo sentido, STS 09/02/1994.

⁵⁸ *Las condiciones generales...* cit. pp. 38 ss.

haber actuado con plena libertad no puede fundamentarse la eficacia de estas cláusulas en este principio⁵⁹.

La función de las condiciones generales, continúa ALFARO, es la de indicar a los jueces que solo deben admitir la validez de aquellas cuyo contenido sea conforme con las normas y principios legales; las condiciones generales no crean, ni pueden crear, derecho en el mismo rango que lo hace la autonomía privada o el legislador, su eficacia no constituye, es meramente declarativa,⁶⁰ declaran cuales son las fuentes de integración concretamente aplicables a un contrato⁶¹, para aceptar la validez de las condiciones generales, la respuesta coherente es la de negar esa validez⁶².

Alfaro sostiene que las condiciones generales son válidas solo en la medida en que se corresponda con las fuentes de integración: derecho dispositivo, usos y buena fe, es decir, su eficacia y su poder vinculante están limitados a la justicia y el equilibrio del contenido de las cláusulas que emana de dichas fuentes de integración. Es decir, sólo si las cláusulas generales son equilibradas con lo que las fuentes de integración establezcan, son consideradas contractualmente válidas.

Desde este punto de vista, es cuestionable también la teoría normativista, ya que las reglas contractuales originadas en la voluntad de ambas partes también se encuentran sometidas a límites, los llamados límites a la autonomía de la voluntad cuya existencia no pone nunca en duda el carácter contractual de estos pactos y sometidos también en cierto grado a las fuentes de integración.

⁵⁹ Vid al respecto, “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, DIEZ-PICAZO Y MENÉNDEZ MENÉNDEZ (coordinadores), Civitas, Madrid, 2002, pp. 80, 82 y, *Las Condiciones Generales...* cit. pp. 51 ss, 87; en sentido parecido, MIQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Menéndez*, t. IV, Madrid, 1996, p. 4946.

⁶⁰ *Las condiciones generales...* cit. p. 101; algo parecido a un manual de instrucciones del uso del contrato, entendido así por PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 281 Nota 16.

⁶¹ Así lo entiende PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 51.

⁶² Según él, solo la eficacia declarativa justifica el régimen jurídico al que se encuentran sometidas las condiciones generales. (*Las condiciones generales...* p. 80).

Alfaro lo entiende así al tenor de la Directiva y de la legislación vigente que establece que solamente vinculan las cláusulas conformes con la buena fe y no vinculan las cláusulas abusivas que han sido predispuestas aunque hayan sido aceptadas, estas son, las cláusulas que superando el control de inclusión no superen el control del contenido.

Siguiendo la letra de la legislación, concretamente a la de la Ley de Condiciones Generales, según el criterio de RODRIGO BERCOVITZ, puede entenderse que se ha optado por la concepción contractualista, de acuerdo con esta concepción la ley se preocupa demasiado por garantizarle al consumidor el conocimiento de las condiciones generales y asegurar que se de un verdadero consentimiento para lograr su eficacia⁶³. La misma Ley ha creado mecanismos de “control del consentimiento” o “requisitos de validez” que conforman el llamado control de incorporación y cuya eficacia para tales efectos desarrollaremos en el capítulo correspondiente.

Puede también entenderse el carácter contractual de las condiciones generales en las limitaciones al contenido de sus cláusulas, como cualquier otra declaración de voluntad producto de la autonomía privada que tiene sus límites en los principios generales del derecho; y a las que se aplica como régimen sancionador las reglas generales de la nulidad contractual (Artos. 8 y 9 LCGC).

Contra la tesis de ALFARO ha reaccionado PAGADOR LÓPEZ⁶⁴, señalando que, si bien existe una regulación especial de los contratos celebrados sobre la base de las condiciones generales, concretamente un control del contenido, se debe a que estos no son producto de la libre autodeterminación negocial bilateral, sino que, por una defectuosa estructura del contexto en el que se desarrolla el mercado en régimen de competencia, son consecuencia de la predisposición e imposición de una de las partes a la otra.

⁶³ R. BERCOVITZ: *En la medida en que aceptan esta tesis contractualista, las legislaciones se preocupan de garantizar la aceptación de las mismas por la parte a quien se imponen...* “La

La particular necesidad de protección, la existencia de un régimen jurídico especial y la existencia de un control del contenido de las condiciones generales, no justifica de ninguna manera la negación de su carácter contractual, dicho control es estricto, innecesario e inadmisibles respecto de otros aspectos de la relación jurídica en los que las partes logran de común acuerdo establecer los parámetros de regulación.

Es mas, no puede decirse que la ausencia de libertad de configuración del régimen regulador de la relación contractual sea exclusivo de los contratos con condiciones generales, este fenómeno está presente en todas las relaciones negociales y no por eso debe negarse su carácter contractual⁶⁵, precisamente esta ausencia de libertad de configuración es la que da cuenta del control del contenido, como instrumento necesario para establecer los límites de validez a los cuales deben los predisponentes reducir sus pretensiones de condiciones contractuales.

La naturaleza jurídica de las condiciones generales es una cuestión que aún no ha encontrado una respuesta definitiva y que sigue abriendo debate en el ámbito doctrinal de las condiciones generales, y como decíamos, importa mucho establecer la causa de su validez a efectos de tratar las condiciones generales como norma o como contrato dentro del ordenamiento. Por lo pronto, la incorporación del principio de buena fe y el deber de comportamiento leal como criterio de validez de las condiciones generales y el establecimiento de un control de incorporación, parecen indicar que en la opción legislativa ha imperado la tesis contractualista, por la que nos decantamos nosotros también.

De aceptar la tesis normativa, el control de incorporación resulta ocioso para efectos de la eficacia de las condiciones generales, pues se limita a hacerlas

defensa contractual del consumidor en la Ley de Consumidores y Usuarios”, en, *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987 p. 192.

⁶⁴ PAGADOR LÓPEZ “*Condiciones Generales...*” cit. p. 652.

públicas. Por el contrario la naturaleza contractual de las condiciones generales requiere el cumplimiento obligatorio de las reglas sobre control de incorporación para que garanticen el conocimiento –cognoscibilidad- de las cláusulas y se otorgue un verdadero consentimiento que consagre su eficacia.

Además, hay que considerar que la existencia de la adhesión es suficiente para validar esta teoría, puesto que las normas obligan sin necesidad de una adhesión mientras que las cláusulas generales necesitan consentimiento, que se manifiesta con esta adhesión. Por su parte, no puede haber poder normativo para los empresarios, esto rompe con todos los principios del Estado de Derecho en el que se gestan precisamente todas las normas sobre protección de los consumidores, y en el que solo el Estado está facultado para normar.

En cuanto a la interpretación de las condiciones generales consideradas como normas, habría que hacerlo atendiendo al sentido de la misma o el que le quiso dar quien la creó, en cambio, admitiendo que son contratos, la interpretación de las cláusulas oscuras sería más favorable al adherente. Una norma emanada del poder público debe interpretarse sobre el supuesto de ser imparcial, todo lo contrario ocurre con el complejo normativo redactado unilateralmente para ser incorporado a un contrato con empresas.

Las condiciones generales no son derecho consuetudinario. La costumbre necesita: un elemento interno que es la voluntad de querer hacerlo; un elemento externo que se manifiesta con la repetición continuada del hecho; y algunos opinan que además necesita racionalidad, o sea que sea compatible con los principios generales del derecho⁶⁵.

Por último, dependiendo de las circunstancias de celebración del contrato, existiría una dualidad de naturalezas jurídicas y de régimen de protección, llegando a ser las condiciones generales normas en algunos casos y cláusulas

⁶⁵ *Idem* p. 654.

⁶⁶ DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos...” cit. p. 307.

contractuales en otro, como el contrato de seguro que celebrado en masa tendría validez como norma, y celebrado particularmente sería contrato.

Es pues la tesis más aceptada por la doctrina la que le otorga naturaleza jurídica contractual a las condiciones generales, mientras que la tesis normativa ha tenido – según nuestra modesta investigación sobre el tema- poca eco entre los doctrinarios españoles y poca influencia en la configuración del ordenamiento y en las decisiones de los Tribunales de Justicia.

3. El Sentido de las Condiciones Generales de la Contratación y la racionalización del tráfico contractual

Es doctrinalmente asumido que las condiciones generales nacen en el seno de las contrataciones empresariales⁶⁷ en un momento en el que se impone la expansión del mercado, la prosperidad económica y la contratación masificada⁶⁸, y por ello sus funciones principales pueden ser analizadas a partir del funcionamiento y estructura organizativa de las empresas y su papel en el marco del sistema económico, jurídico y político.

La utilización de las condiciones generales representa la racionalización de la técnica contractual, como manifestación concreta del proceso racionalizador de la total actividad de una empresa⁶⁹. Esto podría hacer creer que la utilización de condiciones generales puede favorecer únicamente a las empresas que de ellas se sirven para agilizar el ritmo de sus negocios, si bien, aunque sirven preferentemente a los intereses de los empresarios y su organización, es indiscutible, como veremos, que los efectos beneficiosos de racionalización y celeridad del tráfico contractual que se generan en el marco de la utilización de las condiciones generales no se limitan al ámbito empresarial, sino que se extienden a todos los sujetos que intervienen en el mercado y repercuten en cierto modo en la modernización y el desarrollo de todo el sistema económico.

Como es sabido, entre estos protagonistas del mercado se encuentran los adherentes, que, consumidores o no, asumen las consecuencias propias de la contratación con condiciones generales, cuya utilización les reporta también grandes beneficios que se ven traducidos en un mayor poder adquisitivo desde el

⁶⁷ ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. cit. p. 28, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas predispuestas...* Ob. Cit. p. 31

⁶⁸ A la producción a gran escala corresponde una contratación en masa; la moderna economía demandaba un cambio en la dogmática tradicional del contrato, y surgen las condiciones generales como vehículo jurídico utilizado para el intercambio de los bienes en una economía basada en la división del trabajo. Las primeras en utilizar condiciones generales fueron las actividades de transporte marítimo y las de seguro y posteriormente se incorporaron a los contratos de transporte aéreo; a su vez, el desarrollo industrial provocó el nacimiento de enormes empresas que demandaban financiaciones lo que generó un aumento del tráfico bancario donde también se utilizan las condiciones generales, así GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos*, Ob. Cit p. 15 ss.

⁶⁹ *Idem* p. 15

punto de vista económico, y en mejor calidad de vida, desde el punto de vista social.

De ahí que la utilización de las condiciones generales resulte no solo importante sino imprescindible para el tráfico, en el que éstas cumplen una función ordenadora que permite una adecuada contemplación de las exigencias particulares de los diferentes sectores de la contratación, y contribuyen a una clarificación de las relaciones contractuales en provecho mutuo de todas las partes interesadas⁷⁰.

3.1. Condiciones Generales y Empresa. El predisponente

3.1.1. Planificación de Costes

La planificación de costes empresariales que permite el uso de las condiciones generales puede atenderse desde dos perspectivas, en primer lugar, la negociación se vuelve un proceso automático que permite al sector empresarial llevar a cabo sus negociaciones con el mínimo de tiempo y esto a su vez se traduce en un ahorro de dinero para las empresas, relacionado con sus costes de operación, en efecto al simplificarse los procedimientos de conclusión de los contratos se está con ello evitando los costes que una negociación individualizada elevaría⁷¹.

Esto resulta especialmente significativo cuando se realizan operaciones de adquisición de bienes o servicios u oportunidades de inversión que deban realizarse con mucha celeridad a fin de obtener los beneficios pretendidos.

En segundo lugar, la predisposición del contenido contractual permite a las empresas operar sobre la base de unos contratos que al ofrecer un contenido previamente analizado y comprendido en sus últimas consecuencias, reduce la

⁷⁰ GONDRA, JOSÉ M., “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, Madrid, 1978, p. 233.

⁷¹ En el mismo sentido, PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional, *ADC*, 1981 p. 677.

incertidumbre y el riesgo de resultados impredecibles propios de los contratos empresariales y evalúa –calcula- las posibles contingencias o eventualidades que se puedan traducir en un gasto y repercutir de manera directa en un incremento o disminución de costes de operación en el balance de la empresa⁷², como la utilización de cláusulas de limitación de responsabilidad⁷³, plazos de garantías, gastos y prestaciones accesorias, devoluciones que admite, entre otras.

En sectores como los de la contratación de seguros cuya economía está basada en la ley de los grandes números que exige uniformidad en las condiciones generales que regulan las relaciones jurídicas, el empleo de las condiciones generales se presenta imprescindible en este trabajo de planificación de costes.

3.1.2 Optimización de Recursos

La predisposición del contenido contractual no solo repercute en un ahorro de tiempo traducido en costes empresariales, sino que permite la optimización de los recursos humanos y materiales que se requieren en una negociación individual, logrando el uso eficiente y rentable de las capacidades jurídicas y gerenciales caras⁷⁴, de manera que la tarea de negociación pueda ser asumida por personal menos cualificado pero preparado para un trabajo técnico.

Esta división de tareas en el seno de las empresas permite reducir la necesidad de personal cualificado que encarecería los procesos de contratación para los adherentes, así por ejemplo mientras el trabajo jurídico queda en manos de los especialistas, los agentes de venta y personal administrativo pueden por su

⁷² ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. Cit. p. 28, “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales” ob. cit. p. 77, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas predispuestas...* Ob. Cit. p. 35, GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...* Ob. Cit. p. 24, URÍA, R. “Reflexiones...” p. 323

⁷³ Al respecto, tanto ALFARO como PAGADOR LÓPEZ consideran sin embargo que las cláusulas como las de limitación de la responsabilidad no hacen previsible los costes, sino simplemente transfieren el riesgo del predisponente al adherente; nosotros hemos decidido considerarlos conjuntamente dado que al entendido, la reducción de riesgos para el adherente implica consecuentemente una planificación en sus costes de operación, si el adherente puede controlarlo, limitarlo o reducirlo mediante diversas técnicas comerciales como la elección de tarifas en función del riesgo asumido, o la limitación de las cuantías por daños o la provisión de reservas para los oportunos riegos que puedan aparecer, no está más que planeando costes de operación.

⁷⁴ ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. cit. p. 29; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas predispuestas...* Ob. cit. p. 39.

parte atender las actividades propias de la concreción del negocio sin tener que asumir las responsabilidades de negociar punto por punto cada una de las condiciones del contenido contractual.

A su vez, la división de tareas implica una coordinación armonizada entre los miembros de la empresa reduciendo las necesidades de comunicación informal entre los sujetos de la organización, puesto que las eventuales incidencias no necesitan ser consultadas al estar previstas las condiciones en un documento forma que permiten procesar las transacciones de un modo rutinario, y facilitando la ejecución de lo planificado por los mandos gerenciales privando a los empleados de autonomía para negociar las condiciones de los contratos⁷⁵.

Esta coordinación destinada a simplificar al máximo el proceso de formación de los contratos tiene como consecuencia una celeridad en la celebración de los negocios que constituye un crecimiento en las relaciones comerciales y en la producción en general y con ello un crecimiento económico⁷⁶.

3.1.3 Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica que emana de la utilización de las condiciones generales repercute tanto en la empresa como en el consumidor o empresario que actúa como adherente, en este sentido se hacen previsibles las posibles consecuencias jurídicas de una relación contractual.

Por una parte, las condiciones generales suministran una información más clara y exhaustiva y permiten la creación de fórmulas estandarizadas que eliminan o al menos reducen los motivos de incertidumbre y con ellos las razones de muchas litis y los costos a ellas asociados en lo que corresponde a la correcta administración del contrato⁷⁷.

⁷⁵ ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. cit. p. 30-31, agregando incluso cláusulas de forma expresa que niegan validez a cualquier promesa oral realizada por los agentes de venta en contra o al margen de lo establecido en las condiciones generales previamente establecidas por la empresa.

⁷⁶ GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...* Ob. Cit. p. 25

⁷⁷ ALFARO, *Las condiciones generales...* ob. cit. p. 33; PAZ-ARES, "La economía política como jurisprudencia racional" Ob. Cit. p. 677; NIETO CAROL, "Condiciones Generales en los contratos bancarios" en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, p. 528.

Por otra parte, posibilitan la adecuación del tráfico contractual a las realidades y demandas sociales que se producen en determinado sector económico⁷⁸ y con ello crean poco a poco nuevos supuestos paralelos o no contemplados en el derecho dispositivo que van adquiriendo carta de naturaleza.

3.2. Condiciones Generales y Consumidores. Adherentes

3.2.1 Celeridad en la contratación, acceso rápido a bienes y servicios

La estandarización del contenido contractual de determinado sector jurídico conlleva una facilidad en la adquisición de bienes y servicios para el adherente. Al igual que para las empresas, la celeridad del tráfico contractual representa una ventaja para el adherente, que no tendrá que lidiar con los lentos y burocráticos procesos de negociación para la adquisición de los bienes o contratación de servicios que desee.

3.2.2. Equidad en la oferta en masa

La oferta y contratación en masa suponen que un determinado bien o servicio esté al alcance de todos bajo las mismas condiciones y por lo tanto implican un tratamiento igualitario para todos los contratantes, al no existir la posibilidad de que un contratante menos avisado pueda obtener unas condiciones contractuales desfavorables respecto a otro más astuto⁷⁹. Función que se vuelve especialmente importante en los contratos de servicios públicos o con empresas en régimen de monopolio.

ALFARO sin embargo cuestiona la teoría sobre la seguridad jurídica que proporcionan las condiciones generales, respecto a la información que suministran cuestiona si es realmente clara cuando precisamente se les achaca la difícil comprensión para los adherentes, y respecto a la abusividad de las cláusulas asegura que las dudas sobre la validez otorgan mas incertidumbre que seguridad, por su parte, la seguridad es más para las empresas al ser consideradas las condiciones generales como la regulación completa del contrato, no podría probarse una negociación individual que favoreciera a los adherentes, cit. p. 36.

⁷⁸ ALFARO, “Función económica y naturaleza jurídica...” ob. cit. p. 79, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas predispuestas*, ob. cit. p. 42; PAZ-ARES, “La economía política...” Ob. Cit. p. 677; DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Ob. Cit. p. 17.

Además, las condiciones generales facilitan la contratación por categorías, haciendo posible una normativa de la relación contractual flexible que se acomoda mejor a las necesidades de la producción y el consumo, y que permite una regulación más equitativa de las propias relaciones contractuales por la intervención de las respectivas asociaciones profesionales con intereses contrapuestos que se contrarresten⁸⁰

3.2.3 Reducción del Precio

Los que se ofertan bajo el régimen de condiciones generales, son generalmente bienes de consumo a los que una familia con ingresos medios podría no tener acceso de no ser por la masificación de y estandarización de las ofertas contractuales, en las que las empresas previamente han evaluado los riesgos a fin de abaratar los precios. En el caso de los empresarios adherentes, el abaratamiento de estos productos les permite ofrecer a su vez mejores condiciones a los consumidores finales que con ellos contraten.

A su vez, la *optimización de recursos* de las empresas que les permite reducir sus costes de producción no solo representa un margen de ganancia mayor sino que permite el abaratamiento de los bienes o servicios, ventaja que recae directamente en los contratantes adherentes⁸¹.

Por otra parte, las condiciones generales estimulan la competencia⁸² y la innovación contractual, si una empresa ofrece condiciones generales que no

⁷⁹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales y cláusulas predispuestas*, ob. cit. p. 43, GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...* ob. cit. p. 26-27.

⁸⁰ GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales...* ob. cit. p. 27

⁸¹ “La racionalización y el ahorro de costos pueden tener evidente influencia en la formación de los precios y en este sentido, pueden ser un factor que contribuya a *su abaratamiento en beneficio del consumidor (...)*” DIEZ-PICAZO, “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozos de una evolución)” en *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* ob. cit. p. 61.

⁸² Siguiendo la nota anterior, “La racionalización y el ahorro de costos pueden tener evidente influencia en la formación de los precios y en este sentido, pueden ser un factor que contribuya a (...) *mejorar las condiciones en que los empresarios pueden competir en el mercado*” DIEZ-PICAZO, “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozos de una evolución)” en *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* ob. cit. p. 61. Esta idea debe tomarse con los respectivos matices acerca del papel que juegan las condiciones generales en el mercado; hay quienes consideran que las condiciones generales no las controla el mercado, ya que los consumidores –

satisfacen las necesidades del adherente, otra empresa en legítimo ejercicio de su derecho ofrecerá mejores condiciones al punto de que el mismo adherente –que escoge lo que más conviene- irá procurando las condiciones generales más óptimas en la regulación de determinado sector del tráfico contractual. Lo dicho, el mercado y la competencia abaratan los precios del producto final. En este sentido el comportamiento del adherente responsable juega un papel importante respecto al mejoramiento de las condiciones generales, en la medida en que cada adherente lea y contrate sólo aquellas condiciones que son favorables para un sector determinado.

Es importante el impacto que sobre el precio final de los bienes o servicios ha tenido la utilización de condiciones generales especialmente en bienes y servicios a los que antes no podían acceder sino ciertas personas con mayor poder adquisitivo. Entre estos bienes podríamos encontrar V. gr. las viviendas de tiempo compartido y los créditos al consumo.

Esta teoría de la reducción de precios para el consumidor ha sido recientemente cuestionada⁸³ puesto que, según, las condiciones generales representan una mayor dedicación y esfuerzo para su comprensión y se hace necesaria en algunos casos la intervención de un consejero legal, y segundo por el contenido regulador generalmente injusto que hace que los adherentes tengan que cargar con mayores obligaciones.

Sin embargo, una vez entra en juego el régimen jurídico especial destinado a garantizar el conocimiento de las condiciones generales y el control de la reglamentación contractual a fin de que guarde el justo equilibrio conforme con la

adherentes- no leen las condiciones generales y por tanto no repercuten en su decisión de contratar, de esta opinión ALFARO, quien dice que resulta inexplicable que en mercados tan competitivos sobrevivan aún las cláusulas abusivas cuando lo que cabría esperar es que en la medida en los empresarios ofrezcan buenas cláusulas serán preferidos por los consumidores –adherentes- y así los demás tendrían incentivos para eliminar de sus formularios las cláusulas abusivas y por lo tanto establecer una verdadera competencia, sin embargo el mercado falla y los países han sentido la necesidad de intervenir y compensar estos fallos del mercado, “Función económica y Naturaleza Jurídica de las condiciones generales”, en *Comentarios a la Ley sobre...* Ob. cit. p. 75.

⁸³ BALLUGERA GÓMEZ, *El contrato no contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 40.

buena fe, estos argumentos quedan sin fundamento y las ventajas para el adherente en cuestión de precios de los bienes y servicios es innegable.

4. Las Condiciones Generales de la Contratación y el ejercicio de la Libertad Contractual

4.1. Punto de Partida

El hombre es libre y solo puede ser obligado en virtud de su voluntad –o de una ley-. La voluntad constituye la esencia, el principio activo y generador de todo el negocio, no habiendo negocio ahí donde la voluntad está ausente. Tras este enunciado se esconde la esencia del derecho contractual⁸⁴: la libre voluntad, aquella conforme a la cual los pactos son válidos y vinculantes, aquella en cuyo ámbito el Estado o cualquier otro poder ajeno a la ley, las buenas costumbres o el orden público se ven privados de intervenir.

Las modernas tendencias del derecho de contratos, específicamente el de contratos con condiciones generales, se decantan ante un control exhaustivo al ejercicio de la libertad contractual y por el proteccionismo jurídico de la parte más débil de las relaciones contractuales, convirtiendo al consumidor en el paradigma por excelencia de debilidad y al Estado paternalista en el paladín de la justicia y la equidad contractual por encima de los pactos que de manera voluntaria acuerden los sujetos, los empresarios predisponentes por supuesto, se mantienen en el otro extremo de la balanza, el de los abusos y la mala fe⁸⁵, y serían, de no ser por la *dura lex sed lex*, o la intervención estatal, los más grandes abusadores de los derechos que el ordenamiento les concede como parte contractual.

Este proteccionismo se fragua en el contexto de lo que se ha venido denominando “derecho social privado”, en el que el intervencionismo estatal en

⁸⁴ El Derecho común de contratos se funda en el principio de la autonomía de la voluntad e igualdad abstracta entre las partes, lo que conlleva a la afirmación que el resultado es justo por que es querido... GARCÍA VICENTE J. R. “La contratación con consumidores” en AA VV *Tratado de Contratos*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO RODRIGO (Dir.) Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 1450.

⁸⁵ Lo cual no resulta tan novedoso en el derecho civil, ya la doctrina francesa respectiva ha declarado en el tema de los vicios ocultos, que la mala fe se presume de los vendedores profesionales, y en el derecho español, el carácter de profesional en el vendedor lo obliga a conocer el vicio, cfr. POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, p. 57.

las relaciones jurídicas privadas se encuentra justificado por la protección de intereses comunes considerados más importantes que los intereses privados.

En la vieja doctrina de la autonomía de la voluntad, las obligaciones y derechos surgidos entre las partes tenían como criterio de validez la voluntad individual, limitada por la necesidad de coexistencia entre su voluntad y otras voluntades individuales, concepto superado hoy día por un criterio más abierto, la expresión menos individualista de la autonomía de la voluntad, la de la libertad contractual, aquella por la que las partes limitan el ejercicio de su derecho a los intereses comunes, pero sin verse despojados de sus facultades de normar según su propia voluntad para asumir las obligaciones y derechos que les incumban.

La autonomía de la voluntad, tal y como se conoce, queda plasmada en los principios jurídicos del sistema liberal, según el cual las partes son los mejores guardianes de sus propios intereses y el libre juego de las fuerzas económicas produce siempre lo mejor, lo que tuvo como consecuencia que los legisladores decimonónicos diesen a sus normas sobre contratación el carácter meramente dispositivo⁸⁶.

Hoy día, son sobre todo los detractores del sistema liberal tenido como individualista, los que han considerado que la libertad contractual moderna tiene limitaciones externas impuestas por razones políticas, legislativas o de conveniencia⁸⁷, en cuyo orden la sociedad tiene una connotación de supremacía sobre el individuo, y así surge toda una doctrina respecto al funcionamiento de la libertad contractual con un enfoque más político que jurídico, llamado “Estado Social de Derecho” en el que los conceptos tradicionales de moral y orden público se han

⁸⁶ Aunque según esto, pronto se verían los perjuicios que la defensa exacerbada de la autonomía de la voluntad conllevaría a los mismos principios que defendía, como la libertad contractual y la libre competencia, considerando por una parte la desigualdad en la que se encontraban los contratantes y por otra, el riesgo que suponía para la libre competencia que los empresarios pactasen entre ellos, cfr. POLO, EDUARDO, *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Ob. Cit. p. 25.

⁸⁷ BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO. *Las Condiciones generales de los contratos y principio de la autonomía de la voluntad*. Ob. Cit. p. 27.

ampliado, el derecho dispositivo adquiere mayor fuerza y las leyes imperativas proliferan⁸⁸ sobre las normas dispositivas.

Todo ello apunta a un cambio que conduce a una “desprivatización” socialización o democratización del derecho privado y que persigue la integración del Estado y la sociedad en ese Estado Social de Derecho⁸⁹.

La libertad contractual moderna tiende a entenderse dentro del Estado Social, en el que se invoca la protección del Estado frente a los abusos de poder de los particulares⁹⁰, en el que el Estado se encuentra facultado para determinar hasta donde pueden llegar las voluntades de las partes, y en el que el Estado se ve obligado a intervenir no solo para proteger el interés público, sino también los propios intereses privados en aquellos sectores en los que las consecuencias de la libertad de contratación causaba más daños que ventajas para quienes participaban en la celebración de contratos⁹¹.

Esto, visto desde una perspectiva proteccionista de los principios del derecho de contratos, que permite intervenciones heterónomas fundamentadas en la idea de que el respeto a la palabra dada no puede ser asegurado de manera eficaz mediante un sistema basado únicamente en la exaltación de la iniciativa individual, las formas de poder espontáneas, como la autonomía de la voluntad, no garantizan por si solas el comportamiento debido que la buena fe exige a los contratantes, por ello se

⁸⁸ Cada vez aparecen regulados más contratos, limitados más pactos que atentan contra el principio de equidad, protegidos nuevos sujetos del derecho, regulaciones del mercado, y a la vez, la moral entendida como equidad y el orden público extendido a distintos ámbitos de la vida social, como “el político, económico, moral y religioso que sean necesarios para el sostenimiento de un determinado orden en un lugar y tiempo determinados”. En este sentido, LALAGUNA, “La Libertad Contractual” RDP 1972, p. 891.

⁸⁹ BALLUGERA GÓMEZ, *El contrato no-contrato*, Ob. Cit. p. 404.

⁹⁰ DíEZ PICAZO, “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozos de una Evolución)” Ob. Cit. p. 64. Con una crítica fuerte a estas posturas proteccionistas, BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, “Juicio Crítico al pretendido derecho de consumo” *La Ley*, 1993, No. 4, p. 968, considera que si bien, el Estado debe actuar cuando no actúa el individuo y esto no es discutible, se extralimita el legislador acogiendo instrumentos iuspublicistas en el terreno del derecho privado olvidando que esta técnica debe ser excepcional.

⁹¹ POLO, E., *La protección del consumidor...* ob. cit. p. 25.

hace necesaria la implementación de un modelo de justicia contractual distributiva que sólo se asegura mediante la intervención de un poder fuerte, la intervención del Estado⁹².

4.1.1. Los Límites a la Libertad Contractual

Sin embargo, aceptar que las actuales demandas de protección surgidas en el ámbito de las contrataciones modernas, requiera imponer unos límites más estrictos a la libertad contractual, no sugiere una crisis de estos principios considerados dogmas jurídicos, la voluntad contractual está subordinada a límites cuya observancia hace que el acto celebrado sea expresión y desarrollo -y no negación- de la libertad misma.

La autonomía de la voluntad no ha sido ni en su expresión más pura un principio absoluto, por el contrario, tiene límites y limitaciones: los primeros marcan la frontera, el techo normal hasta donde puede llegar el principio, las segundas implican recortes, restricciones⁹³.

No por la existencia de estos límites y limitaciones, puede hablarse de una devaluación del principio de la autonomía de la voluntad, ni siquiera debe hablarse de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad como valor indiscutible –el respeto a la libertad contractual- sino que basta con reconocer que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, considerados naturales e indiscutibles por el Derecho Común⁹⁴.

Por otra parte, ni los límites a la libertad contractual, ni el concepto de sujeto débil son novedades para el derecho privado, siempre han existido reglas de protección que tienen en cuenta la situación débil de algunas personas y siempre la libertad ha estado limitada por intereses mayores, no por ello se tiene que hablar

⁹² ... el Estado reducido a su mínima expresión, sólo puede generar escenarios negativos en este sentido... así, SOMMA, ALESSANDRO, *Introducción crítica al Derecho europeo de los contratos*, Marcial Pons, Madrid 2008, p. 48 ss.

⁹³ O'CALLAGHAN, XAVIER, "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 201

necesariamente de una crisis de la libertad contractual, considerando sobre todo que en los contratos con condiciones generales no se abandona el criterio del respeto a lo acordado y que el ordenamiento sigue protegiendo la voluntad de las partes.

En el régimen de las condiciones generales, la libertad contractual sigue existiendo dentro de límites propios impuestos en función de mantener la naturaleza contractual de las mismas condiciones generales, como el control de incorporación que descansa sobre elementos formales que intentan garantizar el conocimiento y consentimiento contractual, o las reglas de interpretación que al igual que en el esquema clásico tiene su fundamento en la idea de que no se puede favorecer a la parte que ocasiona la oscuridad, o la primacía de las cláusulas particulares sobre las generales; o la nulidad de condiciones generales abusivas⁹⁵, entre otros.

En el ámbito de los contratos con condiciones generales, como en el derecho de contratos, también deben tenerse en cuenta los principios o directivas que impongan requieran o convengan a las distintas realidades sociales, económicas y políticas, de este modo sin que cambie una tilde de la ley se producen alteraciones profundas sobre el valor y alcance del principio de la autonomía de la voluntad⁹⁶.

Estas variables vienen determinadas por los intereses comunes de las partes. Estos intereses comunes se encuentran delimitados en el ordenamiento jurídico español por la ley, la moral y el orden público, (Arto. 1255 CC) y son *límites extrínsecos* a la libertad contractual considerados aceptables dentro del esquema de la autonomía de la voluntad.

⁹⁴ DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad” Ob. Cit. p. 1066.

⁹⁵ Aunque se ha considerado que la buena fe y el equilibrio entre prestaciones requerido en el control de contenido de los contratos con condiciones generales no es propiamente un límite a la autonomía de la voluntad sino criterios de validez de las cláusulas generales incorporadas a un contrato, EMPARANZA, ABERTO; “La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español” Ob. Cit. p. 486.

⁹⁶ DE CASTRO, “Notas sobre...” p. 1037- 1038.

En la doctrina también se encuentran las llamadas limitaciones conceptuales relativas al enunciado de que los contratos son lo que son y no lo que parecen ser⁹⁷, y que operan en el ámbito contractual limitando la facultad de las partes de disponer sobre la naturaleza de un contrato, así por ejemplo, el contrato de depósito que prohíbe el uso de la cosa depositada, ya que si se permitiera el uso estaríamos frente a un contrato de préstamo de uso, o el contrato de depósito bancario que por mucho que los bancos se empeñen en llamarles contratos de arrendamiento de cajas de seguridad, son contratos de depósito con todo lo que ello conlleva.

Podría considerarse que las limitaciones conceptuales, no son en sí mismas limitaciones a la libertad contractual, sino meras disposiciones de tipos contractuales que las partes deciden utilizar para satisfacer sus necesidades de comercio jurídico. Estamos hablando simplemente de nomenclatura jurídica, que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido⁹⁸, pero que no por ello constituyen *stricto sensu* limitaciones a la libertad contractual.

También están los llamados *límites extrínsecos* que proceden de la esfera interna de la relación jurídica. El ejemplo más claro de límite extrínseco es el de *abuso del derecho*.⁹⁹

De otro lado aparecen los límites que pretenden resguardar la equidad del resultado jurídico, es decir el equilibrio entre los derechos y las obligaciones que nacen de la relación contractual. El principio de equidad se fundamenta en la teoría de que la validez y el cumplimiento de los contratos, no puede dejarse al arbitrio de uno solo de los contrayentes, artículo 1256 del Código Civil, y que “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y obligan desde entonces

⁹⁷ O'CALLAGHAN, XAVIER, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, Ob. Cit. p. 203, las partes se encuentran limitadas en cuanto que no pueden desnaturalizar los conceptos jurídicos ni subvertir los conceptos jurídicos.

⁹⁸ De Castro, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad”, Ob. Cit. p. 1060.

⁹⁹ O'CALLAGHAN, XAVIER, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, Ob. Cit. p. 20

(...) a todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (1258).

El principio de equidad y el artículo 1256 del Código Civil en el que esta encuentra su fundamento, no da motivo para cuestionar la existencia o no de libertad contractual en los contratos con condiciones generales, por el contrario, el equilibrio perseguido en este precepto se encuentra resguardado por los controles establecidos para garantizar la libertad y por otra parte, la buena fe entendida como un modelo de conducta esperado o socialmente aceptado independiente de la voluntad de las partes considerando las expectativas razonables de la contraparte, viene a ser pues el principal criterio de equidad¹⁰⁰ como límite a la libertad contractual.

En esta categoría de límites que pretenden resguardar la equidad contractual se encuentran también las limitaciones derivadas de la utilización de condiciones generales en los contratos y de la contratación con consumidores.

De la misma manera que se utiliza la buena fe como límite a la libertad contractual en el régimen general de los contratos, de la misma manera se entiende que los límites a la libertad contractual en las condiciones generales tienen justificación.

Las limitaciones de esta naturaleza son necesarias, y a la postre se traducen en un elemento favorable a la voluntad misma¹⁰¹. Los límites a la autonomía de la voluntad, son también medidas de protección a la libertad contractual, en el sentido de la necesaria coexistencia de más de una libertad en una relación jurídica determinada, en este caso, los contratos.

Así pues, al hablarse de limitaciones no necesariamente se tendría que hablar de proteccionismo o de intervencionismo estatal, sino en las medidas

¹⁰⁰ ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, en *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Antonio Vaquer (ed.) Tirant, Valencia, 2005 p. 633.

¹⁰¹ JOSÉ CASTÁN, “Hacia un Nuevo Derecho Civil” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1933.

necesarias para garantizarle a las partes el ejercicio de sus derechos. Los límites a la libertad contractual son más bien herramientas de control para un buen funcionamiento de esta libertad, y para evitar en cierto modo, la intromisión de factores externos en las relaciones privadas¹⁰².

4.1.2. La desigualdad de las partes contratantes

Muchos son los argumentos que sostienen la desigualdad de las partes en un contrato como un criterio de valoración determinante para considerar como cierta la inexistencia de la libertad contractual, la radical transformación de las estructuras económicas y sociales en las últimas décadas ha influido decisivamente sobre la estructura de igualdad de las partes situadas ambas en un mismo rango con iguales posibilidades de exigir y de prestar, y el enorme desarrollo de las relaciones comerciales, el nacimiento de las empresas multinacionales, entre otros, no permite que el *bargaining power* que posee el capital y el consumidor sean iguales¹⁰³.

A esto se suma la proliferación de la producción a gran escala y las nuevas técnicas de distribución, cambio y consumo que obliga a dar salida a los bienes producidos de manera masificada y en cierto modo imponen la adquisición de dichos bienes¹⁰⁴ convenciéndole de la necesidad o conveniencia de adquirir un nuevo bien o servicio, además estas nuevas técnicas provocan un mayor distanciamiento entre el empresario y el consumidor, separados por una cadena relativamente larga de intermediarios.

Junto a ello, la idea de que el mercado no es siempre el que establece la demanda que los oferentes deben satisfacer, sino que son estos, quienes utilizando técnicas de marketing agresivas y fuertes estrategias de publicidad los que van creando las necesidades –la mayoría de las veces artificiales- en los consumidores

¹⁰² No resulta difícil admitir que muchas de las normas que se consideran limitativas de la libertad contractual, lo son en función de una protección a la propia libertad, y que mejor ejemplo que nuestro tema de estudio, la Ley de Condiciones Generales, que establece un control de incorporación de las cláusulas generales para garantizar el libre consentimiento de quien se adhiere a ellas.

¹⁰³ LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007, p. 332

que les impide cumplir el papel que les corresponde en una economía de mercado¹⁰⁵.

Es precisamente, la aparición en el tráfico contractual de las condiciones generales, la que ha generado todo un replanteamiento de la doctrina tradicional del contrato al punto de cuestionarse si existe o no una verdadera libertad contractual¹⁰⁶ en la celebración de estos, y en caso de que existiera se cuestiona la legitimidad del control del contenido, llegándose a hablar incluso de crisis de la libertad contractual¹⁰⁷, argumentando que las partes contratantes actúan en situación de desigualdad formal que conduce a un desequilibrio importante entre las prestaciones y que el derecho debe limitar el campo de actuación de la parte más fuerte de la relación contractual, ampliando las normas imperativas.

Desde esta perspectiva, las partes que se adhieren a las cláusulas predispuestas no ejercitan el derecho de libertad contractual, ya que el presupuesto en el que esta se basa –partes actuando en un plano de relativa igualdad de exigir y prestar- no existe, el adherente, quien se encuentra en una situación de

¹⁰⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” en *ADC*, 1994, p. 37.

¹⁰⁵ HERRERO GARCIA, MARÍA JOSÉ, Prólogo a: GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997, p. 20.

¹⁰⁶ Hay quien considera que en estos contratos no hay una verdadera libertad, en cuanto las partes se ven obligadas por las circunstancias, así por ejemplo uno no es libre de hacer uso o no del tren o el avión cuando ha de desplazarse a larga distancia, o de prescindir del teléfono si tiene un negocio, e incluso algunas veces es obligatorio contratar, como cuando se tiene un vehículo y se necesita un seguro, así LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II*, Ob. Cit. p. 332. Otros consideran que las condiciones generales de la contratación y los contratos de adhesión son en sí mismos *limitaciones a la autonomía de la voluntad*, así, O'CALLAGHAN, XAVIER, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, Ob. Cit. p. 203, en el sentido que coartan según él, el principio por una de las partes sobre la otra y que dará lugar a una intervención que tiene por objeto limitar esas limitaciones. La idea de que los contratos se basan en un acuerdo de voluntades es verdad solo en un sentido muy restringido, la libertad de contratación es una ficción en cuanto el detalle de los términos del contrato no son el resultado de un acuerdo común, así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” Ob. Cit. p. 63.

¹⁰⁷ VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO, *Determinación del Contenido del contrato: presupuestos y límites a la libertad contractual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; así mismo, POLO, E., *La protección del consumidor en el derecho privado*, Ob. Cit. p. 24, hace un resumido análisis sobre la crisis del dogma de la autonomía de la voluntad como origen de la protección del consumidor, crisis que según él y siguiendo el pensamiento de GARRIGUES, surge con las obligaciones nacidas de la imposición del poder público o los llamados contratos forzosos que fueron recogidos en los códigos y a los que se han venido añadiendo legislaciones sectoriales, como la de represión de la usura, la regulación de arrendamientos urbanos, y actualmente las distintas normas sobre protección de los consumidores.

inferioridad social, cultural y económica¹⁰⁸, carece de autonomía para diseñar sus propias condiciones contractuales, no participa en la determinación del contenido del contrato y su ejercicio se limita a la decisión de contratar o no, obligado la mayoría de las veces por la necesidad de adquirir un bien o un servicio que solo se ofrece bajo esas condiciones, considerando que en tales casos, el acto de adhesión al clausulado de condiciones generales podrá ser voluntario pero no libre¹⁰⁹, de ahí que los poderes públicos se vean en la necesidad de intervenir e imponer resultados jurídicos considerados objetivamente equitativos con el fin de paliar las desigualdades generadas en las condiciones generales, y de establecer mecanismos de corrección que protejan a la parte adherente del diseño unilateral¹¹⁰.

Se da por sentado que el consumidor cuando contrata, es la parte débil de la relación contractual y actúa en un plano de reducida libertad ante la presión de la gran empresa, no se encuentra en pie de igualdad como establece la doctrina tradicional del contrato, y por ende, para restablecer el equilibrio entre partes es necesaria la intervención del Estado con una normativa de carácter tuitivo¹¹¹.

Dentro de este concepto ha llegado a distinguirse el contrato como acto y el contrato como regla, el contrato con condiciones generales tiene sin duda naturaleza contractual¹¹², ya que involucra la aceptación de ambas partes de los elementos esenciales sin los que no podría existir contrato, y que no pueden ser consentidos ni modificados por las condiciones generales; por el contrario, las condiciones generales, es decir la regla contractual correlativa al derecho

¹⁰⁸ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Ob. Cit. p. 104; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, Ob. Cit. p. 41, situación de inferioridad que se muestra en la propia estructura dominado por la ley de la oferta y por el carácter “**amateur**” de la participación del consumidor en el mismo mercado.

¹⁰⁹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* Ob. cit. p. 104

¹¹⁰ ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, Ob. Cit. p. 643, 652, en sentido parecido Emparanza, “La Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas... Ob. cit. p. 470.

¹¹¹ BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, “Juicio crítico al pretendido derecho de consumo” Ob. Cit. p. 969.

¹¹² Parece claro que si defendemos la teoría contractualista de las condiciones generales defendamos el ejercicio de la libertad contractual, sin embargo, aún los más acérrimos defensores de la naturaleza contractual de las condiciones generales se plantean la legitimidad de un control del contenido basado fundamentalmente en la falta de libertad contractual, PERTÍÑEZ VILCHEZ justifica un control del contenido basado en la idea de la falta de libertad contractual.

dispositivo, no ha surgido de la autonomía privada de ambas partes, no ha habido oportunidad de discutir las ni evitarlas y no puede considerarse contrato en sí mismo.

El criterio determinante de la naturaleza contractual es el origen de la propia regla, la libre autodeterminación bilateral es esencia de la libertad contractual, la que se consideraría deficiente si la regla contractual viene determinada por la voluntad de una sola de las partes, en cuyo caso queda desprovista de legitimidad y se justificaría un tratamiento diferenciado y el sometimiento a determinados controles, por que otorgarle la misma consideración a la regla contractual dispositiva o verdaderamente acordada por ambas partes corrompe el sentido de la libertad contractual¹¹³, que en aquel caso sería meramente formal y desprovista de contenido sustantivo¹¹⁴.

La Jurisprudencia también ha hecho eco de esta doctrina y en múltiples ocasiones ha argumentado que en los contratos de adhesión, aunque no se discute su validez, se mantiene la *libertad de contratar* pero no la *libertad contractual*, así puede verse por ejemplo en las Sentencias del Tribunal Supremo de 28-11-1997 (RJ 1997/8435); 13-11-1998 (RJ 1998/8742); 21-03-2003 (RJ 2003/2762).

“...se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que unas las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho...” (STS 28-11-1997)

“...Es aquel en que la esencia del contrato, y su cláusula, han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga

¹¹³ MÍQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA “Reflexiones sobre las condiciones generales” en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* T. IV p. 4946; en el mismo sentido PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Ob. Cit. p. 99 ss.

¹¹⁴ BALLESTEROS GARRIDO, Ob. Cit. p. 46

posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente).” (STS 21-03-2003)

4.1.3. La Predisposición unilateral como argumento de la falta de libertad

Antes de las condiciones generales, el derecho no se preocupaba por la justicia interna de los contratos ya que ésta quedaba garantizada bajo la tutela del ejercicio de la autonomía de la voluntad, en los contratos con condiciones generales, al quedar una parte excluida de poder ejercitar libremente su autonomía, el Estado se ha visto en la necesidad de regular ya no solo la libertad formal de las partes sino la justicia del contenido de las condiciones generales¹¹⁵.

Es así como ciertas cláusulas no podrán ser incorporadas a los contratos con condiciones generales por ser consideradas abusivas previamente por la ley, ignorando las circunstancias específicas presentes en el caso concreto.

La predisposición unilateral implica que las condiciones generales hayan sido incorporadas previamente por una de las partes para ser utilizadas en una pluralidad de contratos, merced a esta circunstancia desaparece el esquema tradicional del contrato, la composición de intereses por medio de la negociación, los tratos previos, la colaboración en la elaboración del contenido contractual que no se corresponde con el que habría resultado de una negociación bilateral, sino que resulta de la previsión interesada de una sola de las partes¹¹⁶.

Este argumento ha valido para considerar una ausencia de libertad contractual, por que se entiende que no existe autodeterminación respecto al contenido de las condiciones generales, por que no se dan los presupuestos objetivos para que pueda prestarse un consentimiento libre y consciente al quedar

¹¹⁵ Idem, p. 51 ss.

¹¹⁶ Idem, p. 73.

confinado el adherente a aceptar o rechazar un contenido predispuesto de antemano, no existe un mercado con opciones alternativas y transparentes sobre el contenido de las condiciones generales de la contratación¹¹⁷.

Dogmáticamente resultaría chocante que en aras de un mayor respeto a la autonomía de la voluntad, entendida como derecho constitucionalmente amparado, se toleraran situaciones en las que la voluntad del consumidor se encuentra formada e informada de manera insuficiente, por lo que puede hablarse de autorregulación de los propios intereses de su parte, y quien solo puede adherirse a la autorregulación impuesta por el predisponente, no se puede en consecuencia dar respaldo jurídico coercitivo a la reglamentación de intereses unilateralmente establecida¹¹⁸.

4.2. La Autodeterminación como presupuesto del ejercicio de la libertad contractual

Para considerar estos argumentos como totalmente válidos, habría que partir de dos supuestos que son a nuestro criterio, medias verdades, primero, que la igualdad, en el sentido estricto de la palabra, de las partes contratantes ha existido siempre en el esquema clásico de las relaciones contractuales y segundo, que la libertad contractual y el consentimiento del adherente solo tienen cabida en el ejercicio de la doble libertad, la de conclusión del contrato y la de fijación de su contenido. Ambos supuestos han generado debates doctrinarios en pro y en contra que parecieran haber quedado superados con las nuevas tendencias del Estado Social de Derecho y de la “socialización” del derecho contractual.

Ante el argumento de que en los contratos con condiciones generales las partes no actúan en un plano de relativa igualdad no habría más que contra argumentar que la igualdad entre las partes contratantes es una utopía que no ha

¹¹⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, p. 83, y GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, J. J. y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, T II, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.) Tirant Lo Blanch, 2009, p. 1586, “El reconocimiento de la obvia contractualidad de las condiciones generales no debe llevar al equívoco de admitir que las mismas son vinculantes por ser expresión del consentimiento de las dos partes”.

¹¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, ob. cit. p. 53

existido¹¹⁹, que lo que el derecho contractual persigue es la protección de la igualdad formal, y por ello centro su tutela en el proceso de formación del consentimiento contractual y no en su contenido¹²⁰, de ahí que se justifique un control sobre la incorporación de las condiciones generales. La igualdad material, en cuanto a equilibrio entre prestaciones, no es competencia del derecho contractual, y no debe serlo ahora por el hecho de tratarse de condiciones generales.

Por otra parte, la libertad contractual se manifiesta en dos aspectos, la libertad de decisión de contratar o no, y la libertad de determinar el contenido del contrato¹²¹, la regla negocial en toda su extensión, es decir el conjunto de deberes, derechos, facultades y obligaciones que estimen convenientes.

En este sentido, la libertad de decisión no conlleva necesariamente la existencia de libertad de configuración y la ausencia de esta no es cosa exclusiva de las condiciones generales, también puede presentarse una situación similar en cláusulas que regulan aspectos secundarios de las relaciones contractuales individuales y que no entran en el libre juego de la oferta y la demanda¹²², lo que no excluye la existencia de una verdadera libertad, por que además la voluntad o

¹¹⁹ Tal como señala el profesor MARIANO ALONSO PÉREZ en su artículo “Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada)” en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Vol. V, Universidad Salamanca, enero, 2004; no existía igualdad por que no podía existir, era la burguesía liberal negociando con la clase obrera que aceptara el juego de la paz burguesa. Hoy día se alude a la desigualdad entre las partes contratantes como una consecuencia de las propias características de la configuración del mercado y contratación en masa, cuando en realidad el “mito” de la igualdad es un absurdo que no puede perseguir el derecho de las condiciones generales. Respecto a la desigualdad entre partes, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” Ob. Cit. p. 39.

¹²⁰ Salvo casos excepcionales en atención a intereses sociales que trascienden a la libertad de mercado, como ocurre con productos de primera necesidad, bienes producidos en régimen de monopolio o de concesión administrativa, ausencia de competencia, o determinados precios sometidos a autorización (medicamentos, electricidad, etc.), CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, ob. cit. p. 76.

¹²¹ VÁZQUEZ DE CASTRO, Ob. Cit. p. 71; O’CALLAGHAN XAVIER, “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, Ob. Cit. p. 201; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales*, ob. cit. p. 653.

¹²² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* ob. cit. p. 654, ya en los Códigos Civiles decimonónicos se encuentra implícita la idea de que no todas las estipulaciones de los contratos son iguales ni poseen la misma relevancia, hay cláusulas secundarias presentes en los contratos individuales sobre las que no siempre existe negociación, y en este sentido podrían compararse con las condiciones generales de los contratos de adhesión.

más bien el consentimiento debe recaer sobre el objeto y la causa del contrato, y no sobre cada uno de los pactos, cláusulas o condiciones de los mismos¹²³.

Al estar estos elementos incluidos en las condiciones particulares del contrato, aquellas que son negociadas por ambas partes, no puede hablarse de una ausencia de libertad o de actos no derivados de la autonomía privada pues el adherente está consintiendo sobre lo que es objeto de tutela jurídica.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 21/07/1997 (AC 1997/1750), según la cual *“menester es igualmente tener presente que doctrina y jurisprudencia mantienen su naturaleza contractual, por considerar que basta esa adhesión para que se produzca el concierto de voluntades que les otorga plena validez y eficacia”*.

En sentido contrario las Sentencias del Tribunal Supremo de 8/09/1998 (RJ 1998/6398), 09/07/1999 (RJ 1999 4767), Jurisprudencia que parece abandonar definitivamente la tesis contractualista y entiende que aún cuando el contrato haya sido firmado, la aceptación genérica de todas las condiciones generales no se considera consentimiento expreso: *“...negociación bilateral (...) implica la expresión conforme a las voluntades concordes de los contratantes, (...) la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada, por el receptor de la prestación convenida, dado su marcado carácter imperativo: doctrina jurisprudencial que responde a la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993 (...) y la Ley núm. 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que consagra expresamente el principio de que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras, como la de que aquí se trata, se resolverán a favor del adherente (artículo 6.2).”*

¹²³ DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad” Ob. Cit. p. 1053, quien refiere que las mismas normas dispositivas son la mayoría de las veces desconocidas por los contratantes, pero que eso no obsta para que el consentimiento sea efectivo.

La libre decisión de las personas dentro de los contratos es la selección (decisión de contratar) entre opciones alternativas y transparentes. Lo que explicaría por que los codificadores no establecieron una regulación que negara la vinculación del más débil en los casos de notable desigualdad económica entre los contratantes, siendo que tales situaciones ya existían en esa época, la conclusión a la que se llega es que al instaurarse la libertad de contratación los códigos confiaron al mecanismo de la competencia la garantía del más débil, lo que hacía jurídicamente irrelevante la desigualdad entre ellos¹²⁴.

Carece de fundamento afirmar que la inferioridad económica del consumidor por si sola y de manera necesaria arguye falta de libertad contractual, que las presiones de una parte contratante a otra pueden existir en cualquier tipo de relación contractual y no solo en las que intervienen los consumidores¹²⁵.

En el ámbito comunitario, la última Propuesta de Directiva del Parlamento sobre derechos de los consumidores¹²⁶ que se excluye de ser aplicada a las cláusulas negociadas entre los consumidores y empresarios –comerciantes es el término que utiliza la Propuesta- establece en su Considerando número 45 que la posibilidad de escoger entre varias opciones de cláusulas contractuales no debe ser asimilada a una negociación.

Ahora bien, hay un sector doctrinario que opina que no existe un verdadero mercado de las condiciones generales¹²⁷ y por tanto no existe esa competencia que permita a las partes decidir entre varias alternativas, y por tanto tampoco existe el supuesto de la concurrencia de la verdadera libertad, que se da únicamente cuando el sujeto ha celebrado el contrato con la alternativa razonable a la renuncia a contratar.

¹²⁴ Así, AVILÉS GARCÍA, JAVIER “Cláusulas Abusivas, Buena Fe y Reformas del Derecho de Contratación en España” *RCDI*, 1998, No. 648, p. 1545, siguiendo el criterio de Alfaro, “Nota Crítica” *ADC*, 1994, fascículo II, p. 311, quien considera que es un error creer que el mercado se encuentra controlado por la ley de la oferta, pasando el consumidor de ser un soberano árbitro –ley de la demanda- a un mero súbdito de la relación contractual.

¹²⁵ BUSTOS PUECHE, “Juicio crítico...” cit. p. 971.

¹²⁶ Bruselas 8/10/2008 COM (2008) 614final 2008/0196(COD)

¹²⁷ En teoría, un mercado funciona cuando hay alta competitividad y consumidores perfectamente informados, por lo que, en teoría, los problemas de ineficiencia del mercado se solucionarían con las normas sobre la competencia y sobre la información, y no con normas de derecho contractual.

Esto sería razón suficiente para justificar una intervención estatal que garantice la justicia o el equilibrio de los contratos, ya que el Estado debe actuar cuando no actúa el individuo y en este sentido la doctrina parecen entender que el consumidor –adherente- no interviene directamente en el hecho que regula, y su propia calidad de consumidor le impide velar por sus propios intereses, dando por sentada la incapacidad del individuo de saber y decidir lo que le conviene¹²⁸.

Pues bien, esta intervención podría cuestionarse a la luz de la protección de los derechos a la libertad contractual y autonomía de la voluntad, no parece correcto que el derecho deba intervenir para restablecer la situación de equilibrio perdida por los efectos del mercado¹²⁹, la función estatal debe estar reducida a velar por el cumplimiento de los contratos y a defender que lo pactado sea producto de la voluntad de las partes.

El desequilibrio de los contratantes, la debilidad de quien negocia, la pérdida de la libertad contractual como consecuencia de la desigualdad económica, no son más que tópicos trillados dentro del derecho de consumo¹³⁰. La libertad del consumidor y sus intereses los protege el funcionamiento eficiente y transparente del mercado y el derecho tiene como tarea garantizar dicho funcionamiento o sus resultados cuando la competencia entre oferentes no garantice la libre autodeterminación del consumidor (defectos de información, monopolios etc.) lo que no significa que el consumidor está estructuralmente sometido al empresario¹³¹.

Por otra parte, la existencia de un verdadero mercado de las condiciones generales o la posibilidad real de renunciar al contrato, son cuestiones que en determinados casos se pueden considerar secundarias respecto a la decisión de contratar –tal como cuando se trata de estipulaciones contractuales distintas de las

¹²⁸ BUSTOS PUECHE, “Juicio crítico al pretendido derecho de consumo” *Ob. Cit.* p. 969.

¹²⁹ PAZ ARES, *La economía política como jurisprudencia racional*, *Ob. Cit.* pág. 601. Quien se manifiesta a favor de las medidas proteccionistas antes los beneficios del mercado.

¹³⁰ BUSTOS PUECHE, “Juicio crítico al pretendido derecho de consumo” *Ob. Cit.* p. 970.

¹³¹ ALFARO “Nota Crítica” *ADC*, 1993, fascículo 1, p. 301; en el mismo sentido AVILÉS GARCÍA, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España” *Ob. Cit.* p. 1544

relativas a los elementos esenciales en los contratos individuales- y por lo tanto a la existencia de la libertad contractual, por que lo que resulta determinante en muchos casos, es el mercado de los elementos esenciales, y a menos que el bien o servicio no sea de los que se ofrecen como un servicio público o en régimen de monopolio¹³², la opción de renunciar siempre será una alternativa disponible que dependerá de cuan dispuestos están los adherentes a prescindir de dicho bien o servicio. Para ello el adherente debe tener la libertad de medir sus propios intereses.

Aunque se admita que la libertad contractual se ve limitada por la predisposición, no creemos en el estado de necesidad –casi obligatorio- que lleva a los adherentes a tomar decisiones, sino en una decisión libre de adquirir un bien o servicio que conlleva determinadas prestaciones a cambio de determinadas obligaciones conocidas, o que deberían ser conocidas, y consentidas por él mismo al momento de tomar la decisión. El hecho de que los términos de un contrato sean planteados por una de las partes como un lo toma o lo deja, no excluye la existencia de la libertad contractual por parte del que se somete sin más, a la propuesta¹³³.

No queremos con esto restar importancia al mercado de las condiciones generales, pero para poder decir que no hay libertad habría que preguntarse primero si el régimen de información sobre estos extremos es suficiente, y si la falta de información, y consecuentemente falta de mercado, no se debe a una negligencia de los adherentes más que a una mala fe o abuso de quienes ostentan el poder de predisponer.

Las normas que regulan el derecho de las condiciones generales deben estar dirigidas más que a prohibir u obligar a las partes a incluir o no determinadas

¹³² Aunque en régimen de monopolio un aumento del precio en los bienes y servicios no necesariamente significa la incorporación de cláusulas abusivas a los contratos, y consecuentemente un perjuicio a los consumidores que se traduzca en un precio total mayor, en términos económicos, un término contractual abusivo representa a veces un mayor daño para los consumidores que el beneficio que significa para los empresarios, por lo que no siempre será rentable. Cfr. CRASWELL, RICHARD, “Libertad de Contratación”, en *Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2002.

¹³³ ALFARO ÁGUILA-REAL “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, DÍEZ-PICAZO (dir.) Civitas, Madrid, 2002, p. 117

cláusulas, a garantizar el marco de decisión contractual propio para que los adherentes puedan aceptar o rechazar en libertad determinadas condiciones, y esto, mientras se garantice una información adecuada y la incorporación de las cláusulas bajo unos parámetros de respeto a la buena fe, no puede cuestionarse.

Precisamente la norma reguladora por excelencia, la Ley de Condiciones Generales vendría a reforzar la aplicabilidad de algunos principios entre los que destaca la autonomía privada, en el sentido de que al adherente se le habilitan las vías para que pueda tener más claro el contenido del contrato¹³⁴, se establecen las garantías para que su adhesión pueda ser considerada un verdadero consentimiento y así el ejercicio de su libertad contractual queda supeditado al cumplimiento de ciertos deberes contractuales derivados de otros principios que la ley ha consolidado como límites a la autonomía de la voluntad o como criterio de validez de las cláusulas¹³⁵, y que una vez satisfechos, producen que las cláusulas sean eficaces como si de verdadera voluntad se tratara, como en efecto se trata de una verdadera voluntad.

Al respecto podríamos poner el ejemplo de una cláusula no negociada que obliga al comprador de una vivienda a subrogarse necesariamente en el crédito hipotecario suscrito por el promotor para la construcción del edificio completo, sin posibilidad de optar por fórmulas alternativas de financiación que satisfagan mejor sus necesidades, sería nula por abusiva gracias a un control del contenido, a mi juicio, en la medida en que coarta la libertad de una de las partes a decidir con quien contratar un servicio accesorio a la misma compra venta de vivienda.

Sin embargo, para que pueda hablarse de libertad debe existir la posibilidad de una alternativa cuando un contrato lleva aparejado obligaciones adicionales que no corresponden a la naturaleza propia del mismo. Así el adherente podrá decidir libremente entre subrogarse en el crédito que le ofrece el vendedor y aceptar las condiciones que le son propias, como el pago de los costos

¹³⁴ BADENAS CARPIO, “Artículo 2. Ámbito subjetivo” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* Bercovitz (coord.) Aranzadi, Navarra, 1999, p. 91

¹³⁵ La libertad contractual tiene un fundamento ético derivado del principio de buena fe, en cuanto impone la fidelidad a la palabra dada, lo que permite a la otra parte confiar en la promesa realizada, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, T I, p. 124.

de subrogación y cancelación, o adquirir el crédito necesario para la compra de la vivienda a través de otra entidad financiera. Caso contrario, habría claramente una falta de libertad dado que el consentimiento no versaría sobre obligaciones propias del tipo contractual, sino sobre la celebración de un contrato autónomo, pues se trata de prestaciones adicionales que deben ser aceptadas o rechazadas por separado¹³⁶.

En sentido contrario se ha expresado NIETO CAROL¹³⁷, quien considera que si se tienen por no puestas las cláusulas en las que el proveedor exija que el crédito para su financiación únicamente pueda ser otorgado por un determinado concedente, si el consumidor dispone de la opción de no concertar el contrato de crédito o puede acordar la operación con otro prestamista, las entidades de crédito dejarán de efectuar estas operaciones.

La tesis de PAGADOR¹³⁸ es la que mejor explica el fenómeno de la libertad contractual y las condiciones generales, entiende que las condiciones generales están indudablemente amparadas por un acto de autonomía de la voluntad aunque el contenido de regulación material de una cláusula no sea considerada expresión de la voluntad común de los contratantes, lo que vendría a justificar la imposición

¹³⁶ Puede verse al respecto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo de 5 de marzo de 1999, que declara la nulidad, por abusivas, de unas condiciones generales introducidas por un promotor inmobiliario y que obliga a los adherentes a subrogarse en el crédito hipotecario que este contrató para financiar la construcción del inmueble y cuyas condiciones económicas no se pusieron en conocimiento del cliente al momento de contratar – entre otras, se establece una comisión de apertura sin sentido en una subrogación- Así, Ballesteros Garrido, “Buena Fe y calificación de condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la Sentencia de la AP Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)” en *La Ley*, 1 de septiembre 1999. En sentido parecido, la STS 17/03/2010 (La Ley 8713/2010) declara la nulidad de una cláusula en un contrato de compraventa privada en la que el predisponente estipula que para el caso de que el comprador esté interesado en arrendar sus unidades viene obligado a hacerlo a través de la sociedad designada por el promotor, lo cual constituye una clara manifestación de cláusula abusiva, ya que con ella se limita el derecho de uso y disposición de la propiedad coartando el derecho de libertad contractual... y ante un supuesto de imposición al adquirente de unos servicios accesorios no solicitados. En sentido contrario parece opinar CARRASCO PERERA, admitiendo que no existe esa metacláusula sino, un entero supercontrato que engloba dos contratos; refiriéndose a la nulidad de uno de los contratos, en *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 2010. p. 822.

¹³⁷ “Condiciones Generales en los Contratos Bancarios” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, Civitas, Madrid, 1998, p. 524.

¹³⁸ *Las Condiciones Generales*, ob. cit. pp. 652 ss. En contra se manifiesta PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, para quien la idea de que las condiciones generales valen por que son aceptadas se contradice con un control del contenido de las mismas fundamentado en la falta de libertad. Cree que las condiciones generales no son fruto de la autonomía de la voluntad y (*Las cláusulas abusivas...*p. 85, nota 166)

de límites más estrictos concretados en un control del contenido, dentro de los que se encuentran el respeto al derecho dispositivo y en su defecto, las exigencias de la buena fe cuando la desviación de estas normas no se encuentre justificada por la naturaleza y tipo contractual.

Pagador entiende que la predisposición origina una especial necesidad de protección que se hace innecesaria e inadmisibles respecto a aquellos aspectos de la relación contractual sobre los que las partes alcanzan acuerdos bilaterales, pero como garante de la libertad contractual.

A nuestro criterio, mientras el contrato, con condiciones generales o condiciones particulares, se siga concluyendo tras una valoración y adecuada información de los elementos esenciales y de los que puedan afectar directamente la decisión de contratar y sobre los que puede o no existir tratos previos, no puede hablarse de una ausencia de libertad de contratación en ningún sentido.

El problema principal no es la falta de libertad, sino la falta de información adecuada que garantice esa libertad necesaria para la perfección de los contratos. Las condiciones generales no constituyen en si mismas cláusulas carentes de libertad contractual sólo por el hecho de estar predispuetas y desprovistas de la configuración bilateral de las partes contratantes, las condiciones generales serán cláusulas no aceptadas, sólo cuando el régimen de información contractual por el que deben estar reguladas no funcione adecuadamente para garantizar un consentimiento libre.

De aquí la importancia del deber de transparencia que la buena fe impone a las condiciones generales de la contratación, desde un punto de vista económico la transparencia garantiza el funcionamiento de los mercados organizados, comprendiendo que mejorando el funcionamiento del mercado se produce naturalmente un efecto de protección a los adherentes¹³⁹; y desde un punto de vista jurídico las normas sobre transparencia tienen como bien protegido la libertad contractual, garantizada sólo en la medida en que exista una correcta

¹³⁹ GIMÉNEZ VILLANUEVA, TOMÁS, “Transparencia en la Contratación Bancaria” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, ob. cit. p. 657.

información de las obligaciones y derechos que el ordenamiento le impone y otorga a cada una de las partes.

Así pues, vemos como se han producido transformaciones en el derecho contractual a través de la doctrina que ha evolucionado a merced de los profundos cambios producidos en el siglo xx, en el que convergieron ideologías de todo tipo, pero no puede hablarse ni de muerte del contrato ni del predominio de una ideología intervencionista, sino más bien del retorno de las doctrinas liberales, aunque en un contexto muy diferente y por tanto con significado y alcance distintos a los que tuvieron inicialmente¹⁴⁰.

4.3. La Buena fe como límite a la Libertad Contractual

Hasta ahora hemos defendido la existencia de la libertad contractual basándonos sobre todo en la idea de que mientras exista una fuente de información efectiva que le permita al adherente conocer el alcance de las obligaciones y los derechos que asume al contratar está actuando en el ámbito de la libertad –quien consiente lo que otro quiere, aún sin conocerlo pero con la posibilidad de hacerlo, consiente a efectos contractuales-. Pero también hemos postulado la más tradicional de las doctrinas que reconoce que la libertad contractual como ejercicio inequívoco de la autonomía de la voluntad tiene límites de distinta naturaleza que hacen que el contrato se desarrolle en un marco de mutuas libertades¹⁴¹.

¹⁴⁰ MIQUEL, “Disposición adicional primera, Modificación a la Ley General de Defensa de los consumidores” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Díez-Picazo (dir.) Civitas, Madrid, 2002 p. 900

¹⁴¹ F. DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *ADC* 1982, p. 1053 Nota 232. Antes de la Revolución Francesa ya existían vestigios de este tipo de contratación, aunque el código decimonónico pretendiera en su momento establecer derechos de igualdad de las prestaciones y el principio de la autonomía de la voluntad, hay que considerar que la autonomía de la voluntad nunca ha sido un poder ilimitado por lo que querer defenderla bajo esa bandera no deja de ser un planteamiento inocuo. También puede verse ESPÍN CÁNOVAS “Los límites a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado” *Ob. Cit.* p. 10: “*La autonomía de la voluntad que se consagra en los Códigos Civiles bajo ese signo individualista, tenía también un límite infranqueable, el que imponen orden público y buenas costumbres.*” En el mismo sentido, ALFARO, “...de libertad contractual en el sentido de ausencia de límites estatales específicos a la determinación por las partes del contenido del contrato no puede hablarse con propiedad hasta la época liberal. Con anterioridad no existe la autonomía privada en su sentido contemporáneo...” en, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, *Ob. Cit.* p. 85, p de p 152; igualmente, MARTÍN BALLESTERO, L. *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, *Ob. Cit.* p. 35, “*La autonomía de la voluntad, mas que un problema de libertad es un problema de sus límites*

Ese vínculo creado a partir del consentimiento de condiciones generales genera una serie de expectativas en la parte que se adhiere, que suponen un grado de confianza en que el contrato será regulado con las reglas no escritas pero conocidas y observadas por todos según la naturaleza del contrato, confianza que a su vez impone a la otra parte contractual un deber que va más allá de actuar correcta y honradamente, el deber de lealtad.

La predisposición contractual que se manifiesta en estos contratos somete al predisponente a especiales exigencias de la buena fe, que incluye incorporar al contrato una regulación equilibrada y respetuosa de los intereses del adherente. Queda así, la libertad que le otorga al predisponente la predisposición, limitada por la buena fe.

Dado que una de las partes contractuales –predisponente- no queda sometida al control que naturalmente realizaría la participación de la otra parte –adherente- en el contenido del contrato, el ordenamiento jurídico ha dispuesto que dicho control debe ser realizado por un principio de exigencias concretas de deberes de conducta objetivos, que restaure, no la justicia del contenido contractual, sino el equilibrio entre obligaciones y derechos.

En los contratos de confianza mutua la autonomía de la voluntad queda limitada por la autonomía de la voluntad de la contraparte, pero en el caso de los contratos de adhesión, al estar la autonomía de la voluntad del adherente limitada por la adhesión, la del predisponente se limita por la buena fe como una forma de compensar los límites a las respectivas autonomías.

En este sentido el equilibrio de fuerzas de negociación de las partes que refiere el derecho de las condiciones generales no debe entenderse como el

*(...) puede proclamarse y repetirse a condición de que se subraye que prácticamente es hoy, como lo fue ayer y como lo será mañana, un problema de medida". Así mismo, LACRUZ, es incorrecto que se afirme que el contenido de voluntad puesto por las partes constituye todo el contrato, nunca ha sido así, y el contrato nunca ha sido eso, al contrario, la autonomía de la voluntad no implica que el contrato haya de valer solo con el querer de las partes, hay otros aspectos, como las normas supletorias, que deben tenerse en cuenta; *Elementos de Derecho Civil Patrimonial II-2 Ob. Cit.* p. 25.*

restablecimiento de la igualdad de las partes por que una de ellas se ha visto forzada a contratar bajo ciertas condiciones, sino más bien como el restablecimiento de la libertad contractual de ambas partes, por que una, por su propia voluntad decide contratar bajo ciertas condiciones en cuya formulación no participó, mientras la otra goza de un derecho de predisposición del que podría abusar si no lo ejerce con el debido respeto a la buena fe.

No es la situación de inferioridad de una de las partes la que justifica que la buena fe adquiera una función limitativa y no meramente complementaria de la autonomía de la voluntad, sino la situación de absoluta libertad respecto a la otra parte, en la que se encuentra el predisponente, es decir, la buena fe tiene una función de prohibición del ejercicio abusivo del derecho que tiene la parte de predisponer el contenido contractual.

La equiparación de autonomías o de libertades se hace imprescindible restaurando el valor de la buena fe en el ordenamiento jurídico, cuyas exigencias se intensifican como una manera de compensar las ventajas que se le proporcionan al predisponente. El efecto vinculante del contrato sigue siendo la autonomía privada, pero sometida a los parámetros de la buena fe –aunque elevados a su máxima potencia- como cláusulas contractuales que son las condiciones generales¹⁴².

Las condiciones generales no son abusivas y consecuentemente nulas por ser predisuestas, ni por ser redactadas por una sola de las partes, lo que técnicamente coloca a una parte en situación de inferioridad respecto a la otra, sino por ser contrarias a la buena fe, en este caso elevada a cláusula general; por ello se justifica que la buena fe como criterio regulador del contenido del contrato sea un instrumento de protección de los adherentes empresarios, por que aunque evidentemente éstos no se encuentran en un grado de inferioridad respecto a los

¹⁴² En sentido contrario opina AVILÉS GARCÍA, JAVIER, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Ob. Cit.* p. 1575, siguiendo a MÍQUEL y ALFARO, quienes consideran que las condiciones generales no vinculan por si mismas, ya que son declarativas de las fuentes de integración, sino que además estas fuentes vincularán solo en la medida en que establezcan una regla contractual que sea conforme con la buena fe.

predisponentes, si se encuentran desprovistos del ejercicio total de su autonomía por la adhesión contractual.

En este sentido la buena fe es tenida como una fuente de normas de conducta exigibles a todas las partes según la naturaleza de la relación jurídica de la cual se trate, no se utiliza como instrumento que busca determinar la verdadera voluntad, sino una manifestación de la responsabilidad objetiva, obliga como si fuera querido lo que se desprende de la conducta observada en cuanto apreciada por la buena fe¹⁴³.

No siempre la doctrina está de acuerdo con que la buena fe que origina el control del contenido opera como un límite a la autonomía de la voluntad, y alguna parte de la doctrina ha sugerido que lo que se limita es la autorización que la adhesión supone para concretar la regla contractual¹⁴⁴. Por otra parte, la doctrina normativista entiende la buena fe como una función de integración, que no crea la regla contractual, sino que se limita a concretarla, desarrollarla o explicarla, por que la eficacia de las condiciones generales no tiene carácter constitutivo¹⁴⁵.

Sin embargo, la buena fe integradora ya se encuentra contemplada por la ley como tal de manera específica por el artículo 10 que remite directamente a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. En este sentido la buena fe se encuentra en un grado inferior de jerarquía entre las fuentes de integración del contrato, colabora con el derecho dispositivo y concreta, desarrolla o limita la regla contractual, tomando y considerando en la medida de lo posible dentro del ámbito de las condiciones generales, la voluntad de las partes para integrar el contrato.

¹⁴³ DE CASTRO, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, p. 89-90

¹⁴⁴ MÍQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales” Ob. Cit. p. 4952. No se puede limitar la autonomía dice, por que la regla contractual no es producto de la autonomía de la voluntad.

¹⁴⁵ En esta corriente, ALFARO; AVILÉS GARCÍA, JAVIER, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *RCDI*, No. 648, 1998, p. 1573; y a la que parece haberse sumado MÍQUEL, “Reflexiones sobre las condiciones generales” Ob. Cit. p. 4947.

No se trata de una interpretación de la voluntad sino de una reconstrucción conforme a una hipótesis sobre esa voluntad que no ha sido expresada. Cumple también una función de interpretación integradora al colmar los vacíos tanto de la voluntad como de la reglamentación contractual¹⁴⁶.

La buena fe que aquí entra en juego, no es la buena fe como criterio de integración, sino el conjunto de criterios valorativos de la conducta. Adquiere una función más exigente, no sólo por que se sitúa en el mismo plano de la ley¹⁴⁷, sino por que constituye un parámetro objetivo por el cual las partes actúan o deben actuar, más allá o a pesar de sus respectivas voluntades. Incluso más allá del desconocimiento de las condiciones generales de los adherentes. Es la regulación resultante de una valoración equilibrada de los intereses de las partes, a la vista concretamente de la naturaleza y el tipo del contrato celebrado.

En otro plano, puede considerarse la buena fe no como límite de la libertad contractual, sino como una condicionante para que sea efectivamente libertad contractual, sin ella, el ejercicio de este derecho se convierte en abuso de autonomía.

¹⁴⁶ MÍQUEL, J. M. “Disposición Adicional Primera Tres” *Ob. Cit.* p. 939.

¹⁴⁷ LLODRÁ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 253.

5. Aproximaciones a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación

5.1. Concepto de condiciones generales y ámbito de aplicación de la Ley

La Ley de Condiciones Generales nos ofrece una clara definición de lo que son condiciones generales de la contratación, son condiciones generales (1) las cláusulas predispuestas e (2) impuestas por una de las partes, e (3) incorporadas a una pluralidad de contratos (4) con independencia de la naturaleza del adherente. Dicho marco conceptual tiene una finalidad delimitadora de su ámbito de aplicación, determinando con el concepto, cuáles son las cláusulas que serán reguladas por la presente normativa.

Las cláusulas, cuya naturaleza jurídica contractual hemos dejado zanjada¹⁴⁸, deben ser predispuestas por la parte –entiéndase parte aunque no hubiera redactado las cláusulas- que las impone y las incorpora a los contratos bajo el régimen de la adhesión, es decir excluyendo al adherente de la posibilidad de negociarlas o rechazarlas si lo que quiere es contratar el bien o servicio.

Pese a que la Ley en principio fue producto de la transposición de la Directiva Comunitaria sobre protección a los consumidores, ésta tiene carácter más general y su ámbito de aplicación no se limita a los contratos celebrados con consumidores, sino que establece como condiciones generales aquellas que se incorporan a los contratos celebrados entre un adherente y cualquier persona física o jurídica, eso sí, remitiendo a la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios cuando el adherente actúa en su carácter de consumidor.

En lo que concierne al régimen general, los consumidores también son objeto de protección de la ley, con algunas salvedades particulares como que para que la protección contenida en ella surta efectos en el caso de los consumidores no

¹⁴⁸ De acuerdo con la doctrina mayoritaria, Cfr., ARROYO MARTÍNEZ “Capítulo Primero. Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*”, (IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ (coord.) Tecnos, Madrid, 1999, p. 25; ALFARO, “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 106; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 31.

se requiere que las condiciones generales sean incorporadas a una pluralidad de contratos, basta que sean cláusulas no negociadas individualmente, predispuestas e impuestas; y que dichas cláusulas están sometidas a un especial régimen de control del contenido incorporado en la ley como una reforma a la Ley de Protección de Consumidores y Usuarios, y en tal caso su aplicación prevalece sobre la ley de condiciones generales.

5.1.1. La contractualidad

Del espíritu de la ley se desprende que las condiciones generales gozan de carácter contractual, lo que coincide con los planteamientos doctrinarios mayoritarios en España¹⁴⁹.

El establecimiento en la norma de unos requisitos de incorporación de las condiciones generales a los contratos, a una pluralidad de contratos, es la primera luz que nos ofrece el legislador que ha querido dejar sentado que las condiciones generales son cláusulas contractuales, lo que también hace que para efectos del marco normativo que los regula, los contratos con condiciones generales y los contratos de adhesión deben entenderse como sinónimos, el problema de las condiciones generales de la contratación y del contrato de adhesión es uno mismo, adherirse al texto contractual predispuesto no es sino adherirse a las condiciones generales que constituyen su contenido¹⁵⁰, es decir a las cláusulas predispuestas incorporadas al contrato previamente.

A su vez, los requisitos de incorporación exigidos en la ley dan cuenta de que la validez de estas condiciones generales se desprenda del propio contrato y no de un poder normativo externo al de la voluntad de las partes, las reglas de interpretación, el control del contenido y las sanciones son también un buen referente para determinarlas como cláusulas contractuales.

¹⁴⁹ Entre los más significativos desertores de esta doctrina se encuentran ALFARO ÁGUILA-REAL, y GARRIGUES.

¹⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “Ámbito objetivo” Ob. Cit. p. 35, en el mismo sentido, SILVA RUIZ, P., “Las Condiciones Generales y su control en el derecho contractual

Los requisitos de incorporación tienen como finalidad garantizar el conocimiento primero- aunque no sean efectivamente conocidas por el adherente- y posteriormente el consentimiento como consecuencia del conocimiento, de las condiciones generales, y solo aquellas cláusulas que hayan superado estos controles, es decir que hayan sido aceptadas por el adherente pasarán a formar parte del contrato, pues es el mismo consentimiento el que les da carta de naturaleza contractual.

Lo mismo sucede con las reglas de interpretación, que son las mismas que se aplican en el derecho Común, y el límite del contenido de las condiciones generales –salvo las incorporadas a los contratos con consumidores que son más extensas- es el mismo que el derecho impone como regla general a las cláusulas contractuales, y la sanción de nulidad parcial junto con el régimen de integración para determinar el contenido válido del contrato son los mismos remedios que ofrece el ordenamiento común para los casos de abuso de la autonomía de la voluntad¹⁵¹.

Sin embargo, no todas las condiciones generales incorporadas deben ser consideradas cláusulas contractuales como tales para efectos de su marco regulador¹⁵², la naturaleza contractual va a depender en gran medida del origen del contenido de la cláusula, si esta procede de la autonomía privada del adherente o si tiene su origen en una disposición legal aplicable al contrato con carácter imperativo.

En el primero de los casos no hay duda alguna que la autonomía privada, así sea unilateral con los respectivos mecanismos de control, deviene en regla contractual; en el caso que se incorpore una norma imperativa aplicable siempre al contrato con independencia de la voluntad de las partes, no se trata de cláusulas contractuales, ya que su valor vinculante no se deriva de ellas mismas sino de

comparado” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Espiau Espiau (coord.) Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 141.

¹⁵¹ En este mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, “Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 33

¹⁵² Ver en este sentido ALFARO, “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, OB. CIT. p. 98, 106 ss; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “Ámbito objetivo” Ob. Cit. p. 34.

disposiciones legales de ineludible cumplimiento que regularían igualmente al contrato aún si no fueran incorporadas en el condicionado.

Difiere la regla cuando se incorporan mediante condiciones generales normas de carácter dispositivo, que pueden ser consideradas cláusulas contractuales en principio dado que su inclusión procede de un acto de autonomía privada del adherente, no así cuando el derecho dispositivo se incluye en defecto de regla derivada de la autonomía privada que al ser incorporada al condicionado general juega un papel de regla supletoria de la voluntad, que llena una laguna contractual y adquiere naturaleza imperativa.

5.1.2. La Predisposición y la Generalidad

La predisposición implica que las cláusulas hayan sido redactadas previamente sin considerar los aspectos particulares de celebración del contrato al que se incorporan, lo que en cierto sentido da cuenta del control al que son sometidas éstas cláusulas y de las especiales exigencias que la buena fe impone a quien predispone, particularmente la de tomar en cuenta las expectativas legítimas y razonables de la parte que se adhiere y que no ha participado en la determinación del contenido contractual.

Pero la predisposición del contenido contractual no resulta el único criterio determinante del concepto de condiciones generales para efectos de la aplicación de la ley, esta debe acompañarse del criterio de pluralidad, referido al número de contratos a los que las cláusulas predispuestas pretenden ser incorporadas¹⁵³. A simple vista, la finalidad del legislador ha sido excluir deliberadamente aquellos contratos en los que las cláusulas contractuales son predispuestas pero no se utilizan en una generalidad de contratos.

Sin embargo, al margen de los inconvenientes que representan probar que una cláusula fue predispuesta con intención de ser incorporada a varios contratos,

¹⁵³ ALFARO, “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p 115; ARROYO MARTÍNEZ “Capítulo Primero. Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*”, Ob. Cit. p. 26.

la generalidad no debe entenderse en un sentido estricto, más allá de lo que se entiende como número de contratos, lo que realmente pretende el legislador es que se estime como tal la mera intención de incorporar determinadas cláusulas a varios contratos, sin importar si efectivamente fueron incorporadas a más de uno¹⁵⁴.

No sucede así en las contrataciones con consumidores, cuyo ámbito se encuentra regulado específicamente por la ley de defensa de consumidores y usuarios y que sólo exige que las cláusulas sean no negociadas individualmente para incluir los contratos en su régimen de protección¹⁵⁵.

En este caso la ley no exige la pluralidad de contratos, lo que a nuestro juicio resulta un sinsentido legislativo, puesto que si la consecuencia de la predisposición a una pluralidad de contratos es celeridad en el tráfico jurídico sin los inconvenientes propios de la negociación, es lógico que donde más condiciones generales con este fin van a existir es en los contratos con consumidores, y resulta más probable encontrar cláusulas no negociadas individualmente pero no incorporadas a una pluralidad de contratos en las relaciones jurídicas celebradas entre empresarios.

Sin embargo, se puede llegar a entender la opción legislativa dado que los legisladores modernos han optado por dotar al consumidor de mayores instrumentos de protección frente a los poderes de predisposición de los empresarios, particularmente cuando se trata de declarar condiciones generales como abusivas, en las que, como ya hemos referido, no es necesario que medie el requisito de pluralidad.

5.1.3. La imposición

¹⁵⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA Y PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Los contratos de Adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, ob. Cit. p. 1598

¹⁵⁵ Es decir, para considerar una cláusula dentro del condicionado general como abusiva, en este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 114.

A nuestro juicio, la imposición se encuentra vinculada a la predisposición de manera inexorable, no vemos posible que la predisposición de las cláusulas – que no es más que redacción previa de las condiciones generales- pueda darse en circunstancias de negociación, ni viceversa, si mediara la negociación –esto es lo contrario a la imposición- las cláusulas dejarían de ser predispuestas y pasarían a ser producto de la voluntad directa de ambas partes y a formar parte del condicionado particular, y dejarían de ser naturalmente impuestas y predispuestas.

Sin embargo, siguiendo los criterios doctrinarios precedentes que han optado por entender por separado estos conceptos y considerando por ejemplo, que puede suceder que, una cláusula prerredactada sea incorporada al condicionado general tras negociación de ambas partes, por lo cual dejaría de ser condición general, o que una cláusula predispuesta haya sido objeto de consentimiento por ambas partes, como es el caso del precio, que nadie discute que tras ser predispuesto por el oferente sea sin embargo, impuesto al adherente, puesto que se trata de una oferta elegida por el adherente entre tantas que hay en el mercado¹⁵⁶, se hace una referencia independiente de lo que en el sentido de las condiciones generales, puede entenderse como imposición.

En primer lugar, la imposición viene determinada por la ausencia de negociación individual¹⁵⁷, son cláusulas sobre las que el adherente no ha podido ejercer ningún tipo de influencia en su contenido y que debe aceptar bajo la regla de *take it or leave it* –o lo toma o lo deja- en aras de adquirir un bien o contratar un servicio determinado. Imposición es pues que las condiciones generales incorporadas a un contrato no admiten cambios ni alteraciones.

¹⁵⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA Y PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Los contratos de Adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, Ob cit. p.1594. Según los autores, la única forma de entender correctamente el requisito de la imposición es considerándolo como una ausencia del consentimiento, en este sentido no son consentidas las cláusulas predispuestas relativas a los aspectos normativos del contrato, pero si el precio, porque la elección entre las distintas ofertas se hace teniendo en cuenta aquel y su relación con el objeto del contrato, los mismos autores reconocen que no siempre sea de esta forma, ya que hay cláusulas de contenido económico que no han sido consentidas y por circunstancias determinadas hay cláusulas de contenido normativo que no solo son consentidas, sino que en función de ellas el adherente toma decisiones.

¹⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “Ámbito objetivo” Ob. Cit. p. 27; ALFARO “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la*

El término sin embargo, no hace referencia más que a un concepto normativo cuyo significado no es el mismo al que se le atribuye en un lenguaje común¹⁵⁸, imposición más que presión, significa que las condiciones generales les son *imputables* a una de las partes, quien las ha elaborado con independencia de lo que la otra pueda pretender en un negocio como ese –aunque sometido a las exigencias de la buena fe y las expectativas legítimas; y sin considerar las circunstancias particulares pretende convertirlas en la regla contractual del negocio concreto.

No hay que obviar que el criterio de la imposición resulta relevante únicamente para determinar el concepto de condiciones generales, pero la imposición en el sentido estricto de la palabra es relativo en la consideración de cláusulas contractuales, imposición implica que la libertad de una de las partes contratantes se vea reducida a una adhesión sin más, pero no debe olvidarse que al entrar en juego las reglas de incorporación, la adhesión se convierte en consentimiento y las condiciones generales pasan de ser impuestas a ser aceptadas, el consentimiento le otorga legitimidad como cláusulas contractuales que la parte interesada ha consentido como contraprestación por adquirir un bien o contratar un servicio.

5.1.4 Los elementos esenciales del contrato

Con lo anterior a la vista, cabe preguntarse si cumplidos los requisitos de predisposición, imposición y generalidad, es suficiente para considerar una condición general en sentido legal, es decir susceptible de la aplicación de la regulación contenida en la ley; particularmente cabe la pregunta cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato como el objeto y el precio, que como veremos en páginas posteriores, se excluyen del control del contenido al que quedan sometidas las condiciones generales.

contratación, Ob. Cit. p 117; LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Ob. Cit. p. 120.

¹⁵⁸ PAGADOR LÓPEZ, *Derecho de los negocios*, Oct 1998, p. 23

En el derecho español, un silencio legislativo debido a una errónea transposición de la Directiva Comunitaria 93/13 sobre protección a los consumidores que excluía de su ámbito de aplicación el objeto y el precio de los contratos, ha dado pie a que se considere posible un control de contenido sobre estos elementos, a tal punto que los mismos Tribunales se han encargado de entender que la falta de transposición es permisiva con el control del contenido sobre cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato¹⁵⁹.

En principio debe entenderse que este error legislativo no debe interpretarse como una puerta abierta al control del contenido sobre elementos esenciales, y si estas cláusulas no son consideradas condiciones generales, pero tampoco son negociadas individualmente, ¿bajo que régimen se regulan?, la respuesta nos la da ALFARO¹⁶⁰ quien sostiene que el control de las condiciones generales se explica y justifica por la ausencia de influencia de estas en la decisión de contratar, o más bien, por la ausencia de consentimiento sobre las cláusulas que el adherente no toma en cuenta para contratar, sin embargo, resulta improbable que el hecho de que el precio de un bien o un servicio sea predispuesto no sea tenido en cuenta por el cliente, todo lo contrario, son elementos decisivos para que el consumidor o profesional adquiera el bien o el servicio y la libertad contractual en este caso no se ve afectada por la adhesión. La cláusula en este caso queda sometida al régimen de incorporación de condiciones generales, y en caso de no superarlo se tendrá como nula de acuerdo al régimen de nulidad contractual que la misma ley remite.

No puede pues, interpretarse el vacío legislativo como una patente de corso para realizar un control sobre el contenido de las prestaciones o elementos esenciales del contrato, por que simplemente la ley no lo ha establecido¹⁶¹, tampoco se puede opinar, como lo han hecho algunos, que la exclusión del control de contenido cesa cuando estos elementos esenciales no han sido redactados con

¹⁵⁹ Ampliamente sobre este tema, CÁMARA LAPUENTE, *El control de Cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*, Ob. Cit. p. 165, con citas de las Sentencias: JPI Madrid No. 2 de 25 de octubre de 2002 (AC 2003, 362); JPI Palma de Mallorca No. 14 de 27 de noviembre de 2002 (AC 2003, 361).

¹⁶⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL "Disposiciones Generales" en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. P. 132.

transparencia¹⁶², lo que si sugiere este hecho es que el control debe velar, por que las condiciones generales no tergiversen o modifiquen el contenido de lo pactado en las condiciones particulares.

5.1.5. El sujeto protegido por la Ley

La primera delimitación que la ley hace es la de quien predispone, que debe ser un profesional, y la de quien se adhiere, que puede ser cualquier persona natural o jurídica, actuando como consumidor e incluso como empresario.

Ampliando un poco los conceptos, no basta que quien se sirva de condiciones generales tenga la condición de empresario para ser considerado predisponente, sino que es necesario que utilice de manera regular condiciones generales actuando en el marco de su actividad económica¹⁶³. El adherente en cambio puede ser cualquiera actuando en el ámbito de una actividad comercial o una actividad de consumo.

Sin embargo, respecto al régimen de protección la misma ley regula de manera diferente el control a las condiciones generales cuando se trata de contratos con consumidores y cuando se trata de contratos entre empresarios, es decir ambas partes actuando en el marco de su actividad profesional.

Los adherentes consumidores se encuentran doblemente protegidos por un control del contenido específico, regulado por la Ley de protección de los consumidores a la que la misma ley de condiciones generales remite. Así las cosas, no es cierto que el sujeto protegido por todo el texto de la ley sea el adherente a secas, es el adherente consumidor quien lleva ventaja sobre aquellos que adquieren un bien o contratan un servicio en el ejercicio de su actividad profesional, quienes como veremos, se encuentran sometidos a un control de

¹⁶¹ MÍQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ob. cit. p. 723.

¹⁶² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 706

¹⁶³ BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, “Artículo 2. Ámbito subjetivo” Ob. Cit. p. 88.

contenido fundamentado en el principio de la buena fe como criterio determinante de la abusividad de las condiciones generales.

Por consumidor protegido se entiende no solo quien es el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional.

5.2. La Buena Fe en la Ley de Condiciones Generales

5.2.1. La Cláusula General contenida en la Disposición Adicional I Tres

La Ley de Condiciones Generales incorpora la buena fe como una cláusula general que exige una norma de conducta concreta y específica.

Como cláusula general constituye el criterio determinante para distinguir cuando nos encontramos ante una condición general abusiva. Si bien las cláusulas abusivas definidas como aquellas que en contra de las exigencias de la buena fe causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, pueden o no tener el carácter de condición general, naturalmente por el límite temático de este trabajo nos referiremos a las condiciones generales abusivas, aquellas cláusulas que además de ser predispuestas, impuestas y utilizadas en una pluralidad de contratos, causan un desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe.

Al estar incluidas en una cláusula general legal, las normas derivadas de la buena fe se colocan en un plano superior en la jerarquía normativa y pasan de tener un carácter supletorio propio de los principios generales, a la misma altura de la ley, cuya vocación es operar sobre otras normas a modo de norma de ajuste de los supuestos y efectos de las demás para servir a los valores que el principio representa, es un instrumento legislativo y no un criterio con función supletoria como lo es el principio general, es “una disposición de la ley que constituye un instrumento legislativo para el descubrimiento, obtención y formulación de reglas

jurídicas inspiradas en valores éticos, operando sobre normas ya formuladas para la consecución de un objetivo”¹⁶⁴.

La importancia de la formulación legal de un principio como la buena fe es la de ordenar la observancia del mismo más allá de su función integradora, la inclusión de cláusula general implica el reconocimiento de la función correctora de la ley que tiene este principio, o si se prefiere, la remoción de obstáculos formales para ese reconocimiento.

Así, al incluir la buena fe en una cláusula general de una norma como la que ahora nos ocupa, el legislador está expresando su voluntad de que se aplique dicho principio aún a pesar de los reparos que las concepciones excesivamente legalistas podrían ponerle a un principio tan general¹⁶⁵.

La cláusula general que se refiere a la buena fe objetiva consagrada en el art. 1258 CC¹⁶⁶, exige en primer lugar que la parte que predispone se comporte honradamente al establecer la regla contractual, es decir, de manera que esta responda a las expectativas razonables del adherente, lo cual a su vez significa que los derechos y obligaciones de las partes deben considerarse equilibrados de conformidad con la naturaleza del contrato que se celebra.

Una propuesta del anteproyecto de 1991 de la Ley de Condiciones Generales, establecía una presunción de buena fe que resultaría muy útil a efectos de concretar su contenido: “Se presumen contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato o modifiquen los derechos y obligaciones

¹⁶⁴ MIQUEL, J. M. “Disposición Adicional Primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Díez-Picazo (dir.) Civitas, Madrid, 2002, p 933, 943; en este sentido advierte la necesidad de que la Jurisprudencia tome conciencia de las grandes posibilidades que ofrece la cláusula general de la buena fe, que representa un instrumento de gran alcance cuyo peligro por ahora no parece su abuso sino su limitada aplicación.

¹⁶⁵ En síntesis, MÍQUEL GONZÁLEZ, “Buena Fe”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

¹⁶⁶ Entre otros, AVILÉS GARCÍA, JAVIER “Cláusulas Abusivas, Buena Fe y Reformas del Derecho de Contratación en España” *RCDI*, 1998, No. 648, p. 1553.

inherentes a su naturaleza”¹⁶⁷. Junto a ello cabe añadir la protección de los intereses legítimos de la contraparte.

En la determinación de los intereses legítimos del adherente se deben tomar en cuenta las buenas costumbres o moral social, los usos –que deben concordar con las buenas costumbres- y el derecho dispositivo en la medida en que estos sean considerados como lo normal por el legislador¹⁶⁸, lo que se pretende con ello es concretar lo que pactarían dos contratantes normales en condiciones de igualdad y debidamente informados.

En este sentido MÍQUEL considera que la buena fe de la ley se diferencia de la incluida en el 1258 CC, dado que aquella tiene una función integradora que impone contenidos contractuales no pactados expresamente, es decir no se trata de una interpretación o reconstrucción de la voluntad, sino de normas objetivas que se imponen a la voluntad de las partes.

¹⁶⁷ Anteproyecto de 1991, que llegó a ser informado por el Consejo General del Poder Judicial, MARTÍN PÉREZ, “Artículo 10” en *La Ley General para la Defensa e los Consumidores y Usuarios*, LLAMAS POMBO, (coord.) La Ley, Madrid, 2005, p. 238.

¹⁶⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 758, contrario opina MÍQUEL, quien considera que la moral social no resuelve los problemas de concreción de la cláusula general de la buena fe, ya que las contravenciones de la moral y el orden público presuponen una lesión grave que sobrepasa lo que significa desequilibrio contrario a la buena fe, por otra parte la moral y el orden público toman en cuenta los intereses de terceros y por último, las consecuencias de la contravención a las moral y el orden público son la nulidad total, así en “Disposición Adicional 1ª. 3” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 936 ss.

CAPÍTULO II

BUENA FE Y CONDICIONES GENERALES

1. Esbozos

El solo hecho de intentar encontrar una definición concreta de la buena fe es aventurarse en un túnel sin salida, o como diría algún autor “un suplicio para la inteligencia” que no es nuestro cometido en este lugar ni en este momento, es un concepto jurídico demasiado amplio e indeterminado, sin embargo y gracias a su inclusión en la ley de condiciones generales como cláusula general y criterio de validez de las mismas, es fácil encontrar en las actuales normas que regulan las condiciones generales, deberes y obligaciones de las partes contratantes que son a todas luces manifestaciones concretas del principio general de buena fe.

En la doctrina tradicional impera la teoría dualista¹⁶⁹ de la buena fe que la considera desde dos perspectivas distintas: la buena fe objetiva, entendida como aquél patrón de conducta que cabe esperar de las partes en cualquier tipo de relación jurídica y que funciona como una supranorma que, como regla general aplicable a todos los casos, tiende a la moralización de las relaciones jurídicas, siendo capaz de modificar los efectos de otras normas jurídicas e incluso de crear nuevas, y la buena fe subjetiva que se refiere a la situación subjetiva en la que se encuentran las partes jurídicamente relacionadas, situación psicológica del que ignora que al actuar de determinada manera está lesionando el interés ajeno.

¹⁶⁹ En la doctrina española se manifiestan en contra de esta teoría dualista, argumentando que se debe considerar la buena fe desde una concepción unitaria: HERNÁNDEZ GIL, “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979; CASTRO LUCINI, “Algunas consideraciones sobre la buena fe e la obra del profesor don Federico de Castro”, *ADC*, 1983, p. 1228; MATILDE FERREIRA RUBIO, “La buena fe: el principio general en el Derecho Civil”, Montecorvo, Madrid, 1984. A favor de la dualidad: DE LOS MOZOS, *El principio de la Buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil Español*, Bosh, Barcelona, 1965; MÍQUEL GONZÁLEZ, “Buena fe” *Enciclopedia Jurídica Básica*, Ob. Cit. p. 834, quien observa que la buena fe subjetiva y objetiva son autónomas y que es posible por ejemplo, incumplir de buena fe -subjetiva- (Arto. 1107Cc) las reglas de la buena fe objetiva (Arto. 1258Cc). Un buen ejemplo que nos ofrece el derecho de condiciones generales parte de las exigencias de información que la buena fe impone al predisponente, quien al no cumplir este deber, que se concreta en un deber de *transparencia* en la información sobre el alcance de las condiciones generales, habrá incumplido el deber de buena fe objetiva, y sin embargo haber actuado de buena fe, en su sentido subjetivo. La buena fe objetiva corrige el sistema en contra del

La buena fe objetiva proporciona al derecho contractual un conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la justicia interna de la relación contractual: la buena fe será lo que el contratante normal espera de la otra parte contratante según el tipo de contrato de que se trate.

Se puede resumir en los deberes de lealtad de los tratos, el proceder honesto, esmerado y diligente, la fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado en los demás ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas. Es además una directiva de interpretación que impone considerar el sentido del contrato presuponiendo lealtad y corrección, tanto en la elaboración del contrato como en el resultado que las partes pretendieron alcanzar (1288 CC)¹⁷⁰.

En el contexto en el que se desarrollan las condiciones generales, ese en el que una de las partes determina la regla contractual mientras la otra parte se adhiere a dicha regla con la confianza de estar tratando bajo las condiciones propias del contrato que celebra, la buena fe es tenida en su sentido estrictamente objetivo como código de conducta, y se revela como instrumento de protección de la confianza legítima, adquiere especial importancia, su incorporación produce una “revolución” jurídica al trastocar la jerarquización de las fuentes reguladoras de la relación contractual y anteponerse al derecho dispositivo y al uso y la costumbre¹⁷¹.

No es de obviar el hecho que el régimen de regulación de las condiciones generales descansa en principios generales del Derecho de obligaciones y

sujeto que no observa sus exigencias, mientras la buena fe subjetiva lo hace a favor del sujeto que se encuentra en una situación irregular pero que actúa de buena fe.

¹⁷⁰ ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, *Ob. Cit.* p. 634-635. Tiene buena fe quien actúa como corresponde dado el tipo de contrato o negocio, así, CASTRO LUCINI “Algunas consideraciones sobre la buena fe en la obra del profesor don Federico de Castro”, *Ob. Cit.* p. 1230.

¹⁷¹ En este sentido, GARCÍA AMIGO “Consideraciones a la buena fe contractual” *Actualidad Civil*, No. 1, 2000, p. 2

contratos ya existentes que han sido objeto de aplicación concreta en la materia¹⁷² del cual la buena fe constituye uno de los más importantes principios inspiradores, de hecho, en algunos ordenamientos como el alemán, el control de las condiciones generales tuvo su origen en el principio general de buena fe que regula el artículo 242 BGB, y que desarrolló un cuerpo jurisprudencial que resultó decisivo para la redacción de la ley de 1976; como la creación del concepto de cláusula inusual (aquella que por sorpresiva, el cliente no podría esperar que se encontrase en el contrato); y la interpretación *contra proferentem*¹⁷³.

En el ámbito comunitario, pueden citarse varias normas en las que la buena fe relativa a las condiciones generales es objeto de atención expresa, así como la Directiva 93/13 del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, la Directiva 86/653 del Consejo relativa a los agentes comerciales independientes¹⁷⁴ y la Directiva 97/7 del Parlamento y del Consejo del 20 de mayo de 1997, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia¹⁷⁵. También dentro de las iniciativas académicas que actualmente se trabajan con la venia del Comité y el Parlamento Europeo, la buena fe retoma protagonismo como principio inspirador del derecho de contratos.

El principio constituye el concepto central para el control de las cláusulas abusivas, como instrumento para establecer el límite entre el derecho de las condiciones generales y el derecho de contratos como tal, mientras en aquel lo que determina la validez de las cláusulas es la buena fe y el justo equilibrio entre prestaciones (derechos y obligaciones), en el derecho de contratos es la moral y el orden público (Arto. 1255 CC)¹⁷⁶.

¹⁷² AVILÉS GARCÍA, “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España, *Ob. Cit.* p. 1549, Díez-Picazo *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, p. 352.

¹⁷³ ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE DE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, *Ob. Cit.* p. 641; BALLESTEROS GARRIDO “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2, p. 756, y *Las Condiciones Generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Bosh, Barcelona, 1999.

¹⁷⁴ DOCE núm. L 382 de 31-12-1986 p. 17-21

¹⁷⁵ DOCE núm. L 144 de 04/06/1997 p. 0019 - 0027

Por ello se entiende que la función principal de la buena fe es la de operar como límite a la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, la buena fe como criterio objetivo de conducta se superpone a la voluntad de las partes y se convierte en contenido normativo inderogable en perjuicio del consumidor, al punto que la voluntad de las partes manifestada en las condiciones generales son nulas de pleno derecho si no respetan la buena fe¹⁷⁷.

Parece que la letra de la ley y las interpretaciones de la doctrina, toman el principio no como regla ética que imponga un comportamiento leal y honrado, sino en un sentido completamente objetivado, desligado de la conducta de las partes, para centrarlo únicamente en la razonabilidad jurídico económica de la cláusula cuestionada, haciendo equivalente la buena fe a la equidad¹⁷⁸.

¹⁷⁶ ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, p. 81 y 94. En el mismo sentido, LLAMAS POMBO, “Artículo 10 Bis” *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, LLAMAS POMBO (coord.) *La Ley*, Madrid, 1995, p.308.

¹⁷⁷ Arto. 10.1.4 LCDCU, reformado por la LCGC

¹⁷⁸ BALLESTEROS, *Las condiciones generales y el principio de la autonomía de la voluntad* p. 250, ahí más citas)

2. Delimitación y Alcance de la Buena Fe en el ámbito de las Condiciones Generales

2.1. Criterio de Validez de las Condiciones Generales

Para aceptar como válidas unas condiciones generales, el ordenamiento establece unos criterios que residen en la buena fe y el justo equilibrio entre las obligaciones y derechos.

Podríamos decir que esta ha sido una de las principales funciones que el legislador ha querido concederle a la buena fe en el control de las condiciones generales, ya no es solamente aquel principio del ordenamiento que se aplica con criterio integrador en la búsqueda de la voluntad de las partes y de la justicia del contrato, sino que se constituye en el principal elemento para determinar si una cláusula que no ha sido negociada puede formar parte del contrato o no, por que es conforme con la buena fe o por que causa un detrimento –desequilibrio entre los derechos y obligaciones- en perjuicio de la parte que no ha participado en la elaboración de la regla contractual.

Por ello se considera que en la Ley de Condiciones Generales, la buena fe más que un control del contenido es un control de validez de las condiciones generales o cláusulas predispuestas sobre las que se realiza cierto control pero que emana de la aplicación de una norma¹⁷⁹, en la que la buena fe opera en un ámbito parecido al de la norma imperativa, no puede ser eludida por la parte si lo que quiere es que su contrato sea válido tal cual él lo dispone, por lo que el predisponente, en aras de incorporar todas sus condiciones generales al contrato al momento de elaborar la regla contractual, debe partir ya no solo de lo que él como parte contractual pretenda sino de los intereses legítimos derivados de la naturaleza del contrato suscitados en la otra parte contratante, es decir de los deberes derivados de la buena fe.

¹⁷⁹ MÍQUEL, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales* ob. cit. p. 905

La utilización de la buena fe como criterio de validez de las condiciones generales no fue aceptada con amplitud en los albores de la doctrina de las condiciones generales, aduciendo que al ser una fuente integradora y supletoria de la voluntad privada manifestada en el contrato, la misma podía actuar contra los adherentes, obligándoles a cumplir con lo pactado con la amenaza por parte del ordenamiento jurídico de incurrir en responsabilidad si no cumple o no cumple exactamente lo que le incumbe¹⁸⁰.

Sin embargo, el recurso a la buena fe es el que más éxito ha tenido como criterio de validez de las condiciones generales dentro del sistema de control derivado de la tesis contractualista¹⁸¹, ha sido elevada a cláusula general considerando cláusulas abusivas todas aquellas que no respondan a este criterio y declarando su nulidad y su no incorporación al contrato, que queda con un vacío que será posteriormente integrado con arreglo, como no, a la buena fe¹⁸².

2.1.1. El equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes

Entre las cuestiones que surgen en el ámbito de la validez de las condiciones generales, se encuentra el tema de la equidad o el equilibrio en los intercambios como referente de justicia contractual, y si ésta es en si misma teóricamente defendible.

En los últimos años se ha ido abriendo paso la idea de que las relaciones contractuales de intercambio se encuentran gobernadas por la justicia conmutativa que se ve plasmado en el principio de equivalencia de las prestaciones, conforme

¹⁸⁰ Cuando se trata de cláusulas negociadas, la buena fe no es criterio de control del contenido sino un deber de cumplimiento de lo pactado, lo que supone un respeto a la libertad contractual, MÍQUEL, J.M. “Disposición Adicional Primera” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 941, nota 110; GARCÍA AMIGO, *Condiciones Generales de los Contratos*, ob. cit. p. 256. Pero también en las condiciones generales y al margen de que la buena fe se establezca como un criterio de validez, las partes adherentes deben cumplir con la exigencia del respecto a la palabra dada.

¹⁸¹ BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, Bosh, Barcelona, 1999, p. 249.

¹⁸² Artículo 83.2 Ley de Consumidores y Usuarios de 2007. El control del contenido del contrato con condiciones generales comienza y acaba en el principio de buena fe, se lleva a cabo desde las exigencias de la misma y, cuando esta determina la nulidad de una cláusula, el ordenamiento vuelve a invocarla ahora para hetero-integrar el vacío dejado; así PASQUAU LIAÑO, “Disposición

al cual, en el cambio de bienes y servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible¹⁸³, todo bajo la premisa de que el contrato es por excelencia el medio de consecución de justicia.

Pero el tema de la equivalencia o el equilibrio, puede abordarse desde dos perspectivas, y como recuerda la doctrina, en un sistema de economía liberal –y yo añadiría en un sistema jurídico de amplio espectro liberal- no puede considerarse que existan prestaciones objetivamente justas, por que tanto los precios como las características de los bienes y servicios son determinados por el mercado.

Cómo ya hemos mencionado, es inviable a la luz de las distintas normativas un control sobre el equilibrio entre elementos esenciales del contrato¹⁸⁴, con lo cual no puede hablarse de un equilibrio entre prestaciones que resulta ser eminentemente subjetivo en aras de mantener el carácter libre de las relaciones contractuales.

No se puede pensar por ejemplo, que el justo equilibrio se reduce a una equidad en la relación calidad-precio, pero además de que el control es inaplicable a estos elementos del contrato (Arto. 4.2 Directiva), esta labor no le corresponde a la ley jurídica sino a la ley de mercado en el ejercicio de la libre competencia, el equilibrio que persigue es jurídico, no económico, y el equilibrio en sentido jurídico se refiere a la equidad en la relación derechos-obligaciones¹⁸⁵.

Adicional 1ª. Tres: Arto. 10 bis 2 LGDCU”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Ob. Cit. p. 786.

¹⁸³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Ob. Cit.* p. 69.

¹⁸⁴ Lo que sí podía hacerse en la antigua ley de consumidores y usuarios que hablaba específicamente de un “equilibrio entre contraprestaciones”, Arto. 10.1.c LCU

¹⁸⁵ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 934, y *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ob. Cit. p.733 ss; LLAMAS POMBO, “Arto. 10 Bis”, *Ley General...* Ob.Cit. p. 311. Algunos autores sin embargo hacen un interpretación del precepto según la cual la ley vela por el equilibrio entre “prestaciones”, así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Ob. Cit.* p. 71.

De hecho, la ausencia en el CC español de la rescisión por lesión¹⁸⁶ nos provoca pensar que efectivamente no puede hablarse de un equilibrio entre prestaciones¹⁸⁷, ya que la justicia del precio y las calidades del producto no pueden ser valoradas objetivamente por el ordenamiento jurídico, ahora bien, en cuanto a los contratos de consumo, parece que el estatus de inferioridad que el ordenamiento atribuye a los consumidores, ha llevado a replantearse el tema de la justicia contractual: entre el respeto a la palabra dada y la justicia conmutativa, entre la libertad para obligarse y el control del Estado sobre determinadas declaraciones contractuales¹⁸⁸, y ha llevado a los ordenamientos a hacerlos merecedores de reglas excepcionales que permitan entrar a emitir juicios de valor sobre el objeto y el precio de los contratos con ellos celebrados, aludiendo específicamente a las normas sobre condiciones generales y protección de los consumidores que establecen un control del contenido en las que la buena fe y el justo equilibrio constituyen los criterios de validez de las cláusulas generales.

Según esta normativa, puede declararse la abusividad de una condición general cuando exista una contravención a la buena fe traducida en un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, que genere a su vez un perjuicio para el adherente.

A pesar de la claridad con que la ley expresa desequilibrio entre derechos y obligaciones, diversas interpretaciones doctrinarias a la luz del principio constitucional de protección a los consumidores han concluido, que cabría en estos casos la aplicación de un principio técnico de equilibrio entre prestaciones que lleve a la intervención judicial de un control del contenido sobre elementos

¹⁸⁶ Artos. 1291, 1293 y 1296 CC: ningún contrato se rescindirá por lesión, salvo en los casos de contratos celebrados por los tutores o los contratos celebrados en representación de los ausentes sin autorización judicial y siempre que la lesión sea mayor a la cuarta parte del valor de la cosa objeto del contrato. Esta ausencia se justifica alegando que “la lesión es un absurdo económico evidente defendido por una idea errónea acerca de la equidad, que niega las variaciones de los precios empeñándose en fijar sus oscilaciones alrededor de un justo límite imposible de determinar” CABANILLAS SÁNCHEZ, “Lesión” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, p. 3974.

¹⁸⁷ O podría pensarse lo contrario, que el justo equilibrio establecido en la Ley de Condiciones Generales introduce un control de precios que tiene su origen en la “rescisión por lesión” ya que esta tiene su principal función en el contexto de contratos con una parte más débil que otra, y sería abusiva la cláusula de precio que exceda al habitual dentro del mercado.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Ob. Cit.* p. 59

esenciales, en virtud de un principio de protección de los intereses legítimos de los consumidores, aduciendo que un control del contenido extensivo a aspectos económicos de las prestaciones y contraprestaciones en los contratos con consumidores representaría un aumento en el grado de protección, que no entra en conflicto ni con las Directivas Comunitarias ni con el Derecho Español¹⁸⁹.

Pero aún entendiendo que la circunstancia del consumidor requiere una normativa de protección diferenciada del resto de los contratantes, no debe olvidarse que nos referimos a contratos en los que persiste el principio de la libertad contractual como un ejercicio legítimo del principio de la autonomía de la voluntad y ésta absorbe el principio de la equivalencia entre prestaciones, en el que las partes actuando en un margen de relativa igualdad acuerdan determinadas prestaciones que son equivalentes por que la relación de equivalencia es acordada –consentida¹⁹⁰- por las partes.

Por eso ni los elementos esenciales ni cláusulas que modifiquen o alteren estos elementos, pueden estar contenidos en las condiciones generales¹⁹¹ y de estarlo, teóricamente no son consideradas condiciones generales y deben presentarse al consumidor en un plano de información superior que garantice que conoce y acepta dichas condiciones.

¹⁸⁹ Así, DUQUE “Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo” en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, Nieto Carol (dir), Valladolid, 2000, p. 485. Por su parte, LLODRÁ GRIMALT opina que en materia de contratos celebrados bajo condiciones generales el equilibrio no refiere solo a las respectivas posiciones jurídicas de las partes sino también debe tomarse en cuenta el ámbito de la equivalencia objetiva de las prestaciones principales del contrato y que “es al juego entre ambas a lo que el juez debe atender para fiscalizar el contenido del contrato o para declarar totalmente ineficaz un contrato celebrado bajo condiciones generales abusivas”, *El contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 393. De esta misma opinión parece PERTIÑEZ VILCHEZ, al considerar que “el desequilibrio significativo debe entenderse como una noción que haga referencia a la efectiva incidencia de la cláusula sobre los reales intereses económicos y jurídicos de las partes” matizando que el equilibrio económico no se refiere a la justicia del precio, juicio que resulta imposible en el ordenamiento español, sino a la conformidad de la condición general con el equilibrio económico pactado por las partes, es decir, el desequilibrio se valora en relación al acuerdo alcanzado por las partes en un contrato concreto sobre el precio y la contraprestación, y esto es respetar las expectativas legítimas, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 101. Contrario opina MÍQUEL, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* ob. cit. p. 910, quien considera que es in viable un control de contenido sobre los elementos esenciales a la luz de la Directiva Comunitaria de cuya transposición esta normativa emana.

¹⁹⁰ Y al haber consentimiento nada justifica la injerencia judicial sobre el equilibrio o la justicia objetiva de lo pactado.

¹⁹¹ Aunque en teoría, debe mantenerse que las condiciones generales o cláusulas predisuestas relativas a los elementos esenciales están exentas de control del contenido.

Asimismo, la protección del consumidor, por muy débil que éste resulte en las relaciones contractuales, debe hacerse dentro del marco del sistema económico diseñado constitucionalmente en el que se establece una economía de mercado y que tiene como principio la libre fijación de precios¹⁹².

El equilibrio debe entenderse entonces como el concerniente a las respectivas posiciones jurídicas de las partes a fin de evitar los excesos en el ejercicio de la predisposición de los empresarios, pero no a fin de controlar o intervenir sobre circunstancias que son propias de determinación por la autonomía privada de los contratantes. Se trata de un desequilibrio jurídico no económico.

Es en este contexto, cuando se puede determinar con precisión sobre que elementos recae, que se debe definir el alcance del criterio de validez, el alcance del equilibrio y del perjuicio que atendiendo a los mandatos de la buena fe deben producirse para proceder a la declaración de abusividad de una condición general.

En primer lugar habría que determinar con certeza si la voluntad del legislador ha sido que buena fe y justo equilibrio puedan ser utilizados como criterios de aplicación independientes, subsidiario uno del otro, o si por el contrario son elementos de un criterio unitario en el que buena fe es el principio que determina la existencia de un perjuicio emanado de un desequilibrio importante¹⁹³.

Parece no ser necesario indagar sobre la claridad del precepto¹⁹⁴, pero en el primero de los casos las posibilidades de declarar una cláusula contractual como abusiva utilizando la cláusula general de buena fe se multiplicarían y sería más beneficioso para el adherente. Además, si se tomaran como criterios

¹⁹² Artos. 38 y 128 CE. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Lesión” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Ob. Cit. p. 3975.

¹⁹³ No se puede afirmar que exista una doctrina consistente respecto a este tema, unas veces se usa la buena fe como criterio determinante para la validez de una cláusula y se ignora que exista un desequilibrio, otras veces la buena fe pasa a un segundo plano que nada aportaría para el juicio de abusividad, cfr. CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, ob. Cit. p. 796.

¹⁹⁴ Sin embargo, hay quien ha entendido que la doctrina se inclina por asimilar la buena fe al equilibrio contractual, BALLESTEROS GARRIDO, *Las condiciones generales de la contratación y el principio de la autonomía de la voluntad*, Ob. Cit. p. 250.

independientes, el equilibrio de las prestaciones que es de más fácil concreción, determinaría con mayor certeza que la buena fe, la diferencia entre una condición abusiva y otra que no lo es¹⁹⁵.

Pero esta interpretación de la buena fe deprecia un poco el sentido de su inclusión en la norma, la buena fe no añadiría ningún valor al criterio de desequilibrio y podría prescindirse de ella sin afectar el sentido de la abusividad –pues se entiende que todo desequilibrio importante de los derechos y obligaciones es contrario a la buena fe-

Sin embargo debe considerarse que la buena fe es un deber que no es exigible en la medida en que no haya alguna consecuencia jurídica derivada de su incumplimiento que si sea exigible jurídicamente, por si sola no es relevante para la declaración de abusividad de la cláusula si de su ausencia no se desprende un desequilibrio que genere un perjuicio o frustre las expectativas legítimas de la otra parte, en rigor, el mero desequilibrio tampoco basta para declarar la abusividad de la cláusula, hace falta sin duda que se produzca ese perjuicio¹⁹⁶.

Debe entenderse que el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes no valdrá por si solo para declarar una cláusula como abusiva si no va acompañado del requisito de contrariedad a la buena fe, o lo que es lo mismo, una cláusula puede tener un contenido desequilibrado y no ser abusiva por ser, pese a ello, conforme a la buena fe¹⁹⁷.

Con carácter general, las cláusulas contractuales no tienen por que ser equitativas, no se puede instar su ineficacia o la resolución del contrato por falta de equilibrio entre las partes, debe existir una razón que justifique la declaración

¹⁹⁵ En este sentido se expresa SILVIA DÍAZ ALABART, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, RODRIGO BERCOVITZ Y JAVIER SALAS (Coordinadores), Civitas, Madrid, 1992, p. 253.

¹⁹⁶ LLAMAS POMBO, “Arto. 10 Bis” *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005, p. 309, quien establece un esquema partiendo de la predisposición hasta la declaración de abusividad: PREDISPOSICIÓN: MALA FE: DESEQUILIBRIO: PERJUICIO: ABUSIVIDAD.

¹⁹⁷ VATTIER FUENZALIDA, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión” *RCDI*, No. 630, 1995 p. 1523; GARCÍA AMIGO, “Consideraciones a la buena fe contractual” *Ob. Cit.* p. 13; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 96.

de abusividad, tal razón proviene de la infracción a las normas de conducta de la buena fe objetiva¹⁹⁸.

La buena fe ha sido incorporada al precepto y debe ser tenida como el criterio que tiene como finalidad el equilibrio, a diferencia del caso francés en el que no se toma en cuenta la buena fe y solo toma como referencia el desequilibrio significativo para definir el carácter abusivo de una cláusula, el derecho español deja planteado que la buena fe es el principio y el equilibrio y el no perjuicio son los fines.

Por otra parte, puede existir un desequilibrio pero si no es importante o no causa un perjuicio al consumidor (adherente), tampoco es relevante en la declaración de la abusividad, primero por que la ley no busca un contrato equilibrado en si mismo, sino un contrato jurídicamente válido, es decir un contrato en el que la ruptura o alejamiento de una regla que era considerada como equilibrada por estar contenida en el derecho dispositivo se pueda justificar en atención a la buena fe, y segundo por que a la ley no interesa cuando el desequilibrio perjudica al predisponente por ser éste el causante del mismo.

Existe un grado de relevancia para considerar el desequilibrio como causante de abusividad y que viene condicionado por la propia naturaleza de la autonomía contractual y por el propio concepto de la buena fe, que es el referente por el cual se mide este desequilibrio que se pretende remediar¹⁹⁹, por lo tanto, solo es relevante a efectos de declarar una cláusula como abusiva aquel desequilibrio que sea indiscutible por su importancia. Importancia que significa –a nuestro criterio- un perjuicio al adherente y no respetar las expectativas legítimas que en él ha suscitado el comportamiento del predisponente de acuerdo con las reglas de lealtad y equidad.

¹⁹⁸ BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones Generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, ob. cit. p. 253, aunque con una interpretación diferente, ya que considera que lo importante es la equidad de la cláusula para determinar la buena fe: “no es que las cláusulas sean contrarias a la buena fe en si mismas, sino que la buena fe impone la equidad y al redactar cláusulas que faltan a la equidad, el predisponente se comporta de mala fe”.

¹⁹⁹ BERCOVITZ, RODRIGO “Disposición Adicional Primera 3” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, ob. cit. p. 757.

Para determinar este perjuicio derivado del desequilibrio importante suele acudir al derecho dispositivo, los usos o la moral, pues lo que se persigue es impedir un perjuicio que se derive de la aplicación de cláusulas contractuales predispuestas que sustituyan a las que serían aplicables, ya que el ordenamiento siempre prevé alguna regla aplicable²⁰⁰, pero como dicen algunos autores, eso significaría desconocer por completo la esencia de la autonomía privada²⁰¹ que puede derogar el derecho dispositivo, a menos que, como se demostrará más adelante, atendiendo a la buena fe no pueda justificarse esa derogación, es decir, solo las condiciones generales equilibradas pueden derogar el derecho dispositivo.

Tampoco puede asumirse que la norma de equilibrio deba disponer de una formulación concreta con la que la condición general deba contrastarse para poder llegar a emitir un juicio de abusividad²⁰², el equilibrio es un término que no puede ser definido, o más bien concretado legislativamente sino que en el mejor de los supuestos atiende a principios básicos y al más elemental sentido jurídico común.

Por otra parte, la valoración del equilibrio no puede consistir tan solo en comparar los derechos y obligaciones de las partes entre si en función de las condiciones generales solamente, sino en función del ordenamiento jurídico por el que se valora el equilibrio de las relaciones contractuales y no de la relación concreta, aunque considerando siempre el fin del contrato específico, por ejemplo una cláusula que otorgue a ambas partes la misma facultad cuando a una de las

²⁰⁰ MÍQUEL, J. M. “Disposición Adicional 1ª 3” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* Ob. Cit. p. 948.

²⁰¹ BERCOVITZ, RODRIGO “Disposición Adicional Primera 3” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, ob. cit. p. 760.

²⁰² Como sugiere CARLOS BALLUGERA GÓMEZ en *El contrato no contrato*, ob. cit. P. 196, 199, haciendo referencia a la lista de cláusulas abusivas, a las que además critica por ser a su juicio una reiteración semiimperativa y superflua del derecho codificado, pero que se deben tener en cuenta a fin de considerar la abusividad haciendo uso de la cláusula general. En la nueva Ley de Consumidores y Usuarios de 2007 se introduce un criterio de reciprocidad de cláusulas que podría ser utilizado para determinar el grado de equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, téngase en cuenta que en este caso estamos hablando exclusivamente de contratos celebrados con consumidores, y que sin mediar el principio de buena fe se establecen determinadas cláusulas como abusivas por falta de reciprocidad, así por ejemplo las cláusulas de retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia al contrato cuando no existe la misma imposición por renuncia del empresario, o las que impongan obstáculos onerosos para el ejercicio de derechos reconocidos al consumidor, Artos. 8.2 y 8.7 de la Ley de Consumidores y Usuarios de 2007.

partes, en este caso el consumidor, el ordenamiento jurídico ya le concedía ese derecho y a la otra, el predisponente, se lo concede las condiciones generales²⁰³.

De ahí la importancia del derecho dispositivo cuando exista un desequilibrio derivado de la ausencia de la buena fe.

Es cierto que la buena fe pese a ser consagrada en una cláusula general sigue siendo de difícil concreción, pero atendiendo a la naturaleza de las relaciones contractuales de las que se trata –relaciones en las que una parte dispone y otra se adhiere- es más fácil definir el alcance de la buena fe a fin de determinar un equilibrio; para ello lo más importante es establecer como prioritario un respeto por las legítimas expectativas y de incluir los intereses de la otra parte en la formulación de las condiciones generales, la frustración a las expectativas legítimas es el síntoma inequívoco de que hay un desequilibrio importante.

De cualquier forma, el criterio de desequilibrio entre derechos y obligaciones es un término del que no puede abusarse aún en aras de la utilidad general y de la justicia contractual, el ordenamiento jurídico debe mantener la seguridad jurídica y no puede prever que en nombre de aquellos principios se transformen cláusulas contractuales arbitrariamente. Si la cláusula no causa el perjuicio no debe declararse abusiva pese a su aparente contenido desequilibrado.

2.1.2. El perjuicio

Para determinar el perjuicio lo que se debe tener en cuenta son las cláusulas que establezcan un contenido en detrimento de los derechos “privación de los derechos básicos del consumidor” o en aumento de las obligaciones de los adherentes “aumento de los derechos del predisponente”, vinculación del contrato a la voluntad del profesional.

²⁰³ MÍQUEL, J. M. “Disposición Adicional 1ª 3ª” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* Ob. Cit. p. 948.

Entre las cláusulas que se deben considerar para medir el equilibrio que causa un perjuicio podríamos citar cláusulas penales, pactos comisorios, plazos de garantía, plazos para el ejercicio de ciertos derechos, renuncia al fuero propio, garantías desproporcionales, carga de la prueba, cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al adherente en el contrato²⁰⁴.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que a veces el perjuicio es causado por una rebaja de las prestaciones económicas del adherente, así una rebaja del precio a más de la mitad a cambio de la imposibilidad de devolver el bien, si el derecho al que el adherente renuncia compensa el mejor precio que paga y esto lo motiva a asumir el riesgo que conlleva no tener acceso a ese derecho de devolución, no puede hablarse de perjuicio, siempre y cuando el derecho sea jurídicamente renunciabile.

Tampoco puede hablarse de perjuicio económico, por que el equilibrio tampoco se mide en estos términos sino en términos jurídicos²⁰⁵.

Un ejemplo claro de desequilibrio contractual lo constituye el caso ventilado en la Audiencia Provincial de Cáceres, Sentencia del 7 de junio de 2010²⁰⁶, una cláusula general contenida en un contrato de Compraventa de inmueble estipula la repercusión de la plusvalía en el vendedor, pero el

²⁰⁴ Como la cláusula de sumisión, que ha sido declarada abusiva en reiteradas ocasiones por la jurisprudencia porque implica un desequilibrio de derechos y obligaciones y un perjuicio desproporcionado y no equitativo al consumidor, el hecho de tener que litigar lejos de su domicilio con todo lo que ello conlleva, mientras que la empresa vendedora tiene otro potencial económico y delegaciones que pueden actuar por cuenta de la misma, y esto causa un perjuicio al adherente: Sentencias de 23 julio 1993 (RJ 1993\6476), 20 julio 1994 (RJ 1994\6518), 12 julio 1996 (RJ 1996\5580), 14 septiembre 1996 (RJ 1996\6715), 8 noviembre 1996 (RJ 1996\7954), 30 noviembre 1996 (RJ 1996\8457), 5 julio 1997 (RJ 1997\6151), 3 julio 1998 (RJ 1998\6113), 4 mayo 1998 (RJ 1998/3069), 20 febrero 1998 (RJ 1998/604) entre otras.

²⁰⁵ Si bien, el ordenamiento no contempla la rescisión por lesión, el perjuicio en más de la mitad podría considerarse excesivo. Una excepción a este principio podría ser la que se incluye en la Ley de Arrendamientos Rústicos, que permite la revisión del contrato cuando hay lesión superior al 15 por 100.

²⁰⁶ La Ley 105493/2010. En sentido parecido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 19 de julio de 2010 (La Ley125741/2010) por la que se declara abusiva una cláusula general que estipula el pago del incremento del valor del terreno por parte del adherente, el tribunal considera que dicha cláusula causa en contra de la buena fe, un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones, así también la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (La Ley 203282) por la que se declara la nulidad por abusiva de una de las cláusulas de

vendedor pretende repercutir la obligación tributaria en el comprador, quien no se beneficia por ello. La Audiencia considera nula la cláusula por atentar contra la buena fe.

redondeo al alza de las fracciones de punto del interés variable, que causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante.

2.2. El deber de Transparencia

2.2.1. El Alcance de la Transparencia

Siguiendo los lineamientos que hasta ahora hemos postulado sobre la buena fe, ésta no queda limitada a un control del contenido en el que el equilibrio entre las obligaciones y correlativos derechos sea su única función, si bien, quizás es la principal función que el legislador ha querido darle, no se debe considerar por satisfecho el deber de buena fe solo cumpliendo con un contrato equilibrado, para que las condiciones generales sean válidas y efectivas han de ser conocidas o susceptibles de ser conocidas.

En este contexto la buena fe objetiva que conlleva un comportamiento honrado del predisponente, implica un deber contractual de información²⁰⁷ que requiere a su vez un deber de transparencia en la formulación de las condiciones generales que se ve concretado con el cumplimiento de los requisitos de redacción: legibilidad, comprensibilidad, claridad, y por otra parte un deber de transparencia en la información, relativa al contenido de las cláusulas, al alcance de los derechos y las obligaciones que se contraen, sometiendo el contrato a ciertos controles cuya falta se considerará igualmente una contradicción a la buena fe²⁰⁸.

²⁰⁷ GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, *Ley de Contratos Celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997, “la buena fe precontractual obliga a las partes a descubrir los datos relevantes para una representación exacta de la realidad”; Cfr. LLOBET I AGUADO, JOSEPH, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 38, 39, refiere que la información precontractual reposa sobre la buena fe objetiva, haciendo referencias de las Sentencias TS 08-06-1994 (RJ 1994/4905): “...la buena fe contractual es eficaz en cuanto a que debe concurrir en los vendedores y les impone ser veraces en la aportación de las realidades concurrentes en las cosas o bienes que transmiten, presentándose la buena fe contractual como objetiva en cuanto se refiere a comportamientos justos y adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos...”. TS 29-01-1965: (RAJ 262) “(...) ha de admitirse que se contradice o falta la buena fe, cuando con la finalidad de obtener un provecho no derivado de la recta aplicación y finalidad de lo convenido, se finge ignorar lo que se sabe, se oculta la verdad a quien no pudo conocerla, se va contra la resultancia de los propios actos, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después, en perjuicio de quien puso su confianza en ella (...)”.

²⁰⁸ De hecho se considera que los requisitos de incorporación no son más que la manifestación de un concepto más amplio: la transparencia. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, CÁMARA LAPUENTE y otros, Colex, 2011, p. 697.

El deber de información es definido por la doctrina como el elemento de conocimiento suministrado obligatoriamente por una de las partes contratantes a la otra parte, y que tiene como objeto principal la adecuada formación del consentimiento contractual de la parte que deba informarse, tanto en lo referente a los aspectos jurídicos como materiales del negocio²⁰⁹.

En teoría, las partes tienen el deber de informarse mutuamente sobre el alcance de sus correlativas prestaciones, obligaciones y derechos, previo a la celebración del contrato para que ambos consentimientos sobre lo que respecta a cada uno sea válido jurídicamente.

Aunque en derecho común el legislador decimonónico no le da la misma importancia al principio de transparencia y al principio de libertad en la formación de la voluntad contractual, no puede ignorarse el hecho que la voluntad consciente es aquella que emana de las partes correctamente informadas sobre aquello que le es esencial para la formación del contrato.

En los contratos con condiciones generales, donde una parte tiene la facultad de predisponer el contenido mientras la otra se adhiere, la buena fe exige que para compensar el desequilibrio existente la carga de diligencia informativa recaiga en el predisponente, a quien se le exige un deber de transparencia que permita a la otra parte –adherente- evaluar los términos contractuales, a fin de garantizar que su consentimiento sea libre y reflexivo, apto para fundamentar una decisión razonable, especialmente en lo relacionado a la información sobre elementos esenciales, respecto a los cuales importa poco el equilibrio que exista entre las obligaciones relativas a estos, pero cuya información transparente se hace exigible.

²⁰⁹ LLOBET I AGUADO, JOSEPH, *El deber de información en la formación de los contratos*, Ob. Cit. p. 33, así mismo García Vicente, “La contratación con consumidores” en *Tratado de Contratos*, ob. Cit. p. 1474, “En primer lugar los deberes de información persiguen garantizar la libertad y racionalidad de la decisión de contratar (...), en segundo lugar se persigue advertir al consumidor sobre el alcance del compromiso asumido o sobre las circunstancias que sobrevengan a la celebración del contrato (...), en tercer lugar, dar a conocer las cualidades, utilidades o fines del objeto del contrato y las ventajas jurídicas añadidas a la prestación”.

Al respecto pueden encontrarse dos argumentos, uno parte del hecho que si la buena fe debe regir las relaciones contractuales, prescindiendo o no de una situación de desequilibrio entre las partes, con mayor razón debe aplicarse tal principio a las relaciones precontractuales cuando estas se caracterizan por un desequilibrio entre las partes producido por la mayor información de una y la ignorancia de la otra, lo que sucede con los contratos con consumidores y específicamente con los contratos con condiciones generales.

El otro argumento justifica la intervención de la buena fe desde la perspectiva de comportamiento leal y por lo tanto atenta contra la buena fe quien oculte información a la otra parte determinante para su consentimiento, así, si uno de los contratantes se encuentra en la imposibilidad de informarse, la buena fe obliga al otro a informarle sobre lo que conoce, en función de la confianza que la parte que se adhiere deposita en el otro contratante.

Las normas sobre transparencia conllevan en ciertas ocasiones la unidad ideológica a normas proteccionistas de una de las partes del contrato para evitar un trato jurídico desigual entre partes que se encuentran originalmente en desigual posición jurídica, en este caso, los adherentes²¹⁰. Desde esta perspectiva, la información transparente funciona como coadyuvante en el restablecimiento de la *igualdad* entre las partes, merced a ella se garantiza un consentimiento libremente formado y un contrato exento de los abusos a los que se puede encontrar sometida la ignorancia²¹¹, y por eso se imponen estos deberes de información en cabeza del empresario o profesional²¹².

Desde otra perspectiva, las normas de transparencia en la contratación no indican un supuesto previo de desigualdad entre partes, sino el hecho de que las partes tienen obligaciones recíprocas en función de sus derechos y del ejercicio de

²¹⁰ GIMÉNEZ VILLANUEVA, “Normas de Transparencia en la Contratación Bancaria” ob. cit. p. 65.

²¹¹ LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos* ob. cit. p. 41.

²¹² GARCÍA VICENTE “La Contratación con consumidores” en *Tratado de Contratos* ob. Cit. p. 1463, “aunque no hay en si un derecho a la información por parte del consumidor, su base legal se construye desde los deberes imperativos y predeterminados impuestos al profesional”.

la libertad contractual que estos hagan, así, quien predispone tiene el deber de informar en función o como presupuesto de un consentimiento verdaderamente libre de quien se adhiere, evitando la opacidad de las cláusulas contractuales.

Las partes necesitan disponer de toda la información relevante referida a sus intereses, en determinado contrato para que pueda predicarse que esa voluntad es libre y consciente²¹³.

Así, la tutela del ejercicio de la autonomía de la voluntad del adherente queda garantizada por el ordenamiento en la medida en que la adhesión –su consentimiento- se realiza con el conocimiento de lo que se está contratando y el alcance de lo contratado, es decir, con el correcto juicio de conveniencia económica y oportunidad del contrato²¹⁴.

En este sentido, la transparencia ha sido configurada como uno de los pilares básicos en los que descansa el deber de información contractual²¹⁵, que persigue eliminar cualquier duda sobre la intención de los contratantes por muy sofisticados y complejos que sean sus elementos a fin de producir las pretendidas obligaciones²¹⁶.

²¹³ GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Ob. Cit. p. 65, “la libertad de decisión no es sólo un principio que interese como tal, fundado en el de protección de la autonomía privada, sino que también es un presupuesto de un mercado en competencia”.

²¹⁴ GARCÍA VICENTE, “La contratación con consumidores” en *Tratado de Contratos* Ob. Cit. p. 1474.

²¹⁵ De esta postura, PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ob. Cit., siguiendo la doctrina mayoritaria italiana que considera el deber de transparencia como una exigencia derivada de la buena fe correlativa al derecho de predisposición; PERTÍÑEZ opina que en los contratos con condiciones generales la buena fe obliga a una redistribución de los tradicionales deberes informativos sustituyendo el principio de paridad de cargas por una mayor exigibilidad a la parte que predispone, y que es precisamente la predisposición lo que justifica la exigencia de la transparencia. En contra, PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990, quien considera que el derecho de información de los consumidores no se fundamenta en el principio de la buena fe, que resulta demasiado impreciso- sino en el principio de protección a los consumidores.

²¹⁶ GIMÉNEZ VILLANUEVA, TOMÁS, “Transparencia en la Contratación Bancaria” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, ob. cit. p. 656; en el mismo sentido, POLO, E., *La protección del consumidor...* ob. cit. p. 90, para quien el cumplimiento de los deberes de información aseguraría que el adherente contrata libremente y conociendo de antemano no solo lo que contrata y por que contrata, sino que también le permite cumplir las obligaciones adquiridas.

El estándar de valoración de la transparencia debe hacerse conforme a parámetros objetivos del adherente medio²¹⁷ y no en relación al grado de comprensibilidad subjetiva del cliente que realiza un contrato concreto, dada la propia naturaleza de los contratos de adhesión en los que los predisponentes no pueden conocer a priori los elementos subjetivos que rodearán determinado contrato, es decir las cualidades de cada uno de los adherentes.

En las condiciones generales la transparencia es un deber que a priori se manifiesta en dos controles diversos, el control de incorporación de cláusulas, relativo a la forma del contrato, y el control del contenido de las condiciones generales, referente a las especificaciones propias del tipo contractual cuando están incluidas en las condiciones generales cláusulas que tienden a moldear las prestaciones principales incluidas en las condiciones particulares; aunque esta postura última ha resultado controversial y una parte de la doctrina aún sostiene que la transparencia no se manifiesta en un control del contenido.

2.2.2. La Transparencia y la Dualidad de Controles

2.2.2.1. El control de Incorporación

2.2.2.1.1. La redacción de las condiciones generales

Lo que no se dice como debe decirse, según la ley de condiciones generales, no quedará incorporado al contrato. La cognoscibilidad de las cláusulas que procura el deber de transparencia requiere una redacción comprensible y legible, sin ambigüedades, que facilite el entendimiento y la interpretación de las cláusulas a los adherentes, que les de la posibilidad efectiva de conocer las cláusulas.

²¹⁷ Considerado como un hombre honrado, jurídicamente inexperto, de inteligencia y nivel cultural medio, ALFARO, *Las condiciones generales*, ob. cit. p. 235. También se puede hacer una especificación del adherente medio según el sector al cual se dirigen las condiciones generales de manera que la transparencia debe adaptarse a las características del contratante medio al cual se dirigen, amas de casa, estudiantes, profesionales, etc., PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 43. La STS de 27 de septiembre de 2007 (La Ley

La transparencia considerada desde el punto de vista formal, exige un deber diligente de información que empieza en la redacción de las cláusulas, que impone a quien formula la regla contractual, el deber de describir los derechos y obligaciones de las partes del contrato de la manera más clara posible, sin ambigüedades que se presten a confusiones o a dobles interpretaciones, y se concreta en las obligaciones de claridad²¹⁸, comprensibilidad, perceptibilidad en la redacción de las condiciones, destacando especialmente las cláusulas de contenido imprevisible o sorprendente, así ha sido considerado por nuestra doctrina y también en el desarrollo de la jurisprudencia alemana²¹⁹.

Para que el control de incorporación cumpla con la finalidad que le justifica, que es garantizar la cognoscibilidad de las condiciones generales, es preciso que se constituya con el requisito de transparencia. Incluso quienes se mantienen en la postura de negar la naturaleza contractual de las condiciones generales²²⁰, y de negar que los requisitos de incorporación garanticen el consentimiento²²¹, reconocen en la transparencia el carácter de principal función del control de incorporación afirmando que es el medio por el cual se dota al cliente de la información necesaria en la fase de celebración para que pueda adoptar una decisión racional²²², sea que opte por contratar o no, sea que opte por elegir entre diversas ofertas. Sin embargo, si la decisión racional identificada con

139741/2007) relativa al sentido objetivo del contrato refiere ‘el sentido objetivo de una persona correcta e imparcial situada en la misma situación que las partes’.

²¹⁸ En este sentido la información deberá revestir ciertas cualidades, deberá ser clara, sencilla, precisa e inequívoca, y a su vez debe coincidir con la realidad, es decir debe ser veraz, exacta, objetiva y comprobable, sólo entonces podrá decirse que es apta para lograr su propósito, que no es otro que asegurar la posibilidad efectiva de conocer... Así, García Vicente, “La Contratación con Consumidores” en *Tratado de Contratos*, ob. Cit. p. 1480.

²¹⁹ PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ob. Cit. p. 32

²²⁰ Entre los principales opositores, ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 192;

²²¹ MÍQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales” en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* Ob. Cit.p. 4948; BALLESTEROS GARRIDO, *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, ob. cit. p. 143; PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* ob. cit. p. 66, los requisitos de incorporación no representan un control del consentimiento, pero si una legitimación de la contractualidad de las condiciones generales que se cifra en la mera cognoscibilidad, lo que implica que la exigencia de transparencia tenga un alcance limitado.

²²² Aunque la falta de información se vincula más a un incumplimiento formal que a una voluntad viciada, GARCÍA VICENTE, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, Ob. Cit.

la cognoscibilidad no se materializa en un consentimiento del adherente, no se entiende entonces que se exija un deber de transparencia.

La transparencia contractual relativa a estos supuestos de cognoscibilidad es de fácil concreción gracias al riguroso régimen de control de incorporación y las reglas de interpretación²²³ contenidos en la Ley de Condiciones Generales que regula en dos sentidos la redacción de las cláusulas²²⁴, por una parte en sentido positivo define cuales son las exigencias que las condiciones generales deben superar para que sean incluidas en el contenido contractual, y se cifran en su cognoscibilidad objetiva, por otra parte se expone lo que las condiciones generales no deben ser, se formulan como cierre o barrera a la inclusión, respecto también de aquellas cláusulas que siendo cognoscibles, son al tiempo objetivamente inesperadas o insólitas, y por ende su concurrencia no es razonable.

Desde un punto de vista doctrinal, ambos pueden ser entendidos conjuntamente en cuanto a que los requisitos de redacción en sentido positivo corresponden a los expuestos en sentido negativo²²⁵. Son los requisitos de redacción aquellos que responden a la necesidad de que las cláusulas generales sean perceptibles –legibles- y comprensibles, a fin de salvaguardar el reducto

²²³ La transparencia requerida por la buena fe se concreta con el establecimiento de un riguroso régimen legal de control de incorporación de las condiciones generales o control de forma y con la conformación de reglas especiales de interpretación, el requisito de incorporación relativo a la cognoscibilidad se concibe como un presupuesto objetivo de incorporación de las condiciones generales pues la buena fe impide que pasen a formar parte del contrato cláusulas que no han sido conocidas, mientras que la ambigüedad dará lugar a un problema interpretativo que, conforme la buena fe, se resolverá dando relevancia al sentido más perjudicial para el predisponente, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...*, ob. cit. p. 48; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas abusivas...*, ob. cit. p. 44.

²²⁴ COCA PAYERAS, *Comentarios a la Ley general para la defensa de consumidores...* cit. p. 236.

²²⁵ La doctrina ha sido unánime en definir las exigencias de redacción como una manifestación concreta de la transparencia, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la Contratación*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) Aranzadi, Navarra, 1999 p. 186; PAGADOR LÓPEZ, afirma por su parte que pese a las diferencias en la formulación de cada uno de los preceptos, el mandato que expresan es sustancialmente idéntico: exigen que las cláusulas respectivamente reguladas sean perceptibles, (*Condiciones Generales...* cit. p. 395); DURANY PICH, con algunos matices diferentes sobre la transparencia nos transmite la misma idea, de que los cuatro requisitos no son necesarios en cuanto son manifestaciones de uno solo que él llama comprensibilidad, pero que a nuestro ver es también efecto de la transparencia, (*Comentarios a la ley sobre condiciones generales*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ Y DíEZ-PICASO (coord.), Civitas, Madrid, 2002 p. 316; por su parte, nos refiere PERTÍÑEZ VILCHEZ que la jurisprudencia alemana fue la primera en establecer la transparencia como norma de redacción, que se concreta en un deber de claridad, perceptibilidad y comprensibilidad (...), (*Las cláusulas abusivas por un defecto...* cit. p. 32).

último de la autonomía de voluntad del adherente en la contratación en masa: la libre y conciente elección entre las diversas opciones que ofrece el mercado²²⁶.

Configuran el cómo de la información que se debe suministrar, extremo tan necesario como el qué, para corroborar la cognoscibilidad tan deseada por el ordenamiento jurídico, se limitan a normar las formas de las condiciones generales con independencia de su contenido.

Su imperiosa necesidad se pone de manifiesto en todo momento, en la información previa, en el reenvío, la entrega de un ejemplar, la aceptación mediante la firma, la regla de la prevalencia, en fin, la transparencia no es mas que el cumplimiento debido de todos los requisitos de incorporación.

Opera en todos los ámbitos de la predisposición contractual, desde la entrega del ejemplar en el que no parece tener sentido una exigencia de transparencia en un acto tan mecánico y simple, pero que hacer la entrega de forma incompleta, a destiempo, o a través de publicidad no disponible en todo momento, sugiere una actuación contraria a la buena fe, y a su vez falta de información –y no precisamente mala redacción- que impide la cognoscibilidad y la comprensibilidad de las condiciones generales.

Se considera también falta de transparencia, las cláusulas de difícil interpretación, aquellas cláusulas incomprensibles e imperceptibles, cláusulas que a la postre no formarán parte de la regla contractual; en casos como el de las cláusulas oscuras o ambiguas.

2.2.2.1.2. La regla de interpretación contra *proferentem*

La interpretación contra *proferentem* o más favorable al adherente tiene también su fundamento en el deber de buena fe²²⁷, se configura como una sanción

²²⁶ GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 186; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 396, en el mismo sentido, GETE-ALONSO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales*, ARROYO-MIQUEL (director) Tecnos, Madrid, 1999, p. 75

por el incumplimiento del deber de hablar claro o de ser transparente. La buena fe exige auto responsabilidad a la parte que realiza una declaración de voluntad, impone al autor de una cláusula una obligación especial de previsión de las dudas razonables que puedan surgir en el contrato, que implica que se exprese claramente so pena de que la cláusula dudosa sea resuelta en su contra, la regla constituye una distribución equitativa del riesgo contractual: quien no ha participado en la elaboración del contenido contractual no tiene por que compartir los riesgos de una defectuosa formulación²²⁸.

La interpretación *contra proferentem* es la consecuencia de la no adecuación de la redacción de la cláusula a un parámetro objetivo de transparencia, es decir, a lo que típicamente puede considerarse, de acuerdo con la buena fe en sentido objetivo, como una redacción libre de ambigüedades²²⁹.

El precepto jurídico general consagrado en el artículo 1288 CC, impone que la parte que causa una duda en la redacción de la regla contractual no podrá beneficiarse de la misma, es decir no podrá interpretarse a su favor, para ello es requisito fundamental que la duda sea imputable a una sola de las partes; de manera particular la regla se encuentra en el artículo 6.2 de la Ley de Condiciones Generales, en este caso la predisposición hace fácilmente determinable la imputación de la responsabilidad por una dudosa formulación de la cláusula.

Es el poder de predisposición del contenido contractual que tiene una de las partes lo que legitima que la otra pueda beneficiarse de la interpretación de una cláusula dudosa, quien tiene la potestad de establecer la regla por la que determinado contrato será regulado, asume la obligación de establecerlas cumpliendo con los requisitos de transparencia exigidos por la buena fe y el riesgo de una interpretación en su contra si, conforme con la buena fe, se determina que la ambigüedad y oscuridad en la cláusula podrían romper el equilibrio perseguido.

²²⁷ MARTÍN PÉREZ, “Artículo 10” *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Ob. Cit.; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 72

²²⁸ ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. Cit. P. 319

²²⁹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 73

Esto supone que la interpretación de las cláusulas contractuales se halle condicionada a lo que no pueda favorecer al predisponente.

Así, dos funciones fundamentales tiene esta regla²³⁰, por una parte, la distribución equitativa de los riesgos de ambigüedad en la declaración atribuyéndolos exclusivamente al predisponente, y por otra, la estimulación de la transparencia en formulación de las condiciones generales con la correlativa sanción de una interpretación que podría perjudicarle en caso contrario.

En los contratos negociados, la regla contra *proferentem* tiene carácter subsidiario y previamente debe buscarse el sentido de la cláusula a través de las reglas interpretación que tienden a averiguar la voluntad de las partes lo que constituye la principal función de la labor hermenéutica²³¹, en el caso de las condiciones generales la voluntad de una parte se manifiesta con la adhesión a las cláusulas previamente redactadas por la otra, con lo cual la regla contractual si bien es válida y ha sido consentida por quien se adhiere, no plasma la verdadera voluntad de ambas partes, y por lo tanto queda justificado que lo que se busque sea la voluntad derivada de la buena fe, la que menos favorezca a la parte que ocasionó la oscuridad y la que más se asemeje a un contrato equilibrado.

En este caso, la interpretación objetiva presidida por la buena fe exige que las cláusulas contractuales sean interpretadas de manera que el sentido que se les atribuya sea el que más se corresponde con las exigencias propias del contrato en cuestión, es decir que la interpretación se haga de acuerdo con el contenido típico o normalmente esperado, como expresión de la voluntad presunta de las partes contractuales, lo que implica que se excluyan interpretaciones que aunque sean favorables al adherente, no sean propias del contrato que se realiza²³².

Por su parte, se cuestiona si la regla que regula los contratos negociados contenida en el artículo 1288 del CC debe o no considerarse idéntica a la contenida en la Ley de Condiciones Generales, mientras la regla del Código Civil

²³⁰ ALFARO, *Las condiciones generales...* Ob. Cit. P. 319

²³¹ No corregirla, ni rectificarla ni reemplazarla, averiguar la voluntad es lo que debe conseguir la interpretación contractual.

parte de un supuesto negativo, *contra stipulatorem*, sancionando al causante de la oscuridad, es decir una sanción por una indebida conducta negocial: el deber de hablar claro²³³, la regla de la ley parte de un supuesto positivo, *pro adherente*, persiguiendo la protección jurídica de la parte débil, favoreciendo a la víctima de aquella conducta indebida, en cuanto ésta no participó en la formulación de la cláusula oscura²³⁴.

Analizando el significado de la regla en sentido positivo, se entiende que lo que importa es que se favorezca al adherente sin necesidad de que se castigue al predisponente. En cambio, la norma en sentido negativo ha sido objeto de disquisiciones diversas²³⁵, con lo cual, el proceso de interpretación se torna muy arbitrario, pudiendo una sola cláusula ser entendida en varios sentidos y, prácticamente, según los ánimos y la escuela del intérprete²³⁶.

Con esto se entiende que las formulaciones en ambos preceptos no son idénticas, la frase “que no cause un beneficio” no quiere decir precisamente “que cause un daño”, las diversas apreciaciones del artículo del Código Civil ponen en evidencia una terrible inseguridad jurídica en materia de interpretación contractual, y la labor del juez se presenta difícil y peligrosa.

²³² PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 74.

²³³ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit.; en sentido contrario opina LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA (director) t. XVII, vol. 2º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, p 52, que no se trata de una sanción para quien provocó la oscuridad y que, en vista de la imposibilidad de disipar la oscuridad con el auxilio del resto de normas de interpretación (subjetivas), ha sido necesario, para lograr una interpretación objetiva, que de esta no se desprenda un favor a quien lo cometió, o dicho de otro modo, no produzca un perjuicio injusto a quien la sufre.

²³⁴ En este sentido, MARTÍN PÉREZ, “Artículo 10” *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, Ob. Cit. p. 239. Igualmente en la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1972 (RJ 1972 / 392), 22 de febrero de 1979, 21 de abril de 1998 (RJ 1998/2510) y 08 de marzo de 2000 (RJ 2000/1510).

²³⁵ Entre otras: 1) La interpretación no exige un beneficio para el adherente ni una sanción para el predisponente, tan solo que no implique beneficio para este último, (LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil...* cit. p 52); 2) La interpretación exige una sanción para el predisponente, y esto es que entre dos opciones, una que lo perjudique y otra que no lo haga pero que tampoco lo beneficie, deberá tenerse a la que lo perjudica, (PABLO CODERCH / JUAN ANTONIO RUIZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Díez-PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002, p 389); 3) La interpretación al exigir una sanción al predisponente implica un beneficio al adherente (PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p 556).

²³⁶ Atendiendo a esto, una cláusula de dudoso significado podrá ser interpretada en beneficio de ambas partes –adherente y predisponente- si se cree que no tiene que haber un perjuicio para el predisponente; o por el contrario, en perjuicio del predisponente, aunque esto no conlleve un

En sentido contrario y con certeros fundamentos, la doctrina²³⁷ y la jurisprudencia, coinciden en asimilar los preceptos, considerando sobre todo, que los presupuestos de aplicación del 1288 CC, además de una inequívoca oscuridad, requieren que ésta sea imputable a una de las partes²³⁸, es decir, va dirigida a los contratos de adhesión²³⁹ y excluye de su ámbito de aplicación las dudas provenientes de una cláusula negociada, en cuanto resultaría injusto atribuirle a alguna de las partes la responsabilidad de la formulación, cuando no se conoce con certeza al responsable²⁴⁰.

Este criterio ha sido seguido por los Tribunales antes de la entrada en rigor de la ley de condiciones generales, estableciendo, según este precepto, “el principio de que la interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio del redactor o instigador de la cláusula oscura, reconociéndose así una interpretación contra proferentem vel contra stipulatorem, como sanción por falta de claridad al expresarse y también como protección a la contraparte”²⁴¹.

De ahí, que adquiriera tanta importancia delimitar el alcance y ámbito de aplicación del 1288 CC, que, de no ser por que resulta sin duda ninguna, el mismo

beneficio para el adherente; o incluso, que priorizando el beneficio para el adherente, importe poco la consecuencia para el causante de la oscuridad.

²³⁷ GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos...* cit. p. 201-203; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil...* cit. p. 54 con citas de las sentencias del Tribunal Supremo de 14/04/1959, 31/03/1977, entre otras.

²³⁸ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ MARÍN, *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo II, MIGUEL PASQUAU LIAÑO (director), Comares, Granada, 2000, p. 2289, en este sentido las Sentencias TS 13/12/1986 (RJ 1986/7439) y AP Tarragona 05/02/2001, Sección 3ª (JUR 2001/184412): “...La regla de interpretación contra proferentem, acogida en el artículo 1288 del Código Civil como aplicación concreta del básico principio de la buena fe en la interpretación negocial, requiere no sólo la redacción unilateral del contrato sino principalmente oscuridad en la cláusula cuyo sentido se cuestiona...”

²³⁹ “... el principio de interpretación contra preferente y correlativa ventaja para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en la redacción es aplicable, solamente, en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión...” (Sentencia del Tribunal Supremo del 09/11/1979), y en el mismo sentido: “... el artículo 1822 ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con los contratos de adhesión, estableciendo el principio que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio del redactor o instigador de la cláusula oscura...” STS 08/03/2000, (RJ 2000/1510).

²⁴⁰ ALFARO, *Las Condiciones Generales...* cit. p. 323-324.

²⁴¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 04/02/1972, 22/02/1979, ALMAGRO NOSETE, *Comentarios del código Civil*, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coordinador), Bosh, Barcelona 2000, p 662; en sentido contrario, y siempre al amparo del 1288 CC, los tribunales se han pronunciado a favor

del artículo 6.2 de la ley de condiciones generales, talvez esta sea la razón por la que muchos autores encuentran que, en el plano de las consecuencias jurídicas de la aplicación de la regla interpretativa, ninguna alteración o innovación ha supuesto la ley de condiciones generales con relación a la ya existente en el Código Civil²⁴².

Haciendo una valoración conjunta de ambos preceptos, entendemos que, lo que se proclama, mas que un perjuicio directo y añadido al causante de la oscuridad, es una interpretación favorecedora para quien sufre sin ser responsable de esa oscuridad, este beneficio implica, de manera indirecta, un “no favorecimiento” para aquél, solo por considerar el hecho de que la cláusula no quedará redactada, y en consecuencia no incorporada, en el modo que había establecido el predisponente²⁴³.

La interpretación de las condiciones generales no juega un papel aislado dentro del esquema de protección destinado a evitar la abusividad en estos contratos, por el contrario, las reglas de interpretación colaboran con el control de incorporación y de contenido en la tarea de garantizar un verdadero consentimiento y de evitar la incorporación de cláusulas que sean contrarias a la buena fe y rompan el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones.

La buena fe exige transparencia en la información contractual como requisito de incorporación y a su vez la información transparente garantiza el consentimiento del contenido contractual, al ser una cláusula ambigua –no transparente- no puede interpretarse como consentido –y en consecuencia no quedará incorporado- aquello que podría perjudicar a la parte que se adhiere a dicho contenido o aquello que incumpla los requisitos de la buena fe causando un desequilibrio entre obligaciones y derechos.

de una interpretación pro adherente de una cláusula con más de un sentido legítimo, así Sentencias del Tribunal Supremo de 11/10/1977, 27/09/1996 (RJ 1996/6644)

²⁴² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 553.

²⁴³ Después de todo, lo importante es que la interpretación de la cláusula haga posible la subsistencia del contrato, y que quien no participó en la redacción de la cláusula no resulte damnificado por la misma. Los Tribunales no tienen dudas al momento de aplicar la regla contra preferentem, así por ejemplo la STS de 8 de noviembre de 2001 (La Ley 8597/2001) que interpreta una cláusula de dudoso significado como incapacidad permanente absoluta no como gran invalidez que pretendía el asegurador, igualmente la STS 1/03/2007 (4499/2007).

2.2.2.2. El control del contenido.

2.2.2.2.1. ¿Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia?

Por otra parte, la transparencia también se ha fraguado como un control autónomo respecto al control de incorporación, ya no referido únicamente a un deber de plasmación documental, a la mera cognoscibilidad de la cláusula, sino a su carácter subrepticio o engañoso sobre el efectivo alcance de los efectos contractuales, vinculado a un efecto sorpresa que causaría un desequilibrio importante en contra de la buena fe, en perjuicio del adherente²⁴⁴ que cambiaría los efectos reales del contrato y cuya sanción no sería la no incorporación, sino la nulidad propia de las cláusulas abusivas.

En este sentido, se considera que existe una conexión entre la transparencia y el control del contenido en cuanto que los defectos de transparencia en la información pueden repercutir en el equilibrio material del contrato, en lo particular en lo que se refiere a las prestaciones principales.

Pese a que esta tesis ha ido adquiriendo cierto eco a raíz de su incorporación en la doctrina²⁴⁵, sigue pendiente un reconocimiento por parte de la doctrina española sobre la existencia de un ilícito por falta de transparencia y se resiste a considerar el incumplimiento de un requisito formal como es el deber de transparencia, como un criterio para declarar la abusividad de la cláusula,

²⁴⁴ En este sentido, PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ob. Cit. p. 33, “la transparencia es expresión de un problema jurídico con diferentes facetas conectado a múltiples aspectos de la disciplina del contrato”. En sentido parecido, LLODRÁ GRIMALT, Francisca *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Ob. Cit. p. 313.

²⁴⁵ Su principal exponente entre los doctrinarios *españoles* es PERTIÑEZ VÍLCHEZ, sustentado en múltiple doctrina extranjera y en particular en una Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2001 (TJCE 2001/131), que resuelve un litigio contra el Reino de Holanda que consideró que su ordenamiento ya cumplía la exigencia de transparencia contenida en la Directiva, y por ello no era necesario una transposición expresa, sin embargo el TJUE se pronunció diciendo que la exigencia de redacción clara y comprensible de la Directiva no se establece sólo como un requisito de redacción, sino que se refiere a una fórmula amplia que engloba una serie de hipótesis vinculadas incluso con el juicio de abusividad, cfr. “El deber de Transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del TJUE” *Actualidad Civil*, 2002, p. 1351. Siguiendo la postura de PERTIÑEZ, GARCÍA VICENTE, “La Contratación con consumidores”, ob. Cit. p. 1481.

entendiéndolo sin más como un deber comprendido dentro de los controles de inclusión²⁴⁶.

En síntesis, la doctrina se sustenta sobre la base de que entre la transparencia y la abusividad existe cierto nexo y considera que existe violación del deber de transparencia contraria a la buena fe, cuando una cláusula siendo clara y comprensible provoca algún efecto encubierto que causa un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, y que por ello, podría ser declarada como abusiva.

Es contrario a la buena fe ocultar a través de condiciones generales una alteración del equilibrio del contrato. La falta de conocimiento del contenido de una cláusula podría ser igualmente causa de un perjuicio que justifique la abusividad. Dentro de esta doctrina se incluye la doctrina de las expectativas legítimas, en cuanto las cláusulas sean tan sorprendentes que el adherente no pudo contar razonablemente con su existencia.

Nosotros abordamos la doctrina de las expectativas legítimas como un supuesto de control del contenido que emana directamente del deber de buena fe, más no como un supuesto del deber de transparencia.

El perjuicio del adherente en las cláusulas no transparentes se expresa en que el cliente en desconocimiento de la relevancia del contenido de las cláusulas para la conclusión del contrato será privado de sus posibilidades de comparar con la competencia²⁴⁷ y determinar cuáles son las condiciones más favorables para él, lo que puede llegar a causarle un desequilibrio importante contrario a la buena fe susceptible de ser declarado abusivo.

²⁴⁶ SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas Abusivas en la Contratación*, Aranzadi, 1995, p. 54; GONZALEZ PACANOWSKA, “Comentario al artículo 7” en *Comentarios a la...* ob. cit. p. 250-251; VATTIER FUENZALIDA, “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión” Ob. Cit. p. 1523 ss.

²⁴⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto...* ob. cit. p. 45, citando la doctrina alemana que mejor ha explicado el fenómeno. LLODRÁ GRIMALT, Francisca *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, ob. cit. p. 313, “la no transparencia prueba una deficiencia del mercado por falta de información, e incide en la información que reciben los adherentes, reduciendo la capacidad de elección de los mismos e impidiendo la competencia por eficiencia de las cláusulas contractuales más favorables”.

Para evitar este desequilibrio debe hacerse un control de transparencia gradual según la importancia o relevancia que la cláusula tenga en la decisión de contratar, así por ejemplo será necesario un control más exhaustivo en aquellas cláusulas que encierren un efecto sobre las prestaciones del contrato que en aquellas referidas a obligaciones propias y esperadas del tipo contractual.

En este contexto los deberes de legibilidad, concreción y comprensibilidad van más allá del simple conocimiento de las condiciones generales estableciéndose normas de información suficiente²⁴⁸, como las que exigen la información de determinados datos, y reglas de interpretación específicas para los contratos con condiciones generales, que configuran la transparencia en un sentido más estricto, por ejemplo, transparencia en los datos técnicos, en los derechos y posibilidades de actuación, sobre los mecanismos con los que cuenta para acceder a la justicia, sobre la entidad responsable por cualquier defecto (productor, distribuidor), sobre los plazos y el alcance de las garantías, plazos de devolución²⁴⁹.

Con ello se pretende garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas del contrato, poner en conocimiento de los adherentes el alcance de sus obligaciones y sus derechos a través de una información clara y destacada de las cláusulas del contrato, especialmente sobre aquellas que versan sobre elementos que puedan incidir en la decisión de contratar; el predisponente debe hacer notorio el plano comprensivo de las ventajas y desventajas que le implican como

²⁴⁸ Si se toma en cuenta que la transparencia es el presupuesto para un consentimiento libre y reflexivo, que se traduce en una necesidad de regulaciones más rigurosas en contra de los abusos y desequilibrios, en el medio de un movimiento de control normativo de las condiciones de los contratos. (BUSTO LAGO, “Los contratos de financiación del consumidor”, *Reclamaciones de consumo*, BUSTO LAGO (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2005, p. 681).

²⁴⁹ Algunas normas sectoriales ya han incorporado un deber de transparencia en la información contractual, entre otras, “Orden del Ministerio de Economía y Hacienda sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios” de 5 de mayo de 1994 (BOE 112 de 11/05/1994) modificada por la Orden de 27 de octubre de 1995 (BOE de 1/11/1995); Hay algunas normas que especifican la información que tiene que ser proporcionada en determinados sectores del tráfico, así, Ley de Crédito al consumo (BOE 25/03/1995), Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Ley de viajes combinados, Ley de Venta a plazos de bienes muebles (BOE 14/07/1998), Decreto 515/1989 de protección a los consumidores sobre la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda (BOE 17/05/1989)

contratante, a fin de que pueda elegir conforme sus propios intereses y pueda conformarse un verdadero consentimiento²⁵⁰.

El mejor ejemplo llega a nosotros a través de la Jurisprudencia anterior a la Ley de Condiciones Generales que declaraba cláusulas abusivas por desequilibradas sustentada en un criterio de transparencia no cumplido²⁵¹, aquellas que por su importancia deberían especificarse claramente en el cuerpo principal del contrato. Así una cláusula de plazo de devolución de un producto que no difiera del plazo establecido por ley o del plazo normal de devolución, no se exigirá que sea comunicada de la misma manera que lo debe ser una cláusula de duración de un contrato de servicios que se estime por encima de lo normal, por ejemplo diez años.

En estos casos la falta de transparencia viene conectada con un desequilibrio grave para el adherente, de tal manera que la ubicación de la cláusula, el tamaño y color de letra o la complejidad de la redacción son factores que coadyuvan en la declaración de nulidad²⁵².

Es justificable a la luz de todos estos argumentos, que se realice un control de validez que consista en la eliminación de aquellas condiciones generales que sean sorprendentes o que alteren el valor de la oferta en el mercado tal y como es percibida por el adherente, con lo que se garantiza la integridad del

²⁵⁰ Así, PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ob. Cit. p. 80.

²⁵¹ Recientemente las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (La Ley 283751/2009) y de 17 de junio de 2010 (La Ley 114039/2010), declaran la nulidad por falta de transparencia de una cláusula contenida en un contrato de depósito de alta rentabilidad, que estipulaba una comisión a favor del banco, sobre el capital depositado en caso de caída de cotización de las acciones tomadas como referencia, ya que se trata de una cláusula cuyo contenido no es el que se espera en un contrato como ese. Del mismo modo las Sentencias del juzgado de primera instancia de Vigo de 26 de marzo de 2010 (La ley 34142/2010), Juzgado de primera instancia de Gijón de 21 de enero de 2010 (La Ley 26983/2010) y Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010 (La Ley 53926/2010), declaran la nulidad de un contrato por incumplimiento del Banco en su labor informativa. No informó a la contratante de forma clara, completa y en términos comprensibles las características del contrato ni los riesgos, y de la sola lectura de las cláusulas y condiciones no podía inferirse tal conocimiento. El Tribunal entiende que la contratante prestó su consentimiento pero sin ser consciente del significado y alcance del contrato y el verdadero riesgo que asumía. Aunque en estos casos el Tribunal considera que se trata de un error en el consentimiento, no podemos obviar que viene dado por una falta de transparencia en el alcance de las condiciones contractuales.

²⁵² PERTIÑEZ VILCHEZ, ob. cit. p. 58.

consentimiento, expresado en relación a la causa y al objeto del contrato, de modo que frente a la falta de transparencia en las condiciones generales, se exija un respeto al equilibrio subjetivo acordado en las condiciones particulares²⁵³.

Se parte de la base que las condiciones generales no se leen ni están para ser leídas²⁵⁴, que no es exigible una diligencia del adherente en la lectura de las condiciones generales, lo que facilitaría la inclusión de cláusulas sorprendentes y lo que justificaría que sobre ellas pueda realizarse un control posterior al de incorporación.

La Ley de Condiciones Generales no contempla la transparencia en este sentido, sin embargo algunas interpretaciones doctrinarias como la que venimos citando de PERTÍÑEZ VILCHEZ²⁵⁵, el principal exponente y defensor de esta doctrina en España, han entendido que a la luz de la Directiva Comunitaria, una interpretación global de la norma, y al menos en los contratos con consumidores, la regla de las cláusulas sorprendentes está contenida en el artículo 10.1.c de la Ley General de Defensa de los Consumidores, y se extiende también al juicio de abusividad, pudiendo ser la falta de transparencia causa de nulidad de una cláusula cuando la misma implique un desequilibrio material para el consumidor.

Si bien, la Directiva no se refiere a una contrariedad a la buena fe en este sentido, esta ausencia es fácilmente subsanable, por que la exigencia de la equidad y la lealtad es lo suficientemente amplia para comprender la hipótesis en la que el profesional haya ocultado a la otra parte las circunstancias relevantes para una correcta valoración del contrato que se realiza, acudiendo al artículo 4.2 de la misma que consiente la declaración de abusividad de las cláusulas referidas a las prestaciones principales del contrato cuando las mismas no hayan sido redactadas de manera clara y transparente y algunos supuestos de la lista de cláusulas abusivas de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios que inciden

²⁵³ PERTÍÑEZ VILCHEZ, ob. cit. p. 88.

²⁵⁴ MÍQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales” ob. cit. p. 4949, nota 26.

²⁵⁵ Quien considera que en la nueva redacción del arto. 10.1.c de la Ley General de Defensa de los consumidores permite considerar que existe un deber general de buena fe en la predisposición de las cláusulas que va más allá del juicio de equilibrio, la buena fe acá contenida implica no solo la prohibición de cláusulas abusivas sino un deber de transparencia impuesto por la asimetría informativa de las partes fruto de la predisposición, ob. cit. p. 75-79.

directamente sobre el equilibrio económico del contrato y no sobre el mero aspecto jurídico²⁵⁶.

Resulta difícil abordar este tema desde la postura que venimos manteniendo sobre las condiciones generales y la autonomía de la voluntad y la que mantendremos sobre la diligencia del adherente; puesto que si el fundamento de un deber de transparencia en el control del contenido es que las condiciones generales no se leen ni están para ser leídas damos por hecho que la protección del adherente sobrepasa los límites que la buena fe impone a la autonomía de la voluntad, y que la diligencia del adherente no es exigible en cuanto un defecto de transparencia puede declarar las cláusulas abusivas.

Por su parte, la ley parece ser clara en cuanto a la separación de controles y los roles que cada uno desempeña en la protección de los adherentes, el deber de transparencia y las consecuencias de su omisión es considerado un incumplimiento del control de incorporación y las cláusulas que no cumplan estos requisitos no serán calificadas de abusivas sino de ambiguas, oscuras o incomprensibles, reputándose que nunca llegaron a formar parte del contrato²⁵⁷.

Sin embargo, si los contratos obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes con la buena fe, la que supone un comportamiento leal de las partes que toman en cuenta los intereses legítimos de sus contraparte en virtud de la confianza que ésta ha depositado en que el contrato se celebrará como corresponde, por lo tanto se puede abordar el tema del respeto a las expectativas legítimas como un deber de transparencia que emana directamente de la buena fe.

²⁵⁶ PERTÍÑEZ VILCHEZ, ob. cit. p. 99, debe advertirse que la perspectiva desde la que ha de valorarse el desequilibrio económico es subjetivo, no se trata de valorar un precio justo sino de el respeto de una condición general con el equilibrio económico pactado por las partes, es decir, no valorado en relación al precio del mercado, sino en relación al acuerdo alcanzado por las partes en el contrato concreto sobre el precio y la prestación, sobre lo que se espera. En sentido parecido, MÍQUEL GONZÁLEZ, “Comentario a la Disposición Adicional Primera Tres” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales*, ob. cit. p. 914; el perjuicio que entraña la falta de transparencia para el consumidor no consiste en un desequilibrio económico objetivo entre las prestaciones sino que basta que el contrato suponga para él una mayor carga económica respecto a aquella que razonablemente podía esperarse.

²⁵⁷ SERRA, ADELA, *Cláusulas abusivas en la contratación...* ob. cit. p. 54

Las cláusulas incomprensibles o no suficientemente comunicadas se reputarán abusivas por atentar contra la buena fe²⁵⁸, pero no abusivas por un defecto de transparencia o lo que es igual, cláusulas sorprendentes.

2.3. El respeto a las expectativas legítimas del adherente

En todo contrato hay un contenido normativo natural al que las partes quedan vinculadas por las exigencias de la buena fe, se trata de contenidos no pactados ni previstos en el derecho dispositivo pero que forman parte del contrato por que se considera lógica y razonablemente esperado o querido dentro de un contexto de negociaciones determinadas. A esto se le llama doctrinalmente expectativas legítimas o razonables de la contraparte.

El término expectativa hace referencia a diversas situaciones protegidas por el legislador en cuanto constituyen fases necesarias para la formación plena de un derecho, constituye un derecho *in fieri*, situación en la que un sujeto está en fase de consolidar todos los elementos requeridos por la ley para la existencia plena de un derecho²⁵⁹.

La doctrina de las expectativas legítimas llega al ordenamiento jurídico español de las condiciones generales a través de la Directiva Comunitaria sobre Cláusulas Abusivas, que establece que “*los profesionales pueden cumplir la exigencia de la buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta*” y que fue incorporada en la Ley de Condiciones Generales²⁶⁰ que “*pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual*”. Así

²⁵⁸ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir) Civitas, Madrid, 1992, pp. 336-347.

²⁵⁹ ESCRIBANO COLLADO, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 2997

²⁶⁰ Cuya incorporación hemos visto ha sido criticada por que no establece un régimen de control de condiciones generales único que permita facilitar su aplicación, sino que por un lado protege a los adherentes consumidores y de otro a los adherentes empresarios, duplicando en vez de simplificar el régimen jurídico.

mismo los *Principles of European Contract Law*, contienen el respeto a las expectativas legítimas como un principio del derecho contractual europeo²⁶¹.

No está muy claro si la doctrina de las expectativas legítimas está realmente contenida en la Ley de Condiciones Generales, puesto que mientras la ley incluye un concepto de buena fe objetivado, aquella emana de un concepto más ético de buena fe que obliga a disponer condiciones razonables.

La aplicación de esta doctrina en los contratos con condiciones generales se sustenta sobre la base de la tesis contractualista de la validez de las condiciones generales, según la cual estas solo podrán ser eficaces en la medida en que sean objeto de declaración de voluntad, de tal manera que cuando las condiciones generales no coincidan con lo que el adherente quiere contratar por que no ha sido correctamente informado sobre su verdadero sentido, las condiciones generales serán suplantadas por sus expectativas siempre que sean razonables.

Esta correspondencia entre la teoría de las expectativas legítimas y la tesis de la naturaleza contractual de las condiciones generales ha sido cuestionada aduciendo que si no ha habido verdadero consentimiento del adherente sobre las condiciones generales, menos habrá del predisponente sobre las expectativas legítimas de la otra parte ya que este ha querido contratar bajo el contenido de sus condiciones generales.

Sin embargo no puede ignorarse que cuando las expectativas legítimas sustituyan las condiciones generales será por que la adhesión no llegó a tener eficacia como verdadero consentimiento debido a la conducta de mala fe del propio predisponente, es decir, que si con su conducta activa o reticente generó unas expectativas contractuales distintas a las establecidas en el condicionado general, ha de hacerse responsable de ellas por aplicación del principio de buena

²⁶¹ Arto. 6:102: “Junto a cláusulas expresas, un contrato puede contener cláusulas implícitas que derivan de: a) La intención de las partes, b) La naturaleza y el objeto del contrato, c) Y la buena fe.”

fe que se extrema por la circunstancia propia del caso de predisposición unilateral²⁶².

La buena fe obliga a un comportamiento leal, especialmente cuando una de las partes es la que predispone el contenido contractual esta debe considerar los términos contractuales previsibles y en caso de establecer unos diferentes, debe actuar con la debida diligencia de información que advierta a la otra parte sobre el alcance de la manifestación de su voluntad -manifestada con la adhesión- a fin de evitar las sorpresas, el desequilibrio entre obligaciones y derechos y sobre todo a fin de que considere si lo que está aceptando se corresponde con sus legítimos intereses.

En derecho comunitario, concretamente en lo que respecta a la revisión del acervo comunitario se ha cuestionado la posibilidad de una indemnización al perjudicado cuando un profesional infrinja sus deberes de información, los ACQP contiene unos medios de tutela en caso de infracción de los deberes de información, Arto. 2:207 ACQP “Incluso cuando no haya sido concluido contrato alguno, la infracción de los deberes establecidos en los artos 2:201 a 2:206 permite a la otra parte reclamar una indemnización” y si el contrato ha sido ya concluido y una de las partes infringe estos deberes, el contrato surte efectos con el contenido que la otra parte podría razonablemente esperar como consecuencia de la omitida o incorrecta información. El artículo 2:201 por su parte impone un deber de informar sobre los bienes y servicios que la otra parte pueda razonablemente esperar.

Las expectativas legítimas también están contenidas en los principios *Acquis* y su artículo 2:102 prevé que en las negociaciones precontractuales, las partes deben actuar con la diligencia debida, respetando principalmente las expectativas legítimas de los consumidores.

²⁶² BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Ob. Cit. p. 169; citando algunos ejemplos de casos concretos en la Jurisprudencia Norteamericana.

En sentido estricto, la buena fe objetiva es una fuente de especiales deberes de conducta exigibles de acuerdo a la naturaleza de la relación jurídica, por otra parte, el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular, cuando se ejercita en una manera desleal según las reglas que la conciencia social impone al tráfico²⁶³.

Dos son las manifestaciones más importantes en las que se proyecta el respeto a las expectativas legítimas relativo al deber de buena fe²⁶⁴, por una parte, unas normas de conducta en la forma de diseñar y presentar las condiciones generales que vienen impuestas a través del control de incorporación y los deberes de información; por otra parte, las condiciones generales no pueden incluir cláusulas que distorsionen la normal ejecución del contrato evitando introducir limitaciones a los derechos o imponiendo más obligaciones de aquellas que el adherente podría naturalmente esperar conforme el contrato, los usos, el derecho dispositivo y, muy importante, los tratos previos. Toda cláusula general que se aparte de lo que naturalmente se espera de un contrato, es contraria al principio de buena fe.

El ejercicio del poder de predisposición de manera leal y equitativa impide al predisponente aprovecharse de su facultad de predisposición, lo que implica tener en cuenta los intereses legítimos de la otra parte, con lo cual, el juicio de la buena fe obliga realizar una valoración global de los distintos intereses en juego, los del adherente y los del predisponente, de manera que una cláusula es contraria a la buena fe cuando obedece a una distribución de los derechos y obligaciones del contrato que se ha hecho teniendo en cuenta exclusivamente los intereses del predisponente²⁶⁵.

²⁶³ DÍEZ-PICAZO, “Prólogo” *El Principio General de Buena Fe*, F. Weacker, Civitas, Madrid, 1977, p. 19.

²⁶⁴ Según BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Ob. Cit. p. 246-248.

²⁶⁵ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 98.

A priori, la doctrina de las expectativas legítimas parece venir a contrarrestar un poco el carácter originario del deber de buena fe objetiva que impone la fidelidad a la palabra dada, al introducir un criterio menos literal de interpretación de las condiciones generales que debe corresponderse más al sentido de la obligación derivada de la apariencia de lo que el predisponente haya suscitado en el adherente, que a lo expresamente pactado por las partes.

La doctrina de las expectativas legítimas emana de un concepto de buena fe considerada como regla ética que imponga un comportamiento leal y honrado, una norma ética que obliga a disponer condiciones razonables, mientras que la buena fe objetiva contenida en la norma de las condiciones generales se desliga de la conducta de las partes para centrarla en la razonabilidad jurídico-económica de la cláusula²⁶⁶.

Sin embargo, esta consecuencia de la buena fe no debe entenderse de una manera tan radical ya que en el fondo, lo que la doctrina de las expectativas legítimas busca es una fidelidad a la palabra dada –o la palabra aparentemente dada- en función de la naturaleza del contrato cuando el adherente no ha sido debidamente informado del alcance y trascendencia de sus obligaciones y derechos.

El mejor ejemplo lo representa la nulidad de las cláusulas de exclusión de responsabilidad por robo en un contrato de parking, STS 22 de octubre de 1996 “*la representación que sobre el fin del contrato se forja en los usuarios responde a opiniones que reclaman la guarda y vigilancia del vehículo como elemento normal del contrato, puesto que mediante la contraprestación del precio que se paga habitualmente a la salida con la entrega del vale se permite la retirada del vehículo*”, considerándolas un supuesto de cláusula contraria a la buena fe y justo equilibrio²⁶⁷, y

²⁶⁶ BALLESTEROS, *Las Condiciones Generales de los Contratos...* ob. cit. p. 250.

²⁶⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 15/01/1996 (AC 1996/ 20); Madrid 19/02/1997 (AC 1997/ 816) y Alicante 22/06/2000 (JUR 2000/ 270072).

que se ha dejado claro por la Ley 40/2002 reguladora del contrato de Aparcamiento de vehículos²⁶⁸.

Las condiciones generales no pueden excluir las expectativas legítimas de la partes, pero si puede hacerlo el consentimiento²⁶⁹ y en la medida que este consentimiento se provea jurídicamente válido, es decir que las condiciones generales, su alcance y trascendencia sean correctamente informadas, podrá considerarse que las expectativas legítimas son aquellas que se desprenden de lo expresamente pactado. De hecho las expectativas legítimas del adherente sobre un determinado contenido contractual cesan si se ha conocido efectivamente la regulación contractual divergente²⁷⁰, el carácter abusivo en estos casos depende del conocimiento previo de la cláusula por parte del adherente.

Para ello se requiere un deber de información especial del predisponente que no se agote en la mera cognoscibilidad, solo cuando haya un defecto en la información que genere unas expectativas diferentes de lo recogido en el formulario suscrito o cuando sean declaradas abusivas por circunstancias relativas al desequilibrio entre derechos y obligaciones, puede considerarse que las expectativas legítimas difieren de lo pactado en cuanto no coincidan con la apariencia creada por el predisponente al incumplir la regla de conducta derivada de la buena fe, quedando no solo fuera del contrato aquellas cláusulas que no han sido conocidas, sino también aquellas que se aparten de lo que sí fue conocido.

Además, si la buena fe objetiva que se utiliza para declarar la abusividad de las condiciones generales es en el mismo sentido de la buena fe que emana del 1258 CC, y que establece que los contratos obligan no solo a lo pactado, sino a todo aquello que facilite la ejecución y cumplimiento de los contratos –aunque no esté pactado- el consentimiento alcanza entonces lo expresamente acordado y lo que razonablemente pueda esperarse de buena fe²⁷¹, y no habría contradicción entre la doctrina de las expectativas legítimas y la buena fe que se ha expuesto hasta ahora.

²⁶⁸ BOE 15/11/2002

²⁶⁹ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia...* ob. cit. p. 197.

²⁷⁰ GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión...” ob. Cit. p. 1644.

La buena fe empieza como un criterio subjetivo, un deber de comportamiento leal, pero trasciende y adquiere el carácter objetivo de conducta normal de un contratante honrado que afecta el contenido del negocio evitando la incorporación al contrato de cláusulas que se aparten de los principios objetivos implícitos en el ordenamiento jurídico, como la equidad²⁷² –equilibrio entre prestaciones-, por lo que toda cláusula que se aparte de lo que razonablemente se espera, se considerará contraria a la buena fe.

Las expectativas legítimas se valoran con un criterio objetivo, desde la perspectiva del adherente medio y de los criterios imperantes en el tráfico negocial y se constituyen por las circunstancias normales que rodean un contrato, entendido como lo usual, lo habitual, como la *lex artis*, la reglamentación jurídica o administrativa, o simplemente lo que se desprenda de su significado sociológico²⁷³, lo que significa que lo relevante no es lo que el adherente se haya forjado en el caso concreto.

La doctrina ha hecho un recuento de las fuentes de las expectativas legítimas que no pueden ser frustradas por una reglamentación contractual no negociada, considerando la fórmula empleada por el arto. 5c del Proyecto de Ley de Condiciones Generales de 1997²⁷⁴, que incluyen las circunstancias del contrato concreto existentes antes o durante la celebración del contrato y la naturaleza del contrato mismo.

Las circunstancias del contrato concreto por su parte incluye, la publicidad y oferta contractual²⁷⁵, los tratos previos²⁷⁶, las relaciones contractuales

²⁷¹ BALLESTEROS, *Las Condiciones Generales de los Contratos*, ob. cit. p. 256

²⁷² IDEM p. 257

²⁷³ CAVANILLAS MUJICA, “Las Prestaciones propias de cada producto o servicio” *Aranzadi Civil*, 1993-1, p. 1847.

²⁷⁴ ALFARO, *Las Condiciones Generales...* ob. cit. p. 259 ss; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* ob. cit. p. 500 ss.; PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas Abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 198 ss.

²⁷⁵ Si bien esta inclusión de la publicidad puede tener su fundamento en la buena fe del arto. 1258 CC, de la que se deriva una obligación implícita de entregar el bien con las condiciones prometidas en la publicidad precontractual siempre que hayan generado una confianza legítima en el comprador, y pueda presumirse que dichas condiciones fueron determinantes para el consentimiento a contratar, así CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 2010, p.

anteriores²⁷⁷, el precio²⁷⁸, la presentación externa del contrato²⁷⁹, el motivo de celebración²⁸⁰, las prestaciones propias de cada producto o servicio²⁸¹, los hechos concluyentes del predisponente²⁸² y la política comercial del predisponente²⁸³.

530; la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios en su artículo 8, incorpora la obligación de incluir el contenido de la publicidad al contrato, con ello, la falta de conformidad entre lo anunciado y lo entregado deja de contemplarse como un problema de responsabilidad extracontractual o de vicios del consentimiento- que no satisfacen ninguno de los dos la finalidad protegida por la ley de protección de los consumidores- para verse como un problema de incumplimiento contractual que faculta al adherente solicitar el cumplimiento de lo prometido o la resolución del contrato, fortaleciendo la posición del cliente en cuanto quedan protegidas sus expectativas legítimas, en cuanto queda satisfecho el interés contractual positivo; PASQUAU LIAÑO “Comentario al Artículo 8 LGCDU” en *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios 26/1984*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) Madrid, 1992, p. 160, en sentido parecido, GARCÍA VICENTE, “La contratación con consumidores” ob. Cit. p. 1485. La publicidad que genere unas expectativas que difieran del contenido contractual, prevalecerá sobre este siempre que no sea más beneficioso para el adherente o que éste hubiere sido expresamente informado antes de la conclusión del contrato, así PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas Abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 200. Cfr. SAP Málaga de 17 de junio de 1994 (RJA 1994/317), consideró abusiva una cláusula que en un contrato de inscripción de master en auditoría, reservaba el derecho de la entidad organizadora a sustituir el profesorado previsto y anunciado en el folleto publicitario para impartir las clases del curso, por que con la sustitución del profesorado se vieron frustradas las expectativas del demandado. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo del 23 de mayo de 2003 (La Ley 2425/2003) expresa que ‘el contrato queda completamente integrado con lo que el consumidor ha confiado por razón de la oferta, promoción y publicidad (...) aún cuando estos no figuren expresamente en el contrato’. La integración de las declaraciones publicitarias en el contrato significa que son exigibles aunque no consten específicamente en el contrato.

²⁷⁶ Los tratos previos constituyen los acuerdos individuales a los que han llegado las partes, y en este sentido la doctrina reconoce como función propia de las condiciones generales la de completar y concretar el núcleo conformado por aquellos acuerdos, y por tanto respetar lo que con ello se había alcanzado, cfr. PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* ob. cit. p. 508. Sin embargo, es común encontrar sentencias en las que dada la calidad de documento privado del contrato anterior, no se reconocen los tratos previos, tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2010 (La Ley 81835/2010) que no admite la validez de una cláusula que estipulaba que los gastos de enganche del suministro de agua y alcantarillado corren por cuenta del comprador, por que dicha cláusula se incluía en el contrato privado previamente firmado por las partes pero no así en la Escritura Pública de compraventa. La Audiencia en este caso entendió que si la Escritura Pública no se ha limitado a reproducir el contrato privado, sino que lo renueva, estamos ante un nuevo contrato de fecha coincidente con la de la escritura y quedan sin efecto los pactos anteriores.

²⁷⁷ Las relaciones contractuales anteriores como fuente de expectativas legítimas son más frecuentes en las relaciones entre empresarios.

²⁷⁸ La referencia al precio en relación a las expectativas legítimas se entiende en cuanto a que una cláusula puede resultar abusiva respecto a un precio si y a otro no, por que a ese precio no se puede legítimamente esperar determinada contraprestación, ALFARO, *Las condiciones generales...* ob. cit. p. 259.

²⁷⁹ La apariencia externa del contrato –esto incluye muchas veces cláusulas destacadas por el predisponente- pueden generar determinadas expectativas que luego son desvirtuadas por las condiciones generales, cfr. SAP Ciudad Real, 30/09/1999: Un contrato de mantenimiento de ascensores establecía una revisión anual del precio, lo que generaba la impresión de que la renovación contractual sería también cada año, mientras que en el reverso se contenía una cláusula que establecía la renovación cada diez años, el Tribunal consideró que dicha cláusula era abusiva. Aquí se incluyen las cláusulas dirigidas a regular determinados aspectos de la conducta del cliente, quien puede evitar su aplicación actuando de determinada manera, cfr. SAP Baleares 10/06/1991, declaró que debía reputarse sorprendente la cláusula incluida en un contrato de mantenimiento del servicio de ascensores por la cual el contrato se entiende prorrogado tácitamente salvo denuncia expresa con antelación. En sentido parecido la SAP Asturias de 4 de junio de 2010 (La Ley

La naturaleza del contrato, es decir su tipicidad, también está incluida entre las cosas que deben ser respetadas y tenidas como legítimas expectativas de la otra parte, las cláusulas que desnaturalicen el contrato son sorprendentes por que lo convierten en algo distinto, con obligaciones ajenas a lo que podría esperarse.

La determinación de las expectativas legítimas prevé determinar por una parte el tipo contractual y por otra, si el grado de contraste o desviación entre la cláusula y las expectativas fundadas en ese tipo contractual es suficientemente relevante como para considerarse protegidas²⁸⁴.

El *nomen contractus* viene dado por la causa misma del contrato y no por el nombre que le den las partes, de manera que aunque el predisponente le de un nombre distinto y las obligaciones derivadas de dicho contrato correspondan a las que nominalmente le son propias, las cláusulas que contengan estas disposiciones serán abusivas –contrarias a las expectativas legítimas- así un contrato de “arrendamiento” de caja de seguridad en una entidad financiera, será un contrato de depósito con la correlativa obligación de custodia²⁸⁵.

107754/2010) en la que se ventila una reclamación de gastos de enganche del suministro de agua sufragados por la compradora, puesto que en el contrato se pactaba la entrega e una vivienda dispuesta para su habitabilidad y por un precio cerrado, la Audiencia consideró que el vendedor debe informar detallada y claramente el precio de la venta, y que se entiende una vivienda dispuesta para su habitabilidad la que incluya entre otras cosas el suministro de agua.

²⁸⁰ Es a nuestro parecer la más importante de las fuentes de las expectativas legítimas, pues de ello depende la manifestación de voluntad del adherente, el interés que particularmente lo mueve a celebrar dicho contrato y que no puede verse frustrado por condiciones generales, siempre y cuando este motivo sea conocido por el predisponente.

²⁸¹ Son aquellas típicamente esperadas de dicho bien o servicio aún cuando no estén expresamente contempladas en el contrato.

²⁸² Relativos a ciertas obligaciones o compromisos que en principio no le corresponden al predisponente por no constituir lo que normalmente se puede entender como prestación propia del producto o servicio, pero que se entienden asumidas por ciertas actitudes o hechos concluyentes.

²⁸³ Políticas propias que distinguen a la empresa del resto de las que se dedican a la misma actividad y que pueden ser incluidas como expectativas legítimas del adherente.

²⁸⁴ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* ob. cit. p. 503, quien siguiendo la doctrina alemana hace al respecto algunas observaciones que deben ser tomadas en cuenta, primero, que no basta cualquier alteración o desviación del tipo contractual, sino el grado de contraste entre las expectativas y dicha alteración; y que las expectativas razonables se consideraran tomando en cuenta no siempre el modelo legal del contrato, sino el modelo usual relativo al tráfico negocial de las condiciones generales.

²⁸⁵ PERTIÑEZ VILCHEZ, ob. cit. p. 208.

Por otra parte están las cláusulas ajenas al tipo contractual, que generalmente imponen obligaciones que van más allá del tipo contractual y que pueden incluso llegar a hacer surgir otros contratos.

De cualquier forma, hay que tomar en cuenta que la doctrina de las expectativas legítimas no es una herramienta para obtener un contrato equilibrado, ni de contenido justo, sino un contrato jurídicamente válido según las exigencias de la cláusula de buena fe, por lo tanto sus consecuencias deben ser aquellas que se desprendan de la aplicación de este principio, no de un principio de justicia contractual.

Al igual que el equilibrio, expectativas legítimas es un concepto del que no debe abusarse, cuya aplicación excesiva e indiscriminada podría representar serios problemas para la seguridad jurídica, eliminando cláusulas contractuales plasmadas documentalmente para examinar todas las circunstancias de la transacción, marginando el texto predispuesto²⁸⁶.

²⁸⁶ Si bien, la doctrina de las expectativas legítimas se originó como una herramienta interpretativa para resolver las ambigüedades derivadas de las cláusulas –originalmente en los contratos de seguro- hubo un momento en el que la jurisprudencia empezó a utilizarla toda vez que hubiera una discrepancia entre las partes, entre lo plasmado y lo esperado. A favor de la utilización extensiva de la doctrina de las expectativas legítimas, BALLESTEROS GARRIDO, ob. cit. p. 182 ss., quien considera que limitar la aplicación de una construcción jurídica como esa conduciría a que los adherentes se vean sometidos a condiciones generales sorprendentes y no razonables, la solución es según él, la elaboración seria y completa de la doctrina y una definición concreta de los casos a los que se aplica, ceñir la doctrina de las expectativas legítimas a una labor hermenéutica sería según él, reproducir la regla de interpretación *contra proferentem*, sin embargo la doctrina no busca la voluntad de las partes y no se puede identificar con la interpretación ni con la integración del contrato, busca una reconstrucción del contrato, muchas veces contradictoria con las condiciones generales, partiendo de una visión global de todo el negocio. Refiere además los casos en los que la Jurisprudencia española hace uso de la doctrina de las expectativas legítimas para condenar a las compañías aseguradoras a indemnizar a los perjudicados en accidentes de tránsito causados por un conductor en estado de embriaguez aún cuando la póliza excluye la cobertura de este tipo de siniestro, la razón a veces es que la cláusula a pesar de ser socialmente reconocida, no fue suscrita por el adherente –con lo cual estamos de acuerdo- pero otras veces la razón reside en que la causa del accidente no fue la embriaguez a pesar de probarse este hecho, sino la velocidad, evitando que el asegurado quede arruinado por una conducta torpe y evitable. A diferencia del citado autor, no creemos que esto último sea la esencia de la doctrina de las expectativas legítimas, en el caso concreto referido, así la causa del accidente haya sido la velocidad, es de esperarse que al suscribir una cláusula de exclusión de responsabilidad en caso de embriaguez, el asegurado que se encuentre en ese estado al momento del accidente asuma la obligación de indemnizar al perjudicado, pues las expectativas legítimas no están para excluir las obligaciones que las partes concientemente asumen, si puede probarse en tal caso que la velocidad causante del accidente, fue a su vez una consecuencia del estado de agitación que provoca el estar ebrio.

3. Otras Manifestaciones Concretas de la Buena Fe en el ámbito de las Condiciones Generales

3.1. El carácter semi-imperativo del derecho dispositivo cuando eludirlo no sea justificable a la luz de la Buena Fe

La incorporación del derecho dispositivo a los contratos ha sido siempre considerada como ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, pero, en su desarrollo dentro del control de las condiciones generales ha adquirido un carácter menos supletorio, o podría decirse más imperativo (semiimperativo), que el tradicionalmente le era otorgado limitado a suplir las carencias de la reglamentación negocial dejado por la autonomía de la voluntad.

El derecho dispositivo refleja un modo normal de celebrar los contratos en la práctica que ha sido considerado por el legislador. Hoy día, y a raíz de la regulación específica de las condiciones generales en el ordenamiento, el derecho dispositivo se revaloriza como auténtico derecho y como modelo de regulación²⁸⁷, destinado a delimitar el alcance de la autonomía de la voluntad de los contratantes que de buena fe, establecen la regla contractual, más allá del derecho imperativo o prohibitivo.

En el proceso de valoración de una cláusula como equilibrada o abusiva, es preciso confrontarla con un modelo de referencia, dado por el derecho dispositivo, que representa el equilibrio entre derechos y obligaciones que el legislador ha considerado en abstracto²⁸⁸.

De Castro²⁸⁹, fue el primero en la doctrina moderna que puso de manifiesto esta importancia de las normas de derecho dispositivo que no pueden ser desplazadas sin más, y refiriendo que, el derecho dispositivo no fue hecho para el

²⁸⁷ MORALES MORENO, “Derecho Dispositivo” *Enciclopedia Jurídica Básica* vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2281, MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 431

²⁸⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión...” ob. Cit. p. 1634.

²⁸⁹ El procedimiento de adhesión impide que a través de las condiciones generales se pueda derogar el Derecho Dispositivo, sin una razón suficiente...“Las condiciones generales de los

auxilio de desmemoriados sino que “al haber ponderado la situación normal de los intereses de las partes, el derecho dispositivo tiene una función ordenadora” por la que se tiende a imponer sobre las normas contractuales.

Al respecto se mantiene un debate entre la superioridad de los pactos individuales al encerrar la voluntad tácita de las partes, y la prevalencia de las normas dispositivas por su contenido de justicia y equidad, considerados como “la adecuada y natural valoración de los intereses contrapuestos de las partes y los superiores intereses de la comunidad, como la reglamentación normal de los intereses vitales afectados²⁹⁰”.

En sentido contrario, GARCÍA AMIGO, defiende el carácter secundario de las normas dispositivas que, aunque contienen criterios de equidad objetiva para regular las relaciones contractuales, solo deben aplicarse en defecto de la voluntad inversa de los contratantes²⁹¹.

El derecho dispositivo se considera ejemplar regulación que establece un contenido “justo” y equilibrado entre los intereses de ambas partes, atendiendo a las necesidades del tráfico y los intereses generales respetando con ello las expectativas legítimas que suscitan en el adherente el tipo y la naturaleza del contrato que celebra. De hecho el derecho dispositivo se considera primordial al momento de determinar las expectativas legítimas del adherente. Ya no es solamente la regulación normal sino que adquiere un carácter de regulación buena, ofrece un modelo de conducta equilibrado y ajustado a la buena fe y con ello cierto grado de imperatividad²⁹².

contratos...” cit. p. 334 ss, citando la doctrina alemana: NIPPERDEY, LARENZ Y RAISER entre otros; y “Notas sobre las limitaciones intrínsecas...” cit. p. 1061.

²⁹⁰ En síntesis, el pensamiento de algunos autores españoles y extranjeros que se han ocupado del tema, expuesto para nosotros por MÍQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 432.

²⁹¹ GARCÍA AMIGO, *Las Condiciones Generales...* cit. p. 246, e “Integración del negocio jurídico” *RDN*, 1980, p. 138. Alfaro por su parte considera que el derecho dispositivo puede considerarse anticuado y en escasa medida adaptado a las necesidades del tráfico actual, *Las condiciones generales...* Ob. Cit. p. 33.

²⁹² Sin que por ello pueda afirmarse que el derecho dispositivo se haya transformado en verdadero derecho imperativo, así, MORALES MORENO, “Derecho Dispositivo” *Enciclopedia Jurídica Básica* Ob. Cit. p. 2281.

Si el ordenamiento ya ha dispuesto respecto a la composición de cierto conflicto de intereses contrapuestos y la ha expresado en una norma de carácter dispositivo, existe motivo para proteger el interés del contratante adherente de conformidad con ese derecho²⁹³; y asumir que se le dota de cierta imperatividad o inderogabilidad a fin de no causar perjuicios sobre ciertos sujetos merecedores de protección, salvo que esa derogación se encuentre justificada y sea razonable²⁹⁴.

Por su parte, en la función directiva del derecho dispositivo se encuentra un *control totalmente coherente con la lógica económica* ya que se trata de la expresión del mercado y la voluntad presumible de las partes como justo equilibrio de intereses, lo que justifica que pueda incorporarse como límite a la libertad contractual de las partes²⁹⁵ cuando la buena fe y los objetivos de equilibrio así lo demanden, como es el caso de los contratos con condiciones generales.

El ordenamiento español, a diferencia del alemán por ejemplo, no incorpora como criterio adicional a la declaración de abusividad, el hecho de apartarse injustificadamente de la regulación dispositiva o de sus principios fundamentales²⁹⁶, ha sido la doctrina la que ha visto la importancia de retomar el derecho dispositivo como criterio del justo equilibrio de intereses.

En la doctrina alemana ha tenido gran auge el tema. Se considera que el derecho dispositivo no es más que la idea de justicia objetivada por la comunidad jurídica y por tanto esta cualidad le permite elevarse a la medida de los límites de las desviaciones establecidas por los pactos en contrario aunque una ley concreta no lo haya expresado así. El debate sobre la imperatividad del derecho dispositivo en la ley de condiciones

²⁹³ MÍQUEL, “Disposición Adicional Primera Tres” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 943, y en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 716.

²⁹⁴ GARCÍA VICENTE, “La contratación con Consumidores” en *Tratado de Contratos*, Tomo II, Ob. Cit. p. 1450.

²⁹⁵ PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional”, *ADC*, 1981, p. 681.

²⁹⁶ LLAMAS POMBO, “Arto. 10 Bis” *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Ob. Cit. p. 310; BUESO GUILLÉN, “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores” en *RDBB*, 1995, p. 656

generales guarda la misma relación que el que se establece entre la preferencia entre la ley imperativa y los usos, equiparando éstos a las condiciones generales y llegando a la conclusión que los mismos no podían sacrificar la justicia de la ley²⁹⁷.

Con ello no se puede afirmar sin embargo que el derecho dispositivo adquiriera siempre ese carácter de imperatividad o que el legislador considere que las condiciones generales carezcan de fuerza obligatoria por sí mismas, pues no debe ignorarse que es propio del derecho dispositivo la posibilidad de otra reglamentación de acuerdo a la voluntad y valoración de las partes.

Tampoco quiere decir esto que, como piensa cierto sector de la doctrina española²⁹⁸, la validez de las condiciones generales, o el consentimiento de los adherentes sobre estas, va a depender principalmente de su conformidad con el derecho dispositivo y la buena fe.

Es preciso hacer una valoración del contrato para determinar el alcance y el grado de renunciabilidad del derecho dispositivo, es necesario primero, que su no incorporación al contrato no sea justificada por el predisponente, el juicio de la buena fe consiste en valorar cuando existen circunstancias que justifiquen la ruptura con esa norma dispositiva²⁹⁹; y segundo que la regla contractual derivada de la autonomía de la voluntad y que se aleja del derecho dispositivo cause un desequilibrio importante entre los intereses de las partes o no tenga otra razón que el interés exclusivo del predisponente, dicho de otro modo, si las cláusulas predispuestas vulneran las ideas básicas de regulación del contrato o ponga en peligro la obtención de su finalidad³⁰⁰.

En tal caso la buena fe exige que el derecho dispositivo opere como si fuera *ius cogens*: su contravención supone la nulidad de la cláusula, salvo que se

²⁹⁷ MÍQUEL GONZÁLEZ, “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos, un Sistema de Evolución*, Aranzadi, Navarra, 2007, citando a L. RAISER en la doctrina alemana.

²⁹⁸ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Ob. Cit. p. 775.

²⁹⁹ MÍQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley...* ob. Cit. p. 952, y *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* ob. cit. p. 743.

podiese justificar lo contrario, y como consecuencia se sustituiría lo pactado por ese modelo de regulación no respetado; como si en definitiva se tratara de derecho imperativo en los contratos con condiciones generales³⁰¹.

La cláusula general de buena fe entra a operar sobre el derecho dispositivo convirtiéndolo en imperativo para lograr el equilibrio de intereses perseguido, y justificado por las expectativas legítimas de las partes en el ordenamiento jurídico³⁰², y es desde las exigencias de la buena³⁰³, que se debe apreciar si en las circunstancias del contrato ha prevalecido el interés del predisponente en una regla general que contraría el derecho dispositivo sin ninguna razón y que causa un desequilibrio importante en perjuicio del adherente.

3.2. La buena fe como instrumento de protección de los adherentes empresarios.

3.2.1. El criterio determinante de la protección jurídica

El concepto de abusividad de una condición general viene a incorporarse al ordenamiento jurídico del régimen de regulación de las contrataciones a través de una cláusula general, y se refiere a las cláusulas que en detrimento de la buena fe causan un desequilibrio importante en perjuicio de los *consumidores*.

Si bien, el concepto encarna en alguna medida las reglas generales de la contratación, recogidas en el Código Civil y la legislación precedente sobre contratos³⁰⁴, en este particular se ponen de manifiesto dos cuestiones que parecían haber quedado en el olvido, primero, la importancia que la buena fe juega y

³⁰⁰ MÍQUEL GONZÁLEZ, “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos, un Sistema de Evolución*, cit. p. 199.

³⁰¹ PASQUAU LIAÑO, “Disposición Adicional 1ª. Tres: Arto. 10 bis 2 LGDCU”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Ob. Cit. p. 786.

³⁰² En este sentido opina MÍQUEL, “Disposición Adicional Primera Tres” *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p. 943 ss.

³⁰³ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Ob. Cit. pp. 798-800, quien opina que el derecho dispositivo no puede ser tenido ni valorado como requisito de abusividad, no puede considerarse sin más que una cláusula es contraria a la buena fe o que causa un perjuicio al adherente por el solo hecho de contrariar el equilibrio establecido por el derecho dispositivo.

³⁰⁴ R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Ob. cit. p. 265.

adquiere en las relaciones contractuales modernas, y segundo, la reciprocidad de derechos y obligaciones que se ha elevado a principio general del derecho³⁰⁵.

Junto a la cláusula general³⁰⁶ que conceptualiza el criterio de abusividad, el legislador ha optado por ampliar el estrecho margen de normas imperativas - cuestión que ya había sido sugerida por la doctrina³⁰⁷ - estableciendo además una lista indicativa –no exhaustiva- de aplicación obligatoria, de cláusulas que deben ser consideradas abusivas en todos los contratos con consumidores, y una acción inhibitoria con efectos posteriores, prohibiendo la utilización de las cláusulas que han sido declaradas nulas con el propósito de prevenir futuros abusos³⁰⁸.

Sin embargo, éste concepto de abusividad resulta insuficiente para los contratos con condiciones generales, donde lo determinante no es la calidad del sujeto que se adhiere a unas cláusulas pre-establecidas sino las circunstancias de celebración del contrato, el procedimiento por el que se ha alcanzado un acuerdo que es el consentimiento libre, pero mediante la adhesión.

Y si bien, se propugna por que se respete un equilibrio entre la declaración de abusividad de una cláusula y el ejercicio de la libertad contractual y en rigor no se puede equiparar el ejercicio de la libertad de un profesional a la de un

³⁰⁵ CLAVERÍA GOSÁLVEZ, La predisposición del contenido contractual, RDP, 1979, p. 682

³⁰⁶ Como toda cláusula general opera en un ámbito amplio que debe considerar la naturaleza y las circunstancias que rodean la celebración del contrato en particular, pudiendo una cláusula ser nula en algunos casos como consecuencia de su abusividad y ser válida en otros por participar de la naturaleza del acto contractual y encajar en las circunstancias de celebración; lo que permite al juzgador colaborar en el desarrollo del derecho de las condiciones generales; así “Un concepto de cláusulas abusivas que solo piense en el contenido es incompleto y da lugar a equívocos... depende no solo del contenido sino también del procedimiento, del contexto contractual...” (MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* p. 940)

³⁰⁷ E. POLO, *La protección del consumidor...* cit. p. 89.

³⁰⁸ Frente al *sistema anglosajón* de control del contenido –que recoge una lista cerrada conteniendo todos los supuestos de cláusulas abusivas- se establece el llamado *sistema continental*, de matices mas liberales, en el que coexiste junto a una cláusula general, una lista abierta de cláusulas consideradas abusivas, Cfr. A SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas Abusivas en la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 1996 p. 36. Acaso esta dualidad de medidas sea la herencia recibida de las precedentes legislaciones europeas, que sirvieron sin duda alguna como ejemplo tanto de la ley española como de la Directiva Comunitaria. V. gracia, la ley alemana para la regulación del derecho de las condiciones generales de negocio de 9/12/1976 y su modificación de 25/07/1986 y el decreto ley portugués sobre régimen jurídico de las cláusulas generales contractuales de 25/10/1985.

consumidor³⁰⁹, hay que considerar que más allá de la figura del consumidor como destinatario final de los bienes adquiridos, se encuentra un consumidor en tanto contratante, que actuando en el marco de su actividad comercial o no, se constituye adherente al no participar directamente de la formulación de las condiciones que regirán su relación contractual.

A un sistema de regulación de Condiciones Generales lo que debe importar es el contrato como instrumento de intercambio de bienes y servicios, un instrumento que difiere un poco del pensado por la doctrina tradicional y que indudablemente debe adaptarse a las actuales demandas económicas, sociales y jurídicas de intercambio de bienes y servicios³¹⁰, pero cuya diferencia no radica en la calidad de los sujetos que en él participan, sino en el proceso por el cual se perfecciona³¹¹ - y que quizás sea ese proceso el que determine que las relaciones contractuales en masa pasan a un plano paralelo respecto al ordenamiento jurídico común, un proceso por el que uno predispone y el otro se adhiere a los términos generales que lo rigen.

Resulta insuficiente pues el concepto de abusividad si lo que se pretende es regular las condiciones generales, desde la perspectiva teórico legal, cláusulas abusivas sólo se presentan en las contrataciones de consumo, y en las contrataciones con condiciones generales donde ninguna de las partes actúa en calidad de consumidor, habrá que acudir a los preceptos generales del Código Civil para la respectiva declaración de abusividad³¹².

³⁰⁹ Arto. 1484 CC “La profesionalidad del comprador excluye el saneamiento por vicios ocultos y defectos manifiestos”. Precisamente pareciera que la opción elegida por el legislador se apoya en una visión formal de la autonomía privada y en su naturaleza puramente contractual, considerando que la contratación entre empresarios no merece a este punto ningún control sobre el contenido de sus contratos, cfr. MÍQUEL, “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 201

³¹⁰ Lo que hay que mejorar es el instrumento, adaptándolo a las nuevas necesidades pero pensando en el instrumento en si y en los usos que puede tener, y no en los sujetos que puedan utilizarlo, en este sentido, BUSTOS PUECHE, “Juicio Crítico al derecho de consumo”, *La Ley*, 1993-4 p. 970.

³¹¹ El problema de la validez de las condiciones generales se debe al procedimiento por el que nace la regla contractual y en este caso la buena fe se constituye en una regla de competencia o de validez, así, MÍQUEL “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 203

³¹² Artos. 6.3, 1255, 1258,1275 CC; en este sentido, MARTÍN PÉREZ, “El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales (Sobre la necesidad de protección de los adherentes profesionales), en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, SANTIAGO ESPIAU (ed.) Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 136; LLODRÁ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. p. 353.

Este no era sin embargo, el criterio inicial del legislador que había incluido en los precedentes proyectos de leyes sobre condiciones generales un control a través de una cláusula general de buena fe tanto en contratos con consumidores como entre empresarios. La decisión final de eliminar de la ley vigente este criterio, se debió en parte al rechazo de dos enmiendas parlamentarias que incluían al profesional en el ámbito subjetivo del control del contenido, aduciendo los opositores que las relaciones entre empresas deben seguir rigiéndose por el código de comercio y que sólo cabe regular el equilibrio contractual cuando existe un consumidor³¹³.

Los contratos en los que el adherente sea un empresario estarán sujetos a las obligaciones propias de la incorporación de las condiciones generales, a la regla de interpretación más favorable al adherente, y a las reglas generales del código civil, particularmente el 1258 CC que constituye para algunos, la auténtica cláusula general de ineficacia de las cláusulas desequilibradas en los contratos entre empresarios³¹⁴. Con esta exclusión del control de contenido de las condiciones generales de los contratos entre empresarios, el legislador parece estar considerando que el cumplimiento de los requisitos de incorporación del artículo 5 de la LCGC es suficiente para garantizar el consentimiento.

Lo cual no resulta desacertado si se considera que a efectos de declaración libre de la voluntad, bastaría con un eficaz proceso de incorporación de cláusulas que garanticen el verdadero conocimiento; pero aquí no se cuestiona la legitimidad de un control del contenido a la luz del principio de libertad contractual –y en su caso considerando que la libertad de un consumidor no es la misma que la de un profesional adherente- lo cual resultaría contradictorio, sino a la luz de las exigencias de la buena fe, que delimita el alcance de esta libertad.

En principio, así es, y no habría motivo para considerar que el ordenamiento intente establecer un control del contenido en contratos en los que

³¹³ MÍQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 194.

³¹⁴ GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión...” ob. Cit. p. 1656.

ambas partes actúan en un relativo plano de igualdad, lo que constituiría una intromisión injustificada a la autonomía de la voluntad y la libertad contractual³¹⁵, sino fuera por que el criterio que determina la abusividad de la cláusula viene dado por un principio general del derecho de contratos que ha sido elevado a cláusula general dentro del marco normativo: la buena fe.

La buena fe, y todo lo que de ella se deriva, no puede ser aplicada bajo criterios subjetivos, excluyendo a los profesionales de su ámbito de protección, la buena fe como principio general informa el contrato y exige un comportamiento recto y sin doblez y un equilibrio sin importar el carácter en el que actúan las partes contratantes, sean consumidores o no lo sean. Los principios generales no pueden aplicarse algunas veces si y otras no.

En efecto, el derecho vigente en España, y sin hacer uso necesario de la ley de condiciones generales, hace posible que éstas puedan ser impugnadas en cuanto sean contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres³¹⁶, y por ello no es entendible que una ley específica que regula esta materia, sea excluyente con los adherentes cuando actúan en su calidad de empresarios.

La razón de la aplicación de un criterio de buena fe como el contenido en la Ley de Condiciones Generales, no es la desigualdad estructural de del consumidor frente al empresario, sino las particularidades de negociación de las condiciones generales de la contratación, la predisposición en sí misma y no el status de consumidor³¹⁷ es lo que le da sentido al ordenamiento de las condiciones generales.

³¹⁵ Que no se justifica sino en situación de desigualdad latente entre las partes, como cuando quien se adhiere es un consumidor, así LLAMAS POMBO “Artículo 10 Bis”, *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, La Ley, Madrid, 2005, p. 295.

³¹⁶ DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *ADC*, 1961.

³¹⁷ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 102, refiriéndose al deber de transparencia, pero considerado también como un deber emanado de la buena fe, diciendo que si con el deber de transparencia se pretende subsanar un defecto derivado de la falta de información, no puede dejarse a un lado al adherente empresario como si a consecuencia de su supuesta profesionalidad en el tráfico de los negocios y su mayor capacidad, le fuera aportada dicha transparencia.

Si bien, el principio de protección a los consumidores ha sido elevado a un principio constitucional y éste debe inspirar muchas normas destinadas a mejorar la efectividad del mercado sin transgredir los derechos de la parte menos poderosa que interviene en ese mercado, no es, para los fines que se persiguen con una norma sobre condiciones generales: condiciones generales más equilibradas y buena fe en los contratos celebrados mediante ellas, el principio de protección de los consumidores lo que se debe tomar en cuenta.

La buena fe contenida en la ley de condiciones generales no hace referencia a un principio general, que como tal, opera en lugares donde no hay cláusula general legal, sino de la cláusula misma, que constituye un instrumento legislativo con carácter superior a un principio general y está claro que ésta es aplicable a los contratos con consumidores.

La buena fe del artículo 1258 CC es una buena fe integradora, en cambio la buena fe de la Ley de Condiciones Generales es una cláusula reguladora del contenido del contrato, capaz de expulsar del mismo aquellos contenidos que no han sido propiamente consentidos³¹⁸. La buena fe del 1258 no es un estándar de diligencia exigible ni un deber de comportamiento leal como si lo es la buena fe de la Ley de Condiciones Generales, o más concretamente, el 1258 CC no es una regla de validez en virtud de la cual serán ineficaces los pactos contrarios a las exigencias derivadas de la buena fe³¹⁹. En consecuencia, esta buena fe no adquiere explícitamente rango de norma de validez de los acuerdos, es decir, en los contratos entre empresarios no sería nula una cláusula por el hecho de que la regla contractual contenida en ella fuera contraria a las exigencias de la buena fe³²⁰.

Por lo que surge el interrogante en cuanto a que es lo que aplica en el caso de los empresarios, ¿es el principio contenido en el Código Civil, una regla de integración sin más? O ¿es aplicable la regla general contenida en la Ley de

³¹⁸ En contra opinan, GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión...” ob. Cit. p. 1657.

³¹⁹ Con el 1258, el legislador no ha pretendido crear obligaciones implícitas ni establecer una diligencia debida, sino un modo de integrar una laguna contractual que se produce ante una contingencia precisa, en este sentido, CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Derecho de Contratos*, ob. Cit. p. 528.

³²⁰ Idem, p. 777.

Condiciones Generales y en consecuencia también hay una diligencia exigible en estos contratos? La doctrina ya se ha ocupado del tema en ambos sentidos. Por una parte quienes opinan que una ley de condiciones generales sería inútil, insuficiente³²¹ y sin sentido si se quisiera excluir las condiciones generales de un juicio de abusividad, en este caso bajo los criterios de la buena fe y el equilibrio entre las prestaciones (sic) -obligaciones y derechos-, cuando es precisamente en estos casos cuando la ley puede llegar a tener mayor utilidad práctica siendo éstos más impugnados que los contratos con consumidores³²².

De hecho no tendría razón la aplicación de un control de incorporación que velara por la información y la transparencia de la operación, basados en el argumento tradicionalista de que los profesionales necesitan menos protección dado el grado de información y conocimiento del tráfico en el que se mueven, pero si cabría un control de contenido en cuanto se ven imposibilitados de negociar las cláusulas que podrían resultar abusivas³²³.

El problema que se presenta es que no se puede determinar un control específico para las contrataciones en el marco de las relaciones interempresariales dentro de la ley, lo cual sería un contrasentido en cuanto a que se crea una norma para regular un caso concreto del tráfico jurídico que a su vez se excluye de su ámbito de aplicación.

No por que las partes sean empresarios desaparece el carácter de adherentes, intrínseco al papel que juegan al aceptar y adherirse a determinadas condiciones impuestas, y es que la ley no habría sido tan equívoca hasta entonces,

³²¹ Entre los críticos: MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...* cit. p. 430 y ss, “No hay un control específico del contenido de las condiciones generales que es lo mínimo que se puede esperar de una ley como esta...”; R. BERCOVITZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* cit., p. 263; GETE ALONSO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, ARROYO-MIQUEL (director) Tecnos, Madrid, 1999, p. 83.

³²² ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, en *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Antonio Vaquer (ed.) Tirant, Valencia, 2005 p. 653. Ciertamente es que los empresarios tienen mayores recursos para minimizar los efectos negativos que las cláusulas abusivas pueden causarles, pero no siempre es el caso, como cuando se trata de Pymes y profesionales liberales; así, MARTÍN PÉREZ, “El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales...” Ob. cit. p. 136.

que después de considerar en su ámbito subjetivo que “el adherente podrá ser también un profesional sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad” (Arto. 2.3) viene ahora a excluirlo de un aspecto tan importante como es el control del contenido³²⁴.

La Jurisprudencia ha hecho un tímido eco de esta tendencia, y priori a la ley de Condiciones Generales y a la luz de la Ley General para la Defensa de los Consumidores, había reconocido ya una legitimidad del control abierto del contenido en casos de relaciones contractuales en las que ninguna de las dos partes era consumidor, con arreglo al criterio de la *buena fe*, y de la comparación con el derecho dispositivo³²⁵.

Lo anterior ha llevado a pensar que esta exclusión es gracias a una mala técnica legislativa³²⁶ que no puede interpretarse como una voluntad de excluir a

³²³ MARTÍN PÉREZ, “El ámbito de aplicación subjetivo del régimen de las condiciones generales...” Ob. cit. p. 136.

³²⁴ De esta opinión es V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “El control de las Condiciones Generales de la Contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación”, *ADC* 2001 p. 1110. Sin embargo los tribunales han aplicado en algunos litigios entre empresarios la Ley de Consumidores y Usuarios, marcando el precedente para desarrollar un control del contenido sobre las cláusulas generales contenidas en estos contratos, ver STS 18/09/1998; en contrario sentido entre las que han negado el control del contenido a los contratos entre empresarios, pueden verse SAP Zaragoza 02/10/2000 y Barcelona 30/06/2000.

³²⁵ “*Si el control del contenido es una necesidad inmanente a un sistema basado en la autonomía privada, constituye un desarrollo normativo conforme con el sistema, el someter también a control los contratos celebrados conforme a condiciones generales entre empresarios...*” (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p 181); al respecto, el Tribunal Supremo no ha tenido reparos en legitimar un control abierto del contenido contractual basándose en la buena fe cuando ninguna de las dos partes eran consumidores, así, STS 26-05-1986 Comentada por Bercovitz en *CCJC*, 11, 1986, p. 3661, y citada por Alfaro, *Las Condiciones Generales...* Ob. cit. p. 181; (NIETO CAROL, “Condiciones Generales en los contratos bancarios”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Nieto Carol (director) Civitas, Madrid, 1998 p. 536). Sin embargo es fácil encontrar Sentencias que no admiten la abusividad de cláusulas por estar contenidas en contratos entre empresarios, así la SAP Madrid de 16 de abril de 2010 (La Ley 80946/2010), “*por tanto no es posible un control del contenido, únicamente puede controlarse que la condición general no sea contraria a la propia ley*”, SAP Barcelona 23/07/2010 no admite la aplicación de la LCGC por cuanto se trata de contratación entre empresarios, SAP Madrid 30/04/2009 indica que la LCGC solo otorga significación a la abusividad cuando el contrato se ha celebrado con un consumidor, así mismo la STS 19/02/2010 (La Ley 2363/2010).

³²⁶ Al ser la ley producto de la transposición de una Directiva Comunitaria sobre protección de los consumidores, es lógico que se exprese en este sentido. Sin embargo, es una regulación específica sobre condiciones generales y debe entenderse que en ella tiene cabida un control sobre la abusividad de la cláusula por contraria a la buena fe. Al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las CCEE de 14 de marzo de 1991 (TJCEE 1991/155), defendía que quienes actúan en el sector del tráfico tomado en consideración y se lucran en él se consideran suficientemente protegidos por el conocimiento de su entorno, en el que por otra parte rigen las cautelas ordinarias establecidas por el Derecho de cada país. En contra, Dictamen sobre la propuesta de Directiva emitido por el Comité Económico y Social de la CEE del 2 de octubre de 1990 se insta a la

los contratos entre profesionales del ámbito de aplicación de la cláusula general, y que es lógico pensar que “si pueden ser débiles para merecer protección mediante un control de incorporación, lo serán también para un control del contenido”, cuando lo que verdaderamente persigue el precepto es excluirllos de la lista de cláusulas prohibidas³²⁷.

El carácter abusivo de una cláusula puede determinarse también respecto a los contratos entre profesionales y no se entiende que lo sea sino por aplicación directa del control general del contenido del artículo 8.1³²⁸.

En efecto, el Preámbulo de la Ley, que hace parte de la ley misma, deja abierta la puerta a una interpretación en este sentido, aclarando que solo cuando exista una relación de un consumidor frente a un profesional es cuando opera plenamente la lista de las cláusulas abusivas recogidas en la ley, pero que nada impide que judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, sujetándose a las reglas generales de nulidad contractual, y de manera implícita, a la regla general del control del contenido.

Comisión “a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que estos se celebren con consumidores o no, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME”.

³²⁷ R. BERCOVITZ, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 265 y ss; BALESTEROS GARRIDO “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2, p. 755 ss, quien entiende que lo que el legislador ha querido es que cuando el adherente sea un profesional se aplique la regla general prohibitiva de las cláusulas abusivas, y que en todo caso se entenderán como abusivas las recogidas en la lista de cláusulas abusivas, así lo entienden a la luz del fundamento noveno de la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales. En sentido contrario, MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 940, el concepto de cláusulas abusivas es un concepto propio de la ley de consumidores y usuarios, y depende de si una de las partes es consumidor y la otra, empresario, así mismo opina PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 105, quien considera que no hay una laguna legal sino una voluntad deliberada del legislador de excluir del control del contenido los contratos entre empresarios.

³²⁸ En este sentido, J. J. BLANCO GÓMEZ, “Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la nulidad de las condiciones generales contempladas en dicha norma”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1474 ss.

Hay quienes incluso se atreven a afirmar que algunas de las reglas específicas contenidas en la lista de cláusulas abusivas, no pueden dejar de ser aplicadas a la contratación entre empresarios a pesar de la pretensión excluyente del artículo 8 del Texto Refundido³²⁹.

El elemento esencial de las cláusulas abusivas, continúa siendo el desequilibrio importante de los derechos y obligaciones **contrario a la buena fe**, y no la mera inclusión en una lista dentro de la norma³³⁰.

No obstante, la tendencia doctrinaria suele ser un tanto temerosa en cuanto a la extensión del ámbito de aplicación, creyendo sin razón que lo que justifica el control sobre la abusividad de una cláusula es el carácter de quien actúa, es decir los consumidores, y por ende, la situación de inferioridad de éstos como adherentes, o el mal funcionamiento del mercado, cuando la razón de fondo no emana de un criterio subjetivo³³¹, sino, reiteramos, de la predisposición de cláusulas contractuales³³² que es lo que justifica la aplicación de un principio general del derecho que ha sido elevado a cláusula general dentro de una normativa específica.

Las normas sobre protección de los contratos no debe verse limitada por los actos de consumo, y su aplicación debería extenderse a todas las situaciones en las que existe un desequilibrio entre las partes debido a las particularidades de la contratación en masa; desde esta concepción el papel importante lo juega el desequilibrio importante y no el sujeto víctima de este desequilibrio, ya que la cuestión no viene determinada por el acto de consumo, sino por la estructura de mercado que permite a unos dominarlo, en el cual el sujeto que no es denominado

³²⁹ Tales como la cláusula de arbitrio discrecional del predisponente, la modificación unilateral del contrato sin motivos válidos y las cláusulas de redondeo al alza en estacionamientos, entre otras, CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, ob. Cit. p. 778.

³³⁰ En el mismo sentido, MARTÍNEZ SANZ, “Buena fe”, en *Derecho Privado Europeo*, (Sergio Cámara Lapuente, coordinador), Colex, Madrid, 2003.

³³¹ En contra opina ALFARO, quien a pesar de admitir que a las condiciones generales utilizadas frente a empresarios les sería de aplicación la cláusula general de buena fe, considera que la noción de consumidor si sigue siendo imprescindible en cuanto a la aplicación de los controles de incorporación e interpretación, contrario a lo que el legislador aparentemente ha querido (que la noción de consumidor es importante para la aplicación del control del contenido, que es donde tiene mayor justificación); Ob. cit. p. 181.

³³² Por todos, ALFARO, *Las Condiciones Generales...* Ob. cit. p. 182.

consumidor continúa estando sometido a los dictados de las grandes empresas en cuanto adolecen de la misma falta de negociación en el contrato³³³.

Si bien, no consideramos que gracias a las condiciones generales el dominio del mercado lo tengan las grandes empresas, y los adherentes se vean por ello sometidos a realizar contrataciones arbitrarias, si es cierto que la predisposición contractual es un elemento a favor de aquellos, y para nivelar este grado de favorabilidad se ha consagrado la buena fe, que hace a los empresarios actuar respetando los legítimos intereses de la contraparte, legítimos intereses que también tienen los adherentes que no son consumidores, y que les exige dotar al contrato del contenido que los adherentes esperarían, según el tipo, los tratos previos y la publicidad.

De ahí que la prohibición de cláusulas abusivas no se fundamente en que nos encontremos ante una necesidad específica de protección hacia un determinado grupo de contratantes por razón de su estatus jurídico, sino ante una particular forma de contratación más rápida y eficaz, pero en la que una de las partes se ve privada de su facultad de determinar el contenido contractual, y por ello se extrema el uso de la buena fe para prohibir al predisponente actuar de manera ventajosa respecto a la otra parte³³⁴, y obligarlo a actuar tal cual si estuviera ante un contrato negociado individualmente.

3.2.2. El adherente empresario y el adherente consumidor y sus respectivas fuerzas negociadoras respecto al predisponente

Visto así, ambos adherentes se encuentran en la misma posición negociadora respecto al predisponente, quien goza de una ventaja material cuando formula previamente las condiciones generales y que le permite actuar fuera del control del mercado, y por tanto el desequilibrio importante entre empresario y

³³³ BALLESTEROS GARRIDO, “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2, p. 750.

³³⁴ Matizando, BALLESTEROS GARRIDO, “Buena Fe y calificación de las condiciones generales como abusivas...” *Ob. Cit.*

consumidor es también aplicable a un negocio de un empresario frente a otro más pequeño³³⁵.

En las relaciones contractuales entre un consumidor y un empresario la inferioridad es notable y viene dada por la reducción de su esfera de decisión autónoma y racional, y por la reducción de su capacidad de reacción frente a los perjuicios sufridos³³⁶; pero estos problemas propios del tráfico contractual masificado no tiene su única causa en la situación de inferioridad de los consumidores, las propias características del tráfico en masa se pueden dar también en las relaciones contractuales entre empresarios.

En doctrina se ha considerado que la situación de inferioridad de un consumidor es notable en todas las fases de celebración del contrato, en la fase precontractual: técnicas publicitarias agresivas que influyen en la estructura de las necesidades del consumidor, quedando afectada la voluntad de adquirir desde el primer momento³³⁷, en la fase de determinación del contenido contractual: La voluntad del consumidor se limita a adherirse a la regulación establecida por el empresario, en la fase de cumplimiento del contrato: La falta de información ofrecida al adherente le induce con frecuencia a basar su elección sobre caracteres secundarios –los resaltados por la publicidad- lo que hace más difícil los trámites de reclamación.

No del todo de acuerdo con lo anterior, hemos de reconocer que efectivamente la aplicación de la cláusula general a los contratos entre empresarios es aplicable bajo una interpretación global de la ley de condiciones generales que así lo sugiere, y por que desde el punto de vista dogmático, los

³³⁵ EMPARANZA ALBERTO, “La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español” en *RDM*, No. 213, 1994, p. 490.

³³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” en *ADC*, 1994, p. 46, planteando la importancia de entender el derecho de los consumidores como un extenso laboratorio de experimentación y banco de pruebas de los remedios más eficaces que pueden ser extendidos posteriormente al Derecho Privado Patrimonial convirtiendo a las normas generales en las normas reguladoras de estos problemas, recuerda el autor que la necesidad de proteger a los consumidores pone en evidencia la insuficiencia de la teoría clásica del contrato.

empresarios que contratan con otros empresarios bajo el régimen de condiciones generales son, ante todo, adherentes.

Si la ley establece la nulidad de las condiciones generales que se opongan en perjuicio del adherente a lo dispuesto en la misma ley y otras normas imperativas y prohibitivas de conformidad con las reglas de la nulidad contractual, y a la vez remite a los profesionales víctimas del abuso de una posición dominante a instar por la nulidad de las cláusulas abusivas cuando sean contrarias a la buena fe, ¿por qué no debe entenderse que esas condiciones son abusivas aun cuando se trate de contratos celebrados entre empresarios?.

En efecto, la exposición de motivos remite a los profesionales a estas normas generales de nulidad contractual para protegerse de los abusos de posición predominante por que pueden ser utilizadas por lo que la cláusula general abusiva tendrá que protegerles también a ellos³³⁸.

La necesidad de protección del adherente consumidor no se justifica por el mero hecho de su condición de consumidor, sino que reside en la ventaja material de la que goza el empresario cuando formula previamente las condiciones generales, actuando consecuentemente fuera del control del mercado. El argumento de la situación de desequilibrio importante entre empresario y consumidor carece de validez, ya que podría decirse lo mismo respecto a un empresario frente a otro más pequeño por lo que se debe dejar de un lado el parámetro del desigual poder económico existente entre los contratantes y establecer como criterio de regulación *la superioridad funcional* del predisponente³³⁹.

³³⁷ A nuestro criterio, darle cabida a este argumento sería admitir que en cada una de nuestras acciones hay circunstancias externas que influyen en las decisiones personales que tomamos y que en realidad no hay libertad alguna en el hombre.

³³⁸ BALLESTEROS GARRIDO “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2, p. 757.

³³⁹ EMPARANZA ALBERTO, “La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español” en *RDM*, No. 213, 1994, p. 490.

Por otra parte el criterio de protección o más bien el criterio para determinar la abusividad de las cláusulas y declarar su posterior nulidad, viene determinado por el perjuicio causado al adherente en contradicción con las exigencias de la buena fe objetiva.

La ley alemana de condiciones generales puede considerarse un referente importante en la determinación de este concepto, dicha norma no toma como referencia el acto de consumo, sino la imposición a una generalidad de adherentes unas mismas condiciones generales de la contratación para declarar la nulidad de las cláusulas, y así, somete las relaciones entre empresarios a un control del contenido regulado en una cláusula general (arto. 9) que declara ineficaces las condiciones generales cuando perjudican al adherente de forma no equitativa, habida cuenta de los preceptos de la buena fe objetiva³⁴⁰.

Desde una perspectiva de la dogmática del contrato, el control del contenido sobre cláusulas que se pactan en igualdad de condiciones o la búsqueda de la equidad en las prestaciones del contrato es a todas luces una intromisión injustificada a la autonomía de la voluntad, y estamos absolutamente de acuerdo; sin embargo en este caso lo que se hace es una confrontación de las condiciones generales con la cláusula general de buena fe, y más que buscar la equidad del contenido contractual, lo que se busca es el respeto al equilibrio, a la misma autonomía de la voluntad y al ordenamiento jurídico, que en este caso ha dispuesto que las cláusulas serán válidas si son conformes con la buena fe³⁴¹.

Así pues, una cláusula que cause un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de las partes será declarada abusiva conforme el principio de la buena fe; pero una condición general que cause un perjuicio importante entre

³⁴⁰ GARCÍA AMIGO, *Ley Alemana occidental sobre las condiciones generales*. RDP, 1978, pp. 384-401; BALLESTEROS GARRIDO, “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2, p.754; MÍQUEL, “Disposición Adicional Primera” *Ob. cit.* p. 931.

³⁴¹ Aunque se habla de un control del contenido, el control es más bien una aplicación de la Ley, se trata ante todo de un control de validez de las condiciones generales, tampoco se trata de un poder de decidir en equidad, por eso no es del todo correcto decir que los jueces controlan el contenido de las condiciones generales, cuando lo que se hace es aplicar la ley, subsumiendo la condición general en el supuesto de hecho de la norma. En el caso de la buena fe, el control continúa siendo aplicación de la ley por que la cláusula general es una disposición de la ley; en este sentido MÍQUEL, “Disposición Adicional I”, *Comentarios a la Ley sobre...* *Ob. cit.* p. 905-906.

las obligaciones y derechos de las partes será declarada abusiva conforme a la cláusula general de buena fe, es decir, la ley, con indiferencia de que una de las partes actúe en calidad de consumidor o no³⁴².

La buena fe enuncia un deber de comportamiento leal y objetivo del predisponente al momento de redactar las cláusulas, un proceder honrado que tome en cuenta los intereses legítimos de su contraparte³⁴³, y no incluya ninguna cláusula que de haberse procedido a una negociación individualizada y pausada de los términos del contrato, el adherente no hubiera aceptado³⁴⁴, para el consumidor en cambio supone unas expectativas razonables conforme con los criterios y expectativas del grupo de consumidores y no sus propias e individuales expectativas.

El adherente empresario también se forma ciertas expectativas generadas por la contraparte, conforme a las expectativas del grupo de empresarios, considerando tal vez que el deber de diligencia exigido a este grupo de adherentes es mayor que el exigido al grupo de consumidores, lo que no implica que los deberes de información del adherente respecto a los empresarios sean menores.

³⁴² En sentido contrario, MIQUEL, “Disposición Adicional Primera” ob. cit. p. 956, quien opina que precisamente el término de cláusula abusiva no viene determinado por una cualidad del contenido del contrato sino por presupuestos externos como son la predisposición y la persona del adherente. Si bien estamos de acuerdo en que el carácter abusivo no siempre viene determinado por el contenido del contrato, si lo es por la buena fe en cuanto su incumplimiento cause un desequilibrio importante al adherente, así puede un contenido parecer relativamente “injusto”, pero si es conforme con la buena fe y no causa ese desequilibrio “importante” los Tribunales deberán admitirlo. El criterio subjetivo para determinar la abusividad de la cláusula es secundario respecto a aquel de carácter objetivo que otorga el equilibrio de las prestaciones conforme a la buena fe.

³⁴³ DÍEZ-PICAZO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 71; y “Prólogo”, en F. WIEACKER, *El principio general de buena fe*, traducción de JOSÉ LUIS CARRO, Civitas, Madrid, 1982, p. 12.

³⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales”, cit. p. 4946.

4. El contenido obligatorio del contrato

4.1. El contenido obligatorio (Artículo 1255 CC)

El poder de autorregulación del contrato que está dado por el principio de libertad contractual, se encuentra delimitado por el mismo principio de la buena fe en las condiciones generales de la contratación, lo que implica que el contrato debe contener ciertas cláusulas de carácter ineludible y que existan otras que no pueden formar parte de su contenido.

Junto a las exigencias derivadas de la buena fe, exigencias de conducta, de contenido y de incorporación de las condiciones generales, se encuentran las limitaciones naturales de los contratos en la ley, la moral y el orden público, que trazan la línea divisoria entre lo permitido y lo vedado a las partes y por tanto entre la validez y la nulidad de los pactos contractuales.

La buena fe impone un contenido obligatorio no concreto delimitado por un código de conducta, mientras el contenido obligatorio concreto lo delimitan las leyes, la moral y el orden público.

4.1.1. La Ley

Sobre los deberes de contenido contractual que impone la ley, hay muy poco que no se haya dicho que podamos agregar, quizás no sobre aclarar que se trata de la ley imperativa o prohibitiva, aquellas cuyo mandato protege los intereses generales acompañadas a veces de una expresa sanción de nulidad para los actos que sean contrarias a las mismas³⁴⁵, y que la primera de todas las normas aplicables será sin duda alguna la Ley de Condiciones Generales, cuyas disposiciones son de carácter imperativo según reza su artículo tres.

En el ámbito del Derecho de las condiciones generales, las leyes imperativas han proliferado y con ellas un sinnúmero de normas y disposiciones

³⁴⁵ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ “Comentario al artículo 1255” *Comentario del Código Civil* tomo 6, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2000, p. 499.

sectoriales que regulan específicamente determinados tipos contractuales, entre ellas podemos citar Ley de crédito al consumo, Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, Ley de viajes combinados, Ley de venta de bienes muebles a plazos, ley de ordenación del comercio minorista, algunas de estas se encuentran recogidas en la Ley de Mejoras de Protección de Consumidores y Usuarios.

4.1.2 La moral

La moral es un límite un tanto impreciso que obliga a las partes a actuar de conformidad con la ética socialmente válida, son criterios de conducta que están por encima de las propias inclinaciones personales y cuya ausencia es socialmente reprochable, incluso por el derecho.

Es la normativa ética, de buena fe, necesaria para la convivencia en sociedad. Difícilmente tendrá aplicación en el ámbito de las condiciones generales³⁴⁶.

4.1.3. El orden público

Constituye éste el conjunto de ideas o principios sociales, políticos, morales y económicos de tal forma fundadores y conformadores del orden de la convivencia y la organización social, cuya principal virtualidad es ofrecer al juez un cauce amplio para circunscribir la autonomía de la voluntad más allá de los límites establecidos por las leyes expresamente imperativas, permitiéndole aplicar criterios extra positivos de justicia y equidad o más bien, hacer posible la interpretación flexible de las normas imperativas conforme los principios generales del derecho³⁴⁷.

³⁴⁶ O'Callaghan, Xavier, "Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores", en *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 202

³⁴⁷ GORDILLO CAÑAS, "Orden Público" *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995, p. 4636.

Se circunscribe junto con las leyes y la moral en los límites de la libertad contractual, que imponen a las partes la obligación de establecer la regla contractual de conformidad con lo establecido por ellos.

4.2. Las cláusulas prohibidas.

4.2.1. La Lista negra de cláusulas abusivas en la Ley Española de Condiciones Generales. Contratación entre empresarios y consumidores.

El contenido de las condiciones generales de los contratos celebrados con los consumidores se encuentra limitado por una lista de cláusulas que, a la luz de la Directiva Comunitaria 93/13 y del ordenamiento jurídico español son consideradas prohibidas por su carácter claramente abusivo –contrario a la buena fe- en atención a la naturaleza y circunstancias de celebración del contrato.

El concepto de cláusulas abusivas viene dado por la norma general, que indiscutiblemente sirve como parámetro auxiliando a los empresarios para no incluir ciertas cláusulas a sus contratos, y a los jueces en su labor integradora, la realización de este precepto general resulta arriesgado debido al margen de libertad que brinda, por el que se puede efectuar un control en extremo endeble, o demasiado riguroso; el problema en concreto, se presenta cuando la lista no enuncia una determinada cláusula y aunque a simple vista parezca justa es susceptible de una interpretación contraria y pueda considerarse abusiva, la solución parece encontrarse en la remisión y revisión del tipo contractual y las circunstancias que rodean la formación del contrato. Por el contrario, la lista de cláusulas prohibidas no deja ningún margen al juzgador o al empresario en cuanto a dejar al arbitrio o no su aplicación, la lista española es una lista “negra”³⁴⁸.

³⁴⁸ Algunos autores han puesto en duda el carácter “negro” de la lista, la utilización de algunos términos como los adverbios “excesivamente”, “insuficientemente” o la expresión “que no permita de manera efectiva”, da cuenta de una aplicación alternativa, que deja margen al juzgador para apreciar su ilicitud y sobre la que pueden versar diferentes interpretaciones; en este sentido: MA. DEL P. CÁMARA ÁGUILA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2000, p 836; L. MARTÍNEZ DE SALAZAR, *Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas en los contratos bancarios*, Editora de publicaciones científicas y profesionales, Cádiz, 2002 p 241. He aquí la importancia de la remisión a la cláusula general y volver a considerar la buena fe y el justo equilibrio para emitir un juicio de valor razonado sobre la abusividad de la cláusula que se enuncia en la lista “negra”.

La lista negra presupone la labor judicial de integración del supuesto de hecho en la norma³⁴⁹. Su objetivo es el de garantizar que ciertas cláusulas -que por la modalidad del contrato de adhesión resultarían lesivas, obviando el tipo contractual, si versa sobre un bien o un servicio, el precio, los beneficios que obtiene el adherente y cualquier otra circunstancia por la que se pretendiera justificar el uso de las mismas- sean excluidas del tráfico contractual en beneficio de los contratantes consumidores.

Son cláusulas en las que resulta insuficiente un control de incorporación que garantice el conocimiento de las mismas; al consumidor aunque advertido, teniendo presente las condiciones y siendo conscientes de su contenido, le es imposible modificarlas³⁵⁰.

La ley las enumera taxativamente y sin posibilidad de negociación o en contra de la voluntad del predisponente, estas cláusulas no pueden ser incorporadas a un contrato³⁵¹, y en caso de serlo, resultarían nulas. Estas cláusulas no siempre resultan ilegales, el carácter de abusivas no deriva de su contrariedad con la ley sino, de su unilateralidad y desproporción en las prestaciones, de ahí que solo sean ineficaces en los contratos con consumidores y no en los contratos negociados, ni en los contratos entre empresarios.

A priori resulta cuestionable la no aplicación de la lista de cláusulas prohibidas a los contratos celebrados con adherentes empresarios, pues si se considera que para efectos de la aplicación de la cláusula general de control de contenido no es determinada por el carácter de consumidor, debería entonces suceder lo mismo con la lista de cláusulas abusivas. Sin embargo, en aras de

³⁴⁹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p 116.

³⁵⁰ SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas Abusivas...* cit. p 56.

³⁵¹ Aún así es fácil encontrar contratos que las contienen y sobre los que hace falta una Sentencia para determinar su nulidad, así la Sentencia e la Audiencia Provincial de Asturias 27/10/2010 (La Ley 203285/2010) califica como abusiva una cláusula por la que el comprador renuncia voluntaria y expresamente a la garantía legal que pudiera corresponderle, cláusula considerada abusiva por el arto. 86.1 del Texto Refundido de la LGDCU por limitar los derechos básicos del consumidor.

mantener el respeto al principio de la autonomía de la voluntad³⁵², sólo podría justificarse un control de esta magnitud sobre el contenido contractual a la luz de un principio de protección de los consumidores.

En los demás casos, como ya hemos dicho, los empresarios que se adhieren a una relación contractual se encuentran protegidos por la cláusula general de buena fe, que opera incluso sobrepasando lo establecido por el derecho dispositivo³⁵³.

El listado se clasifica en cinco grupos, el primero, que parece inspirado en el artículo 1256 del Código Civil³⁵⁴, que deja al arbitrio de una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato, enuncia las cláusulas por las que el predisponente se reserva derechos exclusivos y por las que el cumplimiento del contrato se supedita a su voluntad.

El segundo grupo enumera aquellas que limitan o privan los derechos básicos del consumidor, como los relativos al saneamiento o la responsabilidad civil. Un tercer grupo está formado por las cláusulas que, se considera, causan una desproporción en la relación derechos-obligaciones del contrato.

Luego el grupo de las garantías y por último una lista miscelánea sobre cláusulas abusivas. Algunas de estas cláusulas son claramente apreciables y no necesitan de determinadas circunstancias para declararse nulas de una vez, otras en cambio, requieren una apreciación lo mas objetiva posible del juzgador y de acuerdo a los criterios que ya hemos relacionado para declarar su nulidad.

³⁵² El legislador dirige la aplicación de la lista de cláusulas abusivas solamente a los consumidores, sólo ahí se justifica una intromisión dentro de la autonomía de la voluntad dado la situación de desigualdad en la que contrata el consumidor, en este sentido, Llamas Pombo, “Artículo 10 Bis” en *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Ob. Cit. p. 295.

³⁵³ Arto. 1350 CC, Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 1993

³⁵⁴ DURANY PICH, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, Ob. Cit. p 979

5. Los Actuales Derroteros de la Buena Fe en el Derecho Contractual Comunitario

5.1. Perspectivas

Múltiples han sido las ocasiones en las que la Unión Europea ha manifestado su convicción de que un mercado común no puede funcionar de forma correcta sin una armonización del derecho civil³⁵⁵, lo que conllevaría necesariamente al establecimiento de un Código Europeo de Derecho Privado o un Código Europeo de Contratos, o al menos a un documento de referencia común a todos los Estados que solventara las dificultades que conlleva la aplicación armonizada de las Directivas Comunitarias: normas de mínimos, transposiciones libres, tardías, no simultáneas y algunas veces erradas.

Junto a las diversas comunicaciones y resoluciones han ido surgiendo algunos proyectos académicos de investigación sobre un *common core* de los derechos internos que con metodologías propias, trabajan en la armonización del derecho privado, así por ejemplo, el Grupo Lando, que a manera de Principios intentaba establecer un código común –referente- que establezca las directrices por las cuales debe regirse el derecho europeo de contratos y que pueda inspirar y servir de modelo a los ordenamientos internos y colmar las lagunas propias de la fragmentaria normativa comunitaria.

³⁵⁵ Parlamento, Comisión y Consejo han hecho eco de esta necesidad, cfr. Resoluciones del Parlamento Europeo del 26 de mayo de 1989 y 6 de mayo de 1994 sobre “Un código europeo común de Derecho Privado”; Comunicación de la Comisión Europea sobre “Derecho contractual europeo” del 11 de julio de 2001; Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001 sobre “la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”; Comunicación de la Comisión Europea sobre un “plan de acción sobre un Derecho Contractual más coherente” de 12 de febrero de 2003; Comunicación de la Comisión de 11 de octubre 2004 relativa a “Derecho Contractual europeo y revisión del acervo”; Resolución del Parlamento de 23 de marzo de 2006 sobre “Derecho Contractual europeo y la revisión del acervo”; Resolución del Parlamento del 4 de septiembre de 2006 sobre “Derecho Contractual”, Resolución del Consejo sobre “Un Derecho contractual más coherente” de DOC C 246 de 14 de octubre de 2003, Comunicación “El programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” 3.4.4 (DOC C 53 de 3 de marzo de 2005): “*En materia de derecho contractual, deberá mejorarse la calidad del Derecho Comunitario actual y futuro mediante medidas de refundición, codificación y racionalización de los instrumentos jurídicos vigentes y mediante la definición de un marco de referencia común*”.

Actualmente no se discute ya si la armonización es necesaria o no, sino cuál es la manera de llevarla a cabo, para lo cual se ha creado un Marco Común de Referencia³⁵⁶ de Derecho Contractual general que vaya más allá del ámbito de la protección del consumidor –que era lo que venía importándole más a los legisladores europeos-.

Aunque los críticos del MCR lo acusan de estar reduciendo los problemas actuales en materia contractual a cuestiones relacionadas con el funcionamiento del mercado, y ratificar modelos disciplinarios determinados por los consumidores y profesionales³⁵⁷, hay que recordar que el Parlamento Europeo ha hecho un especial llamado de atención sobre el tema, alertando sobre la necesidad de no limitarse al análisis de los contratos con consumidores a la hora de establecer normas y principios sobre Derecho contractual, agregando que no es posible la realización de un Derecho contractual efectivo si sólo se toman en cuenta aquellos – normas y principios- que tiene por finalidad la protección del consumidor³⁵⁸.

En todas estas iniciativas, el tema de la libertad contractual como principio rector del derecho de contratos y el de la buena fe como principio inspirador, han estado presentes con la clara tendencia europea de querer conservar el equilibrio entre la salvaguardia de la primera y el sometimiento al segundo³⁵⁹.

Pero detrás de la idea de la buena fe como un criterio uniforme en materia contractual se esconde un conflicto -¿real o aparente?- a lo interno del derecho europeo, y es el que existe entre aquellas tradiciones jurídicas del *common law* y las del *civil law*, en los que la buena fe se materializa de distintas formas y trae consecuencias diversas en la formación y ejecución de los contratos.

³⁵⁶ En adelante MCR

³⁵⁷ SOMMA, ALESSANDRO, *Introducción crítica al Derecho Europeo de los contratos*, Ob. Cit. p. 31; podría ser también esto por que en gran medida la revisión del *acquis* sobre derecho de contratos está directamente relacionado con el derecho de consumo, Cfr. ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y perspectivas de futuro*, MA. DEL ROSARIO DÍAZ et al (coord.) Civitas, Pamplona, 2008, p. 74.

³⁵⁸ ARROYO I AMAYUELAS, cit. p. 78.

³⁵⁹ En sentido crítico, SOMMA, ALESSANDRO, *Ob cit.* p. 13.

Al respecto se pueden ver tres tipos de buena fe en los distintos ordenamientos que el derecho europeo común deberá tener en cuenta para su unificación, primero, la buena fe invisible propia de aquellos ordenamientos no intervencionistas que se abstienen de fijar los objetivos que inspiran la celebración del contrato; la buena fe ordoliberal, cooperativa e intervencionista del contrato en virtud de la cual la actividad privada existe para obtener determinados resultados tutelados por el ordenamiento; y la buena fe solidaria, intervencionista, que busca reequilibrar la debilidad de los participantes en el conflicto social pero sin imponer un resultado específico³⁶⁰.

Por eso han resultado importantísimos los diversos estudios que se han realizado en materia contractual europea, que con diferentes variaciones metodológicas, se lanzan a la búsqueda de un punto de convergencia que permita a los Estados partes echar mano del derecho común, sin apartarse de manera negativa de sus propias tradiciones jurídicas.

De todos modos, hay que recordar que cualquier adelanto que se lleve a cabo en materia de unificación contractual y de inclusión de principios como el de la buena fe, deberá tener en cuenta además el estado actual de la cuestión, en el que las múltiples Directivas existentes y sus respectivas transposiciones al derecho interno juegan un papel crucial para la codificación, y en cierta medida dificultan un poco el establecimiento de un concepto unitario de estos principios³⁶¹.

El caso más relevante se presenta con la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, que, como veremos, con su transposición no se han logrado los mejores resultados, al punto que su merecida revisión ha llevado a

³⁶⁰ SOMMA, ALESSANDRO, *Ob cit.* p. 17.

³⁶¹ La divergencia de significado que se atribuyen a muchos conceptos en las transposiciones a los que contribuyen la utilización de cláusulas abiertas y la generalidad con la que se expresan las Directivas, no son precisamente la mejor cooperación para la armonización del derecho contractual, Cfr. EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis. Edited by Prof. Dr. Hans Schulte Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers. Febrero 2008.

http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf

la Unión Europea a adoptar una Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores, que prohíba a los Estados miembros apartarse de las disposiciones en ella contenida, dentro de un contexto en el que la unión europea apuesta cada vez más por una armonización de máximos³⁶².

5.2. La Directiva 93/13 sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores

5.2.1. El estado actual de la transposición y el concepto de buena fe

La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores es quizás la primera³⁶³ normativa europea que establece una regulación general en materia de derecho privado que introduce directamente al derecho contractual comunitario la noción de “buena fe”, como un criterio general de control de contenido de cláusulas contractuales predispuestas, con el fin de eliminar de los contratos con consumidores aquellas cláusulas abusivas que rompan el equilibrio contractual.

El control se establece a través de una cláusula general y una lista “gris” de cláusulas que deberían ser consideradas abusivas en los contratos en los que participe un consumidor. La cláusula general establece los principios de abuso de acuerdo a la fórmula germánica de: “desequilibrio significativo –importante- en el conjunto de derechos y deberes dimanantes de un contrato contraviniendo los mandatos de la buena fe”³⁶⁴, teniendo la buena fe como la parte fundamental de la definición de cláusulas abusivas, “cláusulas que pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los

³⁶² COM/2002/208. Ya la Corte de Justicia Europea ha declarado que la responsabilidad por circulación de productos defectuosos constituye una hipótesis de armonización máxima, cfr. Sentencia Comisión contra Francia de 25 de abril de 2002 (Causa 52/00) (TJCE 2002/139), lo que pone en entredicho el papel tradicional de la Directiva Comunitaria como instrumento que preserva un espacio de maniobra a la política nacional, así, SOMMA, ALESSANDRO, *Ob cit.* p. 41.

³⁶³ Sin ignorar la importancia que para tal efecto tuvo la Directiva 86/635 que incluyó un deber mutuo de buena fe entre las partes, y que además menciona una serie de obligaciones concretas que son manifestación de ese principio, no debemos olvidar que la Directiva se refiere a un sector contractual determinado, el de los agentes comerciales.

³⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, “Condiciones Generales...” cit. p. 70.

derechos y obligaciones de las partes”, sea también por que la cláusula puede resultar no transparente³⁶⁵.

Aquí, el concepto de buena fe es utilizado en un sentido objetivo, como norma de conducta aplicable a una generalidad de casos y supuestos, en este sentido no se tienen en cuenta las intenciones personales de la parte que hace uso de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores³⁶⁶. La propia lista de cláusulas consideradas a priori abusivas por el legislador sin tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto, da cuenta del carácter objetivo del principio.

La incorporación de un concepto indeterminado como el de buena fe a una normativa europea puede considerarse un atrevido paso más hacia la armonización del derecho contractual europeo, que pretende alcanzar estándares básicos de protección de los consumidores, comunes a todos los ordenamientos nacionales, sin embargo la transposición de las medidas implementadas por la Directiva a los ordenamientos internos ha dejado en evidencia la tensión existente entre la anhelada armonización y las distintas tradiciones jurídico-contractuales.

Primero, por que las traducciones oficiales utilizan términos distintos en función del idioma que se utilice³⁶⁷. Por citar un ejemplo, la versión española utiliza la frase “*pese a las exigencias de la buena fe*”, mientras que la versión alemana “*contrario a las exigencias de la buena fe*” como debería ser³⁶⁸. Lo mismo sucede con el criterio del equilibrio contractual al que la versión española de la Directiva refiere como “desequilibrio importante” y la versión alemana “considerable e injustificado desequilibrio”.

³⁶⁵ Sin entrar en análisis de los detalles, la teoría de las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia no se limita a la legislación interna española, se ha considerado que a la luz de la Directiva Comunitaria 93/13 hay también indicios de poder aplicarse este criterio, en este sentido puede verse: BUESO GUILLÉN, PEDRO-JOSÉ, “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria 93/13, en Ob. Cit. p. 657.

³⁶⁶ OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho europeo” en *Europa y los nuevos límites a la autonomía privada*, Universidad de Granada, Granada, 2005, p. 30

³⁶⁷ Ejemplificado por MARTÍNEZ SANZ, “Buena Fe” en *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 288, así mismo, OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho europeo” en *Europa y los nuevos límites a la autonomía privada*, Ob. Cit. p. 33

Segundo, por que la buena fe tal y como está planteada en la Directiva es un concepto inexistente en algunos de los ordenamientos, como el derecho inglés, en donde el concepto de protección de la parte débil de la relación contractual contra los posibles abusos de la parte más fuerte no resulta novedoso pero si lo es el de la buena fe, al menos en el sentido en que dicho principio es concebido en el derecho continental³⁶⁸. Es incluso interpretado de distintas maneras en aquellos ordenamientos en donde si existe.

Y tercero por que –como veremos- la Directiva en si misma no es del todo clara en algunos de sus aspectos, particularmente en cuanto a la relación entre los criterios de abusividad se refiere.

La redacción literal del artículo 3.1 de la Directiva establece que una cláusula es abusiva “*si a pesar de las exigencias de la buena fe produce en perjuicio del consumidor un desequilibrio significativo de los derechos y las obligaciones de las partes derivados del contrato*” podría dar lugar a equívocos sobre el sentido objetivo o subjetivo de la buena fe. Este “*a pesar de*” es la traducción del término “*en dépit*” de la versión francesa y podría entenderse tanto como “independientemente de la buena fe” o “en contra de la buena fe” justificando el primero de los dos sentidos posibles una interpretación de la buena fe en sentido subjetivo, lo que valdría para que se entendiera que una cláusula es abusiva pese a la buena fe subjetiva

³⁶⁸ No en vano se le ha referido a la Directiva 93/13 como el mejor ejemplo de Directivas a la Carta; Alfaro, “Directivas a la Carta” en BOUR, 0, 1997 p. 6.

³⁶⁹ En este sentido, ZIMMERMAN, R., WHITTAKER, S., “Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape” in *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 39, los mismos autores refieren que algún autor inglés ha sugerido la no necesidad de introducir el principio de buena fe al derecho inglés, puesto que ya existe en los Tribunales un respeto por las “expectativas razonables” de las partes, lo que equivaldría y llevaría a los mismos resultados que el principio de buena fe, p. 47; así también en ZIMMERMAN, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de ANTONI VAQUER ALOY, Civitas, Madrid, 2000, p. 155-156. Por su parte NEBBIA PAOLISA, considera que el sistema no se “irritará” con el nuevo término, por que pese a que el derecho inglés no incluye un deber contractual de Buena fe, los jueces ya se han ocupado del principio de “equidad contractual”, así en “Unfair terms in consumer contracts: Anglo-italian comparison” en *The harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000. Igualmente, BRADGATE ROBERT, “Experience in the United Kingdom” *The Integration of Directive 93/13 into the National Legal System*, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf En el *common law*, acudiendo a otras instituciones pueden lograrse resultados similares que los obtenidos en el *civil law* mediante el principio de buena fe.

del predisponente y excluye la posibilidad de que el predisponente pueda acudir a su buena fe para evitar la declaración de abusividad de la cláusula³⁷⁰.

Todo esto impide el establecimiento de un concepto europeo armonizado de buena fe que delimite los alcances y la eficacia del principio en su relación con la protección de los consumidores y los contratos con cláusulas generales.

Así las cosas, el principal problema que la armonización del principio conlleva es su interpretación, pues se trata de una fórmula abierta que debe ser cubierta por los aplicadores del derecho y siendo tan grandes las diferencias entre los ordenamientos nacionales en lo que respecta a su propio entendimiento de la buena fe, lo normal es que cada uno haga sus propias interpretaciones y aplique de diversa manera el principio, cuando lo que se pretende es lograr una interpretación europea de la buena fe³⁷¹.

Del texto de la Directiva se deberían poder extraer ciertas pautas que ayuden a establecer una interpretación armonizada, sin embargo pese al propio preámbulo de la norma que intenta esgrimir en que consisten las exigencias de la buena fe, el mismo ofrece poca ayuda a la hora de determinar un concepto de buena fe pues no queda claro que significan, o más bien como se concretan, los términos “actividades profesionales de carácter público”, “solidaridad entre usuarios”, “prestación de servicios colectivos”³⁷², y sobre todo no queda claro por qué, si por un lado se utiliza la buena fe como criterio objetivo de valoración de la abusividad, por otro se ha agregado un criterio subjetivo como el de “valoración global de los intereses en juego” que incluye i) la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, ii) si se ha inducido al consumidor a dar su acuerdo – ¿presume acaso el legislador europeo que el consumidor haya sido obligado a comprar?, iii) si los bienes o servicios han sido vendidos a petición

³⁷⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Cláusulas abusivas...* Ob. Cit. p. 94.

³⁷¹ OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho europeo” Ob. Cit. p. 31

³⁷² Visto lo visto, cabe cuestionarse si existe realmente un criterio sensato que ayude a un juez a determinar si en atención a la buena fe una cláusula es abusiva o no, así, ALFARO “Directivas a la Carta” Ob. Cit. p. 6; MARTÍNEZ SANZ, “Buena Fe” en Derecho Privado Europeo, Ob. Cit. p. 487;

especial del consumidor³⁷³ y que llevaría a que una cláusula pueda ser declarada abusiva en unos casos y no abusiva en otros.

La única ayuda que da el preámbulo es la que establece que “los profesionales pueden cumplir con las exigencias de la buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta”. Otro indicio más que nos sugiere que la buena fe se utiliza en sentido objetivo, como un estándar de comportamiento leal.

Un estudio reciente hecho por la Universidad de Bielefeld para la Comisión Europea sobre Leyes de Consumo³⁷⁴, muestra como la transposición de la Directiva a los ordenamientos nacionales en cuanto al principio de la buena fe se refiere, no ha sido del todo satisfactoria y ha llevado a que cada país haga sus propias interpretaciones.

Si bien, la cláusula general de control, que descansa en la buena fe, fue transpuesta literalmente por ocho países entre los que está Italia, España y Reino Unido, hay otros en los que la referencia al desequilibrio entre prestaciones está presente pero no hay una referencia expresa al principio de buena fe, tal es el caso de Bélgica o de Francia, en donde el concepto existe como principio general de interpretación pero no juega un papel importante como control del contenido del contrato, en este caso fue deliberadamente no adoptado considerando el legislador francés que quien causara un desequilibrio importante no podía, por definición, actuar de buena fe.

Caso contrario sucede con la ley alemana, que hace especial énfasis en el criterio de buena fe, pero deja de un lado el concepto de desequilibrio importante. Según el parágrafo 307 CC “una condición general es nula si pone en desventaja a

OSSORIO SERRANO, “El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho europeo” en *Europa y los nuevos límites a la autonomía privada*, Ob. Cit. p. 32.

³⁷³ Ya hay quien considera que la Directiva ha introducido un parámetro mixto (objetivo y subjetivo) de control, BUESO GUILLÉN, PEDRO-JOSÉ, “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria 93/13, Ob. Cit. p. 659, 672.

³⁷⁴ EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis. Edited by Prof. Dr. Hans Schulte Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers. Febrero 2008. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf

una parte contractual contradiciendo el principio de la buena fe”, y crea además una lista de cláusulas a manera de ejemplo que se deben considerar nulas.

Otros casos, como el de Luxemburgo incluyen dentro del control de contenido elementos esenciales como el precio y el objeto del contrato, en España, el silencio legislativo respecto a este tema deja la duda de si el control en la legislación interna incluye el precio y el objeto del contrato, lo que supondría una alteración –mala interpretación- al fundamento del control del contenido de las cláusulas abusivas, ignorando que existen otros mecanismos en el ordenamiento que permiten moderadamente atajar conductas abusivas en determinados casos³⁷⁵.

La cláusula general de la Directiva requiere que exista un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos, obviamente no aplica este precepto a los elementos esenciales del contrato y expresamente lo excluye en su art. 4.2. En el ordenamiento español, la sola idea del control de las cláusulas sobre elementos esenciales, atenta contra el sistema económico constitucional de libertad de mercado y fijación de precios y de libre competencia, y no podría fundamentarse semejante limitación a la libertad contractual a partir de un silencio legislativo³⁷⁶.

Pero este no ha sido el único problema surgido de la transposición de la Directiva en España, la incorporación de la lista gris convertida en una lista negra en el ordenamiento nacional ha sido razón para suavizar los criterios de valoración de la abusividad que son, no se olvide, “desequilibrio importante entre prestaciones” y “buena fe” y no la inclusión de la cláusula en una lista “negra”,

³⁷⁵ CÁMARA LAPUENTE, en *El control de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato* Ob. Cit. p. 68, V. gr. El control en determinados casos es excepcional y viene determinado por intereses de índole social que trascienden a los intereses individuales. Préstamos con intereses elevados: ley de usura, ley de crédito al consumo; límites generales a la Libertad Contractual: la moral y el orden público del art. 1255 CC e incluso la buena fe del art. 1258.

³⁷⁶ Idem p. 95. En contra, CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, ob. Cit. p. 805, quien opina que la economía de mercado no constituye ninguna prohibición constitucional a las diversas normas de protección que en determinados sectores del tráfico crean barreras de mercado, y tampoco puede afirmarse que el precio sea consentido por los consumidores, sino que se adhiere al precio predispuesto por la contraparte: “el conductor que introduce su vehículo en el parking más cercano a la casa de su novia no ha consentido el precio de 1.50 la hora”. Sin embargo, a nuestro juicio, el hecho de introducir el vehículo constituye consentimiento siempre que antes de hacerlo haya conocido dicho precio, el conductor siempre tendrá la opción de dejar el coche estacionado en la calle o de utilizar el transporte público.

llevando a los Tribunales a prescindir de la cláusula general en la declaración de la abusividad contractual³⁷⁷.

En cuanto a los criterios de valoración de la abusividad la Directiva presenta otro problema de incorporación, al tenor de la cláusula general no queda claro aún cual es la relación entre buena fe y desequilibrio importante entre prestaciones, podría entenderse que la abusividad existe solo si hay un desequilibrio importante entre prestaciones, contrario a la buena fe, de lo que también podría interpretarse que una cláusula que genere un desequilibrio importante es siempre contraria a la buena fe.

Este parece ser el criterio seguido por la legislación francesa, pero ¿qué pasaría con los países cuyas transposiciones no hacen referencia al criterio de buena fe y sí al de desequilibrio importante? Por otra parte, una cláusula puede causar un desequilibrio importante sin ser contraria a la buena fe y también puede ser contraria a la buena fe sin causar un desequilibrio importante. O ¿Es la buena fe el parámetro objetivo que determina la importancia del desequilibrio?

La transposición al derecho interno español y sus posteriores interpretaciones doctrinarias, han optado por la unificación de ambos criterios, entendiendo que el criterio de validez de una cláusula es el perjuicio emanado de un desequilibrio que en contra de las exigencias de la buena fe, causa un predisponente a un adherente, es decir, que para que se produzca la declaración de abusividad, hace falta que se conjuguen ambos criterios y que se produzca necesariamente un perjuicio para el consumidor.

Por otra parte la Directiva no define el grado de “importancia” del desequilibrio entre las prestaciones para poder determinar el carácter abusivo de una cláusula. En este sentido, resulta elogiable el caso alemán que aclaró el significado de la cláusula general mediante una concreción de lo que debe entenderse “perjuicios desmesurados” con base en los razonables intereses contractuales en conflicto, como el hecho de no ser compatible con la idea

³⁷⁷ MARTÍNEZ SANZ, “Buena Fe” Ob. Cit. p. 491.

fundamental de la regulación legal, o cuando limiten los derechos y obligaciones propias de la naturaleza del contrato de manera que ponga en peligro la consecución de su propio fin³⁷⁸.

Frente a todo lo anterior no cabría más que pensar que la utilización de conceptos genéricos en normas europeas no es lo más favorable para propiciar la armonización, sin embargo no se debe olvidar que la Directiva podría considerarse solo un primer paso –muy positivo por demás- hacia esa pretendida armonización y que la inclusión del principio de buena fe, y su posterior introducción a los distintos proyectos surgidos en el ámbito de la contratación europea, no es explicable sino en función de la importancia que el mismo tiene y que puede llegar a tener en el derecho de contratos europeo, ya no tanto como criterio de abusividad de cláusulas generales en los contratos con consumidores, pero sí como un principio rector del derecho de las condiciones generales que obliga a las partes contratantes a unos estándares de comportamiento leal, sean consumidores o no.

5.3. El Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo³⁷⁹

5.3.1. El contexto del Marco Común de Referencia

En el marco de un Plan de Acción de la Comisión de la Unión Europea dirigido a mejorar la coherencia en el derecho contractual europeo, surge el Marco Común de Referencia Europeo sobre derecho de contratos – en adelante MCR-, que debería ser adoptado a más tardar en el corriente año 2009.

Se trata de un proyecto académico del *Joint Network on European Private Law*³⁸⁰, destinado a establecer las mejores soluciones en términos de principios y

³⁷⁸ Así nos lo cuenta EMPARANZA ALBERTO, “La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español” Ob. Cit. p. 474.

³⁷⁹ *Draft Common Frame of Reference*, versión en inglés disponible en www.law-net.eu

³⁸⁰ Se trata de una red de expertos que trabaja permanentemente en la elaboración del MCR, del que ha surgido una red de excelencia denominada “Common Principles of European Private Law” (CoPECL), presidido por el Profesor CHRISTIAN VON BAR y conformado por diversos grupos académicos preexistentes: The Study groups on a European Civil Code, The Research Group on the Existing EC private Law (Acquis Group); The Project Group on a Restatement of European

terminología comunes, que remedie los problemas actuales que ocasionan las Directivas Comunitarias y las respectivas transposiciones a los ordenamientos internos, como posible base para un futuro instrumento facultativo o conjunto de reglas que puedan ser utilizadas como derecho aplicable y adoptado como reglamento o recomendación por los estados miembros. Una especie de *soft law* de baja intensidad que sólo podrá ser elegido por las partes como ley aplicable mediante una sumisión expresa al mismo³⁸¹.

Con esto se pretende obtener una mejor reglamentación y estimular la competitividad y el mejoramiento del mercado interno con el propósito de asegurar al mundo económico un suministro de bienes y servicios más competitivo, apoyar la confianza de los consumidores y garantizarles un mercado con reglas claras y adecuadas, para lo que es necesario partir del principio fundamental de la libertad contractual y establecer los límites como algo excepcional³⁸².

En principio no se trata de un Código al estilo del Código Napoleónico, o el *Codice Civile*³⁸³, sino más bien un documento base que sirva de ejemplo al mejor estilo de algunas de las Directivas comunitarias que ya gobiernan ciertas realidades europeas, pues la sola idea de un código despierta ciertos temores que son difíciles de superar, por lo tanto, si lo que se pretende es convencer a los

Insurance Contract Law (Insurance Group); The Association Henri Capitant together with the Société de Législation Comparée and the Conseil Supérieur du Notariat; The common core group; The Research Group on the Economic Assessment of Contract Law Rules (The Economic Impact Group); The Database Group; and The Academy of European Law (ERA).

³⁸¹ INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSÉ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”, *Indret* 2/2008, p. 26.

³⁸² Workshop of Member State experts on Common Frame of Reference del 3 de diciembre de 2004: http://ec.europa.eu/internal_market/contractlaw/2004workshop_summary_en.htm

³⁸³ Aunque el mismo grupo académico ha negado que se trate de un “Código Civil Europeo”, ha reconocido seguir el ejemplo metodológico de los *Restatement*, parecido a un código civil, como método para ordenar las ideas que formen un coherente cuerpo de reglas, Cfr. VON BAR, CHRISTIAN, “A Common Frame of Reference for European Private Law – academic efforts and political realities”, *European Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, mayo 2008, p. 5 www.ejcl.org. También así lo ha llegado a considerar el Parlamento, Vid. Resolución del Parlamento de 23 de marzo de 2006 sobre el Derecho Contractual Europeo y revisión del Acervo, Considerando B: “a pesar de que la Comisión haya negado que éste sea su objetivo, numerosos investigadores y terceros interesados que trabajan en el proyecto están convencidos de que el resultado final a largo plazo será la redacción de un Código Europeo de Obligaciones o de un Código Civil Europeo plenamente desarrollado y que, en cualquier caso, el proyecto constituye la iniciativa más importante emprendida en el ámbito del Derecho civil”. Lo cierto es que el MCR ha superado las propias expectativas de la Comisión.

abogados que una base común del derecho privado europeo es necesaria en el formato que sea, se debe evitar a toda costa de hablar de código³⁸⁴.

El MCR constituye un cuerpo de normas que al estilo de los PECL y continuando los lineamientos establecidos en ellos, tienen la intención de ser “leyes suaves”³⁸⁵ que sirvan de ejemplo a las futuras legislaciones, una especie de ley modelo que contenga definiciones claras asentadas en el acervo comunitario y que de solución a los problemas surgidos en los respectivos ordenamientos jurídicos, además el MCR está concebido para ser tenido en cuenta al incorporar la Directivas comunitarias al Derecho nacional como punto de partida para su interpretación, a la manera de un hilo conductor que haga comprensible el texto global en el que se enmarca la norma comunitaria en cuestión³⁸⁶.

El ámbito de inclusión del MCR va sin embargo, más allá de los principios inspiradores, que si se limitaba a algunas disposiciones generales del derecho de contratos, e introduce la regulación de todos los aspectos relativos al contrato y como novedad regula en su Libro IV algunos contratos específicos de especial relevancia para el Mercado Interior que se pretende incentivar, como la venta de energía, contratos de propiedad intelectual e industrial, contratos sobre derechos de información y la venta de bienes y garantías del consumidor.

Además, el MCR intenta brindar más claridad en los conceptos utilizados tomando en cuenta no solo las legislaciones nacionales sino el léxico común utilizado en los textos e instrumentos que se ocupan del derecho privado a nivel internacional, así, el término contrato por ejemplo, queda establecido como un acuerdo o acto jurídico, y el término acto jurídico, que no es utilizado por todas las legislaciones, queda definido como declaración o acuerdo con efectos legales y

³⁸⁴ VON BAR, CHRISTIAN, “A Common Frame of Reference for European Private Law...” cit. p. 3.

³⁸⁵ “Soft Law” que no dejan de causar ciertos recelos en el Parlamento, aduciendo que por vía de estos instrumentos se intente legislar sobre cuestiones sobre las que no se tiene competencia... Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2007.

³⁸⁶ LEIBLE, STEFAN, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional” en *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 2008, p. 228, 249: Un ámbito de aplicación tan grande presupone que determinadas reglas para la protección de la parte más débil –como los contratos con consumidores- se tienen que excluir de la capacidad de disposición de las partes y configurar como normas imperativas.

quedan comprendidos en esta categoría la oferta, la aceptación, las promesas unilaterales entre otras.

Es una caja de herramientas que sirve como texto de ayuda en el proceso de mejora de la coherencia de las Directivas existentes sobre protección al consumidor y el derecho contractual en general, dentro de esta caja de herramientas pueden encontrarse principios, definiciones y modelos de normas por una parte, y por otra constituye una guía para legisladores, un auxilio en la revisión del acervo y un instrumento para rellenar las lagunas existentes en esta revisión³⁸⁷.

El Proyecto sin embargo, ha tenido sus detractores, por una parte los que piensan que un diccionario europeo solucionaría todos los problemas generados por las diferencias en los distintos ordenamientos jurídicos, también hay quienes creen que un Marco Común de Referencia establecido como un documento oficial de la UE perjudicaría las distintas culturas jurídicas³⁸⁸, por otra parte se han cuestionado por que un estudio de derecho privado europeo se mantiene al margen del derecho de las personas, o del derecho de familia³⁸⁹ y excluye de su ámbito de estudio la capacidad legal de las personas naturales, sucesiones, relaciones familiares y relaciones contractuales laborales.

Por otra parte, también se critica que no se determine exactamente su finalidad, en cuanto a que parece mezclar dos cosas que no son las dos caras de una misma moneda, ya que no es lo mismo crear reglas y definiciones para sistematizar lo que ya existe, que formular una ley modelo que contribuya a hacer realidad un mercado común³⁹⁰.

³⁸⁷ INFANTE RUIZ, “Entre lo político y lo académico...” ob. cit. p. 26 ss

³⁸⁸ Han sido los alemanes los más críticos del proyecto, “un Código Civil Europeo completo y perfilado que nadie necesita”, según dicen; así, LEIBLE, STEFAN, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Ob. Cit. p. 224

³⁸⁹ VON BAR, CHRISTIAN, “A Common Frame of Reference for European Private Law, Academic Efforts and Political Realities” Ob. Cit. p. 3. www.ejcl.org.

³⁹⁰ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” Ob. Cit. p. 70.

La realidad es que como instrumento opcional podría acudir a su aplicación dejando a las partes la facultad de decidir libremente, sea por que se aplicara siempre que aquellas no lo excluyan de sus contratos, o sea por que las partes lo adopten mediante una cláusula de elección del derecho, lo que garantizaría una mayor libertad contractual.

Esto es importante decidirlo sobre todo al tratar el derecho de consumo, cuyos contratos se rigen algunas ocasiones por el derecho elegido por las partes y otras –como cuando media publicidad- el derecho del país del consumidor, para lo que el empresario que formule condiciones generales deberá tener en cuenta todas las legislaciones aplicables a todos los países de la UE; la implementación de un instrumento facultativo podría remediar estos problemas y saldar las diferencias existentes entre los diversos derechos³⁹¹.

Un grave inconveniente sobre la aplicación del MCR en cuanto a derecho de consumo, es que actualmente se encuentra sobre la mesa la “Propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores”³⁹² que aglutina las Directivas existentes adaptándolas a las nuevas demandas del tráfico del consumo a nivel europeo.

Ello nos lleva a preguntarnos si la nombrada Propuesta de Directiva tendría que corresponderse con lo establecido en el MCR o debería desde ya ser interpretada a la luz de este instrumento, sin obviar el hecho que el MCR contiene las conclusiones del ACQUIS GROUP sobre derecho de consumo, que refleja de forma muy clara y coherente el estado actual de la protección europea del consumidor.

Lo cierto es que en medio de todo, el MCR se ha visto como un fracasado intento de asegurar la armonización a gran escala del derecho privado europeo,

³⁹¹ LEIBLE, STEFAN, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia?...” cit. p. 234 ss. “El Marco Común de Referencia tendría que ser la base de un instrumento opcional que pudiese ser designado por las partes mediante elección del derecho aplicable, como base de sus relaciones jurídicas, y ello no solamente en el caso de negocios transfronterizos, sino también para negocios puramente internos (...), este instrumento opcional tendría que adoptar la forma de un reglamento, el cual se podría basar en (...) Arto. 352 del TCE del Tratado de Lisboa”.

³⁹² Bruselas 8/10/2008 COM (2008) 614 final, COD 2008/196

quedándose tan sólo en un instrumento al servicio de la revisión del acervo comunitario³⁹³, *un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar la legislación nueva en el ámbito del derecho contractual*³⁹⁴, por lo que el grado de influencia que el MCR tiene en la Propuesta de Directiva aún queda impreciso.

5.3.2. La inclusión de la Buena Fe en el Marco Común de Referencia

Lo primero que se tiene en cuenta es que el MCR incorpora en la regulación de las cláusulas no negociadas las relaciones contractuales tanto entre empresarios como entre consumidores (II 1:110, II 9:110) salvando las relaciones con consumidores con una protección más rigurosa, como es el hecho de considerar abusiva e ineficaz, y por tanto inoponible al adherente (II 9:103), una cláusula redactada en violación de la obligación de transparencia, mientras que en las relaciones entre empresarios deja la falta de transparencia a criterio de apreciación de su posible carácter abusivo (II 9:407), aunque mantiene el concepto de cláusulas abusivas determinado por la buena fe también para los contratos entre empresarios (II 9:405).

Como principio general, la buena fe se establece como un estándar de comportamiento caracterizado por la honestidad y transparencia, y por la consideración por los intereses de la otra parte de la relación contractual. La buena fe obliga a las partes a respetar las expectativas razonables de la contraparte. También se impone la buena fe en la negociación (II 3:301), en la información que debe ser develada a fin de evitar el fraude contractual (II 7:205), en la interpretación de los contratos (II 8:102), y de los actos jurídicos (II 8:201), en la integración del contenido contractual (II 9:101) dándole facultades a los tribunales de integrar el contenido considerando la buena fe, y en el cumplimiento de las obligaciones (III 1:103) imponiendo que las partes deben actuar de buena fe.

³⁹³ CARBALLO FIDALGO, MARTHA, “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores” InDret 1/2010, Barcelona, enero 2010, p. 5

³⁹⁴ COM (2007), 447 Final, Comisión 25 de julio de 2007.

Al respecto han surgido algunos inconvenientes³⁹⁵, el primero es delimitar el alcance que le ha querido dar el redactor, si opera como un principio de aplicación general, o es también una fuente de normas accesorias que regulan el contenido, la ejecución y la formación del contrato. El MCR adolece de no aclarar en que sentido debe entenderse la buena fe, ya que aparece en ambos y en ninguno de los casos explica como debe interpretarse. En principio puede entenderse que lo que el MCR incorpora es la regla general de buena fe como fuente de normas accesorias y de aplicación obligatoria.

En los contratos comerciales, los preceptos relativos a la libertad contractual son muy inciertos y el papel de la buena fe en el tratamiento de este principio no resulta del todo claro. Se entiende que los límites a la libertad contractual son excepcionales pero no se define hasta donde opera la buena fe como tal.

Respecto a su relación con algunos ordenamientos para los cuales es un poco extraño y hasta agresiva la incorporación de la buena fe como principio fundamental y a la par de principios como la libertad de contratación y la libertad de forma contractual en el DCFR, surge el inconveniente de que la facultad otorgada a los tribunales de enmendar el contrato a través del principio de la buena fe no se corresponde por ejemplo con el derecho inglés, en el que opera como un concepto más predecible de lo que pudiera ser la aplicación de una norma-abierta.

Respecto a los contratos con consumidores, la buena fe cobra especial relevancia y constituye, al ejemplo de la Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas, el criterio delimitador de la abusividad, considerando aquellas cláusulas que siendo parte de un condicionado general predispuesto por una parte, resulta desventajoso para la otra, contrario a lo establecido por la buena fe y los *fair dealings*³⁹⁶ (II 9:403). Este mismo concepto de abusividad delimitado por la buena

³⁹⁵ Todos planteados por SIMMON WITTAKER, "The Draft Common Frame of Reference, an assessment" commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, University of Oxford, November, 2008.

³⁹⁶ Tal cual los Principios de Derecho Europeo de Contratos –Principios Lando- la buena fe se diferencia de los *fair dealings* en el sentido que aquella está considerada en su sentido subjetivo y

fe también se utiliza a los contratos entre empresarios (II 9:405), pero salvando del control de abusividad las cláusulas relativas al equilibrio económico entre la prestación y el precio exigido por ella (II 9:406).

No se puede negar que la inclusión de este principio evidencia la importancia que la buena fe va adquiriendo a nivel europeo y que ya tiene en algunos de los ordenamientos jurídicos privados de los estados miembros, como punto de partida para interpretar y desarrollar la doctrina jurídica en torno al derecho contractual.

5.4. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores

La propuesta empezó como un proyecto de revisión del acervo en materia de consumo y contiene todos los aspectos sobre cualquier compra, información, condiciones contractuales, entrega, devolución, reparaciones, garantías y anulación.

En octubre 2008, la Comisión Europea adoptó la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores³⁹⁷, que recoge en un solo cuerpo normativo las cuatro directivas comunitarias que a la fecha existen sobre derecho de consumo, y que pretende garantizar un mayor nivel de protección que facilite el intercambio de bienes y servicios transfronterizo para proveer a los consumidores con mayores y mejores opciones y precios competitivos. A su vez, pretende actualizar las existentes normas sobre derecho de consumo adaptándolas a las nuevas tecnologías y fortaleciéndolas ahí donde los consumidores han experimentado mayores problemas.

estos lo son en sentido objetivo, con la novedad de que la buena fe también puede ser interpretada como *honestidad*. En el anexo de definiciones aparece el concepto de buena fe como un estado mental de ignorancia sobre la realidad, en cambio define la buena fe y los *fair dealings* como un estándar de comportamiento leal y honrado que considera los intereses de la otra parte en una relación jurídica determinada.

³⁹⁷ Puede verse el texto de la Propuesta e información complementaria en: http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#directive

El principal objetivo que la Propuesta persigue es aumentar la confianza de los consumidores y empresarios en sus relaciones contractuales transfronterizas como si de operaciones nacionales se tratara, simplificar el acervo sobre consumidores, regular de forma sistemática los aspectos comunes, y fusionar en un solo texto todos los derechos y medidas vigentes contenidas en las cuatro Directivas relativas a la protección de los consumidores en el ámbito comunitario y que son: Directiva 97/577/CEE sobre contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles; Directiva 93/13 CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; Directiva 97/17/CE sobre contratos a distancia; y Directiva 1999/44/CE sobre venta y garantías de los bienes de consumo.

Para cumplir estos objetivos, el Parlamento, mediante Resolución del 16 de julio de 2007, expresa y recomienda que se opte – a diferencia de las Directivas que le preceden – por un instrumento horizontal de armonización plena específica³⁹⁸, que prohibiría a los Estados partes mantener o adoptar disposiciones divergentes a las que la Propuesta incluya y eliminaría las incoherencias propias de un marco regulador fragmentado propio de las cláusulas mínimas de armonización de las precedentes Directivas, lo que mejoraría el nivel de protección de los consumidores e indirectamente contribuiría a la recuperación económica de la zona.

Precisamente, la fragmentación normativa constituye un obstáculo para el mercado interior, y una normativa armonizada coadyuva en el proceso de conjugar un mayor nivel de protección de los consumidores, e incentivar el mercado interior generando la confianza de los empresarios en la exploración y apertura de nuevos mercados, y la reducción de los costes de cumplimiento derivados de la aplicación de la normativa aplicable al país donde las empresas quieran hacer negocios.

³⁹⁸ Precisamente la propuesta nace con el propósito de superar las deficiencias delatadas por la técnica legislativa de aproximación sectorial y armonización mínima, especialmente incoherencia y fragmentación, ver al respecto CARBALLO FIDALGO, “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de Directiva...” cit. p. 4

Para poder lograr esto y evitar la posible disminución de la protección de los consumidores, la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios en Opinión enviada a la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor el 13 de marzo de 2009³⁹⁹, propone algunas enmiendas relativas a garantizar que los objetivos de mejorar la protección de los consumidores respecto a las Directivas actuales sea una realidad, en primer lugar propone que la armonización deba hacerse en un período transitorio de tres años, en segundo lugar, que cuando exista conflicto entre las normas relativas a servicios financieros y la actual Directiva deba prevalecer la disposición más beneficiosa para el consumidor⁴⁰⁰.

En lo que respecta a la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas desarrollada en el Capítulo V de la Propuesta, prácticamente mantiene el mismo matiz original y establece que ésta es aplicable a las *cláusulas redactadas previamente por el profesional (...) que el consumidor ha aceptado sin poder influir en su contenido, en particular si dichas cláusulas forman parte de un contrato de adhesión*.

En concreto, aquellas cláusulas contenidas en contratos *con consumidores* que crean desequilibrios significativos en los derechos y las obligaciones de los consumidores y comerciantes y que no son vinculantes a los consumidores, además dota a los Estados partes de la facultad de utilizar cualquier concepto de derecho contractual interno para evitar que las cláusulas contractuales abusivas sean vinculantes a los consumidores (Considerando 54) y establece que el contrato seguirá vinculando a las partes sólo si puede subsistir sin las cláusulas abusivas (Artículo 37).

La Propuesta mantiene las dos directrices que definen el ámbito objetivo de aplicación de la directiva 93/13/CEE, la generalidad o vocación de ser

³⁹⁹ ECON_PA (2009)421360

⁴⁰⁰ *La legislación en materia de mercados financieros de la UE cubre ya los derechos del consumidor en relación con muchos servicios financieros (servicios de inversión, crédito al consumo, seguros, etc.). La directiva propuesta cubre, por lo tanto, solamente los sectores no cubiertos por otra legislación comunitaria, como las condiciones contractuales injustas y las hipotecas u otros préstamos inmobiliarios negociados en el hogar del consumidor con arreglo a las normas de las ventas celebradas fuera de los establecimientos.*

incorporadas a una pluralidad de contratos, y la exclusión de todo control a las cláusulas libremente negociadas con lo que se mantienen los problemas asociados a la prueba del carácter de cláusula negociada⁴⁰¹. Respecto a la carga de la prueba sobre la negociación individual de una cláusula, la Directiva deja a los Estados miembros que sean quienes determinen a quien corresponde.

Respecto a las cláusulas consideradas abusivas, la Propuesta, además de incorporar el ya clásico criterio de abusividad basado en la buena fe y el equilibrio contractual, introduce un novedoso modelo de clasificación de cláusulas contractuales abusivas por medio de dos tipos listados de cláusulas, una que podría considerarse lista “negra” y que contiene cláusulas que se deben considerar abusivas en cualquier circunstancia y otra lista “gris” que contiene cláusulas que se deben considerar abusivas a menos que el comerciante demuestre que no lo son. Estas listas se aplican en todos los Estados miembros y sólo pueden modificarse mediante el procedimiento de comitología⁴⁰² previsto en la Directiva.

En lo que respecta al criterio de abusividad contenido en la cláusula general, la Propuesta mantiene la buena fe y el concepto de equilibrio entre obligaciones y derechos, como criterio determinante para declarar la abusividad de una cláusula no negociada individualmente en los contratos con consumidores, es decir, el eventual carácter abusivo de una cláusula se mide conforme un patrón “necesaria y simultáneamente concurrente: la contravención de la buena fe y la ruptura significativa, en perjuicio del consumidor, del equilibrio contractual”⁴⁰³.

Prácticamente deja íntegro el criterio utilizado por la Directiva 93/13, sólo que ahora pareciera que lo determinante para declarar la abusividad de una cláusula ya no es el criterio general dado por la buena fe sino las listas.

Además, la Propuesta deja entrever que las exigencias de la Buena Fe imponen al predisponente un comportamiento objetivamente leal y equitativo con

⁴⁰¹ CARBALLO FIDALGO, “Las cláusulas contractuales no negociadas...” Ob. cit. p. 9

⁴⁰² El término comitología viene siendo usado por la Unión Europea para designar el proceso por el que se adoptan actos de ejecución de actos legislativos y que se basa en foros de debates presididos por la Comisión y compuestos por representantes de los Estados miembros para que dichas medidas se adapten lo mejor posible a la realidad de cada país, cfr. <http://europa.eu>

la otra parte, debe tener en cuenta los intereses que busca el consumidor al celebrar el contrato para que éste no vea frustrada sus expectativas, de acuerdo con el tipo contractual y a la confianza generada, la contravención a dicho comportamiento ha de traducirse en un desequilibrio importante, en este particular introduce una novedad respecto al sistema vigente y es que para determinar la equidad de una cláusula se han de tener en cuenta la redacción del contrato y la forma como ha sido transmitido al consumidor⁴⁰⁴.

También incorpora una novedosa “obligación de transparencia de las cláusulas contractuales, una suerte de control de incorporación por el que se exige que las cláusulas deben ser claras, comprensibles y legibles.

Introduce además un criterio de “diligencia profesional” directamente ligado al criterio de buena fe, como aquella competencia y cuidados especiales que cabe razonablemente esperar de un comerciante según el ámbito de su actividad en sus relaciones con los consumidores de acuerdo a la buena fe (arto. 2.14), esto conlleva necesariamente un respeto por las expectativas legítimas de la contraparte, que además está consagrado en el considerando 48 de la Propuesta que el requisito de la buena fe se satisface si el comerciante trata de manera justa y equitativa a la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta.

Además debe considerarse la buena fe, prestando especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones negociadoras de las partes, a si el consumidor fue inducido a aceptar la cláusula y a si el bien ha sido adquirido a petición especial del consumidor.

5.5. Derecho Contractual Comunitario y algunas de las Iniciativas Académicas

5.5.1. Los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Grupo de Estudio sobre un Código Civil Europeo.

⁴⁰³ CARBALLO FIDALGO, “Las cláusulas contractuales no negociadas...” Ob. cit. p 17

⁴⁰⁴ IDEM p. 17

Los Principios de Derecho Europeo de Contratos⁴⁰⁵ nacen en el seno de una Comisión creada por la Comisión de la CEE en 1980 con el fin de consolidar un texto uniforme sobre las obligaciones contractuales, actualmente ha recibido el respaldo del Parlamento Europeo de cara a la urgente demanda de codificación europea que busca armonizar los puntos comunes que rigen las relaciones contractuales en cada ordenamiento jurídico, y a su vez impartir cierto grado de flexibilización a las normas divergentes.

Le sucede a esta iniciativa el *Study Group on a European Civil Code*, que ha ampliado el ámbito del estudio de la Comisión de lo PECL para incluir en un solo cuerpo todas las materias que podrían contenerse en un Código Civil Europeo; actualmente, la comisión continúa sus labores dedicados a los temas no contractuales de responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa.

Los PECL constituyen además una de las principales fuentes que han nutrido el Marco Común de Referencia, de hecho proporcionan la base sobre la que se ha establecido el MCR, tanto en contenido como en método (método ius-comparatista que favorece la integración de los valores propios de cada estado miembro)⁴⁰⁶

Constituyen un cuerpo de reglas que intenta crear una infraestructura para la futura legislación contractual común a todos los Estados miembros de la Unión Europea, son la base para la construcción de un derecho sustantivo contractual común a todos los Estados, que además busca las similitudes existentes entre los diferentes sistemas jurídicos –el *common core*- y que pretenden ser un puente entre el *common law* y el *civil law* que consolide la extensa variedad de normas existentes que regulan los diversos tipos contractuales en la UE, fortalezca el mercado común europeo y facilite el comercio transfronterizo entre los Estados⁴⁰⁷.

De corte liberal, los Principios del Derecho Europeo de Contratos reconocen categóricamente el derecho a contratar libremente y a la

⁴⁰⁵ Conocidos por los Principios de la Comisión Lando

⁴⁰⁶ Arroyo I Amayuelas, Ob. Cit. P. 80.

autodeterminación del contenido de dichos contratos⁴⁰⁸. Este principio de libertad contractual está reconocido por todos los Estados Miembros de la UE, como un principio básico del derecho de contratos, y contenido también en los principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional, en los PECL se encuentra supeditado a los requerimientos de la buena fe, los *fair dealings* y las leyes imperativas⁴⁰⁹.

La inclusión del principio de buena fe es uno de los preceptos más significativos desde el punto de vista del derecho comparado, prueba tal vez que el derecho privado europeo está en proceso de adquirir un genuino carácter europeo⁴¹⁰.

La cláusula de buena fe, como la incorporada a los Principios de la comisión Lando es familiar a los ordenamientos jurídicos del *civil law*, pero aparece como una novedad para otros ordenamientos, que como ya hemos visto⁴¹¹, no consagran de forma expresa la buena fe, aunque se tome en consideración que la transposición de la Directiva Comunitaria 93/13 habría introducido ya a los países miembros este principio como criterio de validez de las cláusulas contractuales predispuestas en los contratos con consumidores.

El concepto de buena fe que se utiliza en los PECL y que se ha optado incluir como una norma abierta⁴¹², se forma de dos elementos: buena fe y lealtad o

⁴⁰⁷ DÍEZ-PICAZO et al, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 76 ss

⁴⁰⁸ IDEM

⁴⁰⁹ Art. 1:102: Freedom of contract

⁴¹⁰ SIMON WHITTAKER & REINHARD ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 14. A juicio de los autores, habría que preguntarse sin embargo, si efectivamente, la manera como está contenido el principio de buena fe en el artículo 1:102 de los PECL constituye un *common core* del derecho europeo de contratos, o es una noción encontrada en algunos de los ordenamientos e impuesta a los demás en un esfuerzo artificial por la armonización jurídica contractual europea. Contrariamente, se ha llegado a afirmar que si bien algunos ordenamientos como el inglés, el irlandés, no recogen el deber de buena fe ni lealtad como tales, u otros en el que se encuentra como un deber subyacente, como el escocés, contienen reglas más específicas que brindan los mismos resultados jurídicos, así The Commission of European Contract Law, en *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law Internacional, La Haya, 2000, p. 117.

⁴¹¹ En este mismo capítulo “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”.

⁴¹² Que permita no irritar a los ordenamientos en donde poco tiene que ver este principio en el derecho contractual, MATHIAS E. STORME “Good faith and contents of contracts in European

“*fair dealing*”, lo que se conoce en el ordenamiento español como buena fe objetiva, la observancia de reglas objetivas, el comportamiento debido, honesto y razonable que no puede ser eludido por las partes, y que exige el debido respeto por los intereses de la otra parte; y la buena fe en *stricto sensu* se entiende en un sentido subjetivo relativo a un estado mental del individuo que cree actuar honestamente, implica honradez o ausencia de dolo.

Esta diferenciación de lo que sería para el ordenamiento español una misma cosa, sólo puede justificarse en cuanto que algunos ordenamientos jurídicos europeos como el alemán⁴¹³, o el italiano⁴¹⁴ han entendido que ambos conceptos tienen mucho en común, pero que desde un punto de vista dogmático, resulta mejor separarlos.

Se cree que el precepto incluido en los PECL guarda un estrecho parentesco con el párrafo 242 del Código civil alemán⁴¹⁵, se trata de un principio exigido a las partes en la formación de los contratos, en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos, una fórmula que permite introducir una cierta dosis de moralización en la creación y desarrollo de los contratos, a generar la confianza necesaria y a su vez otorgar mayor flexibilidad a las normas reguladoras de los contratos.

En este contexto, no estamos seguros de si la consagración de la buena fe implica que como principio pueda ser concretado de todas las formas en las que se ha desarrollado en muchos de los ordenamientos, lo que si se puede afirmar es que a la luz del derecho español, la buena fe en los PECL sigue siendo uno de los

private law” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 30.

⁴¹³ *Treu und Glauben* es el término alemán de la llamada buena fe objetiva, que proclama de modo objetivo ciertas exigencias a la conducta que vinculan a todos los entes que se encuentren en una relación jurídica y el elemento subjetivo que examina la intención del sujeto es solo un elemento más que hay que tomar en cuenta, mientras que *guter Galube* hace referencia a la buena fe en sentido subjetivo, así, CHRISTIAN ECKL, “Algunas Observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho civil español” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 47.

⁴¹⁴ Correttezza, la remodificación italiana ha dejado más clara la diferenciación entre el sentido objetivo y subjetivo de la buena fe.

⁴¹⁵ DÍEZ-PICAZO et al, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Ob. Cit. p. 155; Zimmerman, R., *Estudios de Derecho Privado Europeo*, Ob. Cit. p. 154; MARTÍNEZ SANZ, “Buena fe” Ob. Cit. p. 483.

fundamentos dogmáticos más importantes en muchos casos⁴¹⁶ y aparece como un principio de amplio espectro que se aplica en las relaciones contractuales cumpliendo múltiples funciones que se materializan con exigencias concretas incluidas en los mismos principios, y que resultan relevantes para poder determinar el contenido de la buena fe⁴¹⁷.

Así, aparece la buena fe como límite a la libertad contractual consagrado en el artículo 1:102 las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido dentro del respeto a la buena fe y a la rectitud en los tratos y a las normas imperativas; es también un criterio de interpretación consagrado en el artículo 5:102.g; una fuente de integración, arto. 1:106 y 6:102; un factor de corrección de los usos que lleven a resultados irrazonables, un criterio de *razonabilidad* contractual que aparece en el arto. 1:105; una fuente de obligaciones accesorias, entre ellas la de no develar información confidencial revelada por las partes en el transcurso de las negociaciones establecida por el arto. 2:302 PECL o el deber de colaboración.

Es también una cláusula general de control de contenido de las cláusulas abusivas consagrada en el artículo 4:110, que otorga el derecho de impugnación de una cláusula no negociada individualmente que siendo contraria a la buena fe produzca un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, la que puede anularse en atención a la naturaleza de la prestación, los demás términos del contrato y las circunstancias concretas.

Aparece también la buena fe en su concepción de abuso del derecho, impidiendo a las partes terminar la relación contractual cuando el incumplimiento

⁴¹⁶ CHRISTIAN ECKL, *Ob. Cit.* p. 51, De acuerdo con el autor, en el campo del derecho contractual, la buena fe sirve como uno de los fundamentos dogmáticos en los siguientes casos: directiva para la interpretación de los contratos, origen de obligaciones accesorias, un estándar de valoración de cláusulas contractuales, el rechazo al abuso del derecho, liberación del deudor en los casos de excesiva onerosidad, e instrumento supletorio para flexibilizar las disposiciones legales del derecho de contratos

⁴¹⁷ MATHIAS E. STORME, “Good faith and contents of contracts in European private law” *Ob. Cit.* p. 23. Algunas de las funciones que la doctrina reconoce cumple la buena fe en los PECL, ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, *Ob. Cit.* p. 636 ss; VATTIER FUENZALIDA, “Información Bibliográfica sobre The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law (...)”, en

no es esencial (Arto. 8:103) o protegiendo al deudor de las exigencias del acreedor del cumplimiento específico de la obligación, cuando éste le causara un gasto o esfuerzo irrazonable (Arto. 9:102). La buena fe se complementa además con un deber de las partes de actuar razonablemente y en consecuencia con las declaraciones y comportamientos previos, de los que la otra parte se hubiera creado legítimas expectativas (Artos. 1:302, 2:202(3), 2:105(3); 2:106(2); 3:201(3); 5:101(3)).

5.5.2. El grupo *Acquis Communautaire* (Grupo Europeo de Investigación sobre el Actual Derecho Privado)

El término *Acquis*, -lo que ha sido adquirido- de origen francés, se utiliza para designar la totalidad de normas sobre determinado derecho acumulado hasta el momento⁴¹⁸.

Se trata de un grupo de investigación previo al Marco Común de Referencia y que fue creado con la intención de llevar a cabo la recopilación y consolidación sistemática de las reglas del Derecho contractual comunitario tal y como éste se encuentra configurado, cuyos principios en su mayoría se proyectan en el derecho de consumo y que están llamadas a ser aplicadas por los Estados miembros. A diferencia de los PECL, no presenta las mejores soluciones o las normas ideales de derecho contractual, sino que constituyen una compilación del ordenamiento jurídico ya existente, como una radiografía del estado de los ordenamientos jurídicos europeos.

De ahí que sean tenidos como los *restatement*, es decir que no presentan ninguna novedad respecto a lo que ya existe, sino que constituyen una compilación y reformulación del derecho existente por medio de principios, reglas y definiciones, generalizando algunos principios e intentando en su caso, colmar

RCDI No. 646, p. 1129-1131; DíEZ-PICAZO et al, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, p. 15.

⁴¹⁸ Todo sobre el *Acquis-Group* en <http://www.acquis-group.org/>

las lagunas que se vayan detectando, están pensados más para fijar las reglas que para mejorarlas⁴¹⁹.

Las reglas están configuradas en dos clasificaciones, negras y grises, las reglas negras son aquellos preceptos relativos exclusivamente al *acquis communautaire*, las grises, que se encuentran debidamente señaladas como tales en el texto, son en cambio aquellas que toman en consideración los trabajos llevados a cabo para la elaboración del Marco Común de Referencia, e intentan llenar las lagunas surgidas en el derecho comunitario y mostrar mejor la sistematización de la regla comunitaria⁴²⁰, en esta categoría se encuentra comprendida la regla sobre conflicto entre condiciones contractuales generales, arto. 6:204⁴²¹:

(1) Si las partes han alcanzado un acuerdo en la oferta y aceptación pese a la existencia de condiciones generales en conflicto, el contrato se entenderá formado. Las Condiciones Generales comunes entre ambos formarán parte del contrato.

(2) Sin embargo, no se entenderá que hay un contrato cuando alguna de las partes:

(1) Haya indicado previamente de forma explícita y no por medio de condiciones generales, la intención de no quedar sujeto a un contrato en los términos del párrafo 1

(2) Haya informado a la otra parte de dicha intención, con la antelación debida.

⁴¹⁹ ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho Privado Europeo...*, cit. p. 88

⁴²⁰ *Idem*, p. 105.

⁴²¹ La Traducción es nuestra, Cfr. el texto original: *(1) “If the parties have reached agreement except that the offer and acceptance refer to conflicting standard terms, a contract is nonetheless formed. The standard terms form part of the contract to the extent that they are common in substance.*

(2) However, no contract is formed if one party:

(a) has indicated in advance, explicitly, and not by way of standard terms, an intention not to be bound by a contract on the basis of paragraph (1); or

(b) without undue delay, informs the other party of such an intention”

También incluye definiciones que no tienen necesariamente una vocación normativa, sino que se ocupan de establecer los conceptos para evitar definiciones o interpretaciones diversas según el lector, y procurar la claridad al momento de interpretar el mismo texto en el que se encuentran. Así, en el *Acquis* se incluyen por ejemplo las definiciones de consumidor, arto. 1:201:

“Cualquier persona natural que actúa fuera del ámbito de su actividad profesional”

y de profesional, arto, 1:202:

“Persona natural o jurídica, pública o privada que actúa con fines relativos a su empleo, trabajo o profesión, aún cuando actúe sin intenciones de lucro en el marco de dicha actividad”

En cuanto a los principios, aquellos que son un denominador común en determinadas normas sin necesidad de que se encuentren plasmados documentalmente en alguna normativa concreta, se encuentran recogidos también en los *Acquis*, en el derecho comunitario por ejemplo se encuentra reconocido el principio de libertad contractual, del que los PECL se ha ocupado ya, el principio de transparencia consagrado en múltiples directivas que imponen un deber de información a las partes contratantes, principio de protección de la confianza del consumidor establecido en las reglas de protección de las legítimas expectativas y el deber de actuación conforme con la buena fe⁴²², entre otros principios.

El texto incluye los principios de transparencia y de protección a los consumidores en sus artículos 2:101, 2:102, 2:103, 2:202. En cuanto al principio de buena fe y los deberes que de ella emanan, el texto establece que las partes deben actuar de buena fe en las relaciones precontractuales, además las partes deben actuar con la diligencia debida teniendo en cuenta sobre todo las legítimas expectativas de la contraparte; y establece una responsabilidad en caso en caso de actuar en contra de la buena fe. Además establece un criterio para determinar cuando una parte ha incumplido el deber de buena fe en las negociaciones precontractuales, que será si la parte ha iniciado estas negociaciones sin la intención real de llegar a un acuerdo.

⁴²² ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho Privado Europeo...*, cit. p. p. 102

Aunque se cuestiona la inclusión de la buena fe como principio autónomo pese a la manifestación de éste en el deber de actuar con respeto a las expectativas legítimas y razonables de la contraparte y al deber de información –aunque de forma no tan general y destinado a cumplir una función en aquellas relaciones donde exista una asimetría en las posiciones contractuales-; la doctrina⁴²³ cree que esto se debe a la inexistencia de un parámetro comunitario para medirla como tal.

⁴²³ Idem p. 115

CAPÍTULO III

LA INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRTACIÓN

1. La Incorporación de las Condiciones Generales a los Contratos

Las normas de control de incorporación constituyen una concreción del deber de buena fe exigido a los contratantes en la fase prenegocial de cualquier contrato⁴²⁴ que se traduce en un deber de información transparente, el cual consiste en dotar al cliente de la información necesaria en la fase de celebración del contrato para que pueda adoptar una decisión racional, salvaguardando con ello la libertad de decisión negocial de los adherentes.

1.1. Exordio de un control

Las condiciones generales y las cláusulas predispuestas se encuentran, por su propia naturaleza, sometidas a un régimen jurídico diferente y en cierto modo, mas riguroso en relación al tradicional ordenamiento general de contratos, pero este sistema, acertado según vemos, se nos mostraría incompleto sin la debida regulación sobre la forma de incluir dichas cláusulas al contrato, por que, aunque la libertad contractual siga existiendo y se actúe dentro del ámbito de la autonomía privada, esta no puede quedar garantizada sin los parámetros de información relativos a los contenidos del contrato mismo.

Por ello se implementa un régimen que, junto al control del contenido y las reglas de interpretación, garantice la eficacia de las condiciones generales, mediante la imposición de un deber de información contractual.

Son requisitos de incorporación aquellas exigencias de forma, tiempo y lugar, que tienden a evitar las situaciones de desequilibrio que pueden surgir en el marco de las contrataciones en serie, y que debe cumplir quien utilice cláusulas

⁴²⁴ LLODRÁ GRIMALT, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Ob. Cit. p. 260.

predispuestas en sus contratos para informar a sus clientes sobre ellas, a fin de que estas resulten eficaces y vinculantes.

Constituyen un control ajeno al contenido del contrato, pues vigilar lo *que* digan las condiciones generales no es tarea del control de inclusión, sino *como*, *cuando* y *donde* lo digan; se resume pues en un deber de informar correctamente aquello que correctamente se ha dispuesto y redactado previamente⁴²⁵.

La regulación española en este particular aspecto, se ve profundamente influenciada por el derecho italiano, que presentaba la exclusiva regulación de control de incorporación sin facultar al juez para realizar un control del contenido, posiblemente también por el derecho alemán y portugués sobre condiciones generales, luego la Directiva Europea, que intentó ordenar el caos existente aunque de manera muy deficiente, y ahora aparecen las normas especiales sobre contratación con condiciones generales y protección de los consumidores, que van mas allá de lo ordenado en la Directiva pero que, dentro de su regulación, tratan de solventar un poco los problemas que se originan en cuanto a la incorporación de los contratos.

En principio la protección va dirigida al adherente, se pretende que sean vinculantes aquellas condiciones generales que tuvo oportunidad real de conocer, pero el régimen encierra cierta protección implícita también al predisponente, en la medida en que, cumpliendo con las cargas de incorporación impuestas por la ley, se le garantiza que sus contratos –siempre que sean cláusulas generales que no contradigan lo establecido en las cláusulas particulares, y que no sean abusivas- serán regulados en la manera prevista por ellos, no habrá sorpresas ni litigios que puedan perjudicar su labor económica, y las predicciones sobre sus costos y utilidades en cada contrato podrán mantenerse; los requisitos de incorporación podrían ser tenidas en este contexto como cargas⁴²⁶, aquella obligación que se procura para evitar un perjuicio contra si mismo.

⁴²⁵ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 189.

⁴²⁶ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 202.

Desde una perspectiva funcional, el control de incorporación cumple con esta doble función: por un lado pretende legitimar las condiciones generales garantizando su cognoscibilidad por el adherente, por otro lado, garantiza al predisponente la seguridad jurídica en sus relaciones contractuales, en tanto que las cláusulas por él incorporadas de manera correcta, entrarán a formar parte del contenido del contrato.

Se han cuestionado, sin embargo, la eficacia y el efectivo rigor del control de incorporación, y continúa –como en sus albores- estando en segundo plano respecto al control del contenido, lo que resulta lógico si consideramos la finalidad de cada uno de estos controles; pero resulta paradójico que se encuentran más sentencias que no incorporan las condiciones generales al contrato, que sentencias declarando su nulidad, talvez se deba a que para los tribunales ha resultado mas cómodo rechazar condiciones generales por mal incorporadas que por abusivas, como lo ha manifestado algún autor al considerarlas un “cómodo refugio”; aunque a juicio personal consideramos mucho mas fácil identificar y probar –siempre que existan criterios previos de valoración- la abusividad de una cláusula que su inadecuada incorporación, además que, previo al control del contenido habrá de determinar si están debidamente incorporadas al contrato.

Este proceso, que podría llamarse de unificación de los controles⁴²⁷, persigue un solo fin, el descubrir si una cláusula es ineficaz, por la razón que sea, nula al fin, es decir, sin fuerza vinculante para quien suscribe la cláusula en calidad de adherente.

⁴²⁷ Pueden encontrarse Sentencias declarando la nulidad de una cláusula de condiciones generales apoyadas en su carácter abusivo y además en el incumplimiento de los requisitos de inclusión, así SAP Oviedo 22/01/1993 y 29/10/1993. Es importante reconocer que el control de incorporación por si solo, no constituye una protección muy eficaz, y que prescindir del resto de medidas desembocaría en una protección contraproducente: informar al adherente de los abusos a los que va a ser sometido. (PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 343).

A esto se suma otra crítica⁴²⁸, según la cual, ni introduciendo normas el mercado funcionaría correctamente, por eso la función del control de incorporación es menos ambiciosa que la pretendida, y se limita a la publicidad de las cláusulas, además por que las condiciones generales resultan irrelevantes en la decisión de contratar, lo que se protege, es el interés que ostenta el adherente en conocerlas.

En este sentido se cree que admitir que el control de incorporación sirve para garantizar el consentimiento contractual, presenta grandes inconvenientes en la práctica, el ejemplo mas claro de éste fracaso lo constituye el derecho italiano, que solo establece normas de control de incorporación sin legitimar al juez a hacer un control del contenido, lo que ocasiona un aumento de litigios en torno a la prueba de su cumplimiento y dificulta la celeridad procesal, además se reconoce que para que la adhesión despliegue todos sus efectos, es irrelevante que exista un consentimiento –que las cláusulas sean conocidas-, basta con que se hagan públicas, además, que el consentimiento no se garantiza, ni aún cumpliendo todos los requisitos legales de inclusión⁴²⁹.

Al margen de la naturaleza jurídica de las condiciones generales, pese a lo que se ha dicho antes, no resulta tan difícil asegurar que el control de incorporación, mientras esté destinado a resguardar el equilibrio y a su vez prevea una sanción ante el incumplimiento de las normas, constituye un control válido y eficaz.

El conocimiento del contenido de las condiciones generales no depende solo del predisponente, este deberá cumplir con todos los requisitos que la ley le obliga, y en este sentido, se garantiza un consentimiento del adherente sobre algo específico, la existencia de condiciones generales que rigen la relación contractual, y un posible consentimiento sobre lo que pudo haber conocido, el contenido de las mismas, que le fue dado en tiempo y forma admisible.

⁴²⁸ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 195.

⁴²⁹ *Idem*, pp. 192 ss.

Junto a esto, al adherente medio que no lee las condiciones generales, lo respalda un sistema jurídico protector básico, por el que ciertas cláusulas que le podrían perjudicar, no entraran a formar parte nunca del contrato, estas son las cláusulas abusivas, el resto de cláusulas deben ser sometidas a un control de incorporación. No por que los contribuyentes evadan los impuestos van a dejar de cobrarse y pueda decirse que el sistema de recaudación estatal resulte ineficaz, algo parecido puede decirse de las condiciones generales y el control de incorporación.

Quizás se pueda hablar en la práctica de una eficacia reducida del control de incorporación, sobre todo en las relaciones con consumidores finales⁴³⁰ en cuanto todavía no se logra el propósito fundamental de dicho control: que los consumidores conozcan realmente las condiciones generales. Pero como hemos dicho, esto dependerá en gran medida de la seriedad con la que los consumidores, o adherentes a secas- asuman sus deberes, entre ellos, el de informarse.

La protección existe por que existen unos mínimos como garantías, y es que *mientras el control del contenido garantiza al adherente que la regulación será jurídicamente justa, el control de inclusión le garantiza que el predisponente no aplicará arbitrariamente dicha regulación*⁴³¹.

Por lo tanto puede afirmarse que las normas sobre incorporación no son inútiles o inadecuadas, son un primer paso en la protección del adherente, tratando de responder de manera adecuada a un primer problema: el del conocimiento de las cláusulas prefijadas⁴³².

Ahora bien, si las condiciones generales a pesar de haber sido puestas en conocimiento por el predisponente, no fueron conocidas por responsabilidad

⁴³⁰ PINTO MONTEIRO, "El problema de las condiciones generales..." cit. p. 89.

⁴³¹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 202.

propia del adherente, no justifica de manera alguna que no le puedan ser vinculantes, si el predisponente ha cumplido con el nivel de exigencia de información.

No en vano se ha dicho que el control de incorporación actúa en la fase de perfección del contrato y persigue la correcta formación de la voluntad contractual de la parte adherente, consumidor o no, en el sentido que pueda tener a su alcance los elementos de juicio suficientes para conocer el contenido contractual de la relación jurídica que entabla⁴³³.

1.2. Función del control de incorporación

Adelantado ya, algo sobre la finalidad del control de incorporación de las condiciones generales, nos habíamos quedado un poco al margen de la naturaleza jurídica para justificar su función de garante del consentimiento mediante el conocimiento de las cláusulas, sin embargo, si consideramos que el control de incorporación se establece para que las cláusulas generales pasen a formar parte del contenido del contrato, y que dicho régimen se encuadra en el marco de un consentimiento contractual, no puede ignorarse que éste hecho otorga por si solo naturaleza contractual a las condiciones generales.

La autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en la aceptación de las condiciones generales, y el control de incorporación es el garante para que dicha autonomía se conserve aún a pesar de las particulares condiciones en las que se llevan a cabo los pactos contractuales, lo que se sustenta cuando se establece que sólo aquellas condiciones que han sido incorporadas al contrato pueden formar parte de el, es decir solo aquellas condiciones cuya existencia y aplicación haya sido conocida y aceptada por el adherente, lo que respalda el carácter

⁴³² PINTO MONTEIRO, "El problema de las condiciones generales..." cit. p. 89.

⁴³³ M. FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999 p. 55.

contractual de las condiciones generales⁴³⁴, y una función del control de incorporación que va mas allá de la de hacerlas públicas, que es lo que defiende la teoría de la naturaleza normativa de las condiciones generales.

Quienes opinan que esta función de garante del consentimiento del control de incorporación resulta muy ambiciosa, se ven apoyados fundamentalmente en el hecho de que los adherentes no leen ni comparan las condiciones generales, lo que reduce su alcance a una mera publicidad, quedando relegado a un segundo plano respecto a otros controles, por mucho que se aumente la exigencia no se consigue elevar el nivel de información, y ante algo tan evidente, es improbable garantizar un verdadero consentimiento.

Se considera que los requisitos de incorporación se limitan a fijar las condiciones en presencia de las cuales puede estimarse que unas condiciones generales pasan a formar parte de un contrato, y en este sentido son fuente de integración del contenido del contrato que se añade, pero que difiere del consentimiento⁴³⁵.

Así, se sustenta una función menos arriesgada para los requisitos de incorporación que es la de publicidad, tanto en la celebración del contrato como en su posterior ejecución; junto con una función de seguridad jurídica, desempeñada principalmente tras la celebración del contrato, poniendo a

⁴³⁴ PAGADOR LÓPEZ, “Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas” Ob. Cit. p. 167. En contra opina ALFARO, que considera inadmisibles hacer depender la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la circunstancia –del todo aleatoria– de la efectiva incorporación o no de las cláusulas del contrato, y consiguientemente, de la firma del cliente. (*Las condiciones generales...* p. 150, 151). Hay una postura intermedia que diferencia entre fundamento de validez y naturaleza jurídica, los requisitos de incorporación determinan la naturaleza jurídica de las condiciones generales, pero no implica que queden amparadas por el consentimiento, de hecho el control de incorporación implica que el legislador ha fijado para las condiciones generales una fuente de legitimación distinta del consentimiento, así, PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*. Ob. cit. p. 82, así mismo en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. Cit. P. 697.

⁴³⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA Y PERTÍÑEZ VILCHEZ, “Los contratos de Adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, ob. Cit. p. 1601

disposición del adherente las condiciones generales para que conozca su situación jurídica⁴³⁶.

Doctrinalmente, no hay razón alguna para limitar la función del control de incorporación a una sola que excluya la de garantizar el consentimiento, dos son las finalidades que persigue el denominado control de inclusión, de un lado, facilitar al adherente el conocimiento y la comprensión de las condiciones generales, y de otro, convertirse en un instrumento de publicidad de las mismas⁴³⁷, no es incorrecto afirmar que cumple una función de publicidad, en el marco de la información debida al contratante adherente, de parte del predisponente, la cumple por que hace públicas las condiciones generales, las pone en conocimiento de las partes para que estas puedan acceder a ellas cuando lo deseen. Además incentiva el conocimiento del público sobre las condiciones que en determinados actos de negocio son utilizadas.

Pero no es esta su función principal ni la única, a la par también se puede encontrar una función que tiende a proteger esa autonomía de la voluntad que venimos defendiendo, y que quizás en cierto modo restringe el actuar deliberado del predisponente, imponiéndoles un deber de hablar claro, en tiempo y en forma debidos, un deber de información veraz que garantice a los adherentes que están contratando lo que ellos creen que contratan según su leal saber y entender.

El predisponente debe cumplir estos deberes para hacer valer sus condiciones generales, aunque el adherente no se comporte con la debida diligencia, en cuyo caso, vendrá después la consecuente incorporación de las mismas al contrato aunque éste alegue no haberlas conocido.

⁴³⁶ ALFARO, *Las condiciones generales...* p. 200; DURANY PICH, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 274.

⁴³⁷ J. M. EMBID IRUJO, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, J. BOQUERRA MATARREDONA y otros (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 76.

La doctrina sin embargo, no se pone de acuerdo aún en cuanto a la función más ambiciosa del control de incorporación, la de lograr un verdadero consentimiento del adherente sobre las condiciones generales⁴³⁸, y puede verse vasta literatura sobre estos aspectos que consideran unos que sí y otros que no cumple esta función.

Nosotros hemos referido en la primera parte de este trabajo relativa al ejercicio de la libertad contractual, que el consentimiento del contrato recae sobre el objeto y la causa del contrato, artículos 1261 y 1262 del Código Civil, no sobre cada uno de los pactos, cláusulas y condiciones de los mismos, artículos 1255 y 1267 del Código Civil⁴³⁹, a las que basta una debida referencia y que deben estar accesibles, redactadas en forma clara y entendible al adherente medio.

En este contexto el consentimiento del adherente se refiere fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido⁴⁴⁰. Por lo tanto la obligación del predisponente de dar a conocer las condiciones generales para lograr una correcta formación de la voluntad contractual, no es sino, el deber de información que recae sobre él, de la existencia de condiciones generales con la correlativa obligación de disponer su contenido al adherente, para que este las acepte, para que pasen a formar parte del contenido del contrato⁴⁴¹ y para que puedan ser eficaces y vinculantes.

La Ley por su parte, obliga a una *oportunidad real* de conocer las condiciones generales, la que se materializa con la referencia expresa que cumple la función de información sobre la existencia de las mismas, y la entrega de un ejemplar que cumple la función de información sobre su contenido, además de los respectivos deberes derivados de la transparencia, concreción de la buena fe, relativos a la forma de las condiciones generales.

⁴³⁸ “La finalidad del principio de transparencia no es la de promover un verdadero conocimiento del contenido contractual sino la de proteger al consumidor de un determinado tipo de cláusula mediante el control de inclusión...” así, MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑA, *Condiciones generales y cláusulas abusivas...* Ob. Cit.

⁴³⁹ Ya lo apuntó expresamente DE CASTRO en, “Limitaciones intrínsecas a la Autonomía de la Voluntad”, *ADC*, 1982, p. 1053.

⁴⁴⁰ La ley de condiciones generales lo ha dejado claro, Arto. 5.

El cumplimiento de dichas obligaciones pretende asegurar el consentimiento contractual, constituye el presupuesto indispensable para que el contrato pueda surtir efectos con las condiciones generales, -por esta misma razón no se pueden reconocer las condiciones generales como usos en cuanto que, ni probando su carácter habitual en los contratos del ramo podrían ser incorporadas sin este previo requisito⁴⁴²- estableciendo la cognoscibilidad objetiva que permite determinar cual es el marco del acuerdo contractual⁴⁴³, manteniendo un mínimo reducto de contractualidad, y con ello, conservando la libertad de decisión negocial⁴⁴⁴.

Por esto es que tiene sentido todo el aparatoso ordenamiento jurídico al respecto: los requisitos previos o simultáneos de información, el lenguaje de las condiciones generales, la referencia expresa, la entrega de su contenido, la prohibición de remisiones, la firma etc., y, como sanción, la ineficacia de las cláusulas no incorporadas al contrato, que resulta determinante para efectos de su contractualidad, solo así se explica que ante el incumplimiento de los requisitos de inclusión, se declare la nulidad parcial del contrato, lo que no corresponde a la ausencia de publicidad, el fin del control es el de posibilitar que el adherente adopte una decisión libre y consciente respecto a si desea o no contratar aun cuando lo sea sobre la base de unas determinadas cláusulas predispuestas⁴⁴⁵.

En este contexto, se ha llegado a hablar de un control del consentimiento, pero es preciso hacer una prudente distinción entre dos tipos de controles, requisitos de control formal del consentimiento y requisitos de control material del consentimiento, para efectos de la sanción a su inobservancia, aunque el legislador no ha optado por regímenes distintos de ineficacia⁴⁴⁶.

⁴⁴¹ I. FELIÚ REY, *Comentarios a la Ley de condiciones...* cit. p. 55.

⁴⁴² I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la Ley de condiciones...* cit. p. 147.

⁴⁴³ COCA PAYERAS, *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores*, cit. p. 236.

⁴⁴⁴ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 362.

⁴⁴⁵ De ahí que el control de incorporación haya sido designado también con el nombre de “control del consentimiento o control de formación del contrato” esta última, en cuanto se refiere a la formación del contrato nos parece bastante acertada, en este sentido, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. pp. 359, 362.

⁴⁴⁶ Ver Supra 4.5 “La necesidad de un régimen concreto de ineficacia”

El primer tipo de control se refiere a aquellas exigencias formales *stricto sensu*, la firma, la referencia expresa, la entrega de un ejemplar, el anuncio en lugar visible, la inserción en el documento justificativo etc., dependiendo del tipo contractual del que se trate sea de un contrato escrito, sea electrónico, sea no escrito.

El segundo tipo de control lo conforman los requisitos que tienden a garantizar la libre y consciente decisión contractual, en concreto los relativos a su entendimiento: claridad, concreción, transparencia y sencillez en la redacción de las condiciones generales. Si bien, todos los requisitos de incorporación pueden ser considerados un derivado de la buena fe contractual en cuanto comportamiento honrado y respetuoso de los intereses de la contraparte, es en la transparencia en particular donde cumple una función más evidente.

Tratándose del incumplimiento de las normas del control formal la sanción corresponde a la inoponibilidad (ineficacia) no a la nulidad; en cambio ante el incumplimiento de las normas que tienden a garantizar el consentimiento efectivo la sanción es la nulidad por falta de consentimiento⁴⁴⁷.

Ahora bien, al margen de lo que la doctrina considera como verdadera función del control de incorporación, habrá que analizar lo que el legislador pretendió en su momento al formular como requisito de validez de las condiciones generales, o como requisito para que estas puedan considerarse parte del contrato, un control sobre la forma de las mismas, y considerar además las consecuencias prácticas de su aplicación en la realidad del tráfico jurídico contractual.

Queda claro que el régimen opera sobre una actuación del predisponente, quien posee la carga de información precontractual y el deber de entregar el

⁴⁴⁷ En ambos casos las cláusulas son ineficaces, solo que por razones diversas. La distinción de los controles, ha sido expuesta de manera muy concreta para nosotros, por I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. pp. 142 y 236.

contenido de las condiciones generales, como requisitos inquebrantables de su efectividad⁴⁴⁸.

En cuanto a los resultados de la aplicación de la ley, haciendo uso de la unificación de los controles determinados en la misma, no es posible prescindir de la función de control del consentimiento en cuanto que una cláusula mal incorporada termina siendo ineficaz e inoponible. Al respecto puede verse tantísima jurisprudencia⁴⁴⁹.

Ello nos lleva a afirmar que el control de incorporación conforma un verdadero control del consentimiento.

1.3. Justificación de un control de forma

El discurso de la libertad contractual y la autonomía privada es un debate patente, continuo y trillado, que parece no tener fin, se discute si en el ejercicio de ambas puede hablarse de límites o de intervencionismo estatal, lo que, en los albores de la doctrina de las condiciones generales, provocó que se reaccionara contra quienes pretendían reconocerle al juez, un poder para anular cláusulas dolosas y leoninas contenidas en los contratos con este tipo de condiciones.

Pero, un tanto superado el radicalismo de la autonomía privada -por haber entendido que el libre juego económico no puede quedar abandonado a sí mismo arriesgando el equilibrio y la armonía del sistema y que, por el contrario, las amenazas de las situaciones de poder de los particulares y los grupos, requieren

⁴⁴⁸ I. GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 148.

⁴⁴⁹ Así, la STS del 17/01/2005 que confirma la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto admite la nulidad de un préstamo por la razón de que uno de los contratantes fue inducido a la celebración del contrato, y que el concepto de dolo del 1269 incluye también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte en pugna con el deber de información exigible por la buena fe (arto. 1258 C), se le ocultó la verdadera situación por la que pasaba el banco y los riesgos que asumía al comprar las acciones (Falta de información debida). El TS afirma que hay una falta de voluntariedad en el contrato que invalida el consentimiento. (RJ 517/2005).

que se establezcan límites que la defiendan de los abusos⁴⁵⁰ y por que una correcta observación de la autonomía privada nos llevaría necesariamente a ver que ésta no ha estado nunca desprovista de límites- se acepta que las condiciones generales sean controladas por un ordenamiento que a su vez intente salvaguardar ese último reducto de libertad.

Aunque se le haya confiado a los contratantes elaborar su propia ley, esta labor, como toda delegación normativa tiene delimitado su campo de acción y reglamentada su forma de ejercicio por el propio ordenamiento jurídico⁴⁵¹.

El control de incorporación queda justificado por la particular forma de celebración del contrato, en las que la buena fe impone un deber de información transparente de las condiciones que no se alcanzan tras un acuerdo bilateral, pero que en esencia sigue tratándose de relaciones entre particulares sobre las que cualquier intervención debe ser considerada de manera prudente, tomando en cuenta las ventajas que para fortalecer esas relaciones entre particulares, representaría esa intervención.

Cierto es que en el libre juego de la autonomía de la voluntad con todo y sus límites respectivos, pueden cometerse abusos que tiendan a ocultar a la parte adherente de manera subrepticia las normas que regulan su relación contractual, y que el contratante adherente se encuentra en desventaja respecto al predisponente en lo que concierne al conocimiento de ese contenido, desde esta perspectiva, la rigurosidad que rodea el aparatoso sistema de control de las condiciones generales, se encuentra sin duda ninguna, justificado, por la unilateralidad, la imposición y el uso masivo o generalizado de las mismas que conlleva una falta de información de las condiciones generales.

⁴⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, “Condiciones Generales de la Contratación (Esbozo de una evolución en *Ob. Cit.* P 64

⁴⁵¹ Ver por todo, F. DE CASTRO, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit. pp. 1036, 1051 ss.; GARCÍA AMIGO, *Condiciones Generales...*cit. p. 240.

La unilateralidad, referida al hecho de que es una de las partes la que redacta las condiciones generales, la misma que las conoce, y que no hay otra forma de garantizar el efectivo conocimiento a la otra parte, sino mediante la exigencia de los requisitos mínimos de información, no exigibles en la contratación negociada, por ser ambas las partes que participan en la redacción contractual.

Si se dejara al arbitrio de los contratantes es evidente que, el predisponente, ante la falta de disposiciones legales que lo obliguen, no se preocuparía de brindar la correcta información, y el adherente, en el marco de la celeridad contractual, no reclamaría dicha información, sin obviar que a él correspondería, como veremos más adelante en este trabajo, un deber de diligencia cuando el predisponente le ha garantizado esta información.

La imposición, por que aunque la parte adherente pueda decidir libremente si contrata o no, y teniendo en el mercado otras opciones que puedan satisfacer sus necesidades, no podrá intervenir en la elaboración de esas cláusulas generales que regulan el contrato. La negociación de las partes quedará reducida a otros aspectos, pero no sobre los elementos que podrían modificar los elementos esenciales del contrato, y perjudicar en cierta medida sus derechos básicos como la responsabilidad civil, el fuero, las garantías etc.

En este sentido, el control de incorporación de las cláusulas se encuentra plenamente justificado atendiendo a la necesidad imprescindible de que el adherente, limitado en sus derechos, conoce y acepta dichos límites, en otras palabras, acepta la imposición.

El uso masivo y generalizado de las condiciones generales da cuenta de una labor exhaustiva por parte del predisponente para poder garantizar que la masa de consumidores pueda conocerlas. Es obvio que las exigencias son mayores cuando se trata de brindar protección a un número mayor de personas. En la contratación individual las cláusulas podrían ser conocidas más fácilmente por el contratante atendiendo solamente a sus particularidades, a sus requerimientos, a

sus características personales, pero cuando se trata de garantizarle esto a muchas personas distintas una de la otra, es mucho más difícil y el ordenamiento debe garantizar que el conocimiento de las condiciones generales debe estar al acceso de todos los que intervienen en un determinado acto contractual.

1.4. Operatividad del control de incorporación

Tal y como se encuentra regulado en la Ley sobre condiciones generales, el sistema de control de incorporación presenta algunas deficiencias, quizá la benevolencia del legislador, junto a su advertida inexperiencia en la materia y la pretendida sobreprotección del contratante consumidor, desemboca en un contrasentido que termina agravando su posición frente a la parte dominante de la relación jurídica. Sin embargo, hasta hoy no todo ha sido negativo, como medidas de protección las normas han significado un mayor cuidado de las empresas a la hora de incluir y redactar ciertas cláusulas que antaño resultaban admisibles sin reparos.

El control de inclusión, recordaremos, son los requisitos de forma (*letra clara, tamaño etc*), tiempo (*previo o simultáneo a la celebración del contrato, nunca después*) y lugar (*en el contrato mismo, en un documento anexo, en avisos dentro del local de celebración etc.*) de las condiciones generales de los contratos para que puedan producir los efectos que de ellas se desprenden; en síntesis, la apariencia de las condiciones generales.

Pretenden dar la publicidad y claridad suficientes para posibilitar su verdadero conocimiento por parte del adherente y a su vez un real consentimiento. Estas pretensiones dan la apariencia de ser muy ambiciosas, pues en la práctica se puede comprobar que no siempre la parte adherente conoce su condición en el contrato y acepta y firma sin constituirse, en efecto, un verdadero consentimiento, a pesar del cumplimiento de todos los requisitos por parte de quien tiene la carga. Esta, particularmente, ha sido la principal causa por la que se ha considerado su

deficiente funcionamiento y criticado su poquísima efectividad, hasta considerarlas inoperantes e ineficaces en el sistema contractual moderno⁴⁵².

Para la doctrina es quizás difícil aceptar la existencia de un consentimiento contractual sin un conocimiento del contenido, pero no puede hablarse de una ineficacia del control de incorporación cuando detrás del desconocimiento de las condiciones generales media la indiligencia de quien se adhiere a ellas. El consentimiento de las cláusulas exige la posibilidad de conocimiento, esto es, la posibilidad real, independientemente de las consecuencias cuando aquellas dependan de una acción del adherente.

Creemos que este recelo sobre la existencia de un verdadero consentimiento tiene que ser superado, de la misma manera que ha sido aceptado que puede existir un contrato sin negociación de cada una de las cláusulas y se reconoce ahora un poder de regular relaciones privadas unilateralmente sin dejar de constituirse un verdadero contrato. Si bien, esto ha dado lugar a un sistema diferente de protección en el que las leyes juegan con los conceptos jurídicos y los principios generales adquieren aún más fuerza, especialmente el de la buena fe.

Precisamente, es este sistema de protección diferente que da cabida al control de incorporación frente al error obstativo (sistema de vicios tradicional) como medio de subsanar la falta de consentimiento⁴⁵³ en los contratos con condiciones generales.

La teoría del error resulta insuficiente en un sistema que se fragua en el contexto de dos realidades dispares, que hace absolutamente necesario, que la carga de información contractual se agrave para la parte que dispone, y en el que la carga de la prueba se invierte en consecuencia con la forma del contrato de adhesión: mientras que el error en los contratos debe probarlo quien declara, la

⁴⁵² ALFARO se encuentra entre los críticos de más convicción.

⁴⁵³ Se ha llegado a cuestionar el sentido que tiene crear un supuesto de ineficacia contractual declarando la nulidad de una cláusula no cognoscible o no comprensible, al margen de las soluciones que ya ofrecía el derecho común: para el primer caso el error (obstativo), y para el segundo las reglas de interpretación, y por ello se considera desacertado el principio que encierra la configuración de un control de incorporación de condiciones generales, en este sentido,

carga probatoria de la incorporación de las condiciones generales recae sobre quien pretende hacerlas valer, con esto pretende la ley reforzar la exigencia de cognoscibilidad en un contexto que reconoce la naturaleza contractual de las mismas⁴⁵⁴. La situación del adherente lo excluye de la exigencia de probar el error, y por otra parte el error no puede operar en la contratación en masa por que ocasionaría una inminente inseguridad jurídica.

Cuando el error se encuentra en la interpretación de la condición general debido a una redacción incomprensible e imperceptible, susceptible de diversas interpretaciones y sentidos, o cuando pretenden oponérsele al adherente cláusulas no incluidas en el contrato que se firmó o en el documento que las contiene, o cuando una cláusula limitativa no fue firmada de forma específica; en estos casos concretos la mala fe del predisponente hace viable la no incorporación en cuanto a una falta de consentimiento por razones ajenas a la voluntad del adherente.

La diferencia estriba en la cognoscibilidad de las cláusulas, basta que las cláusulas sean incluidas en el contrato, transparentes, comprensibles y legibles de manera que no quepa una posible desinformación del adherente, para que queden incorporadas y sean vinculantes, sin perjuicio, claro está, de un posterior control del contenido para determinar si dicha cláusula incorporada correctamente es abusiva o no.

Esta cognoscibilidad no resulta satisfactoria en las cláusulas de condiciones generales que pueden resultar influyentes en la decisión de contratar, como las que refieren algún contenido económico (variación al alza por determinados factores de riesgo, empeoramiento de la contraprestación etc.) o las que pueden alterar el contenido del contrato del que razonablemente puede esperarse (exención de responsabilidad civil en un contrato de aparcamiento), estas últimas llamadas cláusulas sorprendentes.

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ, “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación” *ADC*, 2001.

⁴⁵⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios” *Ob. Cit.* p. 188, refiriéndose a las condiciones generales en la ley de consumidores y usuarios.

Es necesario hacer una especial llamada de atención sobre estas cláusulas que no solo permita al adherente poder conocer sino que efectivamente las conozca, en virtud de su derecho a recibir toda la información que sea relevante en su decisión de contratar. Mientras en las cláusulas de condiciones generales que no son relevantes para la decisión de contratar se exigen unas reglas de incorporación mínimas para garantizar la *cognoscibilidad*, la exigencia debería agravarse en los casos en que las cláusulas se tornan decisivas para efectuar el negocio hasta el punto de garantizar el *conocimiento*⁴⁵⁵.

La exigencia es lógica, existen ciertas cláusulas que sin ser incomprensibles, intransparentes ni sorprendentes provocan un efecto encubierto de precio y pueden resultar en cierto modo abusivas y de cuya información solo se exige la necesaria para prever la *posibilidad de conocimiento*, el problema es que estas cláusulas que superan sin lugar a dudas el control formal no pueden ser objeto de un control del contenido y por ende serán válidas, la ley no prevé esta exigencia y ha eliminado sin aparente razón la regla de las cláusulas sorprendentes que en principio sí regulaba.

La misma crisis se presentaba en Alemania con la AGB-G, la solución fue dada por el BGH al considerar que la exclusión planteada por la ley no se refiere a los acuerdos accesorios que sin definir directamente el objeto principal y su adecuación en el precio inciden en su cálculo o determinación⁴⁵⁶. Exigencia que, por demás, la ley general de condiciones generales no contempla⁴⁵⁷.

En cuanto a su ámbito de aplicación objetivo, el control de incorporación está dirigido a todas las condiciones generales, aquellas cláusulas destinadas a formar parte del contrato, predisuestas, impuestas por una de las partes y hechas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin importar si el adherente es consumidor o no.

⁴⁵⁵ PERTÍÑES VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* cit. pp. 36 ss.

⁴⁵⁶ Por todo, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* cit. p. 46.

⁴⁵⁷ Algunas leyes especiales, como la que regula los contratos de seguro, exige la firma particular de determinadas cláusulas, consideradas limitativas de derechos para el asegurado (Arto. 3 LCS).

También quedan sometidas a este régimen (y a los demás controles) las declaraciones de voluntad jurídicamente relevantes, aquellos negocios jurídicos, diversos del contrato *stricto sensu*, pero que igualmente se realizan sobre la base de cláusulas prerredactadas e inciden sobre el contrato mismo, como los estatutos reguladores de la propiedad horizontal, o los avisos al público en algunos establecimientos, por los que la clientela autoriza que sean registrados efectos personales etc. Este tipo de declaraciones que no constituyen ofertas en si mismas, quedan igualmente sometidas al régimen de las condiciones generales⁴⁵⁸.

Incluye este ámbito objetivo aquellas cláusulas contractuales que figuran en las condiciones particulares, pero que, con intenciones de escapar al control de la administración particular, o a las directrices que les imponen los reglamentos del sector específico, tales como las que obligan a respetar el exacto modelo de contrato y de condiciones generales en determinados casos, son a todas luces condiciones generales que han sido impuestas, predispuestas y no negociadas⁴⁵⁹.

El incumplimiento de los requisitos de incorporación trae aparejado una sanción de nulidad de las cláusulas contractuales, es el mismo régimen de ineficacia que para el supuesto de las cláusulas abusivas, y aunque la gravedad de uno u otro caso no es igual, lo que se sanciona con la no incorporación no es una cláusula defectuosa en sí misma, sino su imposibilidad de ser conocida y aceptada, así, puede ser una condición general que, aunque alterando un poco el sentido del contrato, no lesiona los derechos de los adherentes, pero no será vinculante por desconocida.

Esta sanción, además de ser consecuencia de una inobservancia a normas imperativas, solo puede responder a una concepción contractual de las condiciones generales, que no tendría sentido si en el ámbito jurídico fuesen consideradas de otra naturaleza⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ PAGADOR LÓPEZ, *Las condiciones generales de la contratación...* cit. p. 171.

⁴⁵⁹ Véase, SAP Burgos 01/09/98, refiriéndose al Reglamento General del Servicio Público de Combustibles aprobado por Decreto 26 de octubre de 1973 del Ministerio de Industria.

⁴⁶⁰ Sin perjuicio de las pertinentes reflexiones, que sobre la viabilidad de la nulidad de las cláusulas no incorporadas, hagamos en el apartado respectivo.

La operatividad del control de incorporación queda subordinada a criterios de aplicación general, destinados a cumplir un único objetivo: garantizar al adherente la posibilidad de conocer las condiciones generales, dichos criterios se encuentran divididos en dos grupos de normas, uno que comprende los requisitos de incorporación en sí mismos: la referencia expresa a las condiciones generales, la entrega de un ejemplar con su contenido, la firma del contrato que incluya la aceptación de estas, el anuncio en un lugar visible (contratos orales), el envío de justificación posterior (contratos electrónicos y telefónicos) etc., y otro, que podríamos llamar requisitos de redacción, referido a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez que deben cumplir las condiciones generales, y que también están expuestos en sentido negativo como los requisitos de *no* incorporación: ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

2. Supuestos contemplados por la Ley de Condiciones Generales

2.1. Contratación escrita

Pese a que, en principio el sistema jurídico español es por excelencia *consensualista* en materia de contratos, en algunos casos la forma escrita adquiere carácter de elemento esencial para su perfección; la contratación en masa no es ajena a la exigencia e incluso se advierte un renacimiento del formalismo que había sido abandonado por la codificación del derecho privado; de hecho, se puede considerar el contrato escrito, como el punto de partida de la configuración de las reglas de incorporación de las condiciones generales, pues parece que el legislador lo ha tomado como patrón de contrato para establecer dicha normativa⁴⁶¹, pese a que regula también los contratos no escritos y los que se forman mediante sistemas electrónicos.

En algunas normas sobre contratos con consumidores el formalismo cobra total importancia y se hace obligatorio a fin de garantizar la información, por una parte, y la prevención de sorpresas, por otra⁴⁶². Esta exigencia resulta justificable sobre todo en aquellos contratos que por su valía y su ejecución en el tiempo requieren un medio probatorio de la relación jurídica más allá de un albarán o una simple factura.

Generalmente se encuentran regulados por leyes especiales en las que, además, se establecen los contenidos mínimos de información en el documento contractual, así, los contratos de seguro, los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, los contratos de crédito al consumo y de venta a plazos de bienes muebles, los contratos de viajes combinados y los contratos de tiempo compartido (La forma como requisito *ad solemnitatem*).

⁴⁶¹ DURANY PICH, refiere que en este sentido, la ley enmienda errores del pasado, al distinguir, hasta cierto punto, diferentes modalidades de formación contractual, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* Ob. Cit. p. 281.

⁴⁶² En consecuencia, con el deber de información que pesa sobre los empresarios, y el correlativo derecho de los consumidores, a ser informados en la fase precontractual y en la fase posterior a la celebración del contrato, se ha intensificado el carácter formal de determinados contratos,

Junto a los contratos formales – exigidos por ley- se encuentran otros que, aunque ni la regulación general ni su regulación específica exigen esta formalidad, las necesidades del tráfico jurídico y la buena fe no permiten que se lleven a cabo de otra forma que no sea la escrita.

No son contratos que legalmente demanden este requisito pero el uso del mismo se encuentra justificado, en parte por la importancia económica de la transacción, en parte por la extensión de las condiciones generales y en parte por su ejecución prolongada en el tiempo⁴⁶³, junto a una extrema necesidad de poder demostrar los derechos que otorga dicha relación contractual y el cumplimiento de las exigencias de incorporación, para lo cual lo mas prudente y aconsejable es la forma escrita. Entre los casos más usuales se encuentran el contrato de compraventa de inmueble –además del requisito para efectos de su posterior inscripción en el Registro-, la compraventa de algunos muebles y las líneas de crédito (La forma como requisito *ad probationem*).

Estos contratos quedarán perfeccionados cualquiera que sea su forma, sin embargo sus condiciones generales solo quedarán incorporadas si el adherente posee un ejemplar de las mismas⁴⁶⁴. La causa está en que las condiciones generales que se refieren a contratos de gran envergadura económica y consecuencias jurídicas (transmisión de propiedad V. gr.), suelen regular con cierta minuciosidad y detalle la casi totalidad de la relación contractual trabada y prevén, en la medida de lo posible, las diversas contingencias que pueden afectar a su desarrollo⁴⁶⁵.

2.2. Contratos orales

Los contratos orales son los más comunes en el tráfico de los que celebran bajo condiciones generales, cuya incorporación dejó de ser prácticamente un problema después de la ley, en la anterior legislación no se preveía el caso

estableciendo la obligación de que consten por escrito. (DOMÍNGUEZ LUELMO, “Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, *RCDI*, 2000 p. 2332).

⁴⁶³ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 206.

⁴⁶⁴ I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 153.

⁴⁶⁵ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 418.

particular y por lo tanto las condiciones generales eran inoponibles. Se hacía palpable la necesaria regulación específica, en vista del contrasentido que podría resultar de la aplicación de normas de incorporación establecidas para contratos escritos, a contratos orales, cuyo resultado hubiera sido un despropósito en exigencias para el predisponente, en evidente desproporción con el contrato que se celebra.

Se caracterizan generalmente por ser contratos de escaso valor económico, cuya existencia suele darse en documentos probatorios (facturas, recibos), o títulos de legitimación que permitan exigir la obligación (billetes, entradas), cuyas condiciones generales se encuentran recogidas en catálogos, folletos de publicidad, avisos expuestos al público.

En estos casos las condiciones generales suelen ser más escasas y menos extensas, limitándose a contemplar algunas contingencias que además, se solucionan la mayoría de las veces, acudiendo a los usos que en el tráfico existan. Por ejemplo, Incrementos de precios por servicios adicionales, la inadmisión de devolución de artículos adquiridos en liquidación, la exclusión de determinadas formas de pago etc.⁴⁶⁶

Un inconveniente de este tipo de contratación es que las condiciones generales podrían no estar disponibles al momento de la contratación y por lo tanto no recogen el consentimiento contractual, por eso el legislador ha optado por exigir que el acceso razonable de las condiciones generales se de previamente o de manera simultánea a la celebración del contrato, de lo contrario se estaría ante la evidente falta de consentimiento que es precisamente lo que persigue el control de incorporación.

Dos exigencias se establecen para tal efecto, la primera que se incluyan en un lugar visible dentro del local donde se llevó a cabo el contrato, lo que encuentra sus inconvenientes cuando, para acceder al local es necesario haber aceptado el contrato, por ejemplo en los contratos de estacionamiento es usual que

⁴⁶⁶ *IDEM*, p. 118.

el adherente recoja el ticket antes de conocer cuales son las condiciones que ofrece el servidor, y no siempre tiene la posibilidad de arrepentirse sin tener que abonar una cuota. Lo correcto sería que el adherente tuviera un tiempo determinado para el arrepentimiento. En los contratos de servicio de transporte público sucede algo similar.

El contrato de estacionamiento ha sido uno de los casos que más ha suscitado dudas respecto a las correlativas obligaciones del tipo contractual de acuerdo a su naturaleza jurídica, específicamente en lo que respecta a las obligaciones del prestador de servicios a favor de quien lo recibe y paga por ello, en particular sobre las exoneraciones y limitaciones de su responsabilidad.

Para solventar cualquier duda al respecto, la Jurisprudencia ha llevado a cabo un proceso de diferenciación entre dos tipos contractuales el “garaje” y el “aparcamiento”, el primero conlleva un deber de custodia y cierto grado de responsabilidad por parte del prestador de servicios, que lo obliga a desplegar la debida diligencia en la custodia y conservación de la cosa, y en cuanto al segundo, un contrato de estacionamiento cuya única responsabilidad por parte del servidor es la de otorgar un espacio apropiado para aparcar⁴⁶⁷.

La exoneración de la responsabilidad en el contrato de garaje, implica una desvirtuación de su naturaleza por una parte, y por otra se hace de manera casi oculta en tanto que la exclusión de responsabilidad solo es conocida por el usuario una vez que ha aceptado el contrato, cuando ya ha introducido el vehículo, en el caso de encontrarse en los carteles, o ha pagado el precio, en el caso de encontrarse en el ticket⁴⁶⁸.

De la letra de la ley, se deduce la no oponibilidad de los carteles y anuncios al público, instalados en el interior de los locales de

⁴⁶⁷ Sentencias de Audiencia Provincial de Madrid del 14 de enero de 1991 (RJ 1991/445), 14 de abril de 1992 (AC 1992/570), y 27 de enero de 1995 (AC 1995/319)

⁴⁶⁸ SAP Barcelona 16/06/1992 (AC 1992/979)

estacionamiento cuando éstas, solo son accesibles una vez que, de alguna manera se ha aceptado el contrato, caso contrario se quebranta el principio de la cognoscibilidad como garantía del consentimiento. Estas condiciones generales no son incorporadas a la relación contractual, a la cual rige el régimen general de responsabilidad civil.

Puede que la exoneración de responsabilidad se encuentre debidamente incorporada y el adherente haya conocido previamente las condiciones que la establecen, pero su alcance quedará sujeto a un control del contenido que evidentemente no pasará, por su incompatibilidad con derechos básicos e irrenunciables del usuario, propios del contrato⁴⁶⁹.

La segunda de aquellas exigencias, establece que pueden ser incluidas en el documento probatorio o justificante de la relación contractual, que también encuentra inconvenientes -pese a que es una medida muy generalizada sino obligatoria la de entregar el justificante de la celebración del negocio- pues no siempre el tamaño de dicho documento es suficiente para contener las condiciones que conlleva la celebración del contrato, piénsese por ejemplo en el ticket del autobús o el boleto de entrada al cine en el que resulta un poco desorbitado incluir todas las normas de conducta que deben ser respetadas en las salas de exhibición y que llegan a considerarse condiciones generales que deben ser cumplidas so pena de resolver el contrato (expulsar a las personas que no las respetan de los centros de entretenimiento).

2.3. Contratación telefónica y electrónica

Los avances tecnológicos y los cambios jurídicos guardan sin lugar a dudas una estrechísima relación. El desarrollo de estas tecnologías, en particular del sector de las comunicaciones, junto a una extrema necesidad de celeridad del tráfico contractual han favorecido el reemplazo de las tradicionales formas de

⁴⁶⁹ PAGADOR LÓPEZ, “Incorporación de las condiciones generales al contrato” *CDC* No. 17, 1996, pp. 225 ss.; tal podría ser el caso de los rótulos “El local no se hace responsable de la pérdida de los vehículos” cuando se supone, que el usuario paga precisamente, para proteger su vehículo.

contratación por una mucho más rápida y no por ello menos segura (tanto o cuanto puede serlo la forma tradicional): la contratación a distancia. Y aunque la contratación electrónica conserva en esencia, los principios y postulados propios de cualquier otro tipo de contratación -buena fe y libertad contractual incluidas, el mecanismo por el cual se perfeccionan estos contratos ha llevado a establecer una regulación especial dentro de la ya específica normativa de los contratos con condiciones generales.

Las ventajas que supone para el consumidor este tipo de contratos a través de medios electrónicos o telefónicos, ha inducido a que cada vez sean mas los usuarios que accedan por esta vía a los bienes y servicios que deseen adquirir, respaldados por un ordenamiento jurídico que deberá tornarse mas exigente en la medida que desee equiparar la protección a la que se brinda en las formas tradicionales de contratación con presencia física de las partes.

Este adelanto sin duda, no solo favorece a los consumidores, representa, al mismo tiempo una ventaja para los empresarios, a quienes contar con una vitrina virtual en donde exhiban sus bienes y servicios supone un ahorro considerable de tiempo y dinero, al prescindir de los gastos de infraestructura, papeleo, personal de atención, y en fin el sinnúmero de etcéteras que representan los gastos de administración de una empresa.

Sin embargo la facilidad que supone la contratación a distancia tanto para empresarios como para consumidores, conlleva la inconveniencia, y hasta cierto punto un riesgo, de no conocer a ciencia cierta con quien se contrata y además un margen más amplio a los predisponentes para la inclusión de cláusulas que, abierta o engañosamente, resultan sin mas, abusivas.

2.3.1. La incorporación de Condiciones Generales al contrato electrónico

El análisis de los requisitos de incorporación en estos tipos contractual nos remite forzosamente a una normativa especial contenida en el Real Decreto

1906/1999⁴⁷⁰ que, junto con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista regula lo concerniente a las condiciones generales en los contratos a distancia.

Sobre este Real Decreto 1906/1999 versan algunos debates concernientes a la aplicación de sus preceptos sobre los contratos entre empresarios, puesto que si la norma desarrolla por el mismo es aparentemente no aplicable a estos contratos, lógicamente no lo será la normativa reguladora⁴⁷¹, además, el Texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios, por el cual se reforma –o deroga- el Real Decreto de 1999, así lo establece.

Se ha criticado esta norma por alterar en cierto modo las normas de derecho privado sobre formación y efectos de los contratos, es indiscutible que viene a llenar algunos vacíos dejados por la ley de condiciones generales, como es el hecho de haber equiparado –desafortunadamente- los contratos telefónicos y electrónicos, obviando el hecho de que, aunque ambos son contratos que se formalizan sin la presencia física simultánea de las partes, su perfección responde a formas distintas, con lo cual las exigencias de inclusión de sus cláusulas ameritan un tratamiento diferenciado.

Ahí se han establecido dos reglas básicas para dar por cumplido el requisito de incorporación en estos casos, aunque en principio son aplicables las

⁴⁷⁰ Derogado tácitamente por el artículo 80.1.b del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios, en cuanto el Real Decreto de 2007 obliga al predisponente a enviar justificación escrita de la contratación realizada, *salvo oposición expresa del consumidor* lo podrá hacer en cualquier soporte de naturaleza duradera; en el Decreto de 1999 en cambio dice que a propuesta del predisponente se podrá justificación de la contratación en cualquier soporte de naturaleza duradera. Arto. 80.1.b Texto Refundido “en los casos de contratación telefónica o electrónica con condiciones generales será necesario que conste, en los términos que reglamentariamente se establezcan, la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor y usuario justificación de la contratación efectuada por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada, donde constarán todos los términos de la misma. La carga de la prueba del cumplimiento de esta obligación corresponde al predisponente”.

⁴⁷¹ De esta opinión, ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 278. El autor basa su teoría en que las normas que han servido de fuente de inspiración del Real Decreto, La Directiva 97/7 de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE No. L144 de 4 de junio de 1997) y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984; son ambas relativas a contratos exclusivamente con consumidores.

reglas generales que se establecen para todos los contratos, salvo que alguna de ellas no pueda ser usada por la forma de perfección del contrato.

Estas reglas particulares de la contratación a distancia son: a) que conste la aceptación *sin necesidad de firma convencional* b) que las condiciones generales se encuentren disponibles al menos tres días antes de la celebración del contrato y c) que se envíe inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada; parece sin embargo que cada una de ellas responde a exigencias propias de cada una de las formas de contratación⁴⁷².

En la contratación telefónica no tiene sentido sustituir la firma convencional por otra, pues el consentimiento no se expresa mediante firma, se constituye y perfecciona oralmente y para estos efectos puede considerarse como contrato entre presentes⁴⁷³, sin requerimiento de firma ni documento que lo justifique, la aceptación del contrato que se exterioriza oralmente, incluye a su vez la aceptación de sus condiciones que se presume por la inexistencia de renuncia expresa de las mismas⁴⁷⁴.

En cuanto al cumplimiento del requisito de disponibilidad de las condiciones con tres días de antelación, resulta poco operativo que se garantice mediante llamada telefónica del oferente reproduciendo oralmente todas y cada una de las condiciones generales, por lo que puede darse por satisfecho y garantizado el conocimiento, con la inclusión de las mismas en el documento en el cual se haya hecho la oferta de contratación telefónica, a menos que esto no sea posible, aún queda la opción de que el oferente proponga no celebrar el contrato hasta tanto el adherente no tenga acceso a las condiciones generales⁴⁷⁵.

⁴⁷² En opinión de SALVADOR DURANY PICH, la necesidad de que conste la aceptación sin necesidad de firma convencional aplica para los contratos electrónicos, y la exigencia de entrega de justificante aplica para los contratos telefónicos en los que la única constancia de la celebración puede ser una posible grabación fonética, opinión que merece nuestro parecer conforme. (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 299 inf.).

⁴⁷³ I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 173.

⁴⁷⁴ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 429.

⁴⁷⁵ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de Adhesión y la contratación electrónica” ob. Cit. p. 1610.

Posteriormente, como requisito, no de perfección sino probatorio, se exige la entrega de un documento justificativo pero que no requiere firma para ser válido. En cuanto a la oportunidad real de conocer las condiciones generales – léase previa o simultánea a la celebración del contrato⁴⁷⁶ - existen dificultades de carácter práctico que hacen grotesca esta exigencia, por la incompatibilidad entre el medio de celebración del contrato y la información simultánea y completa de las condiciones.

La solución la ha dado la práctica social respaldada por una interpretación teleológica –o quizás al margen por que presenta un vacío- de la ley y se asume que cuando las partes ofrecen previniendo la existencia de las condiciones generales y aceptan respectivamente, se da por satisfecha la información previa con la obligación postcontractual del predisponente de enviar la justificación del contrato con todos sus términos⁴⁷⁷.

La información previa completa de las condiciones no parece posible, no obstante, debe respetar ciertos mínimos de veracidad y eficacia que aunque consten en las condiciones generales son relevantes para la decisión de contratar, como el precio, formas de pago, plazos de entrega, cualidades de la cosa, promociones aplicables etc.

En los contratos electrónicos, en cambio, el contrato sigue estando documentado, sino en soporte papel, en un soporte cifrado electrónico de almacenamiento de datos, llamado mensaje de datos, que debe ser por el adherente a fin de que las condiciones generales sean incorporadas.

⁴⁷⁶ Resulta desafortunado el plazo de 3 días de antelación que establece el Decreto para proporcionar la información, nuestra interpretación no es tan radical y pensamos que basta que la posibilidad de conocer se dé al momento de contratar para efectos de incorporar las condiciones al contrato, ya que ni la Ley de Condiciones Generales ni la Directiva Comunitaria han previsto este plazo, salvo, claro está, que se trate de información sobre cláusulas que resultarían relevantes en la decisión de contratar.

⁴⁷⁷ DURANY PICH, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 315, quien atendiendo a una solución planteada por la doctrina alemana, nos parece sugerir que ésta, es la opción más viable para enfrentarse al problema que presenta la previa información de las condiciones generales a los adherentes.

El cumplimiento de los requisitos de incorporación de condiciones generales no supone de entrada ninguna dificultad, el aviso expreso se da previo a la perfección del contrato, advirtiendo al consumidor o usuario sobre la existencia de condiciones generales que constan en la misma página digital, “el predisponente deberá facilitar al adherente (...) información sobre todas y cada una de las cláusulas del contrato y remitirle (...) el texto completo de las condiciones generales”, por escrito o en soporte duradero, a través de un medio adecuado respecto a la técnica de comunicación empleada, con lo que recoge el principio de equivalencia funcional, entre el documento escrito en soporte papel, exigido por algunas normas especiales, y el documento electrónico⁴⁷⁸, y a su vez se le obliga en un link diferente al de la aceptación del contrato, a dar un expreso consentimiento sobre las mismas, además del clic que habrá de dar para la aceptación del contrato.

Esto pretende dar por cumplido el requisito de la firma que sustituye la forma convencional⁴⁷⁹ y el de la aceptación expresa; y por último, mientras la información digital se pueda almacenar, reproducir e imprimir por el adherente, se da por satisfecha la entrega posterior del ejemplar⁴⁸⁰.

El predisponente deberá enviar además en dicha información previa, los distintos soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación del contrato, es decir se permite el envío electrónico de la oferta del contrato y las condiciones generales.

⁴⁷⁸ Siempre que, se trate de la firma electrónica avanzada de un prestador de servicios de certificación reconocido. (DOMÍNGUEZ LUELMO, “Contratación electrónica...” cit. p. 2333).

⁴⁷⁹ Aunque existe la firma electrónica avanzada, aquella que permite la identificación del signatario y ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, y cuyo valor jurídico es igual en juicio que el de la firma convencional, en los contratos electrónicos lo que se debe entender como firma y que probará la aceptación del adherente es la suma de todos los datos que verifiquen la identidad del mismo, Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de noviembre de 1997 “*El requisito de la firma autógrafa puede ser sustituido por el lado de la criptograma por medio de cifras, signos, códigos, barras, clave y otros atributos alfanuméricos que permitan asegurar la procedencia y veracidad de su autoría y la autenticidad de su contenido...*”. Y por lo tanto no puede entenderse que la inexistencia de la firma electrónica avanzada en un contrato con condiciones generales, conlleve la no incorporación de las mismas; así, J. JUSTE MENCÍA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002 p. 359; en sentido parecido, DOMÍNGUEZ LUELMO, “Contratación electrónica...” cit. p. 2336, respecto a la entidad probatoria de la firma electrónica no avanzada.

⁴⁸⁰ *Idem*, p. 312.

Una vez celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar justificante escrito de la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma, incluyendo las condiciones generales, y el adherente podrá elegir entre las diversas opciones que el predisponente pondrá a su disposición, el medio que prefiera para justificar el contrato efectuado. Se enviará en principio justificación escrita, salvo oposición expresa del consumidor o usuario.

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta normativa, y por consiguiente a la incorporación y envío de las condiciones generales de la manera planteada en el Decreto de 1999, los contratos de servicios financieros, bancarios y de seguros, los que se encuentran sometidos a la normativa contenida en la Ley 22/2007 de 11 de julio, de comercialización a distancia de servicios financieros⁴⁸¹.

En este caso, el predisponente tiene un deber de información y comunicación previa de las condiciones generales, y deberá hacérselas conocer al consumidor antes de que éste asuma las obligaciones respectivas al contrato.

También se excluye de la obligación del envío de justificación escrita de la relación contractual, aquellos contratos de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación.

En cuanto al derecho de desestimiento que recae sobre los contratos electrónicos y telefónicos, y no por que la Ley de Condiciones Generales hubiera previsto tal derecho ante el incumplimiento de los requisitos de incorporación, las consecuencias podrían seguir siendo las mismas: tener que demostrarse la nulidad de la cláusula bajo los efectos de la no incorporación; de no ser por que estos contratos como contratos a distancia que son, entran en al ámbito de aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que si prevé este derecho.

El fundamento por tanto, no es si el predisponente incorporó las cláusulas al contrato o no, el desistimiento se justifica más bien en una necesidad de

⁴⁸¹ BOE 166 de 12 de julio de 2007

apreciar personalmente las características y utilidades del producto adquirido y no basar la decisión únicamente en la información recibida⁴⁸². Sin embargo, no sobra decir que este mecanismo abre otra puerta a la no incorporación de las condiciones generales por un defecto de información.

2.3.2. La incorporación por referencia o remisión de las condiciones generales

En los contratos electrónicos ha de entenderse como referencia, la indicación del sitio donde se puede encontrar la información relativa a las condiciones generales, así como el libre acceso al mismo⁴⁸³, y para que pueda darse la aceptación deberá haberse conocido dicha información, por lo que antes de dar el “sí quiero”, el consumidor o usuario deberá afirmar que ha leído y conocido las condiciones generales puestas en su conocimiento marcando de alguna forma, sin la cual no se podrá proceder con la culminación del contrato.

En los casos en que los contratos no deban formalizarse por escrito, bastará que el predisponente garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer la existencia y el contenido de las condiciones generales en el momento de la celebración, podría por citarse un ejemplo, ser aceptable la remisión a un sitio web como información de la existencia de las condiciones generales.

⁴⁸² I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...*cit. p 168

⁴⁸³ ILLESCAS ORTÍZ, *Derecho de la Contratación electrónica*, Ob. Cit. P. 164

3. Requisitos de incorporación

3.1. El deber de información previa

El deber de información se establece de forma general en el artículo 13 de la ley de defensa de consumidores y usuarios y se consagra como requisito de incorporación en el artículo 5 de la ley de condiciones generales.

Por las condiciones propias del contrato no negociado, resulta un deber de ineludible cumplimiento en todos los contratos de esta categoría en cuanto está destinado a paliar el desequilibrio existente entre productor y consumidor, entre predisponente y adherente, entre el experto y el profano⁴⁸⁴.

En el derecho tradicional de contratos, el deber de información parece cumplirse satisfaciendo los requisitos sobre el “qué” debe decirse, esto es el contenido del contrato, las reglas por las cuales queda configurado, el resto entra en el juego de la libre voluntad contractual en un sistema en el que las partes, en igualdad de condiciones, valoran determinadas circunstancias que aprueban o rechazan, y como herramienta para contrarrestar la falta de conocimiento, el sistema de los vicios dispone de la teoría del error.

En el derecho de las condiciones generales en cambio, no basta que la ley imponga deberes de información en cuanto al “qué”, por que la regulación contractual no se configura mediante un establecimiento recíproco del contenido contractual, la ley no puede limitarse a regular el “qué”, al margen de disposiciones sobre el cómo y el cuando, ante la imperiosa necesidad de salvaguardar el derecho de información del adherente, y como correlación al derecho que tiene el predisponente de imponer las condiciones generales, se le exige que esta predisposición respete un elevado deber de transparencia, y todo lo que ello representa,⁴⁸⁵ justificada por esa falta de negociación.

⁴⁸⁴ ALTERINI ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", en L. L., tº 1989-E, p. 847; en el mismo sentido PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* cit. p. 32.

⁴⁸⁵ En este mismo sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 186, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto...* cit. p. 30.

Estos son los requisitos de incorporación en sí mismos, cuyo aparatoso sistema de operación, se urde precisamente por este deber de informar, en aras de permitir la libre elección a los adherentes. Pero, la Ley no ha llegado al punto necesario para que entre de lleno la autonomía de la voluntad a jugar el papel que le pueda permitir el contrato de adhesión, y es que si para poder elegir libremente hay que conocer previamente a la celebración del contrato, esto no ha sido previsto en la norma y la información *previa* se convierte mas en una exigencia de la buena fe que de los requisitos de incorporación; pues, y siguiendo la literalidad de la norma, además de que solo se exige la información de la “existencia” de las condiciones generales –no de su contenido- esta no tiene que ser previa a la celebración del contrato, el requisito temporal tiene como límite último el momento de perfección⁴⁸⁶.

El problema se presenta cuando las condiciones generales contienen cláusulas decisivas para llevar a cabo el contrato, de las cuales es necesario tener un conocimiento con suficiente antelación que permita al adherente comparar con otras ofertas y elegir aquella que convenga más, según sus intereses.

En este sentido la información previa hace que juegue de lleno la autonomía de la voluntad respecto a aquellas cláusulas de contenido decisivo para contratar⁴⁸⁷ o aquellas que de no ser informadas resultarían abusivas, de tal forma que la última decisión de contratar sólo la tenga el adherente sin presiones de ningún tipo; de esto se concluye que la información previa encierra indiscutiblemente elementos que no forman parte de la oferta contractual.

Al respecto, algunas normas especiales exigen para los casos concretos en ellas regulados cierta información que deberá estar al alcance de los contratantes previo a la celebración del contrato. En la contratación electrónica y telefónica por ejemplo, la ley exige al menos tres días de antelación para que el predisponente facilite al consumidor la información y el texto completo de las condiciones

⁴⁸⁶ Esta exigencia de previa información sin embargo, si estaba contenida en los Anteproyectos de 1983 y 1987, GONZÁLEZ PACANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales* cit. p. 155, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales...* cit. p. 220.

generales que incluye, desafortunadamente en este caso no se hace la distinción entre las cláusulas decisivas y las irrelevantes, y esto debe entenderse como una puesta a disposición al público en general, lo que puede hacerse a través de la inclusión de las condiciones generales en un link fácilmente accesible del sitio web del oferente⁴⁸⁸.

Así mismo, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, en lo que respecta a las ventas a distancia, establece como información previa algunos datos que el oferente debe dar al consumidor, como la forma de pago y modalidades de entrega, el plazo de validez de la oferta y en todo caso la onerosidad de la utilización del medio electrónico; información que deberá ser completada con otros datos al momento de perfeccionar el contrato.

Otras normas, como el Real Decreto 2485/1998 del 13 de noviembre de 1998, que desarrolla el artículo 62 de esta Ley, sobre los contratos de franquicia, presenta una lista, quizás no exhaustiva, de las condiciones del contrato que deben informarse con veinte días de antelación, dentro de las cuales pueden encontrarse algunas de carácter general como el derecho de resolución, la renovación contractual, los pactos de exclusividad y las limitaciones a la libre disponibilidad del negocio.

La Ley 21/1995 de viajes combinados, por su parte, establece que “el consumidor será informado con anticipación a la celebración del contrato, del contenido de las cláusulas contractuales...” (Arto. 4.2). La Ley de venta a plazos de bienes muebles exige unos mínimos de información cuya omisión se encuentra penada en la misma ley (Artos. 6 y 8).

Además de las diferentes normas especiales, existen algunas iniciativas privadas que se han sumado a este particular interés por la calidad de la información precontractual y que siguen la línea de la recomendación de la Unión Europea -Bruselas 1 de marzo de 2001- relativa a la elaboración de un código de

⁴⁸⁷ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto...* cit. p. 41.

⁴⁸⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica” Ob. Cit. p. 1609

conducta voluntario sobre la información pre contractual que deben proporcionar a los consumidores las entidades de crédito que ofrecen préstamos a la vivienda⁴⁸⁹.

Esta recomendación propone, entre otras cosas, la armonización de la información que debe suministrarse previo al contrato con la antelación necesaria para realizar un análisis de las ventajas y desventajas que ellas conllevan, armonización entre la información personalizada y la general; así como la utilización de una “Hoja Europea de información” uniforme con los contenidos mínimos de la información.

El deber de información previa no debe confundirse con la publicidad, si bien, en un contexto donde ha desaparecido la negociación individual, la publicidad, se convierte junto con la plasmación documental en la principal fuente de información sobre el contenido del contrato⁴⁹⁰, no debe entenderse que aquella satisface los objetivos de la información precontractual.

Si bien la publicidad tiene la obligación de respetar los principios de veracidad y transparencia y ha adquirido notoria importancia como canal de información al consumidor⁴⁹¹, esta no suele ser del todo completa y a veces resulta incluso subjetiva, es opcional y va dirigida a todo el público, mientras que, la información precontractual debe ser objetiva, obligatoria y dirigida a los potenciales consumidores de determinados bienes o servicios.

Por otra parte la información debe ser un deber ejercitado con prudencia jurídica, tan contraproducente puede ser la falta de información precontractual como el exceso de la misma. En el primer caso las consecuencias son diversas, y a la postre termina por afectar tanto al predisponente, como podría afectar al adherente, por ejemplo, en el caso del comercio a distancia la LOCM dispone un deber de información previa sobre los gastos de envío, si no se avisa con

⁴⁸⁹ La Asociación Hipotecaria Española, conformada por casi el 80 por 100 de las entidades que ofrecen servicios de crédito a la vivienda, adoptó en marzo de 2001, mediante un acuerdo suscrito por las asociaciones de consumidores europeas, estas recomendaciones.

⁴⁹⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ citando a D`AMICO, en *Las cláusulas abusivas por un defecto...* cit. p. 30.

anterioridad a la perfección del contrato que estos correrán por cuenta del adherente, se entenderá esta omisión como que corren por cuenta del vendedor y este, aunque no lo previó deberá asumir el precio del transporte (arto. 40). En el segundo caso, el consumidor viendo el contrato ceñido de tanta letra pequeña termina no entendiendo lo que dice, y desistiendo quizás, de contratar.

La información previa debe ser respetada por el predisponente en todos los extremos, y en algunos casos se podría justificar el cambio cuando no resulte perjudicial para el adherente que suscribió el contrato. En este particular aspecto juega un importante papel el de la publicidad, cuando se dice lo que se ofrece y al momento de contratar se cambian las reglas.

Suele pasar mucho con los contratos electrónicos en los que se ofrece determinado bien o servicio con determinadas especificaciones, se efectúa el contrato y al momento de la entrega se cambia por otro, retomamos el caso del alquiler de vehículo en el que se pacta vía electrónica un coche diesel, y se entrega uno gasolina, el problema aquí no es tanto el cambio de las especificaciones del coche como la inercia a la que se ve sometido el adherente por que las condiciones generales facultaban a la empresa prestadora del servicio a entregar una cosa por otra.

Al margen de lo que pudiera entenderse como una actuación contraria a la buena fe contractual, es evidente que las calidades de la cosa constituyen elemento esencial del contrato que, primero, no pueden ser incluidas dentro de las condiciones generales y luego, no pueden ser modificadas sin previo aviso al adherente y sin la aceptación respectiva de esa modificación.

3.1.1. Información –referencia- expresa y reenvío

Mediante este requisito el legislador pretende que el adherente quede informado sobre la existencia y el contenido de las condiciones por las cuales será regulado su contrato. Un juicio a priori de la exigencia de referencia expresa,

⁴⁹¹ N. ÁLVAREZ LATA, *Reclamaciones de consumo*, José Manuel Busto Lago (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2005, p. 165.

parece indicar que la ley prevé que la información sea únicamente sobre la *existencia* de las condiciones generales⁴⁹², y con esto el deber de informar sobre su *contenido*: “*Este contrato se rige por los términos y condiciones establecidos por la empresa*”), se transforma en un deber mucho menos exigente traducido en la *cognoscibilidad* de las condiciones generales que a su vez se cumple con la referencia expresa sobre su *existencia* y la entrega de un ejemplar o la remisión al sitio donde se encuentra el *contenido*.

Este deber de información sobre la existencia no puede sin embargo, interpretarse simple y llanamente al margen de la información debida sobre otros extremos como el de su ubicación: “*Este contrato se rige por los términos y condiciones establecidos por la empresa que figuran en el folleto que le ha sido facilitado*”, como veremos es preciso indicar donde están contenidas para que la cláusula que remite a su existencia tenga validez.

Es una obligación del predisponente a fin de conciliar la información con la práctica de despejar el cuerpo del contrato de aquellas cláusulas que no son esenciales, para facilitarle el trabajo al adherente en cuanto se le pone a primera vista solo aquellas que puede negociar. Esta obligación asimila diferentes modalidades en dependencia del contrato en el que se pretenden incorporar las condiciones, pero en todas respetando siempre los principios en cuyo defecto no sería válido: expreso, visible y a un sitio o documento concreto, documento que estará disponible al adherente⁴⁹³. La misma legislación, en la distinción que hace de los contratos se encarga de establecer el régimen particular según la forma del contrato.

En la contratación escrita se contemplan dos supuestos; por una parte si las condiciones generales están contenidas en el mismo documento antes de la firma, lo que resulta suficiente para su oponibilidad, tanto la referencia expresa como la entrega del ejemplar se dan por cumplidos, so pena del posterior control de incorporación sobre las cuestiones de redacción, comprensión y legibilidad.

⁴⁹² Algún autor ha entendido que la exigencia de la ley debe interpretarse inclusive del contenido y alcance de las condiciones generales y no sólo de su existencia, FELIÚ REY, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 56.

El otro supuesto puede asumir dos modalidades diversas: una conteniendo las condiciones generales en el mismo documento pero al reverso, aquí no basta la simple reproducción de las mismas así sea el mismo documento contractual, por entenderse que no se ha dado la posibilidad de conocimiento que exige la ley, por lo tanto habrá que hacerse una referencia expresa antes de la firma⁴⁹⁴ y la indicación de que las condiciones se encuentran en el dorso, so pena de la no incorporación.

La otra forma, que resulta a veces la más común cuando se trata de contratos muy generalizados y de mayor cuantía, como el contrato de seguro, compraventa de viviendas, créditos, etc., es que las condiciones generales no estén contenidas directamente en el contrato, sino que su ubicación es referida en el mismo para luego el predisponente hacer entrega del documento que las contiene.

La referencia directa precisa además de informar sobre la existencia -“el contrato se rige por condiciones generales que quedarán incorporadas al contrato...”- que se informe sobre el lugar donde se encuentran -“... las cuales están contenidas en el documento que se adjunta...”o “las cuales están contenidas en el reverso del presente documento...” y que quede constancia de haber sido aceptadas por el adherente a fin de que entren a regular la relación contractual -“...acepto todas las condiciones...”⁴⁹⁵-, por ello se exige que la firma figure después de la referencia a las condiciones generales.

⁴⁹³ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 222.

⁴⁹⁴ DURANY PICH, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 287. En efecto, puede verse reiterada jurisprudencia: Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares 14/07/1994 (AC 1994/1291), admite la incorporación de un cláusula no firmada contenida en el reverso de un documento contractual pero referida en el anverso con la formulación siguiente “los abajo firmantes conocen y aceptan el contenido de las condiciones generales y particulares que figuran al dorso de este documento...” Caso contrario la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara 22/10/1996 (AC 1996/1872), declara la nulidad de una obligación cambiaria asumida en un pagaré por ausencia absoluta de referencia a dicha cláusula en el anverso del documento, aún y cuando esta figura en el reverso.

⁴⁹⁵ Práctica que ya había sido admitida por la Jurisprudencia con anterioridad a la ley, así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1948 (RJ 1948/1541), 09/12/1971, 1 de octubre de 1977 (RJ 1977/3634) y 14 de noviembre de 1984 (1994/5550) aceptan la validez de una cláusula de sumisión expresa que se encuentra al dorso del documento, por estar referida antes de la firma, Cfr. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 154. Más recientemente la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 (235218/2008), admite cumplido el requisito de información de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado que excluye de cobertura los accidentes producidos en situación de

Sobre si la referencia debe ser escrita o verbal nada dice la ley, y a simple vista, parece no exigir una constancia de la aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato, sin embargo, auxiliados por la LCU, por la doctrina y haciendo una interpretación teleológica del conjunto de preceptos, se trasluce que sí se exige esa referencia escrita en los contratos escritos, en cuanto *“no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación... cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente...”* para efectos de prueba y que no quede duda sobre la existencia de condiciones generales⁴⁹⁶.

En la práctica, la referencia se materializa en una cláusula de aceptación o conformidad en la que el adherente además de aceptar con su firma el contrato, queda advertido de la existencia de las condiciones generales, así por ejemplo la cláusula que estipula que *la firma de este contrato supone la aceptación de las condiciones generales, o he leído y acepto las condiciones generales contenidas en este contrato.*

No serán válidas las cláusulas referidas en el contrato pero que no consten en el documento anexo, por ejemplo una cláusula en el documento de un contrato de tracto sucesivo que estipule que “los cargos están sujetos a una revisión final”, pero en las condiciones generales nada dice de las circunstancias que ameritan que los cargos estén sujetos a revisión. Dicha cláusula no quedará incorporada por falta de claridad, por desinformación al adherente sobre las circunstancias y además es abusiva por dejar al arbitrio de una de las partes una revaluación del precio pactado.

Por su parte, cuando las condiciones generales se encuentran en documentos de oferta que son disponibles al adherente previo a la perfección del

embriaguez habitual, por que el tomador firmó las condiciones particulares en las que se hace una referencia expresa al documento de cláusulas limitativas y en él aparece la exclusión destacada en negrita. Sin embargo, en este caso el Tribunal no aplica la cláusula ya que considera que el asegurado no se hallaba en estado de embriaguez habitual sino que solo superaba la tasa normal de alcoholemia.

⁴⁹⁶ Idem, p. 154, en sentido contrario opina DURANY PICH, para quien el silencio de la ley al respecto abre la puerta a las dos posibilidades, a pesar de los problemas de prueba que puedan presentarse, sin embargo mantiene su posición a favor de la referencia escrita en el documento contractual, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 289.

contrato, sigue siendo necesaria la referencia expresa dentro del contrato antes de la firma⁴⁹⁷ si lo que se persigue es no dejar dudas acerca de la existencia de condiciones generales, cuales son dichas condiciones y donde se encuentran.

Un caso que suele encontrarse en la práctica con relativa frecuencia, es el de la referencia contenida dentro de las mismas condiciones generales a normas o condiciones generales que no son facilitadas al adherente y que pretenden ser incorporadas por el predisponente obviando el deber de suministrarlas, puede ser esta una normativa interna que regula las relaciones contractuales de la empresa, puede ser también normativa administrativa que regula determinado sector de servicios o normativa gubernamental, avisos generales, costumbres, boletines etc.⁴⁹⁸.

Este reenvío supone entregar además de las condiciones generales un ejemplar del reglamento o normativa que se cita si lo que se quiere verdaderamente es que dichas cláusulas causen efectos, o la incorporación de las normas concretas que de ahí se importan al documento que contiene las condiciones generales.

Piénsese por ejemplo en un contrato de alquiler de coche, en el que además se pacta un seguro personal regido por los términos y condiciones, descritos en una póliza principal, suscrita entre la compañía de alquiler de coches y la compañía aseguradora, que no es accesible al arrendatario del vehículo, una condición general del contrato de alquiler estipula que la suscripción del seguro personal implica la aceptación de los términos y condiciones de dicha póliza,

⁴⁹⁷ DURANY PICH, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 287.

⁴⁹⁸ En la jurisprudencia anterior a la Ley de Condiciones Generales suelen encontrarse argumentos contradictorios, ahora con la ley en vigencia suponemos, los Tribunales no tendrán dudas; Así la SAP Madrid 11/07/1995, rechaza la incorporación de una cláusula que reenvía desde un reglamento que funciona como condicionado general a una “normativa aprobada por la delegación de gobierno” de la que solo menciona la ubicación sin transcribir el texto a fin de que este regule ciertos extremos del contrato, la Audiencia alega un perjuicio para el adherente en cuanto fue privado de conocer las condiciones bajo las cuales contrataba, la cognoscibilidad exigida no existió. En igual sentido la SAP Madrid, 27/04/1994 que declara la falta de entrega de todas las condiciones generales por remitir al adherente a la publicación de la guía de teléfonos sin ser esta entregada en el momento de celebración del contrato. En sentido contrario se admite la incorporación de una cláusula que remite a una escritura pública concreta y al notario autorizante, SAP Sevilla 17/06/1993.

evidentemente dichas condiciones no serán incorporadas al contrato por que nunca estuvieron accesibles al adherente.

Este deber de inclusión de los textos referidos en las condiciones generales no comprende a las normas legales que entran a regular la concreta relación jurídica, al margen de su disponibilidad al adherente al momento de contratar, primero por que se desprende del artículo 6.1 del Código Civil una presunción general de conocimiento del derecho por lo tanto es irrelevante su inclusión en el texto de las condiciones generales: es imperativa su aplicación en todo caso.

Por otra parte también significa que no solo las condiciones que el predisponente incluya son las que puede el adherente argüir a su favor sino todas las que en el marco de las legislaciones le son ofrecidas: el plazo de dos años de garantía que otorga la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, es irrenunciable, así no lo mencionen las condiciones generales o lo limiten, como suelen hacer algunos predisponentes reduciéndolo a un año; por tanto esté o no esté en el clausulado será un deber del predisponente.

Ahora bien, respecto al alcance de la referencia al derecho dispositivo y la correlativa entrega de su contenido, que parece no exigirse, a menos que en la misma referencia se haga alguna modificación que podría inducir a error; el control de incorporación de las condiciones generales exige que se incluya dicha normativa con su modificación o su limitación a fin de determinarle al cliente medio el alcance jurídico de la misma, así una cláusula que limita la responsabilidad del predisponente “según lo dispuesto en las leyes” (*Salvatorische Klauseln*) sin acotar dicha limitación, no será válida sino se expone con exactitud qué incluye tal responsabilidad y qué no; tampoco una cláusula que refiera que no será de aplicación tal o cual artículo de determinada ley, sin incluir el texto de dicho artículo, podrá formar parte del contenido contractual⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Así la doctrina, ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 220, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 439, DURANY PICH, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 291, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 191.

A esto hay que agregar que la referencia hecha dentro de las condiciones generales es en sí misma una cláusula general que está sujeta a un control de incorporación, por lo que debe ser clara, transparente, sin posibilidades de error, comprensible, expresa, anterior a la perfección del contrato etc., de lo contrario no quedará incorporada; y a un posterior control del contenido que podría declarar su nulidad por abusiva⁵⁰⁰.

En lo que respecta a la contratación oral, el deber de referencia expresa a las condiciones generales no aparece explícito en la ley, pero del criterio general se deduce también su aplicación, además, de la obligación que tiene el predisponente de garantizar al adherente la posibilidad de conocer su existencia y contenido, previamente o al momento de la celebración del contrato, las que se le “*avisan de cualquier forma*” obviamente dirigido a un texto concreto y accesible al momento.

La referencia puede ser oral -si bien la ley nada dice y tratándose de contratos orales es lógico que se admita esta posibilidad- pero el anuncio donde se encuentran las condiciones generales debe ser escrito. Lo mismo puede decirse sobre la referencia expresa en la contratación telefónica.

En lo que respecta a la contratación electrónica, recordemos que, a tal punto la Ley de condiciones generales se nos muestra incompleta y que por ello fue necesario desarrollar su régimen jurídico en un Reglamento aparte (RD 1906/1999), que junto con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y la Ley de Servicios de la Sociedad de Información y Comercio Electrónico, se aplican de manera concurrente según sea necesario. Es exigible en todo caso la referencia expresa que indique que el contrato se rige por condiciones generales las que están a disposición del adherente en tal parte y que serán incorporadas al contrato con la particularidad que esta debe ser hecha con antelación, tres días por lo menos que es el disparatado plazo que impone el Real Decreto para que las condiciones generales sean conocidas por el adherente.

⁵⁰⁰ DURANY PICH, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 288.

Cabe suponer que siendo viable la incorporación por referencia, esta será admisible siempre que sea a un texto accesible de forma inmediata, puesto a disposición por el mismo servidor, y que pueda ser almacenada y reproducida por el adherente. Por lo demás se aplican los criterios expuestos anteriormente para la contratación escrita.

La referencia expresa ha sido criticada en algunos sectores, y de hecho el MCR en su artículo II 9:103 (3) priva de valor a las cláusulas de referencia que antepuestas a la firma del documento contractual, contienen una mera remisión a las condiciones generales que el consumidor declara conocer y aceptar, puesto que se trata de cláusulas que el consumidor no ha tenido oportunidad real de conocer antes de la celebración del contrato⁵⁰¹.

Pero la obligación de referencia y el requisito de cognoscibilidad de las condiciones generales no solo exige el conocimiento sino la puesta a disposición del documento que contenga dichas condiciones, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, lo contrario implica la ineficacia de dichas cláusulas, como sería el caso de condiciones generales contenidas en el estatuto constitutivo de una comunidad de propietarios o en la escritura pública de un acto anterior⁵⁰².

3.2. La entrega de un ejemplar

Todas las condiciones generales que pretendan ser incorporadas al contrato deben ser susceptibles de ser conocidas por el adherente, precepto este que parece encerrar la quintaesencia del control de incorporación. Para ello, en muchos de los contratos en masa no es suficiente con darlas a conocer al adherente, a veces se requiere además que éste las tenga a su alcance durante la vida del contrato, sobre todo cuando se tratan de contratos de tracto sucesivo o de ejecución duradera en el tiempo; para esto se exige la entrega del documento que contiene las condiciones generales.

⁵⁰¹ CARBALLO FIDALGO, "Las cláusulas contractuales no negociadas..." Ob. cit. p. 12

⁵⁰² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 699.

Esta exigencia, adaptada a las circunstancias de celebración del contrato, se torna flexible, y se debe interpretar considerando sus particularidades⁵⁰³, que además, tiene relación con la cuantía de la prestación.

En los contratos orales por ejemplo, el requisito de entrega física de las condiciones generales se convierte en un deber de anunciarlas en un lugar visible dentro del establecimiento en el que se celebra el negocio; en los contratos electrónicos o telefónicos, regulados específicamente por el Real Decreto 1906/1999⁵⁰⁴, se exige que las condiciones generales se encuentren accesibles, en soporte duradero y adecuado al medio de comunicación empleado que permita al adherente conservar la información, con por lo menos 3 días de antelación a la celebración del contrato, exigiendo además el envío posterior del justificante de la celebración del contrato conteniendo todos los términos y condiciones generales⁵⁰⁵.

En los contratos formalizados por escrito, la referencia expresa -que ya vimos es un requisito cuando el condicionado general no está en el contenido del contrato- se complementa con la entrega del ejemplar que las contiene, si bien, en la mayoría de los contratos, la entrega del documento contractual no es un requisito para la validez de los mismos, sí lo es la entrega de las condiciones generales para efectos de su incorporación al contrato⁵⁰⁶, sobre todo cuando de lo que se trata es de garantizar la *cognoscibilidad*, y que durante la vida del contrato el adherente pueda tener acceso a las condiciones generales sin que estas sean alteradas discrecionalmente por el predisponente⁵⁰⁷.

⁵⁰³ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 422.

⁵⁰⁴ En concreto, los artículos 2 “*El deber de información previa*” y 3 “*Confirmación documental de la contratación efectuada*”.

⁵⁰⁵ Este envío posterior no constituye un requisito de incorporación en sí mismo, y por lo tanto su incumplimiento no debe ser obstáculo a la oponibilidad de las cláusulas, así, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 178, DURANY PICH, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 312.

⁵⁰⁶ En este sentido, ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 218; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 434 ss., quien no duda que la referencia expresa es considerada por la Ley como el instrumento técnico a través del cual se manifiesta la conformidad del adherente con la incorporación de las condiciones, y que, en defecto de inserción de éstas en el documento contractual, la incorporación *per relationem* debe concretarse con la entrega, previa o simultáneamente a la celebración del contrato, de un ejemplar de las mismas.

⁵⁰⁷ BERCOVITZ, *Estudios Jurídicos sobre protección a los consumidores*, cit. p. 193, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 155; La sentencia ya citada: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de julio de 1995 (AC 1995/1317), no

Para esto, no resulta suficiente que el contenido de las mismas se encuentre en la oferta, los catálogos o listas de precios a los que el adherente tuvo acceso previa o simultáneamente a la celebración del contrato, a menos que sean entregados de manera específica como condicionado general. Tampoco resulta suficiente la remisión al local comercial donde se encuentran expuestas las condiciones, es decir no se considera cumplido el requisito con la mera puesta a disposición del adherente, las condiciones generales que consten en un documento al que el mismo no pueda acceder al momento de celebración del contrato⁵⁰⁸.

Muchas leyes especiales exigen de manera imperativa, la entrega del ejemplar de las condiciones generales, previendo que los contratos objetos de su regulación garanticen esta medida. En la Ley de Contratos de Seguro, por ejemplo, se exige que las condiciones generales se incluyan en la póliza de seguro, si la hay, o en su defecto que sean incluidas en un documento complementario, que además de ser entregado al adherente debe ser suscrito.

La Ley sobre aprovechamiento por turnos de bienes muebles de uso turístico, exige que se entregue como anexo inseparable del contrato, un ejemplar de las condiciones generales que serán suscritas particularmente por el adherente (Arto. 9.2); en este mismo sentido la ley de crédito al consumo, que exige la forma escrita so pena de nulidad del contrato además de la entrega de un ejemplar debidamente firmado a cada una de las partes con la información exigida por la misma ley (Arto. 6.1), lo que incluye los términos generales.

3.3. La aceptación y firma

La exigencia de la firma en señal de aceptación de las condiciones generales y su incorporación al contrato, fue sometida durante la tramitación

admite la incorporación de una cláusula que refiere en el contrato una normativa reguladora “aprobada por la delegación de gobierno” del mismo contenida en las páginas informativas de la guía telefónica, primero por que no se cumplió con el requisito de la entrega, y segundo por que dicha normativa nunca había sido publicada en tales páginas de la guía telefónica, por lo tanto la oportunidad real de conocerla (cognoscibilidad) no existió.

⁵⁰⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, T II, ob. Cit. p. 1604.

parlamentaria de los proyectos de la ley, a múltiples cambios de redacción que terminaron en dos preceptos poco comprensibles, si se prescinde del contexto de la ley para interpretarlo.

En principio, la firma debía constar tanto en el contrato, como en las condiciones generales, a fin de constatar el efectivo consentimiento de ambas cosas como si de dos cuerpos diversos se tratara; fue precisamente esta representación de la ley la que justificó una enmienda presentada por uno de los grupos parlamentarios, argumentando que *“debe entenderse que la aceptación de las condiciones generales no se da cuando se firman las mismas por todos los contratantes sino el contrato en el cual las mismas se incorporan...”*, ambos deben ser considerados como un documento único⁵⁰⁹.

Dicha enmienda fue aprobada e incorporada al cuerpo de la ley quedando establecido entonces, que lo que se debía firmar era el contrato y no las condiciones generales. De manera paralela otra enmienda se proponía a uno de los artículos relativos a la no incorporación, estableciendo que no lo serán *“aquellas que el adherente no haya tenido oportunidad de conocer al tiempo de redacción del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo anterior”* (el de la firma)⁵¹⁰; pues esta enmienda también fue aceptada por el congreso y con algunas modificaciones no sustanciales terminó siendo el artículo 7.a de la Ley. Como se ve, un artículo es claro en cuanto a lo que debe firmarse pero el otro, atendiendo a la íntima relación que existe entre ambos – ahora artos. 5 y 7 LCGC- nos deja una duda de cuando podría ser necesaria una firma de las condiciones generales además de la del contrato, para su incorporación.

Con esto ha quedado una puerta abierta para el debate doctrinal y la dudosa interpretación del precepto, de un lado, hay quienes sostienen que para entender el mandato se debe atender al *íter* parlamentario, lo que nos lleva a afirmar que no es necesaria la firma de las condiciones generales, salvo los casos

⁵⁰⁹ Enmienda No. 79 Grupo Parlamentario Catalán CiU, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, No. 78-6 del 23/10/1997 p. 40.

concretos cuyas regulaciones especiales así lo exigen, como el contrato de seguro o el contrato de tiempo compartido, por todo, hay que entender que el consentimiento concurre conjuntamente sobre ambas cosas, consideradas como un documento único, que cumplidos los requisitos de referencia expresa y entrega del documento, las condiciones generales quedarán incorporadas sin necesidad de firma ni de prueba, salvo que exista un rechazo manifiesto a la incorporación por el adherente⁵¹¹.

Tratándose de contratos con consumidores es poco probable la celebración de un contrato con rechazo a sus condiciones generales, lo que sí suele suceder en los contratos entre empresarios realizados sobre formularios en los que cada empresa estampa sus propias condiciones generales, contradiciendo o rechazando las de la otra parte.

De otro lado, hay quienes consideran la necesidad de la firma particular de las condiciones generales para garantizar el consentimiento del cliente sobre su incorporación, entendiendo la firma como la plasmación gráfica del conocimiento y aceptación por el adherente firmante del objeto del contrato, es lógico que se exija también de los documentos objetos de incorporación, inclusive por seguridad del predisponente, a quien la firma le garantiza la inversión de la carga de la prueba sobre el conocimiento del adherente de las condiciones generales⁵¹².

⁵¹⁰ Enmienda No. 133 del Grupo Popular, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, No. 78-6 del 23/10/1997, p. 56.

⁵¹¹ En este sentido, GONZÁLEZ PAKANOWSKA, para quien basta la firma del contrato con la referencia a las condiciones generales, en *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 158; DURANY PICH, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 282. Recientemente, GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, ob. Cit. p. 1605.

⁵¹² Así opina FELIÚ REY, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 58. De esta misma opinión parece PAGADOR LÓPEZ, toda vez que refiere que nada aportaría si lo que se exige firmar fuese el contrato y que existen indicios de la exigencia de la firma de las condiciones generales en atención a la redacción que la norma recibía en el Proyecto de ley, (*Condiciones Generales...* cit. p. 346). Sin embargo nos queda la duda si es realmente su opinión, ya que manifiesta por otra parte que la Ley no exige en ningún caso que las condiciones generales sean firmadas por todos los contratantes –también atendiendo al iter parlamentario- y que es suficiente con que la referencia a las condiciones generales se ubique en la antefirma, luego confirma que las condiciones generales no quedarán incorporadas al contrato si la *referencia* en el documento contractual no es suscrita por todos los contratantes; así en la misma obra p. 434, en “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación” RES, 1998 p. 346 ss. y en “Las condiciones generales de la contratación: Introducción y régimen jurídico...” cit. p. 177.

A nuestro juicio, atendiendo al sistema de no incorporación e integración del contrato, por la que se conciente la posibilidad de que éste subsista sin las condiciones generales cuando no se cumplan los requisitos de incorporación de las cláusulas, o cuando éstas resulten ineficaces, podría considerarse un consentimiento sobre el contrato en sí mismo y otro sobre la incorporación de sus condiciones generales, ya que no siempre la aceptación del contrato implica la aceptación de las condiciones generales⁵¹³.

Sin embargo la firma ha sido considerada como requisito de integración necesario para que el contrato produzca algunos de sus efectos⁵¹⁴, entre los que puede considerarse la incorporación de las condiciones generales cuando en el contrato se refiera a esta de manera expresa y visible. Siendo que la aceptación de las condiciones generales no se trata de un acto autónomo diferente de la firma del contrato, debe entenderse que la declaración de voluntad por la que se acepta la oferta, se extiende a todo el contenido contractual predispuesto, siempre y cuando se hubieren cumplido las cargas de información⁵¹⁵.

La aceptación del contrato con esta referencia, representa una conducta que exterioriza consentimiento sobre un hecho cognoscible -la firma del contrato que se rige por condiciones generales puestas a disposición del adherente-, y por tanto se admite que, garantizada la información expresa en el contrato y la entrega del ejemplar junto con la firma del contrato, se acepta la incorporación, salvo rechazo manifiesto por el adherente. No resulta entonces necesaria la firma de las condiciones generales. Esta misma parece ser la opinión de los tribunales de justicia, toda vez que acertadamente se ha admitido la incorporación de cláusulas de condiciones generales no firmadas particularmente, siempre que hayan sido referidas en el contrato⁵¹⁶.

⁵¹³ DURANY PICH, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 283.

⁵¹⁴ ROPPO, *Contratti standar*. Milano 1975, p. 291.

⁵¹⁵ GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 156.

⁵¹⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1948 (RJ 1948/1541), 01/10/1977 (RJ 1977/3634), 14/11/1984 (RJ 1984/5550), Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de enero de 1992 (AC 1992/78) admite la validez de una cláusula de sumisión expresa contenida en el reverso por que la firma estampada en el anverso amparaba la declaración de conocimiento de las Condiciones Generales, y la cláusula de sumisión expresa pudo haber sido fácilmente conocida, caso contrario la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1986 (RJ 1986/5793), que niega la validez de una cláusula de sumisión expresa contenida en el dorso y que no ha sido referida en el anverso.

Sin embargo, ante esta regla general cabría una excepción que se justifica por sí misma: aquellas cláusulas que limitan en parte ciertos derechos o imponen ciertas obligaciones que van mas allá de lo que permite la naturaleza del contrato o que por su carácter desproporcionado respecto a las prestaciones del contrario merecen ser particularmente aceptadas por el adherente, entre ellas las llamadas cláusulas sorprendentes de las que se hablará es su momento. La Ley no distingue dichas cláusulas y en consecuencia quedan sometidas al mismo régimen de incorporación, sin necesidad de firma específica⁵¹⁷.

Algunas leyes especiales si exigen la firma particular de determinadas cláusulas generales para ser incorporadas a los contratos que ellas regulan, así por ejemplo la ley de Contratos de seguro para las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados y la ley de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles de uso turístico⁵¹⁸.

3.4. El control de doble firma

También la jurisprudencia previa a la ley de condiciones generales ha jugado su papel, marcando cierta tendencia proteccionista al exigir en ciertos casos la firma particular de una cláusula general, cuando esta se considere decisiva en la voluntad de contratar, cuando imponga limitaciones de algunos

⁵¹⁷ Al respecto, puede verse cierta controversia en la Jurisprudencia menor, así, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 29 de octubre de 1993 (AC 1993/2013): No permite la incorporación de una cláusula que recorta los derechos del adherente, por no estar firmado el reverso del documento contractual que es donde se contiene la cláusula. Ni está especialmente señalada. Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares del 1 de octubre de 1996 (AC 1996/1938): Declara la no incorporación de una cláusula fijada al reverso del documento y que no aparece firmada por la parte contratante, una cláusula gravosa por que establece la duración del contrato por cinco años, en caso contrario, se deberá satisfacer el 50% del importe de lo que reste de tiempo para la fecha del vencimiento. Considera el Tribunal que “dicha cláusula debería especificarse claramente en el cuerpo del contrato que suscriben los otorgantes y donde especifican los elementos esenciales”. Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo del 22 de febrero de 1995 (AC 1995/317): Aunque declara la nulidad de la cláusula por abusiva, también hace referencia a su no incorporación por no haber sido expresa y nominalmente aceptada, una cláusula tan específica como esta y de graves consecuencias, tendría que haber sido concretamente asumida, y esto ya sería suficiente para no obligar. Se trataba de una cláusula que establece un interés por mora en el pago.

⁵¹⁸ El artículo 9 establece que las condiciones generales que no se incluyan en el contrato deberán ser incluidas en un documento anexo con toda la información pertinente, y exige la suscripción de las mismas por ambas partes.

derechos o el cumplimiento de ciertas obligaciones diferentes de las esperadas por la parte adherente⁵¹⁹.

Se ha dicho que esta medida, de firma específica de cláusulas que se consideran limitativas pretende solventar, por medios formales, cuestiones de fondo, en cuanto que las condiciones generales al ser particularmente firmadas no podrán dejar de considerarse incorporadas al contrato⁵²⁰, y con ello se crea, contrario a lo que se propone, un perjuicio para el adherente, sin embargo, no hay que olvidar que las cláusulas correctamente incorporadas al contrato quedan siempre sometidas a un control del contenido, y con esto puede verse resuelto el problema, que siendo una cláusula abusiva incorporada al contrato será nula por no superar el control del contenido.

4. Requisitos de redacción. El lenguaje de las condiciones generales

4.1. Perceptibilidad / Legibilidad

⁵¹⁹ Así la SAP Baleares de 23/06/1994 que declara no incorporada una cláusula que establecía una duración de 5 años para el contrato de mantenimiento de ascensores, por considerarla gravosa para el adherente y por que debía figurar en el cuerpo principal del contrato. Hoy día sigue habiendo unanimidad en los Tribunales al respecto, y puede hallarse amplia jurisprudencia, sobre todo en el tema de los contratos de seguro, en la que se determina la necesidad de una aceptación particular sobre aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados, así la STS 15/07/2009 (La Ley 184083/2009) *'el asegurador debe poner en conocimiento del asegurado las cláusulas limitativas de los derechos como la cláusula que difiere la entrada en vigor de la cobertura del seguro a un momento posterior al de la firma del documento que determina su perfección... dicha cláusula debe cumplir con los requisitos de transparencia del art. 3 LCS, por tanto es nula'*, en el mismo sentido STS de 1 de octubre de 2010 (La Ley 188006/2010) *"Las cláusulas limitativas solo serán válidas si fueron realmente previstas y consentidas según art. 3 de la LCS, la solemnidad de este artículo no puede entenderse cumplida con la sola firma de la cláusula particular si la limitación no aparece resaltada convenientemente"*, igualmente la STS 1/03/2007 (La Ley 4499/2007) no admite la validez de una cláusula que restringe el contenido normal de la invalidez absoluta ya que considera el Tribunal que se trata de una cláusula limitativa de los derechos del asegurado y debe declararse su nulidad en cuanto no fue destacada de modo especial y específicamente aceptada por escrito. En otra perspectiva podemos encontrar sentencias en las que los Tribunales han admitido la validez de cláusulas delimitadoras del riesgo que no han sido expresamente aceptadas por el tomador, dado que se trata de cláusulas que quedan sometidas al régimen de aceptación genérica, no sujetas a la formalidad de ser aceptadas expresamente y para cuya oponibilidad es suficiente que conste que formó parte de la póliza y que fue conocida y aceptada al contratar por el asegurado, así las STS 13/09/2007 (La Ley 139721/2007), STS 30/03/2007 (La Ley 10716/2007), STS 11/09/2006 (La Ley ...), STS 29/04/2009 (La Ley 49528/2009), SAP Asturias 10/07/2009 (La Ley 193296/2009) *"Se deduce el consentimiento del hecho de entrega del asegurado de un ejemplar del condicionado del contrato al tiempo de su celebración"*

⁵²⁰ ALFARO, *Las Condiciones Generales...* cit. p. 191, cita 5.

Este requisito, se refiere a la facilidad con que las cláusulas puedan ser reconocidas como condiciones generales dentro de un contrato, y sobre todo a la percepción de sus caracteres, que deben poder ser leídos por una persona normal sin que tenga que hacer un esfuerzo extraordinario. Por eso es importante considerar todos los aspectos sobre el tamaño de la letra, el color, la configuración, la impresión del texto –su calidad y durabilidad en el tiempo- la ubicación de las cláusulas, la relevancia de las cláusulas limitativas –su contraste con el resto de condiciones generales- en los casos en que estas deban ser particularmente señaladas –contratos de seguro, v. gr.- en fin, todos esos pequeños detalles que facilitan la claridad visual.

Sobre esto, cierta legislación especial y la jurisprudencia han ido estableciendo ciertos criterios de legibilidad, así, el Real Decreto 1453/87 de 27 de noviembre exige que los caracteres del aviso al público que contiene condiciones generales no debe ser inferior a 7 milímetros, igualmente el Decreto (Castilla y León) 132/2003 de 20 de noviembre, en el que se exige que las cláusulas y condiciones generales de los contratos de compraventa de vehículos debe estar redactada con un tamaño de letra no inferior a 1.5 milímetros de altura.

No es raro encontrar sentencias en las que no se admite la incorporación de determinadas cláusulas por estar redactadas en letra pequeña inferior al resto de las cláusulas⁵²¹. Un caso bastante común, y que, pese a las legislaciones todavía no se logra controlar, puede resultarnos el de los anuncios televisivos para conseguir algún servicio o producto a través de una llamada telefónica o un mensaje de texto, pero que el costo de la llamada y del mensaje, entre otras advertencias –como las restricciones por edad, o las condiciones para la resolución contractual- se encuentran en pantalla en letra diminuta que apenas se distingue una masa sin forma.

⁵²¹ SAP Zaragoza, 19/01/1995; Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1994 (1994/6518), STS 05/07/1997, no admite la validez de una cláusula de sumisión expresa por no superar el requisito de la legibilidad y perceptibilidad, consideró el Tribunal que la letra era tan diminuta, que hacía difícil el entendimiento de la cláusula a una persona de tipo medio.

Es obvia la imposibilidad de leer tales condiciones en ese momento y sin embargo a la hora de formalizar el contrato –haciendo la llamada o enviando el mensaje- dichas circunstancias no se vuelven a advertir, aquí la falta de transparencia y la mala fe se encuentran íntimamente ligadas no solo con la imperceptibilidad de las condiciones sino también, y sobre todo, con la insuficiente información.

Cabe considerar que lo que en algunos casos puede resultar fácilmente legible y perceptible no siempre puede ser tomado como lo recomendable, el tamaño, la configuración y el color de letra deben corresponder con el resto del contrato. La utilización de cursivas o negritas en un tipo de letra como el “*cataneo*” no hace especial resalto, tratándose de cláusulas limitativas que precisen de esta particular señalización, el tamaño mínimo de 1.5 milímetros exigido en algunos contratos es difícil de apreciar con algunas configuraciones y mas fácil con otras como la letra “arial”, el subrayado o doble subrayado puede resultar contraproducente si se utiliza con algunos tipos de letra o cuando se utiliza en todo el párrafo.

En cuanto al idioma, lo más recomendable es que las cláusulas se redacten en el idioma oficial, sin embargo habrá casos –sobre todo cuando se trata de brindar especificaciones tecnológicas- en que es más fácil entender ciertos conceptos utilizando un idioma extranjero que el propio. Hay que tener mucho cuidado con las traducciones deficientes de los textos, antecedentes jurisprudenciales nos hacen reflexionar sobre las complicaciones que puede generar el uso de un idioma extranjero y su traducción al autóctono en un solo contrato y el conflicto que se produce entre ambos cuerpos de normas⁵²².

Este problema se presenta muy a menudo en las indicaciones de los productos importados que vienen completas en el idioma del país que los produce y se hace una breve mención de las más importantes en los idiomas de los países a

⁵²²Así la STS del 04 de mayo de 1961, por la que se resolvió un caso en el que las partes se comprometían a someter sus relaciones a las cláusulas redactadas en idioma inglés, afortunadamente la Sala apreció la oscuridad que subyacía en dicha cláusula y resolvió aplicando el artículo 1288 del CC.

los que se introducen, y que resultan muchas veces insuficientes para efectos de la información debida.

El lenguaje debe cuidar la integridad de los conceptos e ideas a transmitir, debe ser muy específico cuando se trata de limitar ciertas normas⁵²³ y sobre todo sencillo, utilizando palabras lo mas correctas pero comunes y habituales dentro del hablar cotidiano. Reiteramos, a veces resultan más apropiadas para referir ciertos conceptos las palabras en idioma extranjero, por ser estas las más utilizadas en el tráfico, que las traducciones, pero estas se deben manejar con mucha cautela y partiendo de la base que no existe en el idioma nativo una palabra mas acertada.

Las iniciales de las empresas o de algunos conceptos genéricos –conocidos o no conocidos- también deben ser tratados con sumo cuidado especificando al menos una vez dentro del clausulado general a que se refieren con cada una de ellas, así la TAE (Tasa Anual Equivalente), DPC (Daños por colisión), PR (Protección contra robo) etc.

Especial atención merecen la calidad de la impresión y del soporte papel que también son importantes para lograr la perceptibilidad, y de particular interés resulta su durabilidad en el tiempo, sobre todo cuando se trata de contratos de larga duración en los que el adherente debe poder tener acceso a las condiciones generales en todo momento, lo contrario podría variar incluso el sentido de las cláusulas, lo que en principio era un 8 con el paso del tiempo se podría convertir en un 3.

Aunque la ley no lo exige, debe considerarse un nivel de perceptibilidad más alto sobre aquellas cláusulas que gocen de mayor importancia o relevancia durante la vida del contrato, o aquellas de las que pudiera depender una decisión del adherente dentro de las diferentes ofertas del mercado.

⁵²³ Como las limitaciones al derecho dispositivo que ya vimos.

4.2. Comprensibilidad

El requisito de comprensibilidad se refiere a la concreción y sencillez expositiva y literaria tanto de la cláusula específica como del contexto que encuentra regulando, y ha sido razonablemente criticado por su difícil juego como control jurídico⁵²⁴, el problema se podría presentar en cuanto a la interpretación que se le de a las condiciones generales en determinados contextos, que no siempre podría resultar uniforme y a veces sí contradictoria.

El problema parece resolverse tomando como patrón al adherente medio no entendido en derecho⁵²⁵ ni en tecnicismos, sin embargo esta solución nos plantea el inconveniente, o mas bien el interrogante, de cual es el adherente medio y como se determina, solución que podría resultar un poco subjetiva si se trata de considerar valores y patrones de conducta de determinados sectores jurídicos o mercantiles lo que no nos facilita las cosas, por que además de preguntarnos, cuál es el adherente medio, surge la duda de si deben considerarse las circunstancias típicas de determinado tráfico contractual y redactar las condiciones generales al nivel de comprensión del eventual cliente con capacidad intelectual propia de dicho sector.

Hay quienes sostienen que para determinar el nivel de comprensibilidad de las cláusulas deben tenerse en cuenta circunstancias ajenas a la redacción como el tiempo del que dispuso el adherente para leerlas, la longitud del texto, la mayor o menor cualificación del consumidor⁵²⁶.

Obviamente, las condiciones predisuestas de los contratos aunque son hechas para una generalidad de contratos, son propias de un negocio particular, y la redacción incumbe que se consideren los posibles clientes de dicha relación contractual, pero valorar el tiempo del que dispuso el adherente para leer las

⁵²⁴ COCA PAYERAS, *Comentarios a la ley general para la defensa...* cit. p. 257.

⁵²⁵ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 235. Aquel hombre honrado de inteligencia y nivel cultural medio, jurídicamente inexperto, teniendo en cuenta el sector del tráfico al cual van dirigidas las condiciones generales, según GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTIÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica” ob. Cit. p. 1612.

⁵²⁶ Entre nosotros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La Defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU” Ob. Cit. p. 194.

condiciones no es precisamente un factor propio de la comprensibilidad sino que se remite a los requisitos de incorporación relativos a la información previa.

Las diferenciaciones subjetivas no siempre resultan productivas, como expone ALFARO, de aceptarse esta tesis las condiciones generales no quedarían incorporadas en todos los contratos, pues la comprensibilidad dependería no de la forma en como estuvieran redactadas las cláusulas sino del nivel de preparación intelectual del adherente y esto, por mucho que se acerque a lo real, es absolutamente impredecible en los contratos en masa.

Si bien, esta discriminación cobra sentido –de hecho la ley la ha incorporado en el control del contenido mediante la lista de cláusulas abusivas- cuando se trata de diversificar supuestos y grupos específicos a los que las condiciones van dirigidas, por ejemplo en los contratos celebrados exclusivamente entre profesionales en los que se prevé una diligencia mayor y un entendimiento más refinado de los términos contractuales poco usuales⁵²⁷ -aunque no sería legítimo incorporar las mismas condiciones a los contratos cuando comúnmente se celebran entre empresarios y son susceptibles de celebrarse con consumidores-.

El nivel de comprensibilidad también dependerá de la importancia que desempeñe la cláusula durante la vida del contrato, no puede exigirse el mismo nivel en todas las condiciones generales, ni en función del sujeto –como ya vimos- ni en función del contenido, igual que la perceptibilidad, aquellas cláusulas relevantes o influyentes en la decisión de contratar deben ser sometidas a un riguroso control de redacción de manera que su comprensibilidad sea indiscutible.

La incomprensibilidad puede presentarse de dos maneras en el texto del documento, por una parte en el conjunto de las condiciones generales entendido como el unívoco de las normas, y por otra, en cada una de las cláusulas concretas. Una cláusula aisladamente interpretada puede considerarse clara y por ende comprensible siempre que no contenga un lenguaje excesivamente técnico y su

⁵²⁷ A tal punto de que su condición de profesional pueda influir en la decisión de los tribunales, así la SAP Madrid 23/10/1995, que considera una cláusula como concreta, clara, sencilla y de fácil comprensión por tratarse el adherente del gerente de una sociedad anónima.

estructura morfológica tenga sentido. Pero la misma cláusula puede no resultar comprensible cuando opere dentro de un contexto desordenado de cláusulas sin ningún indicador o clasificador, con sinnúmero de remisiones a otras normas o a otra cláusulas dentro de las cuales, hay alguna que podría interpretarse en sentido contrario, o cuando el tamaño del clausulado general es desproporcionado en relación al resto del contrato, o cuando no se utilizan para un tipo específico de contratos y sus términos resultan demasiado generales⁵²⁸.

Por esto también resulta valiosa la aplicación de las reglas de interpretación, no en vano se ha afirmado que la antinomia que encierran los preceptos jurídicos sobre reglas de interpretación y control de incorporación relativas a las cláusulas oscuras encuentra en este particular caso una vía para solucionarla⁵²⁹ y es que no pueden aplicarse las reglas de interpretación sino a cláusulas aisladamente consideradas⁵³⁰, en cambio el control de incorporación – requisito de comprensibilidad- está dirigido al conjunto⁵³¹; disertación que nos parece atinada siempre que se considere que resulta mas beneficioso para el adherente, una interpretación que le favorezca que una sanción de no incorporación de la cláusula discutida.

El uso del lenguaje debe ser muy específico en ambos casos; si se utilizan palabras que pudieran interpretarse en diferente sentido, que el que se desprenda del uso normal, habrá que aclararlo, así, la palabra “oficial” que se entiende como la que ha emitido el órgano de control estatal correspondiente y no la entidad financiera particular; sin embargo el Tribunal Supremo ha declarado que las tarifas oficiales en unas condiciones generales eran válidas e implicaban sumisión a las tarifas del vendedor⁵³².

Sin embargo, recordemos que, a la luz del cuerpo legal pareciera que no siempre la incomprensibilidad de las cláusulas es un impedimento para su incorporación, el artículo 7 prevé una posibilidad de incorporar cláusulas

⁵²⁸ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 235 ss.

⁵²⁹ En detalle, DURANY PICH, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 317.

⁵³⁰ Aunque en relación al resto de cláusulas, dentro de un contexto determinado.

⁵³¹ Si bien, nada impide tampoco que el control de incorporación pueda hacerse sobre una sola de las cláusulas de todo el condicionado general.

incomprensibles, cuando éstas hayan sido aceptadas por escrito por el adherente, y cumplan con la normativa específica que regule en su ámbito la transparencia, en principio el precepto es evidente: se incorporan cláusulas incomprensibles cuando el adherente acepta que son incomprensibles.

Lo que hace pensar por un lado que la excepción solo operaría en los contratos escritos⁵³³, y por otro que se refiere específicamente a los contratos bancarios o de mercado de valores, por la referencia que se hace en la memoria justificativa del proyecto de ley a las cláusulas de los préstamos hipotecarios⁵³⁴ y por que pertenecen al sector que mas cuenta con su propia normativa al respecto⁵³⁵.

Esto se explica en cuanto que las normas sobre transparencia dentro del sector bancario se constituyen en un sistema que, garantizando la información suficiente y a diferencia del resto de normas sobre transparencia en los contratos en masa, tiene como principal finalidad la eficacia de los mercados, sin perjuicio de que, al mejorar el funcionamiento del mercado, también producen un efecto proteccionista de los consumidores, y por ello cuenta con un contenido normativo más extenso, e incluso fórmulas propias que no son entendidas por un adherente medio, que regula tanto los aspectos económicos de los contratos como los derechos y obligaciones que nacen de ellos⁵³⁶ justificable en cierta medida por el tipo de operaciones que se transan y por el lenguaje que se utiliza.

⁵³² STS 28/04/1978, referida por ALFARO, en *Las condiciones generales...* cit. p. 236.

⁵³³ Sin olvidar que algunos contratos que no exigen la forma escrita si exigen para la incorporación de sus condiciones que éstas se encuentren disponibles de forma escrita.

⁵³⁴ De hecho, fue esta la causa por la que el grupo parlamentario del partido popular defendiera la inclusión de cláusulas incomprensibles, y cito: “... *el ejemplo de la transparencia en los préstamos hipotecarios donde las cláusulas relativas a los tipos de interés son de gran complejidad técnica (...) y sin embargo se ajustan a una normativa específica y, por tanto queda salvada la garantía de los consumidores y usuarios...*” Véase Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, 1998, No. 370, p. 10987. Sin embargo existen muchas otras normas específicas en las que se exige un nivel de transparencia para los contratos que regula, así, las del mercado bursátil, el contrato de seguro, el de tiempo compartido, de viaje combinado, de ventas a distancia, la de contratos electrónicos y telefónicos etc.

⁵³⁵ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. pp. 394-395.

⁵³⁶ TOMÁS GIMÉNEZ VILLANUEVA, “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, Ob. Cit. p. 657 y 664.

La norma reguladora del sector, modificada posteriormente,⁵³⁷ la conforma la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre, que contempla entre otras exigencias la inclusión en la publicidad de los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones contractuales; exigencia del anuncio de los tipos de interés preferenciales, para descubiertos en cuenta corriente, y para excedidos en cuenta de crédito; el tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses; la periodicidad del devengo de intereses; la fórmula o método para obtener el importe absoluto de intereses; las comisiones y gastos con indicación concreta de su cuantía. Extremos que probablemente no serían incluidos en la información exigida según las reglas de incorporación de las condiciones generales.

Si se lee entre líneas, la excepción del precepto parece beneficiosa, y los legisladores han entendido que las normativas sectoriales sobre transparencia, siempre que no contradigan ni vulneren los principios instructores del derecho de las condiciones generales, constituyen una efectiva fórmula para la concreción de lo que en líneas generales se pide de la incorporación⁵³⁸, por lo que una cláusula incluida en un contrato cualquiera puede resultar incomprensible por los términos que utiliza, no así en los contratos bancarios en los que ciertos tecnicismos son necesarios para establecer las líneas del binomio derechos-obligaciones de las partes.

Por esa razón debe entenderse la excepción únicamente como la sustitución de un requisito de incorporación por otro, atendiendo las necesidades específicas del tráfico⁵³⁹. Lo que no justifica de manera alguna que esta normativa

⁵³⁷ Las normas sobre transparencia bancaria integran un conjunto heterogéneo que regula aspectos relativos, tanto al funcionamiento interno como externo, en cuanto relaciones contractuales con los clientes, desde la Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, pasando por la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, norms de actuación, información a clientes y publicidad, luego la Circular del Banco de España aquí referida, y hoy, V. Gr. OM de 5 de mayo de 2001 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, así, BUSTO LAGO, “Los contratos de financiación al consumidor” en *Reclamaciones de consumo*, Ob. Cit. pp.721 ss

⁵³⁸ J. DUQUE DOMÍNGUEZ, “Condiciones Abusivas de Crédito”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, U. Nieto Carol (director), Civitas, Madrid, 1998, p. 599.

⁵³⁹ La comprensibilidad es sustituida por la aceptación mediante la firma y la adaptación a la normativa específica. Así, GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. Cit. p. 1613.

se invoque para legitimar prácticas por las que se pretenda la incorporación de ciertas cláusulas sin respetar los requisitos de la ley de condiciones generales⁵⁴⁰.

Ante esta afirmación es legítimo plantearse el interrogante –que nos refiere DURANY PICH⁵⁴¹- de si la aplicación de este precepto no contradice lo que establece el artículo 4.2 sobre el ámbito objetivo de aplicación de la ley, que excluye “*las condiciones generales que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general*”.

Hay que precisar sin embargo que cuando se refiere a normas específicas, deben serlo de condiciones generales, no de contratos que contengan condiciones generales, de lo contrario no tendría sentido haber creado una ley general cuando la mayoría de las normas específicas sobre contratos de adhesión hacen una breve referencia a las cláusulas de esta naturaleza.

La comprensibilidad también incluye la concreción, como remedio a la ambigüedad, en cuanto trata de impedir que el predisponente pueda obtener ventajas injustificadas de la formulación de la cláusula, derivada de su carácter vago o poco preciso⁵⁴² de manera que le dejen un ámbito a la interpretación discrecional de la cláusula, normas que por demás, no representan ninguna novedad, ya existe dentro del derecho contractual tradicional una normativa que indirectamente obliga a la concreción de los contratos. Tales como las reglas de interpretación contra proferentem que impone una sanción al causante de la oscuridad o la regla de la prevalencia de la interpretación del conjunto de las cláusulas ante la duda de algunas de ellas.

La comprensibilidad también requiere que la escritura se libere de preámbulos y rodeos, con especificaciones concretas y sencillas sobre el objeto de regulación, con una escritura al alcance de todo tipo de público, y sobre todo, limitada a los elementos propios de un condicionado general pero referidos a la exclusiva relación jurídica.

⁵⁴⁰ I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 60.

⁵⁴¹ *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 320.

⁵⁴² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 415.

5. La interpretación de las Condiciones Generales como coadyuvante de la incorporación de cara a su eficacia.

En el tráfico de los contratos masificados es muy común que las cláusulas de su condicionado general, se encuentren redactadas de manera confusa, con un lenguaje técnico, propio quizás del contrato que se celebra, pero incomprensible para el consumidor medio, y a veces incluso términos jurídicos inteligibles para los mas ilustrados.

Debido a esto, en el marco del sistema de protección de los adherentes y como parte de un control de incorporación, se han establecido ciertas reglas de interpretación de las cláusulas generales, que le definen al intérprete los criterios a seguir en el caso que una cláusula sea de dudoso entendimiento o pareciera tener mas de un significado, con el objetivo de indagar sobre el sentido y alcance de la declaración de voluntad.

El derecho de contratos ha contado desde siempre con normas sobre interpretación para aclarar, complementar o reconstruir el sentido de una declaración, estas sirvieron en los albores del derecho de condiciones generales para realizar un control encubierto del contenido contractual a favor del adherente, cuando el sistema carecía de elementos suficientes para realizar una intervención directa sobre las cláusulas abusivas y paliar las injusticias que se producían en este contexto.

El dilema de las reglas de interpretación en la ley de condiciones generales, surge por una aparente antinomia entre dos preceptos que regulan un mismo supuesto de hecho con dos sanciones diferentes, de un lado las cláusulas oscuras, susceptibles de ser interpretadas según la regla *contra proferentem*, de otro lado, la falta de claridad de una cláusula como causal de no incorporación, lo que quiere decir que la misma cláusula no podrá ser interpretada por no haber superado el control de incorporación, lo que resulta lógico por el hecho que supone la labor interpretativa: que las cláusulas estén incorporadas al contrato.

En un esfuerzo por solventar esta antinomia, la doctrina ha sugerido delimitar el ámbito de aplicación de cada una de las reglas, argumentando que la claridad, como regla de incorporación, se refiere a la forma de la cláusula, a su redacción, a los términos utilizados, mientras que la oscuridad objeto de interpretación según la regla *contra proferentem*, recae sobre el fondo, sobre el contenido de la cláusula⁵⁴³.

Pero, a la luz de la literalidad de la ley esta diferencia no es válida, se trata de una oscuridad sin distinciones que admite diversas manifestaciones. Ante esto, solo queda tomar en cuenta la finalidad de cada uno de los controles, cuando la oscuridad genere desconocimiento –léase falta de consentimiento- debe declararse la no incorporación de la cláusula, en cambio cuando la oscuridad solo genere dudas sobre su sentido, puede interpretarse en el que sea más favorable al adherente⁵⁴⁴.

Otra interpretación de la doctrina da por diferenciar dos supuestos de falta de claridad, reservando para los casos mas graves la aplicación del artículo 7.b de la ley, es decir la no incorporación y la consecuente ineficacia de la cláusula, y para los demás casos de cláusulas dudosas, aplicar el artículo 6.2 relativo a la interpretación a favor del adherente⁵⁴⁵.

Otra alternativa sería la de establecer una interpretación consecuente con la finalidad de la ley, matizando un poco el concepto de control de incorporación, considerar la cláusula oscura junto a su consecuencia⁵⁴⁶, una cláusula no informada sería declarada ineficaz por no superar el requisito de incorporación de garantizar la cognoscibilidad, y esta, aunque dudosa, no sería susceptible de interpretación de ninguna manera, en cambio, cuando la oscuridad de la cláusula únicamente genere dudas sobre su significado, debe ser interpretada en el sentido

⁵⁴³ COCA PAYERAS, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. BERCOVITZ Y J. SALAS (directores), Civitas, Madrid, 1992, p 326 ss., a favor de esta teoría S. DÍAZ ALABART, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la contratación*, RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALAS (coordinadores), Aranzadi, Navarra, 1999, p. 215.

⁵⁴⁴ I. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. pp. 252-254.

⁵⁴⁵ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 286.

⁵⁴⁶ En este sentido, consideramos muy acertada la interpretación de GONZÁLEZ PAKANOWSKA, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 252.

que mas favorezca al adherente, si esto no es posible y la cláusula solo admite sentidos que le perjudiquen, procederá el control de incorporación y la consecuente ineficacia de la cláusula e integración del contrato –si cabe.

De conformidad, considerando el sistema de control establecido en la ley, podría decirse que la regla de interpretación pro adherente, en cierto modo, está diseñada para servir como elemento auxiliar en la incorporación de las condiciones generales al contrato; en la medida en que una cláusula dudosa –pero informada- no pueda ser incorporada por no cumplir con el requisito de claridad, sí pueda serlo en virtud de la regla de interpretación mas favorable al adherente.

Por tanto, la antinomia es tan solo aparente, y el problema que presenta se resuelve a la luz de las mismas reglas de interpretación: la prevalencia de la norma más beneficiosa para el adherente. Se advierte, sin embargo, una contrariedad con el orden sistemático de los controles, y es que, si la interpretación versa sobre cláusulas ya incorporadas, se admite la incorporación de aquellas que, siendo oscuras, pueden ser interpretadas en algún sentido que favorezca al adherente, para que pase a formar parte del contenido contractual.

Si por el contrario, una cláusula es demasiado oscura y no puede ser aclarada de ninguna manera o pudiendo serlo, su interpretación perjudique al adherente o no mejore su condición contractual respecto a su anterior situación inferior, debe ser declarada ineficaz por oscura e in-interpretable o lo que es lo mismo, por no superar el control de incorporación⁵⁴⁷.

Respecto al control del contenido, las reglas de interpretación se enmarcan sistemáticamente, con carácter prioritario, en un esquema jerarquizado; una cláusula oscura es apta para ser interpretada en primer lugar, y si de esta labor hermenéutica se desprende la lesividad de su contenido, entonces puede ser declarada ineficaz conforme los criterios que ya vimos sobre las cláusulas

⁵⁴⁷ Al respecto resulta interesante la enmienda propuesta por el grupo socialista que alegaba que los problemas presentados por las cláusulas oscuras son propios de la labor interpretativa, y siendo “muy oscuras” se tornan incomprensibles y por lo tanto sujetas a la no incorporación. Enmienda No. 26 del Grupo Socialista, *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, no. 78-6 de 23 de octubre de 1997.

abusivas⁵⁴⁸, contrario sensu, podría prescindirse del control del contenido si se lograra dentro de lo posible darle un sentido bastante justo y equilibrado que no perjudique al adherente⁵⁴⁹.

Delimitado el lugar sistemático de las reglas de interpretación en el marco de los contratos con condiciones generales, vemos ahora cuáles son éstas y qué criterios se siguen, remitiéndonos un poco a la naturaleza jurídica de las condiciones generales junto con las reglas tradicionales de interpretación contractual.

Lo primero que cabría preguntarse, en vista de las circunstancias del proceso de formación contractual, es que tipo de interpretación cabe entre la interpretación objetiva, general o abstracta que atiende únicamente al tenor literal de la cláusula y al tipo de contrato al que se incorpora, o la subjetiva, particular o concreta en la que se toman en cuenta además determinadas circunstancias y comportamientos en aras de descubrir la intención evidente de las partes⁵⁵⁰.

La integración del contrato viene establecida por el objeto sobre el que recae, cuando se trate de contratos de adhesión con cláusulas particulares y cláusulas generales, y sobre los que se realiza una interpretación subjetiva, que atiende a las circunstancias de celebración del contrato, y a elementos de voluntad común de las partes, pese a la evidente desigualdad de las posiciones, cuando sea sobre condiciones generales en si mismas conformadas únicamente por cláusulas predispuestas en la que no existen circunstancias particulares que tomar en cuenta para interpretarlas por lo que ésta habrá de ser objetiva y general⁵⁵¹.

5.1. La regla de la *prevalencia*

Resulta algo inexplicable para la doctrina, que el legislador haya incluido como regla hermenéutica algo propio de los requisitos de incorporación, o mas

⁵⁴⁸ Ver Supra texto 2.2.1.

⁵⁴⁹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 475.

⁵⁵⁰ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 476.

⁵⁵¹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 296; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 481.

bien, de los requisitos de no incorporación, estas reglas, a diferencia de una labor interpretadora *stricto sensu*, no se pronuncian sobre cual será la voluntad de las partes, no interpretan sus declaraciones negociales, sino que se limitan a acotar el contenido regulador de un contrato cuando existen cláusulas contradictorias que individualmente pueden ser perfectamente claras, y esta acción de determinar que cláusulas son o no son parte del contrato, mas que una tarea interpretativa es una actividad propia de la incorporación⁵⁵².

La regla de la prevalencia no requiere ninguna labor exegética ni en su sentido más específico, prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales, ni en el más relativo, prevalencia de las cláusulas que favorezcan al adherente; la labor en ambos casos se reduce a una remisión, por la cual, entre dos cláusulas contradictorias, prevalece la que beneficie al adherente.

La misma regla se sigue en el caso que una cláusula oscura versara sobre algún elemento ya contenido en otra cláusula del mismo contrato siempre que esta no perjudique al adherente. La contradicción no tiene que ser evidente, basta, dice ALFARO⁵⁵³, que la condición general conduzca a una modificación de los derechos y obligaciones recogidos en el acuerdo individual en perjuicio claro está, del adherente.

La regla de la prevalencia, que ha sido desarrollada por la jurisprudencia⁵⁵⁴, parece legataria del principio contenido en el artículo 1281 del Código Civil que da preferencia a la voluntad real de las partes sobre la voluntad declarada, por el que, se realiza una averiguación de la voluntad que no ha quedado claramente plasmada en el contrato, atendiendo a las circunstancias que rodearon la celebración del contrato (arto.1282 CC).

El precepto de la regla de la prevalencia en la ley queda justificado por el supuesto de que una cláusula particular de un contrato de adhesión, refleja mejor la voluntad de las partes que una cláusula general, pues aquella, “tiene por objeto

⁵⁵² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 488-489.

⁵⁵³ *Las condiciones generales...* cit. p. 300.

⁵⁵⁴ SSTS 18/01/1909, 24/02/1944, 06/10/1984.

alterar el contenido de las condiciones generales, sobreponiendo a estas un sentido mas concluyente y mas concretamente adaptado al caso singular”⁵⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, en cuanto que las cláusulas que deben prevalecer en un contrato son las que mejor reflejen la voluntad de las partes contratantes, no se puede ignorar que en los contratos de adhesión muchas veces las cláusulas particulares de un contrato también son predispuestas e incorporadas a una pluralidad de contratos, razón por la cual el legislador ha considerado que lo que debe prevalecer en caso de conflicto entre dos cláusulas, sean generales o particulares de un contrato de adhesión, es aquella que más beneficie al adherente y omitir aquellas que le puedan perjudicar.

Esto refleja claramente que la intención del legislador ha sido la de garantizar la protección del adherente de aquellas cláusulas que resulten abusivas, y no la prioridad de aquellas que se crea, encierran una voluntad común al estar contenidas dentro del clausulado particular⁵⁵⁶.

En los contratos con condiciones generales no puede hallarse una voluntad común dentro de la redacción de la cláusula y por ello la prevalencia no será siempre de la cláusula particular como inclusiva de esa voluntad, si bien la autonomía de la voluntad ejercitada libremente garantiza la existencia de un consentimiento sobre determinadas cláusulas, no puede entenderse consentidas dos cláusulas contradictorias, y como sanción para quien ocasiona esa oscuridad o contradicción, el ordenamiento ha dispuesto que se beneficie a quien no participa en la redacción.

Se advierte si, que esta prevalencia de cláusula mas beneficiosa no debe ser de aplicación irrestricta, ello conlleva un análisis de distintas cláusulas estrictamente particulares y negociadas, sobre las que no se puede llevar a cabo una intervención injustificada, por formar parte del espacio privativo de la

⁵⁵⁵ STS 24/02/1944.

⁵⁵⁶ PAGADOR LÓPEZ, cit. p. 519; con opinión contraria, J. FERRER RIBA, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, DíEZ-PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (coordinadores), Civitas, Madrid, 2002, p. 381-382.

autonomía de la voluntad, o del espacio de operación de las reglas de mercado⁵⁵⁷ además de que la mínima diligencia exigible a los adherentes supone que estos tengan un conocimiento previo de las condiciones que constituyen un punto de partida para las negociaciones, como son las condiciones particulares⁵⁵⁸.

Éstas se encuentran legitimadas por la declaración de voluntad y el consentimiento. Junto a estas se encuentran las cláusulas que, aunque son impuestas unilateralmente, lo son para un contrato específico, y no pueden considerarse cláusulas generales por faltarles el carácter de generalidad⁵⁵⁹, no entran en el terreno de las condiciones generales y su interpretación se realiza conforme las reglas del Código Civil para los contratos en general⁵⁶⁰.

5.2. La regla *contra-proferentem* / *pro-adherente*

Esta regla, que pareciera homóloga de la regla contenida en el artículo 1288 del Código Civil, por la cual la interpretación no deberá favorecer a la parte causante de la oscuridad, está contenida de manera distinta en la Ley de Condiciones Generales, lo que nos lleva necesariamente a hacer un análisis desde otra perspectiva que el que pudiera resultar de la interpretación del arto. 1288.

Mientras la regla del Código Civil parte de un supuesto negativo, *contra stipulatorem*, sancionando al causante de la oscuridad, es decir una sanción por una indebida conducta negocial: el deber de hablar claro⁵⁶¹, la regla de la ley parte

⁵⁵⁷ Como la fijación del precio, que casi siempre resulta impuesto de manera unilateral, son cláusulas que, además de quedar incluidas dentro del ámbito de la autonomía privada por el consentimiento, quedan fuera del de protección de las condiciones generales, por las reglas de mercado.

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ DE ALAIZA & PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ob. Cit. p. 1618.

⁵⁵⁹ En la doctrina, PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p 519; J. FERRER RIBA, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p 371 y 382; Cfr. STS 30-05-1998, que considera un contrato, cuyas condiciones habían sido prerredactadas por una de las partes, como negocio convenido libremente. En este sentido, el concepto de condición general de la Ley es más estricto que el de su origen, la Directiva.

⁵⁶⁰ J. MIQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999 p 69.

⁵⁶¹ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit.; en sentido contrario opina LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Ob. Cit. p 52, que no se trata de una sanción para quien provocó la oscuridad y que, en vista de la imposibilidad de disipar la oscuridad con el auxilio del resto de normas de interpretación (subjetivas), ha sido necesario, para lograr una interpretación objetiva, que de esta no se desprenda un favor a quien lo cometió, o dicho de otro modo, no produzca un perjuicio injusto a quien la sufre.

de un supuesto positivo, *pro adherente*, persiguiendo la protección jurídica de la parte débil, favoreciendo a la víctima de aquella conducta indebida, en cuanto ésta no participó en la formulación de la cláusula oscura⁵⁶².

Una interpretación literal del precepto expresado en sentido positivo obligaría a considerar que lo que el legislador ha querido es que se favorezca al adherente sin necesidad de causar un “perjuicio” al predisponente. La norma en sentido negativo en cambio ha sido objeto de variadas interpretaciones que⁵⁶³, con lo cual, el proceso de interpretación se torna muy arbitrario, pudiendo una sola cláusula ser entendida en varios sentidos y, prácticamente, según los ánimos y la escuela del intérprete⁵⁶⁴.

Con ello concluimos que la formulación de ambas reglas no es la misma y que no puede ser la misma la consecuencia de su aplicación, por que la frase “que no cause un beneficio” no significa necesariamente “que cause un daño”, las diversas apreciaciones del artículo del Código Civil ponen en evidencia una terrible inseguridad jurídica en materia de interpretación contractual, y la labor del juez se presenta difícil y peligrosa.

Sin embargo, algunas veces tanto la doctrina⁵⁶⁵ como la jurisprudencia coinciden en considerar los preceptos del Código y de la Ley como similares, considerando sobre todo que los presupuestos de aplicación del 1288 CC, además de una inequívoca oscuridad, requieren que ésta sea imputable a una de las

⁵⁶² Así se expresa la jurisprudencia en SSTs; 04-02-1972 y 22-02-1979, 21-04-1998, 08/03/2000.

⁵⁶³ Entre otras: 1) La interpretación no exige un beneficio para el adherente ni una sanción para el predisponente, tan solo que no implique beneficio para este último, (LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil...* cit. p 52); 2) La interpretación exige una sanción para el predisponente, y esto es que entre dos opciones, una que lo perjudique y otra que no lo haga pero que tampoco lo beneficie, deberá tenerse a la que lo perjudica, así, PABLO CODERCH / JUAN ANTONIO RUIZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Ob. Cit. p 389); 3) La interpretación al exigir una sanción al predisponente implica un beneficio al adherente (PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p 556).

⁵⁶⁴ Atendiendo a esto, una cláusula de dudoso significado podrá ser interpretada en beneficio de ambas partes –adherente y predisponente- si se cree que no tiene que haber un perjuicio para el predisponente; o por el contrario, en perjuicio del predisponente, aunque esto no conlleve un beneficio para el adherente; o incluso, que priorizando el beneficio para el adherente, importe poco la consecuencia para el causante de la oscuridad.

⁵⁶⁵ GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos...* cit. p. 201-203; LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil...* cit. p. 54 con citas de las sentencias del Tribunal Supremo de 14/04/1959, 31/03/1977, entre otras.

partes⁵⁶⁶, es decir, va dirigida a los contratos de adhesión⁵⁶⁷ y excluye de su ámbito de aplicación las dudas provenientes de una cláusula negociada, en cuanto resultaría injusto atribuirle a alguna de las partes la responsabilidad de la formulación, cuando no se conoce con certeza al responsable⁵⁶⁸.

Este criterio ha sido seguido por los Tribunales antes de la entrada en rigor de la ley de condiciones generales, estableciendo que “el principio de que la interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio del redactor o instigador de la cláusula oscura, reconociéndose así una interpretación contra proferentem vel contra stipulatorem, como sanción por falta de claridad al expresarse”⁵⁶⁹.

De ahí, que adquiera tanta importancia delimitar el alcance y ámbito de aplicación del 1288 CC, que, de no ser por que resulta sin duda ninguna, el mismo del artículo 6.2 de la ley de condiciones generales, talvez esta sea la razón por la que muchos autores encuentran que, en el plano de las consecuencias jurídicas de la aplicación de la regla interpretativa, ninguna alteración o innovación ha supuesto la ley de condiciones generales con relación a la ya existente en el Código Civil⁵⁷⁰.

Por lo anterior hemos de concluir que lo que se proclama con la inclusión de esta regla en la Ley de Condiciones generales, más que un perjuicio a quien

⁵⁶⁶ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ MARÍN, *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo II, Ob. Cit. p. 2289, en este sentido la STS 13/12/1986.

⁵⁶⁷ “... el principio de interpretación contra preferente y correlativa ventaja para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en la redacción es aplicable, solamente, en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión...” (STS 09/11/1979), y en el mismo sentido: “... el artículo 1822 ha sido desarrollado jurisprudencialmente en cuanto se relaciona con los contratos de adhesión, estableciendo el principio que dicha interpretación ha de efectuarse en el sentido de conducir el perjuicio al redactor o instigador de la cláusula oscura...” (STS 08/03/2000, RJ 2000, 1510).

⁵⁶⁸ ALFARO, *Las Condiciones Generales...* cit. p. 323-324.

⁵⁶⁹ Sentencias del Tribunal Supremo de 04/02/1972, 22/02/1979, 21/04/1998, citadas por J. ALMAGRO NOSETE, *Comentarios del código Civil*, Ob. Cit. p 662; en sentido contrario, y siempre al amparo del 1288 CC, los tribunales se han pronunciado a favor de una interpretación pro adherente de una cláusula con más de un sentido legítimo, así SS TS 11/10/1977, 27/09/1996. Así mismo STS 20/03/2002 (La Ley 4171/2002) ‘Las dudas en la interpretación de las cláusulas contractuales deben resolverse en contra de quien las ha redactado’. En sentido parecido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 707.

⁵⁷⁰ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 553.

causa la oscuridad, es una interpretación favorable a quien podría perjudicar dicha oscuridad sin tener responsabilidad alguna en su inclusión como cláusula, este beneficio implica de manera indirecta un “no favorecimiento” para el predisponente, solo por considerar el hecho de que la cláusula no quedará redactada, y en consecuencia no incorporada, en el modo que lo tenía establecido.

5.3. Las reglas de interpretación del Código Civil⁵⁷¹

Las reglas de interpretación, en conjunto, solo sirven para dilucidar dudas sobre la letra de un texto, no son elementos de recomposición, en este sentido, las disposiciones del código civil son aplicables a las condiciones generales en cuanto la ley no haya previsto algún supuesto de duda contractual, aunque se dice que las normas de la ley de condiciones generales toman de las del código civil solo aquellas que son aplicables según la naturaleza del contrato, y excluye por ejemplo las reglas de interpretación subjetivas que tratan de indagar sobre la voluntad común de las partes⁵⁷².

Visto en otra perspectiva, parece que, pese a la letra de la ley, deben prevalecer las normas contenidas en el código civil en cuanto las reglas específicas no son suficientes, ya que su finalidad se circunscribe a la protección del contratante débil⁵⁷³.

Lo cierto es que, las reglas de interpretación del código civil deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social y económica del tiempo en que han de ser aplicadas, y es innegable que esta realidad ha sufrido un cambio bastante significativo, con la contratación en masa⁵⁷⁴.

En líneas generales, ante la exigencia de adaptación de las reglas interpretativas al nuevo hecho social, encontramos acertado un parangón entre

⁵⁷¹ El artículo 6.3 de la Ley de condiciones generales que remite a las reglas de interpretación del código civil, fue impugnado ante el Tribunal Constitucional (BOE 29/07/1998), y luego desistido el recurso por el gobierno de Navarra (Auto TC 14/03/2000, BOE No. 72 de 24/03/2000).

⁵⁷² MÍQUEL RODRÍGUEZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales...* cit. p. 70.

⁵⁷³ JOAN EGEA FERNÁNDEZ, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 416 ss.

⁵⁷⁴ DIAZ ALABART, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales* cit. p. 232.

estas y las nuevas normas especiales contenidas en la ley de condiciones generales en cuanto, con la regla de la prevalencia prevalece la intención evidente sobre las palabras, se atienden los actos de los contratantes (No hay analogía, el acto de una de las partes se reduce a la adhesión), se comprenden solo los actos que las partes quisieron (interpretación restrictiva que puede compararse con la regla de las cláusulas sorprendentes), se interpretan en el sentido mas adecuado para que el contrato surta efectos (Principio de la persistencia del contrato Arto. 10 LCGC), interpretación conjunta de las cláusulas (En el caso de que una cláusula resulte aparentemente oscura pero a la luz de otras pueda entenderse claramente un sentido que no resulte lesivo para el adherente), interpretación conforme a la naturaleza y objeto del contrato, se considera el uso y la costumbre del país (Se ha dicho que las condiciones generales deben ser interpretadas de acuerdo a la realidad), interpretación contra quien produjo la oscuridad (Regla pro adherente), hay reciprocidad de intereses (No hay analogía, siempre se interpretará a favor del adherente)

5.4. Efectos de la interpretación de los contratos

Aunque el ámbito de interpretación contractual se encuentra muy limitado por las condiciones generales; por que para efectos de recomposición, los contratos con condiciones generales encuentran mayor auxilio en los elementos de integración; su eficacia, deriva del temor producido en los predisponentes de resultar perjudicados por una interpretación en su contra de las cláusulas que él mismo ha redactado de manera oscura –presumiendo mala fe-, que atienda únicamente a los intereses del adherente.

Detrás de estas reglas subyace un principio de protección de los excesos producidos por las desequilibradas relaciones contractuales, un principio de reequilibrar el contrato, dándole a la parte adherente de la relación, al amparo de la legislación, las herramientas contra una deliberada y arbitraria unilateralidad, lo que obligará al predisponente a redactar cláusulas mas claras y comprensibles⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ No obstante, no basta que la cláusula sea clara y comprensible, que bien puede ser abusiva, el orden de las cosas exige que superen el control de contenido para ser eficaces.

6. La debida diligencia del adherente como supuesto de incorporación

6.1. El deber de Informarse

El 21 de abril del 2010, un diario madrileño publicaba la noticia de una venta en masa de almas inmortales⁵⁷⁶, unas 7500 almas habían sido vendidas a una tienda de videojuegos mediante unas condiciones generales aceptadas por sus clientes, en las que se estipulaba que *“Al enviar una orden de compra por la web el primer día del cuarto mes del año 2010, Anno Domini, estás de acuerdo en concedernos la opción no transferible de reclamar, por ahora y para siempre, tu alma inmortal. Si deseamos ejercer esta opción, permitirás rendir tu alma inmortal y cualquier reclamación que puedas tener sobre ella en un plazo de cinco días laborales tras recibir tu notificación escrita de Gamestation o uno de sus secuaces debidamente autorizados”*, además, en las condiciones generales se establecía un enlace particular para rechazar esta cláusula en caso de que el cliente no estuviera conforme y quisiera proceder con la transacción.

Obviamente se trata de una cláusula ilícita que ni siquiera puede ser considerada abusiva, pero evidencia una realidad cotidiana: los adherentes no leen las condiciones generales.

El ordenamiento ya ha tenido en cuenta este hecho y por eso ha establecido la cognoscibilidad como requisito para el conocimiento del adherente, y la buena fe como un deber de transparencia en la información a fin de que los adherentes conozcan el alcance y trascendencia de las condiciones generales bajo las cuales quedan sometidas sus relaciones contractuales, y de esta manera concurra un verdadero consentimiento sobre su contenido.

La incorporación de las condiciones generales y su validez como cláusulas contractuales se encuentran condicionadas al cumplimiento de ciertas cargas informativas y de redacción, tal regulación parte del principio, básico en derecho

⁵⁷⁶ El Mundo online, 21 de abril de 2010
<http://www.elmundo.es/mundodinero/2010/04/20/economia/1271784338.html>

de obligaciones, de que solo puede consentirse aquello que se conoce⁵⁷⁷, de ahí que esta exigencia recaiga en una sola de las partes, como es lógico por la anatomía del contrato cuyo contenido se establece por vía de predisposición unilateral.

Sin embargo, la buena fe no exige, al menos en apariencia, que a estos deberes y obligaciones que la ley impone a los predisponentes le correspondan un correlativo deber de informarse de la parte a quien va dirigida la aplicación de dichas condiciones generales. En la distribución de estos deberes, el adherente tiene propiamente un derecho a recibir la información que sea relevante en la decisión de contratar, y no un deber de procurarse la misma mediante una lectura pormenorizada de farragosos clausulados⁵⁷⁸.

Quizás la falta de una regulación específica que respalde la validez de las condiciones generales y su respectiva incorporación al contrato, aún cuando no hayan sido conocidas por el adherente cuando existió la posibilidad real de que si lo fueran, se deba a la perspectiva con la que han sido creadas la ley de Condiciones Generales y la Directiva Comunitaria que le dio origen, y que hoy día sigue siendo el respaldo de los argumentos proteccionistas de los adherentes, especialmente cuando se trata de consumidores y usuarios.

Por una parte se considera que existe una falta de consentimiento, que reconoce abiertamente que los adherentes no leen las condiciones generales y al no leerlas no puede presumirse voluntad que encierre un verdadero consentimiento, pero si se genera una confianza legítima en el adherente que le permite despreocuparse por la conclusión del contrato, gracias a la ley que le protege, y que además le exime de ser reprochado por la no lectura de las condiciones generales y sería sarcástico que el predisponente reprochara al adherente no haber descubierto los inconvenientes que le representan ciertas condiciones generales⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ SAP Asturias, No. 300/2004 de 20 de septiembre (JUR 2004/277965)

⁵⁷⁸ PERTÍÑEZ VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, ob. cit. p. 38.

⁵⁷⁹ MÍQUEL, *Comentarios...* ob. cit. p. 943, y en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ob. Cit. P. 717 “Contratar cerrando los ojos ante las condiciones generales es una necesidad de la sociedad de consumo, no solo un problema de los consumidores, sería

Esta falta de lectura también implica que no exista un verdadero mercado de las condiciones generales, por que al no leerlas no hay un incentivo a la mejora de las mismas, por que las decisiones de contratar o no, no se basan en ellas, sino en la relación calidad precio que a veces conlleva que las empresas empeoren su condicionado general.

El funcionamiento “anómalo” del mercado de las condiciones generales también es parte de los argumentos que sostienen esta tesis, las partes no llegan a tener un conocimiento suficiente del mercado, bien sea por falta de transparencia, bien por exceso de información que hace demasiado gravosa la indagación completa, por lo cual es lícito entrar a regular el mercado⁵⁸⁰.

A esto se le suma el elevado costo económico y de tiempo que conlleva informarse para tomar una decisión en función de las diferentes condiciones generales conllevaría su lectura, superan las ventajas que podrían obtenerse desde el punto de vista económico, y su exigencia atenta contra la función principal de las condiciones generales, que es la celeridad del tráfico contractual⁵⁸¹, por lo tanto no puede imputársele a los consumidores una negligencia por no leer las condiciones generales⁵⁸².

El conocimiento de las condiciones generales aún cuando sean legibles y comprensibles, requiere un sobre esfuerzo por parte del adherente, que va más allá del que la buena fe permite exigir a un contratante, por la extensión de las condiciones generales y sobre todo por su complejidad técnica que en ocasiones amerita la ayuda de un profesional, de manera que el adherente no tiene la

descabellado exigir al consumidor un estudio, comprensión o simple lectura de las condiciones generales y su comparación con las de los distintos competidores”.

⁵⁸⁰ Objeto y precio; así, MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato* p. 403, contrario sensu, PAGADOR LÓPEZ, *Las condiciones generales...* p. 281, 284.

⁵⁸¹ La lectura y comparación de las condiciones generales es indeseable por suponer una restricción a la celeridad del tráfico económico, así PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* ob. cit. p. 36; pero no hay que olvidar que también una carga excesiva para los profesionales tendría como consecuencia una innecesaria lentitud del este tráfico contractual, caracterizado por la necesidad de agilidad y rapidez en las transacciones, LLOBET I AGUADO, *ob. cit.* p. 97.

y para compensar estas cargas, no habría más que cada parte se responsabilizara de lo que le toca, al profesional, ser claro y transparente en la información, y al adherente, asumir con responsabilidad.

obligación de conocer las condiciones generales aunque el predisponente le haya dado una oportunidad de conocerlas⁵⁸³.

El ordenamiento ha consagrado la inexigibilidad de la lectura de las condiciones generales al establecer un control a posteriori sobre la validez de las mismas, la existencia de un control del contenido genera en el adherente la confianza de que no necesita preocuparse por la lectura de las condiciones generales por que si hay cláusulas abusivas, puede contar con que el ordenamiento no admitirá la validez de las mismas.

Esta inexigibilidad se hace más evidente en los ordenamientos que consagran la regla de las cláusulas sorprendentes –como el alemán- que demuestra que el deber de diligencia no incumbe la lectura de las condiciones generales, puesto que si así fuera, el adherente no podría invocar la nulidad de una cláusula cuyo efecto sorprendente podría haber sido eliminado con la lectura del clausulado⁵⁸⁴.

Sin embargo, a nuestro juicio, la tesis de la expectativas legítimas y cláusulas sorprendentes excluye aquellas condiciones generales que por desidia o negligencia del propio adherente que teniendo la oportunidad de conocerlas y cuyo contenido es equilibrado, no conoció, y contrató a ciegas basado en creencias gratuitas. Si la cláusula es sorprendente por que no es clara, ni transparente o no se entiende su contenido, la teoría es válida, pero si la cláusula le resulta sorprendente por que no la leyó y no se la esperaba en un contrato como ése, se trata de una negligencia de la parte, quien deberá asumir su responsabilidad al respecto.

Precisamente el control de transparencia y claridad en las cláusulas se da para que le pueda ser imputado al adherente el conocimiento de las prestaciones que asumen las partes en un contrato⁵⁸⁵.

⁵⁸² ALFARO, *Las Condiciones Generales...* ob. cit. p. 175; MÍQUEL, *Comentarios...* ob. cit. p. 943

⁵⁸³ PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* ob. cit. p. 35

⁵⁸⁴ PERTIÑES VILCHEZ, *Las cláusulas abusivas...* ob. cit. p. 90

⁵⁸⁵ MÍQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Ob. Cit. p. 726.

No es admisible que alguien pueda beneficiarse de su propia falta de diligencia, si el adherente rehúsa la información que el predisponente pone a su disposición actúa en su propio perjuicio y la doctrina de las expectativas legítimas no ampara la mala fe del adherente ni su conducta negligente⁵⁸⁶. Es quizás una carga semejante a la que impone de manera indirecta el artículo 7 CC⁵⁸⁷, que obliga al ejercicio de los derechos conforme con la buena fe.

Quizás se pueda encontrar un leve indicio de una exigencia de la diligencia debida cuando la oportunidad real de conocer las condiciones generales da pie a su incorporación, medie o no medie diligencia del adherente, la debida diligencia del predisponente garantiza la validez de las cláusulas y esto de facto, obligaría a los adherentes a informarse debidamente para evitar ser sorprendidos con cláusulas con las que no contaban.

Pero a falta de una regulación específica sobre la debida diligencia del adherente, y a diferencia por ejemplo del ordenamiento italiano, cuyo código civil impone la debida diligencia para conocer las condiciones generales⁵⁸⁸, es preciso acudir al sentido común y normas básicas sobre el derecho común, si todo derecho lleva aparejado una obligación, entonces los adherentes que tienen derecho por ley a recibir una información transparente –y todo lo que ello conlleva- se encuentran en la obligación de ser diligentes en la contratación que realizan.

Pareciera que es mediante el establecimiento de los requisitos de incorporación y la consiguiente posibilidad de conocimiento del contenido de las

⁵⁸⁶ BALLESTEROS, ob. cit. p. 176.

⁵⁸⁷ El artículo 7 CC protege la confianza del deudor (en este caso deudor de derechos) de que los derechos del acreedor no serán ejercitados de una forma que el deudor no podía esperar a tenor del contenido del contrato y su desarrollo. CARRASCO PERERA, ÁNGEL, *Derecho de Contratos*, Ob. Cit. p. 522. Extrapolando, la buena fe exige que el adherente se comporte respetando las expectativas legítimas del predisponente, y un predisponente que de buena fe ha proporcionado la información sobre las condiciones generales, no puede esperar menos que el adherente se informe y no alegue desconocimiento cuando ha tenido la oportunidad real de conocerlas.

⁵⁸⁸ Arto. 1341 CC Italiano: “...las condiciones generales obligan si las conoce o si las hubiera conocido usando la debida diligencia...”

condiciones generales, que se establece ese deber de diligencia del adherente en la lectura y comparación de los diferentes clausulados⁵⁸⁹.

En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias No. 300/2004 de 20 de septiembre (JUR 2004/277965), “...somete la incorporación y consiguiente eficacia vinculante de tales condiciones generales al cumplimiento por el predisponente de tres requisitos (...). De ello se deriva que no puede imputarse a la otra parte la negligencia que implica en el adherente el firmar un contrato sin haber leído sus cláusulas una vez que se ha dado oportunidad y ocasión para ello.”

Si el problema es la falta de transparencia o el exceso de información, lo que hay que regular es eso precisamente, y no el mercado, es decir a través del control formal o control de incorporación de las condiciones generales, la ley debe garantizar la transparencia debida y la información justa para que el mercado funcione, para que los consumidores puedan adoptar decisiones concientes y responsables a la hora de elegir contratar un servicio o comprar un producto y los demás fallos del mercado que no permitan al consumidor elegir con base en una relación calidad/precio, serán corregidos por el derecho de la competencia, no por el derecho contractual⁵⁹⁰.

La transparencia de las condiciones generales sirve para que el adherente pueda exigir sus derechos, cumplir sus prestaciones, y no le sean exigidas cargas y obligaciones que no le corresponda asumir de acuerdo a la naturaleza misma del contrato, pero este deber de transparencia del predisponente sería vano si frente a ella no existiese un receptor de la información diligente y que quede obligado a cumplir –habiendo leído o no- las condiciones generales.

⁵⁸⁹ LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, ob. cit. p. 97, 98, en contra opina PERTÍÑEZ VILCHEZ, quien afirma que si esto fuera cierto no podría justificarse un control a posteriori fundamentado en el desconocimiento de su contenido, *Las cláusulas abusivas...* ob. cit. p. 88, sin embargo este argumento de PERTÍÑEZ no tiene cabida, puesto que el control a posteriori del contenido contractual se realiza para determinar el equilibrio entre obligaciones y derechos y si respeta o no la Buena Fe, pero no para determinar si el adherente conocía o no la cláusula, siempre que éste tuviera oportunidad de hacerlo.

La exigencia de una diligencia debida del adherente en la suscripción del contrato, no excluye –como se piensa- la posibilidad de que las condiciones generales contengan cláusulas desequilibradas contrarias a la buena fe y que puedan ser declaradas como abusivas por un posterior control del contenido, sea por desconocimiento del adherente sobre la abusividad, sea por que las cláusulas por su propia naturaleza no se corresponden con la naturaleza del contrato.

El control a posteriori basado en el desconocimiento de las condiciones generales tiene sentido cuando el contenido sea abusivo por contrario a la buena fe y/o la información no sea transparente, pero no por un desconocimiento de las cláusulas imputable al adherente por una falta de diligencia.

La diligencia del adherente también sirve para buscar un equilibrio y valorar los distintos intereses de las partes que están en juego; el consumidor (adherente) cuya formación sea inferior a la que razonablemente pueda considerarse como media en una sociedad y momento determinados, deberá observar una conducta diligente, consistente en indagar el significado de las cláusulas que le resultan incomprensibles, y si a pesar de no comprender el sentido y alcance de determinadas cláusulas actúa negligentemente (incumple su carga de informarse) no podrá después ampararse en su desconocimiento para pretender la no aplicabilidad de aquellas, y deberá demostrar que ha observado una diligencia normal, si luego se queja de haber sido engañada⁵⁹¹.

Probablemente el deber de informarse no venga consagrado por la norma como un deber propiamente dicho y nada obliga al adherente a hacerlo, lo que constituya la carga en una acción no imperativa del propio interés, pero si el predisponente garantiza la cognoscibilidad o la posibilidad de conocer las condiciones generales, el adherente que no lee las condiciones generales quedará obligado a las cláusulas, no pudiendo alegar falta de información en el caso que una cláusula le pareciera desproporcionada.

⁵⁹⁰ CÁMARA LAPUENTE, *El control de las cláusulas abusivas...* ob. Cit. P. 93

⁵⁹¹ LLOBET I AGUADO, *El deber de información en la formación de los contratos*, ob. cit. p. 41, 97

Frente a la obligación de informar del predisponente, se encuentra un deber de informarse del adherente -aunque quizás éste se encuentre aminorado por las exigencias de la buena fe contractual⁵⁹²;- el deber cumplido del primero determina la inviabilidad de cualquier alegato acerca de la no incorporación de las condiciones generales, tal como sucede en la doctrina tradicional con el error obstativo⁵⁹³, que se considera no alegable cuando fuese culpable, y la declaración defectuosa produce los mismos efectos que la correcta, si quien declara, no actúa con la debida diligencia⁵⁹⁴.

“Una elemental prudencia exige la previa lectura de aquello que se está aceptando con la firma...” Sentencia Audiencia Provincial Asturias No. 300/2004 de 20 de septiembre.

Si el adherente no lee las condiciones generales, lo que queda al margen del ordenamiento jurídico, no puede hablarse de una falta de consentimiento, y tampoco el hecho de que las lea garantiza o incrementa la licitud de las mismas, pero aunque el consumidor no las lea, se entiende que queda vinculado a las condiciones generales, por el derecho dispositivo, en aras de la buena fe⁵⁹⁵.

En los contratos con condiciones generales, los problemas no surgen por que una de las partes se encuentre en una posición dominante en el mercado, sino por que pretende desplazar las fuentes de integración del contrato entre las que está precisamente, la buena fe⁵⁹⁶. Si el predisponente pretende desplazar las

⁵⁹² En la dogmática tradicional del contrato esta carga informativa se sustenta en un principio de paridad. En los contratos con condiciones generales la imposición de una mayor carga informativa al predisponente respecto a la carga de informarse del adherente puede considerarse una consecuencia de la buena fe, así, PERTÍÑES VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Ob. Cit. p. 28, y ahí mas citas

⁵⁹³ STS 14/06/1943, “... *Un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por quien haya incurrido en él para anular la declaración...*” La vieja teoría del error reconoce que este solo será causa de nulidad cuando no exista culpa de quien sufra el error, entre otros, SAVIGNY (V. GUILARTE GUTIÉRREZ, “El control de inclusión de las condiciones... cit. pp. 1105 ss.).

⁵⁹⁴ F. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Ob. Cit. p. 126.

⁵⁹⁵ EMPARANZA, ALBERTO, “La Directiva Comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español”, *RDM*, No. 213, 1993, p. 486. En el mismo sentido, CLAVERÍA GOSÁLVEZ, “La predisposición del contenido contractual” *Ob. Cit.* p. 673, y LACRUZ BERMEJO, *Elementos del Derecho Civil II*, Ob. Cit. “El hecho de que el adherente quede vinculado a cláusulas desconocidas por él, es explicable en cierto modo por la buena fe.

⁵⁹⁶ MÍQUEL GONZÁLEZ “Reflexiones sobre las condiciones generales”, Ob. Cit. p. 4946.

fuentes de integración del contrato pero la ley lo evita, y lo obliga a integrarlas, no hay razón para eximir al adherente de las cargas propias de las partes contractuales.

Una vez nivelado el esquema de igualdad formal, mediante la buena fe como criterio de validez y efectividad de las cláusulas, y que es la que el derecho contractual debe regular, es decir, la efectiva formación del consentimiento, la libre voluntad de contratar, el respeto a las expectativas legítimas, y el respeto al equilibrio entre obligaciones y derechos; no se justifica que el adherente quede eximido de las cargas que le corresponden como contratante.

El consumidor y usuario de los contratos de seguro, por ejemplo, están obligados a declarar el riesgo, y podría con base a ello imponérseles un deber de informarse:

“El deber de declaración exacta del asegurado en cuanto a la designación de la cosa, ha de ser relacionado con la calificación del seguro como contrato informado por la buena fe y con la ponderación del posible riesgo, agravado con la declaración desleal del tomador de seguro...” Sentencia Tribunal Suprema 8 de febrero de 1986.

6.1. El proteccionismo consumerista

Es más fácil desplazar las propias responsabilidades, riesgos y decisiones en un tercero, que piensa y decide por uno, máxime si ese tercero es el Estado, lo que no significa que eso resulte lo más acorde a la dignidad de la persona⁵⁹⁷.

“La excesiva protección puede también llevar a considerar al consumidor como una suerte de incapaz, y tendría consecuencias negativas respecto a la capacidad de los ciudadanos tanto para realizar decisiones conscientes, a partir de una reflexión sobre riesgos y beneficios, como para asumir responsablemente las consecuencias de tales decisiones, destacadamente en el campo de la contratación

⁵⁹⁷ BUSTOS PUECHE, “Juicio Crítico al pretendido derecho de consumo” Ob. Cit. p. 967

y por otro lado desvirtuaría los principios de autodeterminación y autoresponsabilidad, fundamentales para la existencia de una sociedad verdaderamente libre.⁵⁹⁸

Aún admitiendo la necesidad de protección de los consumidores como sector específico del mercado, hay que recordar que los excesos de proteccionismo tienen consecuencias perjudiciales en los mismos protegidos, respecto a la misma situación de la que se le pretendía proteger:

Así por ejemplo, la legislación protectora de los arrendatarios paralizan el mercado de alquiler de viviendas, o la relativa a la seguridad de los productos, que puede determinar un mayor descuido de los consumidores como desincentivar las inversiones de los empresarios en seguridad ante la circunstancia de tener que hacer frente a las indemnizaciones de todas formas, lo que repercute directamente en el precio de los productos y efectivamente en la masa de consumidores con menos poder adquisitivo. Además esa sobre protección puede limitar en cierto modo la competencia, afectando la productividad y nuevamente, al consumidor⁵⁹⁹.

De lo que se trata es de encontrar el equilibrio adecuado para una política de protección que sitúe al consumidor en una posición de igualdad frente al profesional, pero no de superioridad⁶⁰⁰.

De no aceptar que se establece esta debida diligencia estaríamos haciendo proliferar un derecho de “masas” en estricto sentido de la palabra, no de gente pensante, y el derecho no está hecho para las masas sino para los hombres, que se vuelven masa cuando no razonan sus actos y no asumen las consecuencias inmediatas, posibles y probables de sus acciones.

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE “Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, en *ADC*, 1994, p. 53

⁵⁹⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Ob. Cit.* p. 52.

⁶⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE “Trascendencia del Principio de Protección a los consumidores en el derecho de obligaciones”, *Ob. Cit.* p. 53.

CAPÍTULO IV
LA INEFICACIA DE LAS CONDICIONES GENERALES
NO INCORPORADAS

1. La No incorporación de las condiciones generales y la nulidad parcial del contrato

Las consecuencias de la no incorporación de una cláusula o de la declaración de abusividad son exactamente las mismas, las cláusulas que encajan en cualquiera de estos aspectos, serán ineficaces y por lo tanto no vinculantes para las partes que se adhieren. El régimen sancionador al que se encuentran sometidas las condiciones generales establece como efecto para ambas acciones, la nulidad de las cláusulas, remitiéndonos además a las reglas reguladoras de la nulidad contractual.

En este sentido la diferencia entre cláusulas nulas y cláusulas no incorporadas es meramente conceptual, las unas contrarían al derecho imperativo o prohibitivo y las otras incumplen las cargas de información debida, sin olvidar el hecho que una de las más novedosas y afortunadas certezas de la ley: la acción de nulidad en procesos colectivos, está destinada a cláusulas que adolecen de abusividad no de falta de incorporación.

La paridad de sanciones ha sido cuestionada en virtud de la enorme diferencia entre la lesión producida en el adherente por una cláusula abusiva y la producida por una cláusula mal incorporada; la razón jurídica para justificar estas sanciones la constituye la finalidad proteccionista que encierra toda la letra de la ley, que se vería mermada en su esencia, si ante el incumplimiento de lo que pretende garantizar el consentimiento contractual se limitara a imponer una sanción menos estricta.

En efecto creemos que, con independencia de cual ha sido la causa de invalidez, lo que aquí importa es afectar lo menos posible al adherente y proteger al máximo sus intereses en cuanto no ha tenido nada que ver en la redacción o

incorporación de las cláusulas⁶⁰¹, pero, sin estar totalmente en contra de la opción del legislador, habría sido necesario, matizar un poco los efectos propios de las condiciones generales, una vez controladas, en atención al vicio –si se nos permite- del que adolecen.

Las condiciones generales son abusivas atendiendo a un control de contenido que tiene como referente un respeto por la buena fe y el equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, si ante esto, la opción del legislador ha sido la declaración de nulidad de las cláusulas que no cumplan este requisito, es posible entonces que se declare la misma cuando, contrario a las exigencias de la buena fe, no se cumplen con los requisitos de transparencia debida, que son la concreción de los requisitos de incorporación que la misma ley establece.

1.1. La nulidad parcial del contrato como regla general: El aforismo “*Utile per inutile non vitiatur*”

El Código Civil español carece de una regla general sobre nulidad parcial de los contratos que contengan cláusulas contrarias a derecho, lo que ha provocado un debate en la doctrina y el interrogante de si se trata en realidad de una regla o es más bien una excepción a la regla general de la nulidad total.

La doctrina se inclina por afirmar que la nulidad parcial es la regla y la nulidad total la excepción⁶⁰², aunque aparentemente en el Código Civil se establezca la fórmula inversa; una interpretación menos radical, bajo el auxilio de algunos artículos del mismo Código Civil y de diferentes normas especiales, nos ofrece la posibilidad de entender y fundamentar la nulidad parcial como regla

⁶⁰¹ En este sentido ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 345.

⁶⁰² ROYO MARTÍNEZ, “Transformación del concepto de contrato en el Derecho moderno” *RGLJ*, 1945, p. 159. DE CASTRO no admite abiertamente la regla general de la nulidad parcial en el Código Civil, en cambio, dice, “en casi todas sus instituciones pueden encontrarse casos en los que se imponga la validez parcial del negocio” (*El negocio jurídico*, cit. p. 493). En el ámbito de las condiciones generales, la idea se encuentra ampliamente respaldada, por la mayoría de la normativa específica sobre contratos celebrados con consumidores, así en la Ley de Contrato de Seguro, de Crédito al consumo, en la ley de ordenación del comercio minorista, la de arrendamientos urbanos, entre otras.

general, como manifestación del principio de conservación del negocio jurídico: *utile per inutile non vitiatur*⁶⁰³.

Pero este principio, no justifica por si solo la conservación del contrato, subyace junto a él un respeto a la voluntad de las partes, en virtud del cual, debe considerarse si aún sin la parte afectada, subsiste la voluntad de contratar; es decir, las causas de nulidad que solo afectan a una cláusula acarrearán la nulidad de tales cláusulas y no la nulidad de todo el contrato si, y solo, si, tras la modificación todavía existe el interés de los particulares de celebrar el contrato bajo las nuevas circunstancias.

Cuando un contrato se ve afectado por una cláusula nula la intención de las partes de celebrar el contrato no ha desaparecido, los motivos que dieron origen a la celebración del negocio subsisten a pesar de la modificación que involucra la declaración de nulidad, se opta por la conservación del negocio jurídico, a menos que esa nulidad afecte directamente a una cláusula que contenga los motivos por los que las partes contrataron, es decir que afecte directamente a la declaración de voluntad o que el resto del contrato no pueda subsistir sin la cláusula nula, o dicho de otro modo, la nulidad parcial es aplicable siempre que el contenido contractual resultante corresponda a la voluntad de las partes⁶⁰⁴.

Lo contrario atenta contra el principio de la buena fe, al intentar librarse las partes de una obligación contraída so pretexto de una modificación parcial;

⁶⁰³ Así, MA. L. MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*, Bosh, Barcelona, 1990, p. 93, refiriendo los artículos 641.2, 1155, 1115.1 y 1116, como fundamento de la persistencia del contrato, con citas de las SS TS de 21/12/1965, 04/03/1975, 07/11/1967 y otras. Hay que considerar además las normas especiales.

⁶⁰⁴ PERDICES HUETOS, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 522, quien expresa cierto recelo en la aplicación de la nulidad parcial; aunque la admite como la solución más conveniente; en cuanto puede el contenido resultante de la nulidad no corresponderse con la autonomía privada plasmada en la regulación contractual originaria y a la postre ineficaz; otros autores se inclinan por la nulidad parcial pero no por la primacía de la voluntad de las partes en que subsista el contrato sino por un principio de nulidad parcial coactiva, imperativo de la misma ley, así, GORDILLO CAÑAS, "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal" *ADC* 1975, Cfr. GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 99; en este mismo sentido, MA. L. MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación...* cit. p. 103. Por su parte, DELGADO ECHEVERRÍA & PARRA LUCÁN se inclinan también por la ineficacia parcial de manera que el contrato pueda ser integrado con arreglo a lo dispuesto del arto. 1258 Cc y con posterioridad valorar si la tacha de invalidez compromete o no la eficacia de todo el contrato, cit. p. 195.

especialmente si resulta que ella fue prevista o preparada por uno de los contratantes⁶⁰⁵.

La ley sobre condiciones generales opta de manera clara por la nulidad parcial, que aparece recogida como regla general y que solo puede conducir a la nulidad total del contrato cuando este se vea despojado de alguno de sus elementos esenciales, y que tal situación no pueda ser subsanada, por ninguno de los mecanismos de manipulación contractual que el legislador pone en manos del juez⁶⁰⁶.

Es el mismo principio rector que el de los contratos particulares el que inspira la opción del legislador, la conservación del negocio como manifestación del aforismo *utile per inutile non vitiatur*, y la voluntad persistente de las partes contratantes sobre la celebración del contrato, sobre todo, por que se trata de contratos donde la parte más débil de la relación –el adherente– resultaría la más afectada por la nulidad total, y a su vez la más interesada en el mantenimiento de la relación jurídica, es quien busca por que necesita los bienes y servicios, quien tiene que renunciar a la negociación para obtenerlos, quien se adhiere a condiciones predispuestas e incluso renuncia a algunos de sus derechos como parte contratante, en este contexto, las consecuencias de optar por la nulidad parcial, son ventajosas, si consideramos además, que las normas sustitutivas son normas de protección de unas determinadas clases contratantes⁶⁰⁷.

Se opta por la nulidad parcial por que se trata de garantizar el orden público, carácter del que participa la nulidad y que quedaría frustrado como finalidad de la norma si se anulara por completo el contrato⁶⁰⁸, de evitar las consecuencias negativas que la nulidad total tendría sobre el adherente cuando es

⁶⁰⁵ Esta es la opinión sostenida por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid.

⁶⁰⁶ CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, ob. Cit. p. 816 ss., anota sin embargo que hay una inconsistencia entre la ley de condiciones generales y el texto refundido de la ley de consumidores y usuarios en cuanto a nulidad total se refiere, puesto que en el caso de los consumidores se puede declarar la nulidad total cuando la subsistencia del contrato represente para el consumidor una inequitativa onerosidad.

⁶⁰⁷ MA. L. MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación...* cit. p. 163.

⁶⁰⁸ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 296.

éste el sujeto de protección de la norma⁶⁰⁹, de procurar que el adherente reciba lo que la ley quiere darle: la eliminación de las cláusula abusivas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada⁶¹⁰, de evitarle el riesgo al adherente de perder el contrato por ejercer su derecho a invocar la nulidad de una cláusula⁶¹¹, por esto, la posibilidad de declarar la nulidad total del contrato debe ser la última a la cual recurrir y considerando previamente requisitos fundamentales que lesionen los intereses de las partes, requisitos insubsanables.

La finalidad de la norma es mantener el contrato, mientras no se produzcan alteraciones sustanciales en los elementos esenciales ni en la justicia de las contraprestaciones, una vez se ha hecho la integración contractual. En este sentido, la consagración legal de la nulidad parcial satisface con mayor eficacia los propósitos tuitivos de la norma, por una parte elimina los preceptos indeseados del contrato pero por otra permite su conservación⁶¹².

Esta preferencia por la nulidad parcial es algo por lo que los Tribunales también se han sentido inclinados cuando se trata de resolver los conflictos surgidos en el marco de las contrataciones con condiciones generales, con algunas reservas particulares e incluso con contradicción de criterios al justificar sus decisiones, pero mostrándose siempre a favor de recurrir a la nulidad total como último recurso de nulidad contractual⁶¹³.

1.1.1. La nulidad parcial del contrato, no de cláusulas

⁶⁰⁹ F. DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos...”, cit. p. 337; “En la mayoría de los casos resulta mas beneficioso para el adherente que subsista el contrato parcialmente, que declarar la ineficacia total del mismo” GETE-ALONSO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 99.

⁶¹⁰ GORDILLO CAÑAS, “La nulidad parcial del Contrato con precio ilegal” *ADC*, 1975, p. 182.

⁶¹¹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 342.

⁶¹² García Vicente, “La contratación con consumidores” en *Tratado de Contratos*, ob. Cit. p. 1539.

⁶¹³ Es notorio el cambio que surge en la década de los 70, motivados quizás por las transformaciones en el derecho sobre consumo, a favor de declarar parcialmente nulo el contrato y la sustitución por el derecho imperativo aplicable apartándose de las directrices precedentes sobre nulidad total, Cfr. LÓPEZ FRÍAS, “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español” *ADC*, 1980 p 857 y ahí citas de las sentencias TS de 12/07/1979, 07/07/1980, 26/02/1983, 26/12/1984 ente otras; especial interés nos provoca la STS de 10/10/1977 que establece que dicha regla de invalidez parcial es la que debe prevalecer en nuestro derecho, toda vez que tal regla tiene su apoyo en el principio general del derecho sobre conservación de los contratos, entre otras circunstancias. STS 24/11/1983; 03/12/1984 (RJ 1984/6023): “hoy está admitida doctrinal y jurisprudencialmente la compatibilidad en un acto o contrato de pactos válidos y pactos nulos, sin que la nulidad trascienda a la totalidad del negocio”, y 22/04/1988.

Resulta arriesgado definir hasta donde opera la nulidad de una cláusula, para ello ha de recurrirse, en parte, a la autonomía de la voluntad e interpretar que fue lo que las partes quisieron contratar invocando los criterios estándares de interpretación, como al acto en sí mismo (estructura, significación, finalidad, accesoriedad etc.), “el juez ha de efectuar una valoración de la parte del contrato en su conjunto en el marco de la organización de intereses que las partes se hayan dado y decidir de acuerdo con la buena fe, como razonablemente, lo hubieran hecho las partes en el caso de que hubieran previsto la ineficacia de una parte del contrato, se trata pues de una valoración objetiva sobre la base de los datos aportados por las partes”⁶¹⁴, y en parte a la finalidad de la norma infringida, que también contribuye a determinar si se trata de una nulidad parcial o total del contrato.

La ley de condiciones generales se enmarca dentro del grupo de normas que opta por la nulidad parcial del contrato –pero nulidad total de la cláusula– cuando contiene una cláusula que adolece de abusividad⁶¹⁵, o no cumple los requisitos de incorporación, aunque sin especificar de forma clara hasta que punto debe valorarse la efectividad contractual, cuándo se considera que el contrato subsiste sin la cláusula no incorporada y cuándo debe tenerse en cuenta la nulidad total.

El inconveniente que presenta la integración contractual con condiciones generales, aunque parece más un problema de interpretación que de integración, es que la voluntad común de las partes no resulta determinante, en cuanto el adherente no ha participado en la configuración de las condiciones generales, por lo que, para efectos de nulidad e integración, la voluntad común se encuentra en el texto contractual, no en sus condiciones generales.

⁶¹⁴ Este es el criterio general que nos proporciona ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 338; pero con opinión personal contraria (cit. p. 344), para quien carece de sentido preguntarse si las partes hubieran contratado sin la cláusula, tal pregunta solo cabría respecto del predisponente.

⁶¹⁵ Sobre todo si se considera la lista negra de las cláusulas abusivas, como un indicador negativo de validez de determinadas cláusulas –“No son válidas”–, sin afectar al resto del contrato.

Por ello, en comparación con la labor integradora del juez en el contexto de los contratos negociados, la de los contratos con condiciones generales presenta mayor dificultad, ha de definir con extremo cuidado si la nulidad de la cláusula que no ha sido incorporada afecta a todo el contrato.

En el derecho comparado, concretamente el derecho anglosajón, se cuentan con un criterio de integración, que a la postre, se ha venido configurando en el sistema continental como la nulidad parcial de la cláusula, y llegado a confundir con las figuras de reducción y anulación, dando por sentado que ambas, mientras el sentido de la cláusula sea el mismo, corresponden a la misma labor integradora; es la conocida técnica del *blue pencil test*⁶¹⁶.

Puede que este sistema resulte eficaz cuando se trata de cláusulas nulas por abusivas –contrarias a la norma quizás- y que, eliminando la parte que se considera abusiva el contrato se integra con el resto de la cláusula por que ésta subsiste de manera equilibrada en relación del resto del contrato, contrario *sensu* las cláusulas no incorporadas han sido no incorporadas en su totalidad y por ello se considera nula, la consecuencia es una sanción a una deficiencia en los requisitos formales que no son divisibles, en muchos casos ni siquiera se tratará de cláusulas que no contrarían el derecho imperativo, pero su eficacia no es posible en la medida que el adherente no contó con su existencia por que no le fueron informadas de manera que garantizara su posibilidad de conocimiento. Queda descartada entonces, como criterio de nulidad parcial, la regla del *blue pencil test* en las cláusulas nulas por no incorporadas⁶¹⁷.

⁶¹⁶ Una Sentencia del BGH de 28/07/1984, un tanto insólita, en la que se ventilaba la acción de nulidad de una condición general que establecía que la caja de ahorros recibe un mandato irrevocable para llevar a cabo a cargo del cliente las transferencias de fondos y sobre la que el BGH se limitó a eliminar la palabra irrevocable, la doctrina consideró que el predisponente ha dispuesto una única regulación que el Tribunal debió someter en su conjunto, (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 348, 427, quien además nos recuerda que la reducción es una técnica de la nulidad parcial).

⁶¹⁷ Para ALFARO, el criterio del *blue pencil test* es un sistema que confía a criterios puramente formales el requisito de la nulidad parcial en cuanto la cláusula sea comprensible, (*Las condiciones generales...* cit. p. 348). Esto se refiere, creemos, a que una cláusula que contenga algunos elementos de nulidad pueda ser redactada en sentido que eliminándolo puede comprenderse, pero no a cláusulas que siendo incomprensibles –y por tanto no incorporadas- puedan convertirse en comprensibles; si, tras la integración del contrato, resulta una cláusula parecida a la que se eliminó, se concluye una afortunada coincidencia, producto de la labora integradora tras la nulidad total de una cláusula, y no puede de ahí deducirse una regla general que admita la nulidad parcial de la cláusula.

Ahondando lo preciso para establecer un criterio de nulidad válido, hacemos una breve referencia a los conceptos de cláusulas contractuales que la doctrina ha venido manejando según la experiencia; una cláusula puede ser considerada en sentido formal, como cada una de las partes en las que está dividido el contenido del documento, números, letras, puntos, etc., mientras que una cláusula, considerada en sentido material, es cada uno de los preceptos o contenidos de regulación autónomos de un contrato, Esto es, cláusulas consideradas como artículo dentro del texto, y cláusulas consideradas como norma de regulación⁶¹⁸.

A partir de esta concepción se admite que, dentro de una cláusula en sentido formal existan varias cláusulas en sentido material, por que un solo artículo o apartado del contrato puede contener diferentes regulaciones. De ahí que se cuestione si, la ley de condiciones generales tal y como se encuentra configurada, admite de alguna manera la nulidad parcial de una cláusula en sentido formal, o incluso, si la admite en sentido material.

En un sentido de interpretación estricta, la cláusula no incorporada, sea ésta formal o material, no puede ser objeto de una reducción al punto que una parte de ella pueda resultar ineficaz, la nulidad parcial afecta al contrato, y no precisamente por que la naturaleza de las condiciones generales sea la de eficacia meramente declarativa, por que de ser cláusulas contractuales procedería la nulidad parcial de las cláusulas (tesis que defiende y ataca respectivamente Alfaro).

La naturaleza contractual de las condiciones generales no se pone en tela de juicio, pero su regulación a través de un sistema jurídico muy particular permite que incluso cuando se refiere a las consecuencias y sanciones al incumplimiento del propio sistema, la normativa general sobre contratos se vea alterada en elementos esenciales como el que ahora nos ocupa.

⁶¹⁸ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 346.

La nulidad parcial de cláusulas por defectos de incorporación, resulta en absoluto incompatible con la finalidad de la ley, en primer lugar por que se persigue garantizar la cognoscibilidad y depurar el contrato de condiciones generales que no cumplan los requisitos de incorporación, aunque no resulten abusivas, en segundo lugar por que si dentro de una cláusula formal coexisten dos o mas cláusulas materiales, una que resulta admisible y la (s) otra (s) no, y el predisponente no las ha formulado por separado, debe asumir la consecuencia de la nulidad total de la cláusula formal por incumplimiento del requisito legal de claridad, en tercer lugar por que los términos: “nulidad de pleno derecho” y, “parte del contrato que resulte afectada”, que expresa la ley son indicadores de que la nulidad afecta a cláusulas en sentido formal, y no a partes de éstas (cláusulas en sentido material)⁶¹⁹.

Ahora bien, dando por hecho que es inadmisibile la nulidad parcial de la cláusula parece que la tarea delimitadora de la parte contractual nula se facilita, pero el juicio de nulidad parcial requiere que exista cierta compatibilidad entre la parte que resulta eficaz y los intereses originarios de los contratantes, de lo contrario no tendría caso, que, pese a haber eliminado la cláusula y el contrato haber cobrado sentido, mantenerlo si lo que queda no ha sido lo querido inicialmente por las partes, el contrato puede haber sufrido modificaciones sustanciales o transformaciones⁶²⁰ de tipo, que no corresponden en nada al original contrato suscrito. Por ejemplo en el caso que por la eliminación de una cláusula de condición general un contrato de leasing se transforme en uno de compraventa.

Para determinar acertadamente si el contrato es nulo o solo una parte de él habrá que considerar los criterios de conservación del negocio jurídico, la voluntad hipotética de las partes referida a su intención al momento de contratar (teoría subjetiva), el carácter esencial de la parte nula, el fin práctico del contrato (teoría objetiva) y la finalidad de la norma infringida (teoría normativa)⁶²⁰.

⁶¹⁹ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 647 utilizando los mismos argumentos que la doctrina alemana para no admitir la nulidad parcial de la cláusula, en el mismo sentido, PERDICES HUETOS, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 530.

⁶²⁰ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad editorial, Madrid, 1995, pp. 75 ss.

Por todo debe considerarse que el interés del adherente es la celebración del contrato, que el interés del predisponente no es quedar vinculado a un contrato modificado en su perjuicio y que el fin perseguido por la ley no es precisamente el de conceder beneficios al adherente con los que no tenía por que contar (como el de precios absurdos)⁶²¹, por lo que la conservación del contrato en la medida de lo posible es lo más conveniente siempre que la buena fe así lo exija.

1.1.2. Nulidad parcial por no incorporación

La declaración de no incorporación, no posee ningún rasgo de distinción respecto a la declaración de nulidad, si acaso, la causa que provoca la ineficacia, referida a cuestiones meramente formales que tienden a garantizar un consentimiento libre, son cláusulas cuya eficacia depende de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato independientemente de su contenido, cláusulas oscuras, ilegibles, ambiguas, que no han sido informadas expresamente, no entran a regular la relación jurídica por que no fue consentida –al no ser informadas- o por que lo fue en otro sentido –cláusulas oscuras e incomprensibles que se prestan a diferentes interpretaciones-.

La relación jurídica subsiste por que sobre el resto de cláusulas que lo integran si recayó un consentimiento; la cláusula no incorporada lo es por un defecto de transparencia en su información, pero no debe desprenderse que ese defecto afecte a las demás cláusulas, particulares – en cuanto estas son consentidas directamente- y generales –en cuanto fueron informadas correctamente.

La única causa por que se debe determinar la nulidad total del contrato por una cláusula mal incorporada es que dicha cláusula afecte a elementos esenciales del mismo, o que el adherente no hubiera celebrado el contrato de la forma como

⁶²¹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 461.

quedó tras la integración.⁶²², o que, una vez eliminada la cláusula, devenga en un contrato injusto para alguna de las partes⁶²³.

1.1.3. El dilema de la nulidad relativa de pleno derecho en la ley de condiciones generales.

La remisión que la ley hace a las reglas generales de los contratos, implica cierto grado de dificultad, al tratar de encajar la nulidad de las condiciones generales que resulten abusivas o no incorporadas dentro de las figuras existentes en el derecho común, supone ahondar en lo que la doctrina ha establecido como dualismo rígido entre nulidad y anulabilidad y encontrar un régimen de ineficacia flexible apropiado al contrato de adhesión⁶²⁴, para determinar, entre otras cosas, de que tipo de ineficacia o invalidez contractual se está hablando.

Si consideramos que la nulidad es un régimen de invalidez contractual con carácter absoluto que no necesita declaración judicial ni previa impugnación del negocio, es imprescriptible, insanable y definitiva, apreciable de oficio e ineficaz del todo⁶²⁵; mientras que la anulabilidad es más bien relativa, sometida a plazo de duración y susceptible de confirmación, vemos que la ineficacia establecida en la ley sobre condiciones generales participa, si se nos permite, de ambas naturalezas, de una parte, la expresión nulidad de pleno derecho, y de otra, la potestad del adherente para instar la declaración de nulidad, lo que la convertiría en una nulidad relativa.

Pese a esta rigidez, la anulabilidad resulta ser un criterio de difícil determinación que presenta serios inconvenientes a la doctrina en su labor interpretadora de las normas, y a la jurisprudencia en la aplicabilidad de estos

⁶²² STS 30/04/1986.

⁶²³ Hay que destacar la importancia complementaria que tiene la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios en el derecho de las condiciones generales y en su regulación particular, que nos sugiere tener muy presente, para efectos de nulidad e integración, el artículo 10.4 2º relativo a la “situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual”.

⁶²⁴ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. pp. 280 y 775; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. BERCOVITZ Y J. SALAS (directores), Civitas, Madrid, 1992, p. 339.

⁶²⁵ DELGADO ECHEVERRÍA & PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005, pp 49-50.

criterios. Hay cierto grado de discrecionalidad que no facilita establecer reglas generales, sobre todo en la jurisprudencia que no termina por definirse, en la doctrina es más fácil encontrar criterios consolidados, si bien contrarios a los mismos fallos jurisprudenciales, pero que de alguna manera ayudan a solventar la ambivalencia de los tribunales.

La anulabilidad es considerada como una clase de invalidez dirigida a la protección de un determinado sujeto, quien es el único que puede alegarla o en su defecto, optar por la convalidación del contrato anulable mediante su confirmación⁶²⁶.

La anulabilidad, que también es conocida como nulidad relativa, se ha ido configurando por vía jurisprudencial y doctrinal, a la luz de la ratio de la norma civil, Arto. 1302, que limita la legitimación de las personas protegidas por la misma y la excluye del resto de las personas, dando a entender que la nulidad absoluta protege el orden público y que la anulabilidad va dirigida a intereses privados (STS 30/06/1978), en otras ocasiones los tribunales han tenido que acudir a criterios de aplicación de la anulabilidad cuando se está frente a un caso típico de nulidad solo para escapar de los devastadores efectos de ésta última⁶²⁷.

Por su parte, la doctrina ha venido refinando los conceptos ofrecidos por el Código Civil, que a simple vista no contiene una línea divisoria clara, de los dos grados de nulidades; bajo la sombra de la doctrina extranjera⁶²⁸, como auxilio para

⁶²⁶ IDEM p. 52 ss, matizando, en su opinión, el contrato anulable debe considerarse inicialmente inválido e ineficaz, aunque reconoce que no es esta la opinión mayoritaria, sostiene que resulta la concepción más acorde con un Código que regula los contratos anulables bajo el enunciado “De la nulidad de los contratos” y contrapuesta a la rescisión, que si es propia de los contratos válidos. Admite sin embargo que el contrato anulable puede ser eficaz si, quien puede, no hace valer la causa de anulación. En el mismo sentido MÍQUEL GONZÁLEZ, considera que el contrato anulable es inicialmente inválido puesto que está tarado de un vicio que lo invalida con arreglo a la ley, “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 212, en contra PASQUAU LIAÑO para quien los contratos anulables son en origen válidos, PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y Anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1996.

⁶²⁷ STS 21/05/1984, en la que se ventilaba la acción de nulidad de un contrato celebrado por un representante sin poder para ello –y quizás por eso nulo de pleno derecho- pero que se había celebrado hace mas de 30 años y que de haberse declarado nulo, no podría prescribir, sin embargo el Supremo acudiendo a la teoría de la anulabilidad, consideró que el contrato era ratificable, (PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y Anulabilidad del contrato*, cit. p. 108). Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA & PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos...* Cit. p. 52

⁶²⁸ Para los franceses por ejemplo, el mismo principio inspirador del Código Civil, por el que la gravedad de la sanción y su naturaleza solo pueden desprenderse del fin que inspiró la redacción

interpretar un precepto, también importado, marcó la línea que distinguiría lo que después se vino conociendo como nulidad y anulabilidad o nulidad absoluta y nulidad relativa.

Y es que aún en presencia de un texto legal determinado resultaba muy difícil determinar cuando se trataba de nulidad absoluta y cuando de nulidad relativa para lo que la doctrina sugería acudir en principio a la finalidad de la ley y a los intereses en juego, precisamente el círculo de intereses afectados por ésta es lo que marcaba la frontera entre uno u otro tipo, surgiendo de este modo la concepción bipartita de la ineficacia⁶²⁹.

Esta concepción bipartita constituyó en su momento un criterio consolidado sobre la ineficacia contractual que en general se inclinaba por la anulabilidad como el régimen de ineficacia mas adecuado para la tutela de intereses privados, consecuencia de una irregularidad anulatoria del negocio jurídico sí, pero además, necesariamente, dependiente de una declaración de voluntad anulatoria, emitida por la persona designada por la norma⁶³⁰; y por la nulidad funcionando al servicio del bono público, lo disponible y lo indisponible, lo arbitrario y lo imperativo trazando la línea entre lo que podría calificarse de nulo o de anulable⁶³¹.

de la norma, es el que rige la aplicación de la nulidad absoluta o la relativa, y en este sentido la nulidad absoluta protege intereses públicos, mientras que la relativa se limita a los intereses privados, de ahí también que la legitimación para invocar la nulidad relativa se restrinja a aquél a quien la ley ha querido proteger; (GEORGE LUTZESCO, *Teoría y práctica de las nulidades*, Editorial Porrúa, México, 1945, p. 239; PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad...* cit. p. 231). Por otra parte hay que considerar que el modelo bipartito se encuentra claramente construido en la regulación de las nulidades del Codice italiano de 1942, de ahí que a los italianos, herederos de la doctrina clásica francesa, se les hiciera difícil encontrar un régimen de ineficacia apto para las cláusulas abusivas y tuvieran que importar la *unwirksamkeit* alemana traducida en una *ineficacia relativa y apreciable de oficio*, que aparece plasmado en el 1469-quinquies, (PASQUAU LIAÑO en *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. pp. 279 y 775; Cfr. GORDILLO CAÑAS en “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)” *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios RAMÓN ARECES, Madrid, 1990 p. 950; y MA. ÁNG. EGUSQUIZA BALAMASEDA, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 18).

⁶²⁹ Para mayor ilustración, DÍEZ-PICAZO, LUIS “Eficacia e ineficacia...” cit. p. 826.

⁶³⁰ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad...* cit. p. 97.

⁶³¹ GORDILLO CAÑAS, “Nulidad, anulabilidad e inexistencia...” cit. p. 959.

Criterio que fue necesario replantearse, cuestionando sobre todo esa rigidez propia de las instituciones jurídicas tradicionales, que les impide adaptarse a los nuevos hechos sociales, y afirmando la inminente necesidad de un punto medio que se situara entre los dos polos de la nulidad y la anulabilidad⁶³².

El principal argumento para rebatir este dualismo es que el interés público o privado no es determinante para declarar la nulidad o anulabilidad de un contrato, sino para determinar la legitimación para invocar dicha nulidad, es lógico que si lo que se defiende son intereses públicos, el abanico de posibilidades para declarar la nulidad se amplíe al mayor número de personas, y a su vez, la legitimación exclusiva a una de las partes contractuales a la que el ordenamiento ha dado protección, no debe ser impedimento para declarar la nulidad.

Esto se advierte con claridad en las relaciones contractuales asimétricas en las que la desigualdad con la que concurren las partes al contrato no es una desigualdad económica sino una desigualdad de condición o categoría: se quiere la protección de una categoría de personas frente a unos desequilibrios típicos que se generan en los contratos en que intervienen (falta de información, ausencia de negociación del contenido contractual), aquí la nulidad se utiliza como una técnica de control de contenido que sí favorece a una parte, pero que no es disponible, sino que el derecho ha optado ya por ella con independencia de la voluntad de cada contratante⁶³³. Lo que no significa que siendo la legitimación restringida no pueda hablarse de nulidad de pleno derecho.

Si se considerara como único criterio de distinción el interés que protege, difícil lo tendrían los contratos de los que nos hemos venido ocupando hasta ahora, precisamente, detrás de los controles a las condiciones generales, subsiste un orden público de protección, que hace de la ley una norma imperativa, y que por encima de la voluntad de las partes se prohíben o aprueban determinados contenidos contractuales⁶³⁴ pero al ser contratos es evidente que se trata de derechos privados, en consonancia, el interés público que legitima el control de

⁶³² ROYO MARTÍNEZ, "Transformación del concepto del contrato... cit. p. 160.

⁶³³ Parafraseando a PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad...* cit. pp. 96, 194, 232.

⁶³⁴ *Idem*, p. 196; Cfr. Ley de Condiciones Generales, Preámbulo 3.

las cláusulas de condiciones generales no supone que la acción de nulidad se deje abierta al público, no es en este caso la nulidad un estado de cosas invocable por cualquiera, es una medida de control frente a ciertos actos de la autonomía de la voluntad que requiere un control para limitar su carácter depredatorio⁶³⁵.

En este contexto surge el concepto de “nulidad relativa de pleno derecho”, actúa de pleno derecho por que es absoluta, erga omnes, la parte del negocio afectada por la nulidad es nula para todos, pero es relativa por que al ser un interés privado se limita el ejercicio de la acción a una de las partes, la parte realmente interesada y afectada por el pronunciamiento de la nulidad, es decir que la cláusula es nula frente a terceros pero anulable entre las partes⁶³⁶, la puede invocar el adherente, pero no se le puede imponer en contra de su voluntad.

En los contratos con condiciones generales esta legitimación limitada se justifica por que la nulidad es imputable solamente a una de las partes –el predisponente, lo que a su vez da debida cuenta de que la eficacia del contrato quede sometida al interés de la parte exonerada de responsabilidad –el adherente, al margen de que se trate de una nulidad absoluta o anulabilidad⁶³⁷.

El artículo 1302 CC leído sin prejuicios permite identificar una ratio generalizable: que cuando la nulidad se dispone por el ordenamiento para proteger

⁶³⁵ *Idem*, p. 240.

⁶³⁶ *Idem*, p. 197, Cfr. GULLÓN BALLESTEROS, “La confirmación” *ADC*, 1960, p. 1197; en el mismo sentido, aunque con algunas reservas sobre las apreciaciones que se han hecho sobre la anulabilidad: BLANCO GÓMEZ, “Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales...” cit. p. 1482. Cada vez se hace más necesario, abordar con cierto desprejuicio la dogmática de las sanciones de nulidad y conceder un espacio de libertad de configuración al punto de tolerar la existencia de “anulabilidades absolutas” o “nulidades relativas”, (DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2, 1995, pp. 301-302). Sin embargo, como no dejan de ser fenómenos que escapan a los regímenes típicos, es preciso delimitar normativamente estas nulidades mixtas, a fin de evitar su extensión automática, (EGUSQUIZA BALMACEDA, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad...* cit. pp. 24 y 73). Para ALFARO, el supuesto de ineficacia de las cláusulas abusivas encaja en la figura de la rescisión, (*Las condiciones generales...* cit. p. 459). Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA & PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos*. Cit. p. 191.

⁶³⁷ PERDICES HUETOS, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. p. 525, quien sostiene que atribuirle la acción individual de nulidad en exclusiva al adherente es sin duda la solución más justa al recaer sobre el único responsable de la nulidad la consecuencia de la ineficacia; en sentido contrario y admitiendo doctrinalmente la legitimación del empresario para invocar su propia nulidad, RUIZ MUÑOZ, *Nulidad parcial del contrato con condiciones generales*, Lex Nova, Valladolid, 1993, p. 273.

a una de las partes contratantes sólo ésta está legitimada para instarla⁶³⁸, excluyendo del derecho a ejercitarla a la parte responsable de la nulidad⁶³⁹.

En el caso de los contratos de adhesión como adherente debe entenderse todo aquel que haya actuado en el negocio en tal calidad y que resulte afectado con la incorporación de la cláusula, ampliando este concepto, se deduce que la acción no queda restringida solo al beneficiario de los bienes o servicios objeto del negocio, un posible actor sería en este caso el fiador, que se adhiere igualmente a las cláusulas predisuestas⁶⁴⁰.

Se puede encontrar en la doctrina una interpretación en sentido contrario, que trasciende a la literalidad de la ley y que acude al sentido de la norma en general, argumentando que una limitante como ésta se ciñe con el régimen de nulidad al que hace referencia, y con el principio proteccionista que rige el derecho de las condiciones generales, en efecto, la nulidad participa de un carácter de orden público de protección, que trasciende a intereses meramente privados, lo que justifica del todo, entender que más que querer limitar la acción al adherente lo que el legislador pretende es excluir al predisponente por una parte, y garantizar que la acción se ejerza en función de defender el interés del adherente⁶⁴¹.

⁶³⁸ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad...* cit. p. 232.

⁶³⁹ SAP Córdoba 04/03/1998, que en alusión al arto. 1302 CC, rechaza la legitimación de un predisponente que solicita la nulidad de una cláusula prerredactada por él mismo "(...) si la cláusula es abusiva se habría conseguido su plasmación a través del empleo del dolo o produciendo error o causando intimidación por parte de la parte que confecciona el contrato de adhesión, y es llano, conforme al artículo 1302 CC, que no se hallan legitimados para solicitar la nulidad los que (...) producen el error en la obtención del consentimiento de la otra parte contratante", AC, 1998, p. 409.

⁶⁴⁰ B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p 490.

⁶⁴¹ De esta opinión, GETE-ALONSO, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...* cit. y PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit.; ambos coinciden que la acción de nulidad no es exclusiva del adherente, pero disienten en sus alcances, para PASQUAU LIAÑO la nulidad por no incorporación está abierta a un tercero siempre que defienda los intereses del adherente, para GETE-ALONSO en cambio, ésta apertura de la legitimación solo alcanza a la nulidad por cláusulas abusivas o al ejercicio de las acciones colectivas, no cuando se declaran no incorporadas por lo que en dicho supuesto la restricción de la limitación procesal cobra sentido en cuanto solo el contratante afectado puede valorar las ventajas o perjuicios que le puede causar mantener la cláusula o anularla, asumiendo que las cláusulas no incorporadas no corresponden a cláusulas de orden público, su valoración es muy subjetiva y una cláusula no incorporada en ciertas ocasiones puede serlo en otras, en tal caso solo el adherente –por que no puede serlo también el predisponente como parte contractual- es el único racionalmente capacitado para invocar su nulidad o incorporación, con la acción de no incorporación se obtiene el mismo resultado que con las acciones colectivas de cesación o de nulidad, sólo que la declaración tendrá eficacia para el adherente (y contra terceros interesados en la relación contractual por que se trata

Ante esto, cabe preguntarse que si al ser la nulidad una facultad potestativa, la cláusula afectada por esta acción puede ser objeto de convalidación, considerando, sobre todo, el hecho de que no siempre en los contratos con cláusulas no incorporadas los adherentes ejercitarán la acción de nulidad; por una parte es lógico pensar que tratándose de nulidad que opera de pleno derecho no puede ser susceptible de convalidación, tampoco puede serlo por que la nulidad existe al amparo de un conflicto con intereses públicos sobre los que no puede decidir la autonomía privada, pero por otra parte el ejercicio de la acción depende de una voluntad del adherente, y por que detrás están intereses privados derivados también de la autonomía de la voluntad, de ahí que quepa la posibilidad de convalidación o confirmación vista no como la sanación de una irregularidad que provoca la nulidad sino como la renuncia a la acción procesal⁶⁴².

Considerando en lo concerniente el esquema de las nulidades contractuales⁶⁴³, hacemos una referencia para entender más esta aparente contradicción entre los distintos regimenes de ineficacia contractual.

De un lado, la confirmación significa optar por la validez, pero no de hacer válido lo que es nulo, sino confirmar la validez de algo que ya es válido pero podría no serlo⁶⁴⁴, en este caso no encaja la cláusula mal incorporada que es nula por disposición legal y no por disponibilidad de parte, en consecuencia no se trata de una confirmación de una validez ya existente –claudicante-, sino de una renuncia a una nulidad también ya existente, a veces como contrapartida a la

de una nulidad de pleno derecho) y no de manera general (es decir que no condenará al demandado a eliminar de sus contratos dichas cláusulas ni le impedirá utilizarlas en lo sucesivo), de ahí que tenga sentido la restricción de la legitimación activa para invocarla, en sentido parecido, B. SÁNCHEZ LÓPEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...* cit. p. 490.

⁶⁴² La confirmación es una pura y simple renuncia a la acción de nulidad según se desprende de los artos. 1309, 1311 y 1312 C, GULLÓN BALLESTEROS, “La confirmación” cit. p. 1208

⁶⁴³ Para la doctrina tradicional la nulidad es relativa por que depende de la acción de la persona protegida y “solo a ella corresponde la iniciativa para destruir el vínculo o para confirmarlo, sea expresa o tácitamente, una vez confirmado, el acto se convierte en eficaz, tanto para el pasado como para el futuro, considerándose que el vicio no ha existido nunca”, (GEORGE LUTZESCO, *Teoría y práctica...* cit. p. 328).

⁶⁴⁴ En contra, DELGADO ECHEVERRÍA & PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos...* Cit. p. 56

obtención de un derecho ajeno⁶⁴⁵, o a veces por una negligencia del legitimado que la ley no puede suplir.

Esta concepción es de difícil ajuste en las concepciones tradicionales, la jurisprudencia se ha mostrado algunas ocasiones, en extremo radical, al punto de no conceder eficacia a los actos nulos de pleno derecho, aunque sobre ellos hubiera recaído algún acto confirmatorio por quien podía invocar la nulidad⁶⁴⁶.

Sin embargo, en las condiciones generales, respecto al control de incorporación, la cláusula es nula por un defecto de consentimiento –falta de información suficiente para garantizarlo-, subsanable, que si al conocer las cláusulas no incorporadas correctamente, el adherente las acepta e invoca un derecho en virtud de dicha cláusula, está admitiendo que las acepta –si bien de manera sobrevenida- pero igualmente subsana ese defecto de conocimiento que sólo a él le puede perjudicar. Algo así como una convalidación a una declaración de voluntad defectuosa, que por un hecho posterior adquiere cierta relevancia, y el derecho le otorga efectos jurídicos como si la declaración se hubiese dado en la forma correcta⁶⁴⁷.

Por tanto, no se trata de cláusulas convalidables, pero la acción de nulidad si es renunciable por la parte perjudicada e interesada en su ineficacia en la medida que la renuncia no contravenga las disposiciones de orden público ni afecte intereses de terceros, por que el ordenamiento jurídico no tiene interés alguno en declarar la nulidad mas allá del interés de la parte⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Es el caso de que el adherente dé por buena la cláusula reclamando del predisponente un comportamiento exigible solo en virtud de esa cláusula, PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 290, o cuando acepta la cláusula mal incorporada por que ella acciona un derecho contenido en otra de las cláusulas.

⁶⁴⁶ STS 04/01/1947; STS 11/06/1966.

⁶⁴⁷ Con algún matiz particular podría aplicarse a las cláusulas nulas por no incorporadas ya que se trata de defectos formales, Rocco, “La convalidazione dei negozi giuridici” en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1910, p. 178, tesis citada y rechazada por GULLÓN BALLESTEROS, “La confirmación...” cit. p. 1201.

⁶⁴⁸ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 457.

Dicho esto, considerando además que las normas referidas son normas de imperatividad relativa⁶⁴⁹, se debe admitir que la nulidad en la ley de condiciones generales es una nulidad relativa de pleno derecho.

Ahora bien, la legitimación activa restringida no es impedimento para que las cláusulas nulas por no incorporadas sean apreciables de oficio, hemos dicho ya que se trata de una nulidad absoluta cuya naturaleza no solo permite, sino que obliga al juez a declarar la nulidad, el problema surge cuando la no incorporación no es apreciable, como sucede cuando el documento que contiene las condiciones generales no fue entregado en tiempo, en este caso no es posible declarar la nulidad sino es a instancia del interesado.

En el escenario en el que se presenta la ley de condiciones generales la apreciabilidad de oficio debe valorarse positivamente como un auxilio de la jurisdicción al adherente en situación de rebeldía y debe admitirse sin recelos la posibilidad de apreciabilidad de oficio.

Es lógico pensar, que la apreciabilidad de oficio de la nulidad en estos casos opera como una excepción del Juez ante cualquier otra acción que pretenda alguna de las partes, y es que no se puede ignorar que en la mayoría de los casos, tanto la nulidad como la no incorporación serán invocadas en sede judicial por el adherente demandado, aprovechando la oportunidad que le brinda el procedimiento incoado en su contra⁶⁵⁰ primero, y segundo por que la legitimación activa está restringida.

De otro lado, la nulidad de la cláusula no incorporada requiere siempre un pronunciamiento judicial admisible solo, a instancia de parte, declarar si la cláusula es nula por abusiva o por no incorporada es tarea que corresponde

⁶⁴⁹ BLANCO GÓMEZ, “Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la nulidad de las condiciones generales contempladas en dicha norma”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1482.

⁶⁵⁰ SÁNCHEZ LÓPEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales...* cit. p. 486, en sentido contrario Díez-PICAZO, para quien la nulidad de las cláusulas abusivas puede ser propuesta tanto por vía de acción como de excepción, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I Introducción Teoría del Contrato*, Ob. Cit.

exclusivamente a un juez, lo que justifica en cierto modo que en el Registro de Condiciones Generales no quepa objetar la inscripción de una cláusula por considerarse nula sin la previa sentencia –constitutiva-⁶⁵¹.

1.2. El salto a la nulidad total del contrato: *Unus actus non potest, pro parte valere, pro parte non.*

Hemos sostenido que el consentimiento queda garantizado con los requisitos de cognoscibilidad que exigen los criterios de incorporación, sobre todo cuando se admite que el adherente debe cierta diligencia en la información de las condiciones generales, y por ello no puede hablarse de nulidad total del contrato. Por otra parte, el defecto de información de una cláusula que no modifica los intereses de las partes ni los elementos esenciales del contrato, no es suficiente para invocar la nulidad total, por que siempre quedará a disposición de la labor integradora, la buena fe, los usos y la ley, según el artículo 1288 del Código Civil.

La doctrina no ve con buen ojo la nulidad total del contrato como consecuencia de la nulidad de una cláusula general, no es tolerable en cuanto que el adherente de mala fe, redactaría cláusulas de manera que, eliminadas del condicionado general, la parte restante del contrato resulte desequilibrada o no subsista por sí misma, y el adherente que ha querido la eficacia del contrato, opte por soportar la cláusula lesiva antes que desprenderse del bien o servicio que necesita⁶⁵².

⁶⁵¹ PASQUAU LIAÑO, *Nulidad y anulabilidad...* cit. p. 201, en contra, Díez-PICAZO, “Eficacia e ineficacia...” cit., la pretensión dirigida a obtener un pronunciamiento de los tribunales sobre una ineficacia automática no es nunca necesaria (...)”.

⁶⁵² En este sentido algunos autores han sido radicales al afirmar que la solución en materia de condiciones generales de la contratación deba ser la nulidad parcial sin excepciones, así, Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil...* cit. p. 384; CLAVERÍA GOSÁLVEZ, *Comentarios a la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios...* cit. p. 343. Otros, en sentido menos radical advierten que la amenaza del no consumo -la nulidad total del contrato- inducirá a los adherentes a no formular ningún tipo de reclamación, (RUIZ MUÑOZ, *Nulidad parcial del contrato...* cit. p. 244); de ahí que sea inadmisibles una cláusula que determine la nulidad total del contrato en el caso de que una cláusula determinada fuese declarada nula, (PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley general sobre condiciones generales...*cit. p. 546). Sin embargo, en la práctica estos miedos parecen inundados, y es muy raro encontrar sentencias que declaren la nulidad total del contrato por cláusulas que han sido declarada nulas por abusivas. Se encuentran unos cuantos casos en los contratos de aprovechamiento por turnos por falta de claridad en la información relativa a

Tampoco puede considerarse viable la nulidad total por que a la luz del principio de la autonomía de la voluntad, lo que las partes han querido es la celebración del contrato bajo determinadas condiciones, y en la medida que eliminando las cláusulas incorporadas subsista el contrato con esas condiciones queridas por las partes, este debe conservarse.

Las consecuencias de una aplicación irrestricta de la nulidad total, deviene en consecuencias nefastas tanto para el adherente como para el predisponente, a aquel, en cuanto necesitado del bien o servicio contratado, asume las consecuencias de una cláusula general que le afecta, a éste, aunque no directamente –solo la trascendencia que puede tener para una empresa de contrataciones masivas la nulidad de una sola de sus relaciones contractuales -, si lo son de manera indirecta, la nulidad total de uno de sus contratos por nulidad de alguna de sus condiciones generales podría implicar la nulidad total de todos sus contratos que contengan las mismas condiciones generales.

Por otra parte, entendemos que no resultaría menos trágico concederle eficacia a un contrato que una vez integrado, no subsista sin las cláusulas nulas o que luego de rescatar las cláusulas conforme el derecho dispositivo éste resulte desproporcionado para alguna de las partes, incluyendo como parte al predisponente⁶⁵³; por que además la ley no ha pretendido esto; o que el contenido contractual posterior a la integración no sea conforme a la voluntad originaria de las partes, en efecto la declaración de nulidad total depende de manera directa de los fines que perseguían las partes al momento de contratar.

Entonces, la nulidad total no puede ser descartada ni en los casos de abusividad ni en los casos de no incorporación –aunque en estos casos la modificación a los elementos esenciales del contrato será menos frecuente⁶⁵⁴ y la

elementos esenciales, así MÍQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 768.

⁶⁵³ Algunos autores piensan, que no se corre este peligro si resulta que la situación contractual de iniquidad es posterior al control, por que como resulta lógico el Juez no puede valorar que el contenido del contrato resulta inicuo si no conoce éste contenido, (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 455, seguido por PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 689).

⁶⁵⁴ Los elementos esenciales sin estar directamente contenidos en el condicionado general, pueden resultar seriamente modificados por éste, un caso típico resulta el de la indicación del precio dentro del clausulado particular, que luego en el condicionado general advierte que el precio no

radicalidad con que ha sido tratada muchas veces no debe impedir su aplicación aún cuando se trate de condiciones no incorporadas; pero en un sistema de ineficacias contractuales trastornado por una multiplicidad de conceptos y causas de las nulidades es difícil acertar.

Al respecto, en doctrina se han manejado dos figuras que podrían encajar en la nulidad de las condiciones generales, la rescisión por lesión y de resolución contractual como sanciones adecuadas para calificar la ineficacia derivada de la insubsistencia del contrato una vez eliminada la parte nula, e integrado, una ineficacia que podría considerarse sobrevenida. Pero por un lado, el ordenamiento español no contempla la rescisión por lesión, y por otro, la resolución contractual no siempre es posible. (En cuanto no siempre es posible restablecer el estado anterior de las cosas).

Quienes se inclinan a favor de la rescisión por lesión consideran que se trata de un remedio a favor de una de las partes para evitarle un perjuicio resultante del juego normal de la ley pero que resulta injusto, además de que es alegable solo por la parte perjudicada⁶⁵⁵, pero si consideramos que la rescisión por lesión no está contemplada por el ordenamiento español, aunque quizás haya algún indicio de figuras que guarden algunas similitudes, o algunas leyes específicas que la contemplen⁶⁵⁶, y solo puede actuarse por vía de acción y recuérdese que la factibilidad de que las condiciones generales sean impugnadas se dará en la práctica mas por la vía de excepción a merced de una causa instada en contra del adherente.

Por su parte, la nulidad total considerada como resolución contractual se traduce en la concesión al perjudicado, de la facultad de instar la resolución del contrato en la medida en que no se considera equitativo imponerle la vinculación a

comprende los respectivos impuestos, ni los cargos de envío, ni cargos por facturación, que terminan incrementando la cantidad establecida inicialmente.

⁶⁵⁵ Así, ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 457; RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial...* cit. p. 163.

⁶⁵⁶ MARTÍN PÉREZ, *La rescisión del contrato*, cit. p. 231, quien parece aceptar que “el tratamiento del justo equilibrio entre prestaciones” en la Ley de defensa de consumidores y usuarios coincide con el de la rescisión.

este tras la modificación producida de forma sobrevenida en la reglamentación negocial.⁶⁵⁷

La sanción de nulidad total por no incorporación se traduce en un derecho del adherente de desvincularse de las obligaciones con la otra parte alegando el incumplimiento de los deberes contractuales de información –inclusive cuando se trata de cláusulas oscuras, ilegibles, incomprensibles etc. se puede hablar de un defecto de información debida-, se trata del incumplimiento de una carga que se configura de manera esencial en la formación del contrato aunque no contenga necesariamente, elementos esenciales.

La carga de información se transpone obligatoria por la ley, lo que da pie a pensar que la omisión en el contrato de los contenidos informativos origina el nacimiento de un derecho de resolución⁶⁵⁸ siempre que el contrato no pueda subsistir sin dicha cláusula. Por otro lado, se trata de la nulidad total como último recurso, lo que desde el punto de vista *lógico*, da pie a pensar que la causa es sobrevenida, solo opera después de la integración, en tanto la causa originaria de la no incorporación solo tiene los efectos jurídicos de la nulidad parcial⁶⁵⁹.

Sin embargo, desde el punto de vista *jurídico*, la causa está determinada por una falencia evitable en todos los sentidos, la falta de información contractual es una causa originaria por haber dejado el predisponente de incorporar información de la que disponía y que debió descubrir⁶⁶⁰. La resolución contractual presupone un evento posterior a la formación del contrato, implica un rompimiento de la estructura original que es perfecta –jurídicamente-.

⁶⁵⁷ De esta opinión, PAGADOR LÓPEZ, *Las condiciones generales...* cit. p. 707, PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 301.

⁶⁵⁸ NATALIA ÁLVAREZ LATA, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Ob. Cit. p. 120, respaldada por una amplia normativa sobre consumo que contiene el derecho de resolución contractual.

⁶⁵⁹ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 301, también lo insinúa ALFARO: “(En la situación originaria) nos hallamos ante un contrato perfectamente válido por mandato legal toda vez que la ley ordena conservarlo una vez amputadas las cláusulas abusivas”.

⁶⁶⁰ A. PERDICES HUETOS, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. p. 536.

Tampoco podría identificarse la nulidad parcial con alguna de las figuras considerando la legitimación para ejercer la acción tendente a reparar el daño, la rescisión, por su finalidad tuitiva, solo se lo permite al perjudicado, es una eficacia sanable, mientras no se plantee ante los tribunales y sea declarada, no da lugar a consecuencia de ningún género⁶⁶¹; la resolución, por que se debe a un incumplimiento contractual imputable a una parte, solo lo permite a la parte que sufre las consecuencias de ese incumplimiento, pero el incumplimiento de la obligación no produce por si sola la resolución sino que es una facultad potestativa del perjudicado⁶⁶².

En la práctica del control de incorporación, siendo que no recae sobre cláusulas lesivas que alteren de manera sustancial los elementos del contrato, sino sobre cláusulas, en su mayoría de menor trascendencia, es muy difícil que el defecto del que adolecen pueda afectar a todo el contrato.

Puede sin embargo que el contrato haya experimentado una modificación sustancial en su contenido, en cuyo caso se utilizarán las reglas de integración contractual o puede que aún sufriendo una modificación ésta no recaiga sobre aspectos sobre los que sea necesaria la integración, o que siéndolo, existe una norma de derecho imperativo que entra de pleno a regular la relación.

El defecto de información de alguna de las condiciones generales no debe propiciar la nulidad de un contrato, que podría también ser utilizada como vía de escape de un adherente arrepentido para desvincularse de la relación jurídica, cuando el contrato podría ser integrado sin lesionar los derechos y las obligaciones respectivas correspondientes a la naturaleza del tipo contractual. En este sentido, el límite de la protección al adherente se encuentra en los derechos del predisponente de mantener el contrato y evitar los posibles perjuicios económicos de la anulación total.

⁶⁶¹ MARTÍN PÉREZ, *La rescisión...* cit. pp. 231, 414.

⁶⁶² ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003, p. 78, concepto que deduce de la jurisprudencia.

Quizás esa sea la razón por la cual el legislador ha optado por la nulidad parcial como regla general, y solo como excepción, la nulidad total como consecuencia de la no incorporación, que deberá ser aplicada de manera muy prudente en circunstancias en las que sea imposible la subsistencia de un contrato coherente tanto con su naturaleza como con la voluntad originaria de las partes.

De la experiencia alemana como pionera en regular la ineficacia en los contratos con condiciones generales sustraemos las causas⁶⁶³ y criterios⁶⁶⁴ que la doctrina admite como válidas para declarar la nulidad total en los casos de condiciones generales y de las Leyes sobre consumo los criterios determinantes para declararla.

Entre las causas tenemos en primer lugar, la oscuridad interpretativa sobre el objeto principal del contrato, que no se pueda determinar en modo alguno a que se refiere o que por el contrario se pueda interpretar de diferentes maneras, aunque en este caso no se estaría hablando de una cláusula nula que ocasiona la nulidad de un contrato sino de un contrato nulo en sí mismo⁶⁶⁵.

En segundo lugar cuando la nulidad modifique el tipo contractual originalmente querido por las partes, es decir –utilizando el precepto de la ley de condiciones generales- que cuando el contrato mismo según su naturaleza no pueda subsistir sin la cláusula no incorporada. Y en tercer lugar, cuando se produzca por la supresión de la parte nula una desventaja económica de gran magnitud, que resulte una excesiva onerosidad que quiebre el equilibrio entre las prestaciones o sea que se genere una situación no equitativa para las partes –ahora utilizando el precepto de la Ley de los consumidores-.

A esto, habrá que agregar algunos criterios para valorar si procede la nulidad total, en primer lugar, la ejecución en el tiempo del tipo contractual, en la

⁶⁶³ Referidas y explicadas por PASQUAU LIAÑO, en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. p. 299.

⁶⁶⁴ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 462.

⁶⁶⁵ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 298; Cfr. FLUME, *Allgemeiner teil des bürgerlichen rechts*, Berlín, Heidelberg, New York, 1979 p 570, citado en, LÓPEZ FRÍAS, “Clases de nulidad parcial del contrato...” cit. p. 863: Cuando en una compraventa,

medida en que los contratos sean de ejecución periódica o tracto sucesivo o de ejecución única, luego, la importancia de las cláusulas en la ejecución del contrato, y por último la previsibilidad de la ineficacia de las condiciones generales, en el sentido que tratándose de una situación que el predisponente podía evitar y no lo hizo se deduce que el efecto no equitativo, que produce la cláusula al predisponente no da pie a la nulidad total.

Ahora bien, deben respetarse los criterios de la buena fe y en tanto exista una contradicción con el deber de transparencia que se deriva de este principio, debe darse la nulidad total.

2. La necesidad de un régimen concreto de ineficacia

El artículo referente a la nulidad de las condiciones generales en la Ley ha sido objeto de múltiples críticas en cuanto se limita a reproducir el artículo 6.3 del Código Civil⁶⁶⁶, que además de declarar la nulidad de las cláusulas contrarias a las normas imperativas o prohibitivas a menos que estas dispongan otra consecuencia para su contravención, con la salvedad que en este contexto la contradicción a dichas normas debe darse en perjuicio del adherente.

La ineficacia del contrato debe ser una consecuencia de la causa que la produce, por eso nos hemos limitado a hablar de los efectos de la no incorporación cuando la ley establece el mismo régimen jurídico para los casos de abusividad de las condiciones generales⁶⁶⁷.

Pero el mayor inconveniente de esta distinción no radica en si las cláusulas no pueden tenerse como incorporadas o son consideradas abusivas o contrarias a la ley, los efectos para nosotros son categóricamente distintos, sin negar que tras la no incorporación se encuentra justificada plenamente una sanción de nulidad,

la fijación del precio es nula, el resto del contrato no constituye negocio jurídico, el contrato es nulo en su totalidad.

⁶⁶⁶ CLAVERÍA, "Una nueva necesidad" *ADC*, 1998 p. 1301, GETE ALONSO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales*, cit. p. 86; PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* Cit. p. 143 ss, MÍQUEL GONZÁLEZ, "La nulidad de las condiciones generales" cit. p. 195.

solo que, los matices de la nulidad deben ser acordes a las situaciones concretas que determinen si se trata de una nulidad absoluta que opera de pleno derecho o estamos ante una nulidad relativa o anulabilidad, aquí la ley carece del sentido de particularidad por el que se establecen reglas mas adecuadas al supuesto de hecho.

Al respecto, conviene remitirnos al análisis de Pasquau Liaño⁶⁶⁸ sobre la necesidad de distinguir los regimenes de ineficacia, para determinar uno propio y adaptado a las peculiaridades de la finalidad perseguida por cada control. Se trata de determinar en que radica la causa de la nulidad para definir el grado en que opera, en palabras más sencillas, el grado de ineficacia contractual debe atender a la causa que la produce –tipo de irregularidad- y a la finalidad que persigue la norma infringida, en este sentido la sanción de nulidad no puede ir mas lejos⁶⁶⁹, atendiendo por supuesto que en este caso se trata de cláusulas de condiciones generales.

La regulación uniforme no le es favorable ni al predisponente ni al adherente, y tampoco tiene cabida en el régimen general de ineficacias ni en el régimen regulador de las condiciones generales, es necesario, propone PASQUAU LIAÑO, haber considerado las distintas finalidades de los controles para determinar un tipo particular de nulidad y así la nulidad absoluta –insubsanable- vendría determinada por una cláusula abusiva o una cláusula contraria al derecho imperativo, mientras que parece justa la anulabilidad en los casos de cláusulas no incorporadas por defectos de información, excluyendo de este régimen a las cláusulas que padecen defectos de redacción sobre las que si podría recaer la nulidad – probablemente relativa- sirviéndose de las reglas de interpretación para integrar el contrato que padece defectos de oscuridad, ambigüedad, incomprensibilidad etc⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ La nulidad de pleno derecho y la no incorporación conducen a los mismos resultados, ambas pueden ser apreciadas de oficio y solamente en beneficio del adherente. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, ob. cit. p. 760.

⁶⁶⁸ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. pp. 281 ss. y nuevamente, con mayor énfasis, pp. 775 ss., de quien hemos tomado, por parecernos afortunados, los aspectos más relevantes de esta exposición.

⁶⁶⁹ CARRASCO PERRERA, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (directores), Madrid, 1992, p. 826.

⁶⁷⁰ La diferencia dentro del control de incorporación se justifica según la naturaleza de los distintos requisitos, por un lado, los requisitos formales estricto *sensu*, cuyo incumplimiento solo genera la ineficacia, y por otro lado, los requisitos que tienden a garantizar el consentimiento, aquellos

En el derecho imperativo, la nulidad opera de pleno derecho por que es un caso típico de contravención al orden público que prevalece sobre el interés particular, aún así debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma infringida para determinar hasta que punto opera, ya que habrá casos en los que la infracción a la norma imperativa solo deje cabida a la nulidad parcial, como cuando la cláusula nula, o bien no sea imprescindible para la vida del contrato, o bien quepa la sustitución automática, o sea susceptible de reducción, un ejemplo de nulidad parcial por infracción del derecho imperativo lo constituye la cláusula de prohibición del pacto comisorio.

En lo que respecta a cláusulas abusivas, sin entrar en detalles sobre la relatividad de la nulidad en cuanto a la legitimación activa para invocarla, si lo es de pleno derecho, la cláusula abusiva adolece de un defecto *ab initio* que impide que el contrato produzca los efectos propios de su naturaleza, se trata de una nulidad indisponible, proveniente del ordenamiento jurídico en el que poco o nada tiene que ver el consentimiento, son nulas por su contenido no por vicios de voluntad. En el control de incorporación en cambio la causa proviene de un defecto de forma y de información que dan lugar a la convalidación de la cláusula si esto es lo que interesa a la parte afectada.

La diferencia de la sanción se hace necesaria en la práctica donde se evidencia de manera directa la incompatibilidad de la sanción de nulidad absoluta de pleno derecho con la no incorporación de algunas de las condiciones generales, puesto que no ocasiona la misma lesión contractual, la cláusula no informada que establece que los gastos de envío corren por cuenta del adherente, que aquella cláusula –aunque si informada- de renuncia previa al derecho de restitución o reparación del bien, en los contratos de compraventa de bienes de consumo, en el primer caso el adherente puede decidir hasta que punto le afecta el pago de los gastos de envío o si aún sin haber sido informado está dispuesto a pagarlos, en cambio, en el segundo caso, su voluntad le es indiferente al ordenamiento jurídico por que se dispone una renuncia a un derecho inherente a las relaciones jurídico

relativos al entendimiento de la cláusula, cuya inobservancia si justifica la nulidad. (González Pakanowska, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 236).

contractuales, de hecho la cláusula sería nula de pleno derecho por que así lo dispone la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo, Ley 23/2003 de 10 de julio.

Bajo este mismo esquema pueden citarse un sinnúmero de cláusulas sin ser abusivas resultan no incorporadas por algún defecto de información o de redacción y que, bajo el régimen que está configurado en la ley, resultan nulas de pleno derecho, sanción que evidentemente no corresponde a la finalidad perseguida por la norma infringida en la que basta una confirmación de la cláusula para hacerla efectiva, el defecto de información es subsanable en la medida en que el adherente considere las ventajas de conservar la cláusula; podrían estar en esta calificación cláusulas como las que disponen que todas las cantidades cargadas están sujetas a revisión final al término del contrato o la que establece la fórmula para el cálculo de la T.A.E. dentro de los límites legales.

En cambio si serían nulas de pleno derecho las cláusulas con plazos excesivamente largos y reservados al profesional para satisfacer la prestación debida –cláusula abusiva- o las cláusulas de renuncia al derecho de resolución en determinados contratos, o la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo –cláusulas que contrarían el derecho imperativo- (Arto. 1102 CC), donde si hay una correspondencia de la sanción de nulidad con el fin perseguido por la norma infringida: restituir el derecho de resolución por una parte y por otra restablecer la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente del dolo.

Observando las características de la norma respecto a esta ineficacia se concluye que se trata de una nulidad que opera de pleno derecho –la no incorporación (o sea el incumplimiento de los requisitos de incorporación) produce ineficacia contractual-, que se prefiere la nulidad parcial a la total –no determinará la ineficacia total del contrato si éste puede subsistir sin las cláusulas-, y establece como fuentes de integración las reglas de interpretación contractual contenidas en el 1258 C⁶⁷¹.

⁶⁷¹ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. p. 277.

Algún autor⁶⁷² ha entendido que la ley maneja un doble régimen de nulidades, dualismo que no se encuentra determinado por cláusulas abusivas y consecuentemente nulas, y cláusulas no incorporadas y consecuentemente anulables, sino que está dado por contratos entre empresarios y contratos entre empresarios y consumidores. Podría desprenderse de una correcta interpretación que las cláusulas no incorporadas y anulables se aplican tanto en los contratos entre empresarios como con consumidores, y por su parte, cláusulas abusivas y nulas sólo aplican en la contratación con consumidores.

Por otra parte, la ley no establece un régimen de nulidades respecto a aquellas cláusulas que contraríen el derecho dispositivo, sólo hace mención de aquellas contradicciones con el derecho dispositivo o prohibitivo.

Siguiendo con lo antes expuesto, el derecho dispositivo se torna imperativo en los contratos con condiciones generales sólo cuando su exclusión del contrato no tenga justificación alguna. Un régimen concreto de ineficacia respecto a las condiciones generales no incorporadas o abusivas sería establecer la nulidad de aquellas cláusulas contradictorias con el derecho dispositivo en ese hipotético caso de contravención⁶⁷³, y al no existir dicha normativa se podría llegar a concluir que la exclusión del derecho dispositivo en las condiciones generales no entraña nulidad.

Ciertamente se hecha en falta una mención específica en este sentido, sin embargo, la nulidad de las condiciones generales que contradigan el derecho dispositivo sin justificación alguna si bien no se deriva de una estipulación concreta en el régimen de nulidades, si de la contradicción de la buena fe como principio que exige que el derecho dispositivo opere como *ius cogens* cuya contravención supone la nulidad de la cláusula. Por tanto no es del todo cierto que la nulidad de una cláusula que contraríe el derecho dispositivo no pueda ser

⁶⁷² MÍQUEL GONZÁLEZ, “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 205

⁶⁷³ MÍQUEL GONZÁLEZ, “La nulidad de las condiciones generales” cit. p. 196 ss, En su opinión, la mención exclusiva de las normas imperativas y prohibitivas como único parámetros del control del contenido, obliga a concluir que no se puede sostener que las normas de Derecho Dispositivo

declarada nula, tomando el contexto de la ley de condiciones generales y la validez de las mismas, que resulta de su correspondencia la buena fe y del equilibrio que se maneje en el contrato.

Asimismo, los empresarios adherentes pueden hacer valer su derecho a la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula que vea frustrada sus expectativas legítimas por ejemplo, por ser contraria a la buena fe, o una cláusula que no guarde el equilibrio jurídico. Y este control, es un control legal, puesto que la buena fe se encuentra incorporada a la ley como una cláusula general.

limiten, en alguna medida, el contenido de las condiciones generales, o sirvan de parámetro para juzgar la validez de las condiciones generales”.

CAPÍTULO V

LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO PARCIALMENTE ANULADO

1. Condiciones Generales e Integración Contractual

La inadecuada correspondencia entre la autonomía privada –propia de los contratos de adhesión-, y la norma imperativa que es la ley de condiciones generales, se traduce en una necesidad imperiosa de integrar ambas para evitar la desaparición de la relación contractual, en la que subyace el principio de que el consentimiento obliga tanto a lo expresamente pactado como a sus consecuencias, conforme a la ley, siendo una de estas consecuencias, la de integrar al seno del contenido contractual, aquello establecido imperativamente por ella⁶⁷⁴.

Los criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual, vienen establecidos por el 1258 C, y son independientes de los efectos derivados de la autonomía privada, “van dirigidos a establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligados los contratantes, y de la forma y modalidades de su cumplimiento, así cómo a establecer determinados deberes accesorios del deber principal; tales criterios son conceptualmente distintos entre sí, aunque tengan la misma función integradora del contrato, e independientes en su aplicación”⁶⁷⁵.

La tarea integradora ve al negocio como norma, no como relación negocial, sino como contenido objetivado de la declaración de voluntades, ahí el que la integración difiera en mucho con la interpretación contractual que ve al contrato como la declaración de voluntades en sí misma y busca su recomposición principalmente en esta⁶⁷⁶.

No siempre que exista nulidad parcial, se requiere una posterior integración, en ocasiones, la eliminación de una cláusula no conlleva su sustitución por que el contenido del contrato responde al derecho imperativo o

⁶⁷⁴ Es decir, principios generales, costumbre y ley, (Arto. 1258 CC); GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico” cit. p. 122; A. LÓPEZ FRÍAS, “Clases de nulidad parcial...” cit. p. 861; GETE-ALONSO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. p. 103.

⁶⁷⁵ STS 30/04/1994.

⁶⁷⁶ GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico” cit.

resulta adecuado al derecho dispositivo. Por ejemplo, cuando el contrato contiene una cláusula de renuncia a la responsabilidad por dolo, la eliminación de la cláusula bastará para que se entienda que el deudor responde por los daños procedentes del dolo sin que sea necesaria la sustitución de la misma por otra que así lo disponga (Arto. 1102 CC), lo mismo sucede cuando el contrato parcialmente nulo, tal y como está, responde al derecho dispositivo, en este caso, la aplicación del 1258 opera mediante “eliminación sin sustitución”⁶⁷⁷.

Cuando la subsistencia del contrato no sea posible, habrá que acudir al resto de los instrumentos de integración contractual, en atención a la circunstancia o circunstancias, que como consecuencia de la nulidad de la cláusula ha quedado sin regulación, sea por que puede encontrarse en el derecho dispositivo y se adecua a los hechos concretos, sea por que los usos o la naturaleza del contrato ofrecen disposiciones idóneas para configuración contractual en aras de garantizar su subsistencia.

Esta labor integradora no resulta tan fácil en el derecho de condiciones generales, por la propia configuración contractual y sus circunstancias de celebración (predisposición, generalidad e imposición) que debe ser tomada muy en cuenta en la elaboración de un régimen propio de integración en cuanto el contenido de las cláusulas de condiciones generales es producto de la voluntad de una de las partes, y la integración debe responder a la necesidad de reestructuración en este sentido.

Aunque la ley remite al mismo régimen general de los contratos, en concreto, a través de una modificación a la Ley General para la defensa de los consumidores añadiendo un artículo 10 bis.2 que refiere el 1258 del Código Civil, es preciso demarcar unos límites a la aplicación de los elementos de integración que correspondan al nivel de aceptación que el contrato con condiciones generales propicia, sobre todo considerando el sutil desplazamiento, que de las fuentes de integración contractual, constituyen las condiciones generales⁶⁷⁸.

⁶⁷⁷ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 448.

⁶⁷⁸ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales” cit. p. 4946.

En este sentido puede hablarse por ejemplo del protagonismo de la buena fe como fuente de obligaciones accesorias; de la inadmisibilidad de la reducción conservadora de la validez; de la inexistente voluntad común en la redacción de la cláusula que reduce las posibilidades para una interpretación integradora; de la insuficiencia del derecho dispositivo en los nuevos tipos contractuales, por lo que se admite su semi-imperatividad en aras de la buena fe; y de la prevalencia de la cláusula más beneficiosa para el adherente- contrarrestando, con algunos matices, el principio de reciprocidad de intereses de las partes, en virtud de la imputabilidad al predisponente de la causa de nulidad parcial del contrato y sin perjuicio de la proporcionalidad de la regulación contractual; como elementos de integración y medios de garantizar la persistencia de los contratos celebrados bajo condiciones generales.

Partiendo de esta idea hemos de concretar en que consisten esas diferencias y como opera, según el sistema jurídico vigente, auxiliándonos además de la doctrina extranjera referida por la literatura española, quienes han visto en la experiencia ajena soluciones acertadas para los problemas que presenta la integración de los contratos celebrados bajo el régimen de condiciones generales, de la misma manera que se han importado la mayoría de los preceptos de la ley.

Lo que aquí importa es indagar sobre las herramientas de integración disponibles a fin de confirmar si la persistencia del contrato afectado por la nulidad de las condiciones generales es posible o si dichas herramientas son insuficientes a para efectos de la supervivencia de un contrato con las particularidades del contrato celebrado con condiciones generales.

De entrada consideramos que los defectos de forma o de fondo de las condiciones generales son subsanables en cuanto difícilmente contendrán los elementos esenciales del negocio, y no con ello queremos decir que para efectos de integración las condiciones generales jueguen un papel secundario en la reconfiguración contractual, sino que mientras subsista el respeto a la autonomía de la voluntad y al principio de la buena fe, habrá que acudir a la integración como un elemento indispensable para mantener viva la relación negocial.

Y cuando esto sea posible debe partirse de la idea que, aunque no siempre, será necesaria, una regulación alternativa con la que el contrato pueda subsistir ante la mutilación sufrida por la declaración de nulidad, la eliminación de la cláusula viciada requiere la integración de la parte afectada.

Ésta disciplina que complementa la nulidad y la integración en el negocio jurídico particularmente el de contratos, viene determinada por la conjugación de dos principios generales del derecho: la supremacía del derecho imperativo sobre la autonomía privada y el respeto a esta autonomía privada una vez garantizada dicha supremacía, que constituyen de manera general el régimen sustitutivo de la parte ineficaz⁶⁷⁹, primero se atiende la finalidad de la norma infringida y una vez garantizada ésta, a la voluntad de las partes, la integración en este sentido es una herramienta que pretende resolver el conflicto de intereses entre autonomía privada y derecho imperativo⁶⁸⁰.

Por su parte, el papel del derecho dispositivo ha pasado de ser meramente dispositivo a llenarse de cierta categoría “imperativa” cuando exclusión del contrato no pueda ser justificada por la parte que predispone.

Así funciona el juego de la integración en el derecho de contratos, destinada a llenar los vacíos producidos por la imprevisibilidad de los contratantes sobre determinados aspectos de la relación jurídica, razón por la cual, según algunos autores, existen las reglas de integración, en su sentido más objetivo; o vacíos originados en el seno de una nulidad parcial por efecto de una autorregulación contraria al derecho imperativo, donde las posibilidades de integración vienen determinadas por una presumible voluntad que se desprende de la parte afectada, y que debe considerarse una vez respetada la supremacía del derecho imperativo.

⁶⁷⁹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 336.

⁶⁸⁰ Este conflicto de intereses no existe en el derecho de condiciones generales, no se trata de compaginar el derecho imperativo con la autonomía privada, y éste parece ser el motivo por el que resultan inadmisibles algunos elementos de integración desde la perspectiva de la teoría de la eficacia meramente declarativa de las condiciones generales, (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 436).

En este caso las reglas de integración de contratos se muestran insuficientes, la simple eliminación de la parte ineficaz y la sustitución de ésta conforme estas reglas de integración resulta poco respetuoso con la voluntad, razón por la cual existen otros elementos, que garantizando la integridad de la norma si atienden dicha voluntad⁶⁸¹.

Nos referimos a la *reducción conservadora de la validez* y a la *interpretación integradora de la voluntad* como herramientas para lograr la reconstrucción del contrato, unos recursos alternativos de integración contractual, vistos de forma especialmente polémica⁶⁸², ante las insuficiencias que presentan, el derecho imperativo, el derecho dispositivo, la buena fe, los usos y la naturaleza del contrato.

No hay duda que estas herramientas constituyen un certero auxilio a la integración de los contratos pero parecen mostrarse insuficientes, principalmente por que el contenido de las condiciones generales es configurado por una sola de las partes contractuales, y por que las situaciones que originan esos vacíos que dan pie a la integración no son las mismas que en los contratos negociados, en efecto, se trata de una disponibilidad unilateral de la regulación contraria a derecho imperativo, pero concretado en una abusividad o el incumplimiento de la información debida.

No son, en consecuencia, la solución más adecuada para los defectos de incorporación –sancionado con la nulidad-, aquí la labor integradora se convierte en una labor de incorporación de cláusulas por la vía de la legalidad, si una cláusula no fue informada y afecta a los intereses legítimos del adherente, la cláusula será incorporada de manera que no afecte estos intereses, es decir, redactada, reconfigurada, corregida; es lo que sucede con las cláusulas sorprendentes, la integración no presenta mayor problema por que el contrato, en

⁶⁸¹ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 354 ss.

⁶⁸² PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 538.

atención al cumplimiento de la buena fe, se integra con las expectativas legítimas del adherente sobre el contenido de la cláusula⁶⁸³.

Tampoco lo es para el régimen de las cláusulas abusivas que funciona como un extractor de cláusulas inadmisibles y no como un localizador de la voluntad común de las partes, en ambos casos la propuesta presenta incompatibilidades que resultan obvias y que muchas veces imposibilitan, si cabe, su aplicación.

El propósito de la integración de un contrato cuya causa de nulidad se encuentra en una condición general es buscar el equilibrio conforme las normas y principios generales del derecho y no en el contenido regulador de la condición general o cláusula predispuesta ineficaz por que éste no puede considerarse expresión unívoca de la voluntad común de las partes⁶⁸⁴.

Si bien, persiste el respeto por la autonomía de la voluntad, con la integración se busca en principio el imperio del derecho que ha sido transgredido por esa autonomía, y que se traduce en –sobre todo- equilibrio entre obligaciones y derechos y buena fe, con el respaldo de la naturaleza contractual, los usos del tráfico, las normas sectoriales como derecho imperativo, y el derecho dispositivo en la medida en que su exclusión del contrato no sea justificable.

La integración del contrato en directa dependencia de la voluntad de las partes, como la intención o la finalidad perseguida que se pretende respetar, debe estar condicionada por los actos que han rodeado el negocio⁶⁸⁵ cuando esto sea posible y no por lo que se deduce de la cláusula misma.

No es que se prescinda de la voluntad común de los contratantes como elemento de integración; aclárese que se trata de respetar la voluntad original de las partes, en cuanto la posterior integración del contrato sea consecuente con ésta, pero no de encontrar mediante el proceso de integración una voluntad común, por

⁶⁸³ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Las cláusulas abusivas por un defecto...* cit. p. 220, aunque hablando más de la prevalencia de un contenido contractual sobre otro, que de la integración en sentido estricto.

⁶⁸⁴ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones Generales...* cit. p. 671.

que para esto existen las reglas de interpretación; es solo que por la dificultad que representa encontrarla en la redacción contractual, resulta poco conveniente que en función del principio de respeto a la autonomía privada, se acuda a integrar un contrato de estos, incluso a veces ni las cláusulas particulares pueden darnos una visión correcta de la coincidencia de voluntades.

Hay voluntad común en la decisión de contratar –razón que justifica que el legislador haya hecho prevalecer la nulidad parcial del contrato- y hay voluntad común en los pactos particulares, algunos aspectos esenciales que no pueden ser modificados por las condiciones generales, aunque en la realidad práctica cuando la condición general contradice la cláusula particular no puede presumirse que sea ésta la que contenga la voluntad común, piénsese, otra vez, en una cláusula particular que fija el precio de una prestación como el total, luego una condición general que regula el mismo contrato establece que el precio no incluye impuestos ni tasas de tramitación; es difícil hallar la voluntad común, si por una parte el adherente consintió sobre un precio como el total, y por otra el predisponente intenta agregar al precio las tasas e impuestos respectivos, en el mejor de los casos se entiende voluntad común la cláusula particular por que es la que ambas partes han tenido oportunidad de conocer, sobre todo si se entiende que esta oportunidad se convierte en real para el predisponente y mera oportunidad para el adherente.

La voluntad de cada parte sobre el precio es diferente a la de la otra, la labor integradora tiene que prescindir de buscar la voluntad común por que no la puede encontrar y tendrá que acudir en principio a la buena fe, a la regla de la prevalencia, al derecho dispositivo sobre precios, y al derecho imperativo, si alguna ley especial regulara el caso concreto.

2. La reducción conservadora de la validez

Consiste en utilizar para efectos de integración los acuerdos nulos (cláusulas concretamente), reducidos al punto que respeten la norma imperativa infringida, al tiempo que suple de acuerdo con la voluntad de las partes, la

⁶⁸⁵ En este sentido RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato...* cit. p. 127.

regulación establecida en el contrato por otra cualitativamente análoga pero alterada en su extensión o cantidad⁶⁸⁶, una configuración a medida de la ley, de la cláusula que la violenta, una especie de nulidad parcial de la cláusula, la *blue pencil rule*⁶⁸⁷ del *civil law*. La nulidad se impone con efectos reductores: solo en la medida en que el precepto de autonomía privada excede o sobrepasa los topes, cuantías o plazos legales, el pacto no es eliminado sino que es simplemente reducido a los legalmente permitidos⁶⁸⁸.

La operatividad de la reducción conservadora en la integración contractual por defectos de incorporación de condiciones generales, no está determinada por su naturaleza jurídica, como cabría pensar, si las condiciones generales son producto de la autonomía de la voluntad, tendría sentido utilizar las mismas herramientas de integración de los contratos⁶⁸⁹, si bien parece congeniar la eficacia meramente declarativa con la imposibilidad de reducir la cláusula en vista de la ausente voluntad común de las partes, no es ésta precisamente la causa de fondo que impide aplicar la reducción conservadora: si el control del contenido no busca restituir la voluntad común, resultaría poco legítimo que en vías de la integración contractual si sea ésta su finalidad.

El fin perseguido es depurar el tráfico de condiciones generales inadmisibles, inadmisibles por completo, identificada como un todo y no como algo divisible la cláusula es abusiva o no incorporada.

En lo respectivo a las cláusulas abusivas parece sencillo establecer unas reglas de aplicación mediante las que se pueda reducir la cláusula sin eliminarla del contenido contractual; la lista de las cláusulas abusivas puede entenderse como el indicativo “quantum” de lo que es conforme la ley, así, una cláusula que exceda

⁶⁸⁶ PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 539.

⁶⁸⁷ Utilizada en el derecho anglosajón, consiste en tachar con un lápiz azul los términos de la cláusula que se consideren contrarios a derecho o abusivos, de tal manera que si el resto de la cláusula parcialmente tachada sigue conservando un sentido contractual propio, completo y admisible, el contrato puede considerarse válido y eficaz en la parte no tachada. (PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 641; Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 403 ss; para quien no existe diferencia práctica ni dogmática entre la nulidad parcial de la cláusula y la reducción conservadora).

⁶⁸⁸ GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial...* cit. pp. 104-105.

⁶⁸⁹ NEUMANN, *Reduktion*, p 73, citado por ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 432.

el límite de plazo establecido para ejercitar un derecho será adaptada conforme la lista de cláusulas abusivas y reducida al plazo máximo permitido; aunque no todas las cláusulas son susceptibles de reducción y por lo tanto no es una regla de aplicación general, estamos ante un supuesto –cláusulas abusivas- que admite esta técnica para su integración contractual.

Aunque éste argumento de admisibilidad ha sido rebatido tanto por la doctrina contractualista, argumentando que la función de la lista de cláusulas prohibidas no es la de establecer unas condiciones generales modelos, sino la de establecer unos mínimos estándares de corrección que si bien sirven de ejemplo no son normas de carácter imperativo expreso –que deben ser aplicadas tal cual- sino los límites que no debe pasar el predisponente; como por la de la eficacia meramente declarativa, argumentando sobre todo que la reducción es inadmisibles porque es un instrumento que, trata de compaginar autonomía privada con normativa imperativa del Estado donde no existe la autonomía privada⁶⁹⁰.

A nuestro criterio, la razón radica en que no todas las cláusulas son susceptibles de ser reducidas y no es una regla que pueda aplicarse con un criterio general a todas las cláusulas abusivas, habrá casos en que la integración parezca un efecto reductor de la validez de la cláusula en tanto que sea posible mantenerlo, como las cláusulas que establecen plazos o las cláusulas indiferenciadas cuyo tener recoge varios supuestos o consecuencias jurídicas, unas legales y otras abusivas, y no son reducible por su parte, cláusulas de reserva exclusiva de interpretación, cláusulas de resolución o modificación unilateral, cláusulas de privación de las acciones edilicias sin sustitución por un derecho de reparación etc.⁶⁹¹, pero este argumento no es del todo defendible, por que, el que una regla no pueda ser aplicada de forma general no impide que se aplique en lo que quepa.

Por otra parte, la función de la lista de cláusulas abusivas puede conjugarse, siendo al tiempo un indicador que sirve de modelo y unos estándares mínimos de corrección, lo que no contradice en nada la doctrina contractualista por que hasta los contratos negociados tienen límites impuestos por las leyes,

⁶⁹⁰ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 427, 436.

⁶⁹¹ *Idem*, pp. 424, 425.

además, la lista negra debe ser interpretada en un sentido no taxativo, deja abierta la puerta a otras cláusulas que pueden resultar igualmente abusivas, así, cuando se dice que la exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave no será válida, no se quiere decir que cualquier exclusión por culpa leve sea válida sino que ésta en concreto (la responsabilidad por dolo o culpa grave) no lo es⁶⁹². De la misma manera que se debe interpretar la nulidad de la exclusión de responsabilidad por dolo del Código Civil.

Ahora bien, para valorar la efectividad de la reducción en las cláusulas no incorporadas, desde un análisis sencillo es preciso primero distinguir las causas de no incorporación, si se trata de un defecto de redacción: cláusulas oscuras, incomprensibles, ambiguas, o de un defecto de incorporación propiamente dicho: cláusulas no informadas, no referidas expresamente, no firmadas de forma particular cuando quepa, no anunciadas en carteles a la entrada de los establecimientos.

Lo no informado está excluido de la reducción, en cuanto el defecto afecta el total de la cláusula, si una cláusula no fue informada, no lo fue del todo, no puede ser reducida a fin de conservar lo que de ella se desprenda válido⁶⁹³, el defecto por el que es nula, afecta a toda la cláusula.

Lo erróneamente informado, puede quedar reducido al límite permitido por la misma ley, y siempre que se trate de una cuestión de límites cuantitativos o temporales, pero no precisamente a través de la reducción: o sea mediante la mecánica de tomar lo nulo y utilizarlo como parámetro; sino que se trata mas bien de una labor de integración acudiendo al derecho imperativo, aquí el control de incorporación se agota en la contravención del derecho imperativo que ofrece la solución. Esto, aunque parezca, no es reducción conservadora, se trata de integración con derecho imperativo del contrato afectado con nulidad por una cláusula no incorporada⁶⁹⁴.

⁶⁹² Idem, p. 427.

⁶⁹³ Idem, p. 426.

⁶⁹⁴ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 308.

En otras palabras, ante la falta de transparencia en la información, es imprevisible para el adherente el resultado de la reducción de la cláusula, en consecuencia lo no informado debe someterse al derecho dispositivo o imperativo mismo, y no a lo que resulte válido de la cláusula según el derecho dispositivo o imperativo⁶⁹⁵.

3. La interpretación integradora, una alternativa entre la voluntad y la norma.

La interpretación integradora surge en Alemania como una alternativa de recomposición contractual, en un contexto donde los problemas de interpretación están directamente ligados a la teoría de la voluntad de las partes como el verdadero objeto de interpretación, exteriorizada de algún modo en las declaraciones negociales, y que no puede admitirse nunca como contenido del contrato lo que las partes no han querido realmente ya que solo la voluntad es capaz de producir consecuencias jurídicas⁶⁹⁶; frente a la integración, que se mantiene al margen de esta voluntad, entendiendo lo típico de un caso, y utilizando la regulación general y las normas legales para llenar las lagunas contractuales⁶⁹⁷. Quizás por esto ha sido considerada la interpretación integradora como una labor hermenéutica netamente objetiva.

En el derecho español no ha sido fácil admitir una figura como ésta a pesar de que su incardinación no es necesaria, se ha entendido que el artículo 1258 del Código Civil tiene como finalidad adecuar el contrato en un ambiente normativo que excede a la propia disponibilidad, es decir, que utiliza al auxilio de la

⁶⁹⁵ En este sentido, PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 541; en contra, ALFARO, considera que esta no es la razón por la que se rechaza la reducción conservadora, por que las cláusulas son nulas por abusivas, no por intransparentes, de serlo, se podría alegar también que las cláusulas parcialmente ineficaces son parcialmente transparentes (*Las condiciones generales...*cit. p. 429).

⁶⁹⁶ LARENZ, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Comares, Granada, 2002 p. 163.

⁶⁹⁷ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 377, LASARTE ÁLVAREZ, "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)" *RDP* 1980, p. 70, citando a MESSINEO, a quien considera el artífice de una doctrina sobre la integración mas acorde a los códigos latinos.

interpretación, elementos de integración, y que considera al contrato como un todo⁶⁹⁸.

Lo cierto es que el 1258 C no contiene elementos interpretativos, y en eso compartimos la opinión de LASARTE⁶⁹⁹, pero es claro que ofrece un concepto unitario del contrato que toma en cuenta no solo la voluntad privada, sino que además establece los elementos de integración como su límite –complemento, superando la concepción bipartita de las reglas de interpretación contractual, considerando la interpretación integradora como una categoría autónoma, como veremos, perfectamente distinguible de la interpretación objetiva⁷⁰⁰.

Hay que admitir que, tanto la interpretación como la integración persiguen la misma finalidad: encontrar una regulación adecuada conforme a la buena fe y los usos del tráfico, pero ambas actúan de diferente manera⁷⁰¹, y una vez superados los conceptos y diferenciado las características propias de cada uno de los elementos de recomposición de la norma reguladora de la relación contractual, pueda establecerse con autoridad la interpretación integradora como una intersección, como el punto complementario de la interpretación y de la integración.

El contrato, objeto de recomposición presenta en la realidad jurídica tres aspectos diferenciables⁷⁰², tres facetas que conforman la realidad unitaria, el contrato visto como hecho jurídico, como relación negocial y como norma, las dos primeras son las facetas sobre las que actúa la interpretación contractual, y por

⁶⁹⁸ LASARTE ALVAREZ, “Sobre la integración del contrato...”, cit. p. 71, aunque niega que el artículo 1258 contenga elementos interpretativos; para ALBALADEJO este artículo sí constituye sin más la interpretación integradora, “Interpretación del negocio jurídico” *Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo*, 1958, p. 183; VATTIER FUENZALIDA, en cambio, niega que la interpretación integradora participe de la naturaleza de la integración, para él, constituye sin más, una más de las modalidades de la interpretación, (“La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *ADC*, 1987, p. 518); MIQUEL GONZÁLES por su parte, reconoce que el artículo 1258 cumple una función de interpretación integrativa, (*Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 939). El Tribunal Supremo ha defendido la función hermenéutica del 1258 CC, SS TS 17/06/1970, 04/02/1972, por citar algunas.

⁶⁹⁹ “Sobre la integración del contrato...”, cit. p. 71.

⁷⁰⁰ De esta opinión, VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 517, rechazando la tendencia doctrinaria de unificar estos conceptos.

⁷⁰¹ En el mismo sentido ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 376.

ello buscará esclarecer esa voluntad que parece no estar muy definida; la integración en cambio, ve al contrato como el contenido objetivado de aquella voluntad emanada del hecho jurídico y que regula la relación negocial, es decir que mas que esclarecer la voluntad buscará la voluntad de la norma jurídica, recompone el contrato con la ley, los usos, la buena fe objetiva.

La interpretación en cambio, se centra en la declaración de las partes, tanto en su sentido literal como ambiguo, la integración añade a la declaración de las partes el derecho dispositivo, los usos y la buena fe⁷⁰³. Frente a la interpretación, la integración se diferencia por que aquella se dirige a esclarecer la voluntad normativa de las partes, mientras que la integración tiene por finalidad determinar, una vez patentizada la *lex negotii*, el cuadro de las fuerzas normativas que forman la suma integrada por la *lex privata* junto a las demás que componen la norma reguladora de la relación negocial⁷⁰⁴.

El tríptico germánico, interpretación, interpretación integradora e integración, fue concretado entendiendo que la reconstrucción negocial debe conseguirse acudiendo a la interpretación verdadera, descendiendo por la interpretación integradora para terminar en la integración propiamente dicha; algo así como, reconstruir la declaración de voluntad falta de claridad a partir de lo que se considera habría sido la declaración de un hombre razonable y prudente utilizando las normas supletorias del derecho dispositivo según el tipo contractual para llenar los vacíos⁷⁰⁵.

Es decir, que para la interpretación integradora no basta recurrir al derecho dispositivo⁷⁰⁶, hay que hacerlo al propio contrato a fin de averiguar que regulación

⁷⁰² GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico” cit. p. 118. Esta concepción tripartita del contrato nos pareció muy interesante al caso de la integración, en cuanto, finalidad perseguida por la integración y por la interpretación, por eso la referimos casi literal.

⁷⁰³ VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 496.

⁷⁰⁴ GARCÍA AMIGO “La integración del negocio jurídico” cit. p. 119.

⁷⁰⁵ LASARTE ÁLVAREZ, “Sobre la integración del contrato...” cit. p. 69, refiere que fue BETTI, en Italia, quien logró esta concreción.

⁷⁰⁶ Lo que no nos queda claro hasta ahora es si en efecto, el derecho dispositivo sea un elemento al que acude la interpretación integradora para la recomposición del contenido contractual; parece que la respuesta es negativa si consideramos a ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 437, y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 673 que se expresa en este sentido: “...procederá el recurso a las normas dispositivas, en cuanto fuente de integración contractual

hubieran establecido los contratantes que se comportan honradamente, y ver si existen datos que permitan deducir que regulación hubieran establecido las partes⁷⁰⁷, pero, a diferencia de la interpretación objetiva, la interpretación integradora no se centra en ésta declaración de voluntad, sino que utiliza como medios interpretativos la naturaleza del contrato, los usos, la buena fe objetiva.

En cuanto al objeto, mientras la interpretación objetiva persigue aclarar un contrato ambiguo oscuro o contradictorio tomando en cuenta sobre todo la voluntad, la interpretación integradora se ocupa de contratos incompletos, que presentan lagunas en la regulación de algunos aspectos, sea por que las partes no han pensado en ellas, o por que de haberlo pensado no lo han hecho correctamente –es el caso de las condiciones generales nulas contenidas en contratos que pueden ser objeto de interpretación integradora-, son aspectos necesitados de regulación pero que no han sido considerados por las partes, extrae las consecuencias del contexto total y de la naturaleza genérica del contrato, trata de averiguar el significado del negocio como un todo⁷⁰⁸.

Lo cierto es que la distinción se hace necesaria, sino obligatoria, en el contexto, pese a la circunstancia de condiciones generales; la función de la buena fe en la integración se mantiene al margen de la subjetividad y considera únicamente aquellas cuestiones de carácter normativo general, no interesa lo que las partes quisieron contratar sino lo que las partes –cualquiera partes- querían contratar en las específicas circunstancias del contrato, el juez entonces se sitúa en la posición del legislador; en cambio, la buena fe en la interpretación integradora toma en cuenta a las partes específicas, a esas partes que están contratando en esas circunstancias generales, esto es que toma en cuenta la posible voluntad, o, la que

aplicable en defecto de interpretación integradora...”, lo que sucede es que aquí se está considerando a la interpretación integradora únicamente como un régimen de integración alternativo al derecho dispositivo, preferente solo en los casos en que éste no pudiera solventar las lagunas surgidas, cuando en verdad es, además de un régimen alternativo, un proceso de complemento a la voluntad en sede interpretativa, con arreglo, en parte, al derecho dispositivo, (VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 496, y ahí mas citas).

⁷⁰⁷ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 358.

⁷⁰⁸ VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 518, que si bien reconoce la diferencia la interpretación integradora de la objetiva, se muestra contrario a que aquella participe de la naturaleza de la integración, expresa de este modo que la interpretación integradora es una mas de las modalidades de la interpretación; Cfr. K. LARENZ, *Base del negocio jurídico...* cit. p. 165, Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 375-376.

la doctrina ha llamado la *voluntad hipotética*⁷⁰⁹, que no se considera en la integración.

Esto, sin perjuicio de que la interpretación integradora no es excluyente del derecho dispositivo, del que puede auxiliarse cuando no se deduzca que las partes no lo han querido, simplemente por que las partes no han podido figurarse toda la regulación contractual y a veces la no incorporación de ciertas normas dispositivas al contenido del contrato no es mas que la ignorancia de su existencia y no precisamente la voluntad de que queden al margen de su regulación.

En este sentido, no debe perderse de vista el alto grado de importancia que tiene el derecho dispositivo en su función integradora de los contratos con condiciones generales, siguiendo la tesis aquí mantenida, es más que un derecho supletorio, ordenador del contrato, el derecho dispositivo existe también como cooperante de la voluntad, ante la falta de prevención, por que la interpretación integradora participa en cierto grado de la naturaleza de la integración.

El hecho de que la interpretación integradora sea un instrumento basado en la buena fe no excluye de su ámbito el derecho dispositivo cuando las partes no lo hayan manifestado de esta manera, y por que el derecho dispositivo en función integradora, se concreta, en muchos casos, con diversas fuentes, incluyendo la buena fe.

El verdadero problema se presenta cuando hay un conflicto entre dos fuentes: un caso típico regulado por el derecho dispositivo y configurado de forma diferente a la legal por los usos, y cuya jerarquía no depende del derecho sino de la disponibilidad de los contratantes, según Alfaro⁷¹⁰ y en orden a la aplicación de la interpretación integradora, si del contenido contractual se deduce que las partes han pensado en la configuración usual la integración debe realizarse conforme a

⁷⁰⁹ En esto consiste la diferencia entre la interpretación y la integración, mientras aquella opera sobre las dudas de la voluntad real, ésta entra en el juego de la voluntad hipotética; (ALFARO, remitiéndonos a OERTMANN en la doctrina alemana, *Las condiciones generales...* cit. pp. 375, 382).

⁷¹⁰ Para quien la interpretación integradora se da cuando se desprende del contenido del contrato que las partes habrían adoptado una regulación distinta al derecho dispositivo. (*Las condiciones generales...* cit. pp. 380 ss).

ésta, en sede interpretativa, pero esta labor no se inspira en la buena fe sino en los usos, por tanto, si no puede deducirse del contenido del contrato que las partes no han querido la aplicación del derecho dispositivo, y siempre que éste no contraríe la voluntad claramente contenida en el contrato, no hay razón para no aplicarla, en sede de interpretación integradora, que existe como instrumento de corrección que complementa lo acordado por las partes –interpretación- con arreglo a los elementos de integración, es decir que incluye también el derecho dispositivo, los usos, la buena fe y la equidad⁷¹¹.

Cierto que al tratarse de cláusulas predisuestas será difícil encontrar circunstancias que acrediten una voluntad de la que pueda deducirse que las partes no han querido el derecho dispositivo, entonces la interpretación integradora parece perder eficacia al tener que acudir a lo típico del caso. Pero en realidad no sucede de forma tan extrema, en los contratos con condiciones generales existirán menos datos de esta naturaleza, pero será posible encontrarlos indudablemente en aquellos elementos esenciales que presuponen acuerdos negociados y voluntad común, en aquellas circunstancias imputables a ambas partes y que contribuyan a poner de manifiesto la regulación que éstas se habrían dado para el supuesto concreto⁷¹².

Al funcionar el derecho dispositivo como auxiliar de la interpretación integradora, la cosa se presenta más fácil puesto que, y pese a lo defendido por buena parte de la doctrina, al no encontrar una voluntad común en la cláusula predispuesta no incorporada, el derecho dispositivo ofrece al juez la solución acorde con el todo del contrato, y esto a su vez constituye una noción de lo que las partes quieren en el caso típico, a menos que como hemos expuesto, la usanza

⁷¹¹ VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 496. El derecho dispositivo es sin más fuente de integración contractual si las partes no han excluido su aplicación en el momento de celebración del contrato y no cuando esté en vigor el acuerdo contractual y pretendan las partes desconocer las consecuencias legales dimanantes del derecho dispositivo; en este sentido, si no puede desprenderse del contenido del contrato esta voluntad de exclusión, no se ve impedimento alguno para que el derecho dispositivo sirva de auxilio a la interpretación integradora, en sede de la integración del contrato. Ver al respecto, LASARTE ÁLVAREZ, “Sobre la integración del contrato...” cit. p. 74; Cfr. GARCÍA AMIGO, “Integración del negocio jurídico” cit. p. 137, si las partes no han pactado en contra de la ley dispositiva, dicha ley pasará a integrar la norma reguladora de la relación negocial con todas sus consecuencias.

⁷¹² PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 671, Alfaro, *Las condiciones generales...* cit. p. 437.

jurídica determine otra cosa y sea mas adaptada a la voluntad de las partes, en virtud de que ésta ha venido desfasando el tipo legal.

En cualquier caso, la interpretación integradora funciona como integración al eliminar las barreras que supone para la eficacia contractual la imprevisión de las partes sobre ciertos aspectos del contrato, o mas bien en nuestro caso, la desinformación no imputable a una de las partes de ciertos aspectos, otorgándole al derecho dispositivo una función mas que auxiliar, para la subsistencia del contrato, al contener los elementos que el legislador ha considerado los más justos y equilibrados en la relación concreta.

Eso, y por que las causas de la nulidad total del contrato por culpa de una cláusula no incorporada, son fácilmente extraíbles a través de la interpretación integradora que cobra en este sentido, particular relevancia en el derecho de condiciones generales⁷¹³: y es que para determinar la nulidad total del contrato es necesario compaginar lo que queda de la integración con la voluntad originaria de las partes para ver si son compatibles y si puede subsistir el contrato.

4. Elementos de integración contractual

4.1. El derecho imperativo

El derecho imperativo ocupa sin dudas el primer lugar en la jerarquía de fuentes de recomposición al que debe acudir en caso de un desajuste del contenido contractual, aunque bien, es considerada una fuente ajena al ámbito de la integración, por que no es en sí misma un mecanismo para llenar o suplir lagunas contractuales, prevé una regulación completa que no da pie a lagunas, obliga de forma inmediata por el imperio del ordenamiento jurídico, más bien se considera una técnica sustitutiva, en cuanto no busca la voluntad de las partes, puesto que no le interesa, evita el fraude a la ley e incorpora al contrato intereses no solo no previstos por las partes, sino positivamente no queridos⁷¹⁴.

⁷¹³ VATTIER FUENZALIDA, “La interpretación integradora...” cit. p. 496, Nota 1.

⁷¹⁴ En este sentido: GOMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial...* cit. p. 61; MA. L. MARÍN PADILLA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos...* cit. p. 163.

Pero la razón por la que no es considerado el derecho imperativo como elemento de integración propiamente dicho, más que el imperio de forma inmediata del que puede presumir, es que no requiere la preexistencia de lagunas, sino que, el derecho imperativo entra de lleno a operar como complemento del contenido contractual correctamente válido por el acuerdo de voluntades⁷¹⁵.

En efecto, sin discurrir mucho sobre su función integradora, el derecho imperativo puede admitirse como una extensión del contenido contractual que no suplanta la voluntad de las partes sino que se considera tácitamente incluido, y que, a diferencia de la buena fe, los usos y la naturaleza del contrato, no exige una labor hermenéutica de concreción traducida en la tarea de integración contractual⁷¹⁶.

Esta idea es válida y sostenible siempre que no exista laguna que llenar o preceptos que suplir, está claro que aplica igualmente; pero cuando el contrato parcialmente nulo no subsiste por sí mismo sin la parte nula, y exista en el derecho imperativo vasta norma para que el contrato sí pueda subsistir, se acudirá a éste, en sede integradora, si acaso consideramos esta labor como la de determinar a que resultan las partes obligadas, además, o a pesar, de lo querido de mutuo acuerdo⁷¹⁷.

De hecho, la labor integradora se facilita cuando la nulidad parcial se debe a una contravención directa al derecho imperativo, por que la propia norma infringida va a suministrar de manera muy simplificada los elementos de recomposición del contenido contractual amputado, sin necesidad de acudir al resto de los denominados elementos de integración, lo que parece resultará más común en el ámbito de las condiciones generales⁷¹⁸.

⁷¹⁵ LASARTE ÁLVAREZ, “Sobre la integración del contrato...” cit. p. 73, para quien el derecho imperativo –ley, que dice el 1258 CC- es un medio de integración del contrato, siguiendo a MESSINEO, que partía de la idea que solo el derecho imperativo podía llenar las llamadas lagunas contractuales ya que la hipotética susceptibilidad de aplicación de normas dispositivas podía ser neutralizada por la voluntad contraria de las partes.

⁷¹⁶ En sentido contrario, J. ALMAGRO NOSETTE, en *Comentario del Código Civil*, cit. p. 517.

⁷¹⁷ PASQUAU LIAÑO, *Jurisprudencia Civil comentada*, Tomo II, Arts. 1088 a 1976, PASQUAU LIAÑO, (director), Comares, Granada, 2000, p. 2147, y ahí cita de Jurisprudencia.

⁷¹⁸ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. p. 307.

Pero no es el sí es propio de la naturaleza de la integración del contrato acudir al derecho imperativo lo que aquí interesa, sino, hasta que punto y desde que normas, el contrato con condiciones generales se encuentra configurado bajo preceptos de ineludible cumplimiento, irrenunciables y por ende, imperativos y que sirven, para determinar el alcance de las obligaciones de las partes contratantes cuando a consecuencia de una mala incorporación resulte un contrato parcialmente anulado.

La trasgresión al derecho imperativo consiste en no cumplir con unos requisitos de incorporación que no son más que requisitos de forma, aún cuando el contenido de la cláusula sea conforme con el derecho imperativo que regula la materia del contrato que está siendo examinado; o puede que el contenido de la norma sea producto de la voluntad –ya sabemos que se trata de voluntad de una parte- pero que no sea contraria a la ley imperativa ni positiva, simplemente por que esta no la regula, como ejemplo una cláusula sorprendente que no fue debidamente señalada, la consecuencia lógica será la no incorporación, y la integración se hará conforme la buena fe o los usos.

Hemos afirmado antes, que en estos casos la labor integradora es más una tarea de incorporación, conforme la ley, de aquellas cláusulas declaradas “no incorporadas” y en consecuencia ineficaces, en este sentido, se entiende que el contenido de la cláusula no es abusivo, pero perjudica de alguna manera los intereses del adherente, podría ser por que ante la falta de información no fue conciente de sus obligaciones, y la integración contractual conlleva reestructurar el contrato al punto que el adherente medio espera, incorporar las cláusulas según las fuentes de integración.

La ley de condiciones generales es la norma imperativa por excelencia a la que acude el ordenamiento jurídico, en cuanto establece criterios de fondo y de forma, control de contenido y control de incorporación, incluso reglas de redacción para hacer efectivo el contrato celebrado bajo éstas cláusulas, es la norma imperativa constituyente que no solo regula la estructura misma del contrato en cuanto instrumento técnico sino que fija cierto contenido y establece

ciertos límites a los derechos y deberes que las partes desde su posición – adherente-predisponente- posee en el marco de unas cláusulas predispuestas, y en consecuencia resulta materia esencial para la integración.

Contiene la ley de condiciones generales de una modificación a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por la que se añade una disposición adicional primera que contiene regulación al contenido de los contratos, pero se trata de una normativa más específica, al ser una modificación a la ley de consumidores, lo que quiere decir que solo aplica a contratos en los que haya un consumidor actuando como adherente, no así en los contratos entre empresarios en el ejercicio de su actividad empresarial.

Por otro lado encontramos la normativa sectorial, aquellas normas particulares y de carácter imperativo aplicables al caso concreto, aspecto positivo en cuanto se trata de normativa prevista para un caso específico con preceptos más estrictos, particularmente para los predisponentes⁷¹⁹. Así, podemos encontrar normativa específica en el sector de de los seguros, el crédito al consumo, los contratos electrónicos y telemáticos, los viajes combinados, el comercio minorista, etc. Cada una de estas leyes establece como debe estar configurada cierta parte del contenido de cada uno de los contratos que ellas regulan.

Además de las disposiciones de ineludible cumplimiento encontradas en el Código Civil, como los artículos 1102, 1476, que contienen derechos irrenunciables y son aplicables aunque el adherente renuncie en virtud de su autonomía privada y a cambio de la obtención de otro derecho o alguna ventaja, como la reducción del precio. Casos de estos, se han visto en la práctica de las condiciones generales, en los que los predisponentes, valiéndose de su posición dominante, ofrecen a los adherentes, ventajas a cambio de renuncias a ciertos derechos, como la responsabilidad, la resolución, el fuero propio etc.

4.2. El derecho dispositivo

⁷¹⁹ De esta opinión PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...*cit. p. 547

Al haber ponderado la situación normal de los intereses de las partes, el derecho dispositivo tiene una función más que supletoria, ordenadora, siguiendo la tesis que aquí se ha mantenido, el derecho dispositivo, aunque no tenga el carácter de norma necesaria o prohibitiva; en función integradora debería tener mayor trascendencia en cuanto se trata de recomponer, no una voluntad común, sino un contrato con predisposiciones que puede llegar a romper la equidad normal de un contrato de acuerdo con su naturaleza.

Existen motivos suficientes para la restauración de los derechos y obligaciones del contrato en función del derecho dispositivo, si el ordenamiento jurídico ya ha tomado una decisión sobre la composición de cierto conflicto de intereses y lo ha plasmado en una norma de derecho dispositivo, no se ve razón para negar la protección del consumidor a partir de dicha norma⁷²⁰.

Pero la ley, ha excluido del control del contenido al derecho dispositivo como límite a la autonomía de la voluntad, lo que nos indica que en cuanto a la integración debe concedérsele el mismo grado de importancia y el mismo nivel de jerarquía que si se tratara de integrar un contrato negociado, y admitir que, aunque el derecho dispositivo en estos casos debería resultar inderogable por la voluntad —que ya sabemos no es común—, en cuanto contenido de justicia y equidad, considerado como la adecuada y natural valoración de los intereses contrapuestos de las partes y los intereses superiores de la comunidad, como la regulación justa o buena de un caso concreto⁷²¹, no lo es por que la ley no le ha concedido esa inderogabilidad.

Y aunque en la doctrina se sigue defendiendo la inderogabilidad del derecho dispositivo por las condiciones generales que suponen cláusulas formadas

⁷²⁰ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 942

⁷²¹ Según RAISER, quien destacó la importancia del derecho dispositivo y lo revalorizó como auténtico derecho, y cuyo criterio llega hasta nosotros por las exposiciones de ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 361 y de MIQUEL GONZÁLEZ, en *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 432. Para ALFARO, esta pretensión de atribuirle mayor resistencia al derecho dispositivo frente a la autonomía privada, solo es aplicable en el derecho de condiciones generales y según la tesis de la eficacia declarativa, para él, el derecho dispositivo sirve a la autonomía de la voluntad y no es un límite a la misma, por lo tanto no puede modificar los pactos de una relación contractual individual.

con un consentimiento “degradado”, y por ende el derecho dispositivo debería funcionar como si se tratase de *ius cogens* o como si formara parte del contenido natural⁷²², se le debe seguir teniendo como derogable y disponible por la voluntad⁷²³; lo que no implica que deje de servir de modelo, proporcionando a las partes una regulación estándar para un caso concreto, y a los jueces los parámetros para juzgar la validez o no de las condiciones generales⁷²⁴, de ahí su importancia en la labor integradora.

Otra cosa sucede cuando la voluntad de las partes ha derogado el derecho dispositivo sin una justificación a la luz del principio de la buena fe contractual, y ésta derogabilidad ha causado un desequilibrio en perjuicio de quien se ha adherido al contrato, en cuyo caso, el derecho dispositivo adquiere un carácter semi-imperativo que obliga a la integración contractual a considerarlo como inderogable por la mera voluntad, en cuanto el contenido de las condiciones generales no es propiamente dicho un contenido bilateral.

El derecho dispositivo como elemento de integración aplica, solo cuando resulta apropiado para el tipo de contrato, y cuando responde a las expectativas de ambas partes; si está demostrado que las partes –sobre todo el adherente- se esperaban un contenido diferente del establecido en el derecho dispositivo, resultante de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, debe prevalecer este contenido, como consecuencia de la buena fe y quizás los usos, como elementos de integración preferentes al derecho dispositivo⁷²⁵. Estas circunstancias están conformadas generalmente por la publicidad, los usos, los acuerdos previos, la escasa información.

⁷²² DE CASTRO, “Las condiciones generales de los contratos” cit.; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales...* cit. pp. 773-774; ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 362, consecuente con la tesis de la eficacia meramente declarativa, solo así entiende que una condición general no pueda derogar el derecho dispositivo.

⁷²³ De esta opinión, GARCÍA AMIGO, “Integración del Negocio Jurídico”, cit. pp. 138-139, por qué -dice- si se mantiene la tesis contractualista de las condiciones generales, no se puede sustraer éstas de los principios de la contratación, que reconocen a la autonomía de la voluntad un poder normativo, que permite a las partes contractuales sustituir las normas legales de carácter dispositivo, que se califican así precisamente por que están a “disposición”, y que por ende, pueden impedir que formen parte del contenido contractual e incluso que jueguen como fuente de integración.

⁷²⁴ Sobre la función del derecho dispositivo, ver ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 361, citando la doctrina alemana que se expresa en este sentido.

Dicho de otro modo, y aún cuando se tratase de *ius cogens*, al derecho dispositivo, en sede integradora, se apela, si, posterior a la integración, este no modifica el tipo contractual y dentro de todo, responde a la voluntad originaria, en sentido estricto, retomamos el caso en el que un contrato originalmente de leasing, resulte parcialmente nulo, y una vez integrado con derecho dispositivo en sede ordenadora, se convierta en un contrato de compra venta a plazos.

Si cabe hacer una integración con otros elementos que sea respetuosa con el tipo del contrato –leasing- y con la voluntad originaria -contrato de leasing, no de compraventa-, habrá que hacerla prefiriendo la buena fe, los usos y la naturaleza del contrato sobre el derecho dispositivo; por que la ley dispositiva en la jerarquía de elementos de integración, no tiene una vigencia incondicional si hay razón suficiente para desplazarla⁷²⁶, mas bien se trata de estar o no en su supuesto de aplicación⁷²⁷.

Cuando se apela al derecho dispositivo para integrar un contrato parcialmente nulo, se hace por que no se encuentra en el derecho imperativo una norma que llene el vacío contractual causado por la imprevisibilidad de las partes, sea por que las partes han dejado de regular ciertos aspectos del contrato, o por que habiéndolos regulado contrarían el derecho imperativo o prohibitivo; aplica el derecho dispositivo por que las partes aceptan expresamente su aplicación ante la posible nulidad de una cláusula del contrato⁷²⁸, o por que no han pactado en contra.

⁷²⁵ Interpretación integradora del contrato **sin** derecho dispositivo, ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 388 ss.

⁷²⁶ Cfr. “El carácter semi- imperativo del Derecho Dispositivo” en este trabajo.

⁷²⁷ En este sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, “...*No es lo mismo, pactar lo contrario de una regla que lo admite, que sustituir las reglas que rigen un contrato por las de otro, aunque éstas sean dispositivas. En este caso posiblemente exista contradicción entre el fin del contrato querido por las partes y las dispositivas que rigen otro contrato*”, (*Comentarios a la ley sobre condiciones generales...*cit. p. 952); incluso, DE CASTRO, en su tesis defendiendo la supremacía del derecho dispositivo, admite que no puede ser desplazada, sin una “razón suficiente”, “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” cit.

⁷²⁸ El mejor de los ejemplos lo constituyen las cláusulas salvatorias, que a pesar de la poca claridad con la que se encuentran configuradas en el condicionado general, para efectos de integración, ofrecen la herramienta concreta, que por disposición de las partes, debe ser utilizada en la recomposición de la norma contractual. Ante lo que, cabe preguntarse si una cláusula no incorporada, lo es, en virtud de su carácter de “salvatoria” será tenida en cuenta para la integración del contrato, lo que convertiría la labor integradora en una tarea de *reducción*

La disponibilidad de las partes encuentra su límite en el momento de celebración del contrato, durante el cual se debe expresar de manera clara que no se quiere el derecho dispositivo como fuente reguladora de la relación contractual, de lo contrario la integración se realiza siguiendo el orden jerárquico dispuesto en la ley y considerando en lo concerniente, el derecho dispositivo; con esto, lo que se pretende es evitar el fraude que podría originarse una vez que, estando en vigor el acuerdo contractual, las partes pretendan excluirlo de la integración y desconocer las consecuencias legales dimanantes de la celebración del negocio⁷²⁹.

Hay que tener en cuenta además, que el derecho dispositivo en función integradora, no procede solamente de lo que dice la norma y a veces precisa ser hallado y concretado entre diversas fuentes que se encuentran ordenadas jerárquicamente: la ley, tanto la que dispone sobre el tipo contractual concreto, como las disposiciones generales sobre contratos y obligaciones, pero solo incluye las normas con contenido material, aquellas cuyo contenido puede sustituir directamente a las cláusulas generales declaradas nulas⁷³⁰; la jurisprudencia, en cuanto interpretación y aplicación analógica del derecho dispositivo (Arto. 1.6 CC); los principios generales del derecho, que incluye la buena fe y el derecho consuetudinario o usos del tráfico, es decir la costumbre probada⁷³¹.

Esta jerarquía consiste en que solamente en defecto de ley aplicable se acudirá a la costumbre, y solo en defecto de ley y costumbre se aplicarán los principios generales del derecho, pero no resulta inalterable cuando confluyen ciertos factores, que de acuerdo con la buena fe, evidencian la necesidad de acudir

conservadora de la voluntad, en cuanto se deja ver cierta voluntad de mantener la cláusula hasta donde el derecho imperativo se lo permite si ésta sobrepasa sus límites, (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 411).

⁷²⁹ LASARTE ÁLVAREZ, “Sobre la integración del contrato...” cit. p. 74.

⁷³⁰ No incluye el derecho dispositivo, en función integradora, las normas formales de interpretación por ejemplo, en cuanto estas no poseen una eficacia supletoria directa, van dirigidas al juez y son de carácter imperativo por que se aplican con independencia de la voluntad e independientemente de la existencia o no de regulación para un punto concreto; (ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 364; DE CASTRO, *Derecho Civil...* cit. p. 399).

⁷³¹ Arto. 1 CC; GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico”, cit. p. 137; ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 363-365; MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales...* cit. p. 431.

a una fuente de rango “inferior” a fin de conservar el tipo contractual y respetar la autonomía privada hasta donde sea posible⁷³².

Este dato nos sirve para reconocer que el derecho dispositivo entendido como la norma legal supletoria, no es siempre la principal fuente de integración después del derecho imperativo, a veces no resulta suficiente ya que en algunos aspectos contractuales ha perdido cierta vigencia por prevalencia de los usos del tráfico, sobre todo en los contratos con condiciones generales, y no por que sean nuevos contratos como tales, sino por que son nuevas formas de contratar que ameritan nuevas formas de regulación y por que la mayoría de estos contratos – sino todos- se fraguan en el tráfico mercantil, por lo que debe tenerse en cuenta las exigencias particulares de éste en cuanto a integración se refiere⁷³³.

Por ejemplo, la regulación que el Código Civil dispone para la compraventa en cuanto a garantías, no resulta la más apropiada para algunos de los contratos modernos, de hecho, violentaría los principios de equidad y justicia que subyacen en el derecho contractual. En aquella, el vendedor no es responsable de los defectos manifiestos de la cosa al momento de celebración del contrato, cuando en la compraventa a distancia, los defectos aparentes solo son conocidos por el comprador al momento de la entrega, es decir, posterior a la celebración del contrato⁷³⁴, donde debe prevalecer la buena fe y los usos como elemento de integración⁷³⁵.

⁷³² MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 952.

⁷³³ El derecho mercantil consagra la preferencia de los usos mercantiles sobre el derecho dispositivo civil, (ALFARO, “La función de los usos en el Código de Comercio” *RDM* 1992, pp. 423- 424).

⁷³⁴ ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. p. 366; aunque ésta disposición supletoria en derecho de contratos, ha sido modificada por derecho imperativo en cuanto a compraventa a distancia se refiere, por la Ley 7/1996, de Ordenación del comercio minorista, reformada por la ley 47/2002, que incorpora los preceptos relativos a las ventas a distancia. Cita también el caso de fijación del precio por una de las partes, que regulado por el Código Civil, se presenta inconcebible, mientras que en la realidad jurídica de la contratación en masa, este precepto es demasiado rígido, prevaleciendo los usos del tráfico.

⁷³⁵ LASARTE ÁLVAREZ, reconoce que, “la existencia de usos en sentido normativo parte del hecho indiscutible de que el ordenamiento jurídico no es tan pleno como se quisiera y que, ni aún el conjunto de normas dispositivas contenidas en los Códigos (...), resultan de por si suficientes para resolver los problemas planteados por la ejecución de los contratos”, (“Sobre la integración del contrato...” cit. p. 75, Nota 27). Por su parte, PAGADOR LÓPEZ, reconoce que el derecho dispositivo solo entra a regir en los contratos típicos cuya configuración usual no se ha desviado de la legal, (*Condiciones generales...* cit. p. 673).

Por otra parte, también resulta insuficiente en la mayoría de contratos atípicos, que no contienen regulación concreta en el derecho dispositivo, solo pueden auxiliarse del derecho general sobre contratos y obligaciones, ante lo cual, debe recordarse que la mayoría de contratos con condiciones generales pertenecen al ámbito de los llamados innominados.

4.3. La costumbre como fuente de integración

La configuración usual de los contratos no siempre coincide con la prevista por la ley, sin embargo, las prácticas habituales y generalizadas del tráfico jurídico contribuyen en gran medida al desarrollo contractual introduciendo perennes modificaciones, adecuadas al tiempo y lugar de celebración del contrato, y por ello van tomando auge jurídico sin estar concretadas en ninguna ley, y a veces inclusive, contradiciendo lo ya estipulado en la norma –entiéndase dispositiva-.

Los usos en sede integradora son considerados costumbre, en cuanto poseen un valor normativo y ofrecen reglas heterónomas destinadas a suplir las omisiones de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse en los contratos y que pasaran a formar parte del mismo⁷³⁶.

Un debate aún abierto versa sobre la prevalencia, en sede integradora, de los usos sobre el derecho dispositivo, lo que no resultaría defendible si atendemos al tenor literal del artículo 1 del Código Civil que establecen que la costumbre solo regirá en defecto de ley y que trasladada la jerarquía al 1258 CC, resulta la aplicación del derecho dispositivo por encima de los usos normativos, argumentando además que la integración del contrato de acuerdo a las reglas del mercado que llegan a tener el carácter de usos, es perjudicial para el adherente en cuanto constituye una cobertura al predisponente, causante de la laguna contractual, para quien lo peor, en caso de nulidad de una de las cláusulas que él redactó, será la aplicación de las reglas de mercado⁷³⁷.

⁷³⁶ GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico” cit. p. 140; GÓMEZ DE LA ESCALERA, *La nulidad parcial...* cit. p. 63; GETE-ALONSO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. p. 104; Para GARCÍA AMIGO, la función de los usos en sede integradora también va referida a la interpretación de las ambigüedades del contrato.

⁷³⁷ RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato...* cit. p. 290.

Si bien, la costumbre no puede invocarse contra lo dispuesto expresamente por la ley, se entiende por ley como el derecho imperativo, no es la supremacía del derecho dispositivo tan radical en lo que respecta a los contratos con condiciones generales, cuando se considere, de acuerdo con la buena fe integradora, que es la mejor manera de conservar el contenido natural del contrato, todo aquello que usual y generalmente se pacta en las circunstancias particulares⁷³⁸; por lo que no creemos que exista razón para negar esta prevalencia.

En el derecho de condiciones generales, la funcionalidad de los usos como fuente de integración cobra especial relevancia y aplicabilidad, siendo que la mayoría de los contratos celebrados bajo este esquema son de los llamados innominados o atípicos por que no cuentan con una regulación propia en el derecho dispositivo, y cuya configuración en el tráfico se ha venido desarrollando a través de los usos. Entre estos citamos, el contrato de tarjeta de crédito, los contratos de abono a publicaciones periódicas, la TV por cable, el préstamo de video, la utilización de cajeros automáticos⁷³⁹.

4.4. La buena fe, su función integradora

La buena fe resulta siempre un concepto muy difícil de concretar, es un concepto tan amplio y tan abstracto, de *contornos imprecisos que el legislador hace jugar como inspirador de tantas instituciones civiles* dice GARCÍA AMIGO⁷⁴⁰, y no será en su manifestación de función integradora donde se presente la excepción.

La buena fe puede ser entendida como concepto técnico inserto en una multiplicidad de normas jurídicas, o en un más amplio sentido, como principio

⁷³⁸ PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la ley de condiciones generales...* cit. pp. 787, 791, destacando la importancia del contenido natural del contrato en la labor integradora, procedente de circunstancias muy variadas, usos, publicidad etc., que provocan una expectativa en el adherente y que justifican sin dudas, la integración del contrato con un contenido diferente del derecho dispositivo. Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales...* cit. pp. 354 ss; y PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 674.

⁷³⁹ Alfaro, *Las condiciones generales...* cit. p. 366.

⁷⁴⁰ “La integración del negocio jurídico”, cit. p. 141.

general del derecho concretado en un modelo de conducta leal de todos los miembros de una comunidad jurídica, tanto en la fase previa de las relaciones como en el posterior desenvolvimiento de las mismas⁷⁴¹, en las relaciones contractuales constituye un *parámetro normativo de la conducta debida*, bajo esta concepción, resulta un principio fundamental al tema que nos ocupa, en el que media evidentemente un aspecto de buena fe para garantizar el conocimiento de las cláusulas al adherente, para cumplir con los deberes de redacción e información que requiere el control de incorporación de las condiciones generales al contrato.

Y es que a partir de las normas sobre condiciones generales y protección de los consumidores, la buena fe retoma el protagonismo normativo que le había robado la equidad como principio general del derecho, vuelve la buena fe a corregir con rigor y a considerarse en estricto sentido, fuente de obligaciones accesorias⁷⁴².

Pero en un sentido diferente, la buena fe del 1258 CC, como último recurso de integración tendente a evitar las consecuencias injustas que se podrían producir ante la falta de ley o costumbre, situada en el plano objetivo de los principios normativos, reclama, sino, obliga, a una conceptualización que referida a las consecuencias del contrato en cuanto fuente de obligaciones y derechos para las partes, se superponga a las personas de los contratantes, es decir, que ordene el contenido y los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta aceptadas socialmente y exigidas por el propio tráfico jurídico⁷⁴³.

⁷⁴¹ DÍEZ-PICAZO, en el “Prólogo” a la traducción de José Luis Carro, del libro de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Ob. Cit. p. 12.

⁷⁴² En efecto, la buena fe, hoy, se revela como principio más necesario que nunca (...) al punto que podría decirse que los contratos con condiciones generales se caracterizan por la buena fe, y esta debe ser observada con especial cuidado e intensidad en cuanto las condiciones generales constituyen un sutil desplazamiento de las fuentes de integración. (MÍQUEL GONZÁLEZ, “Reflexiones sobre las condiciones generales”, cit. p. 4946). M. ALONSO PÉREZ, “La buena fe contractual” Martes 24 de enero de 2005, Universidad de Salamanca.

⁷⁴³ En resumidas, la visión de LASARTE ÁLVAREZ, “Sobre la integración del contrato...” cit. pp. 76 ss, defendiendo y refiriendo la tesis objetivista ofrecida por MUCIUS SCAEVOLA; en el mismo sentido: J. ALMAGRO NOSETE, *Comentario del Código Civil*, cit. p. 518; Cfr. ALFARO, “La función de los usos en el Código de Comercio”, cit. p. 422.

Es lógico pensar que la buena fe, al considerarse un criterio sumamente subjetivo –en cuanto hay muy pocos parámetros establecidos que lo concreten⁷⁴⁴– sea el último recurso al que acude el juzgador, pero en sede integradora, la buena fe se despoja de sus concepciones subjetivistas para entrar a llenar el vacío que la voluntad de las partes ha dejado en una relación contractual, independientemente de si existe o no un desequilibrio. No se trata de sustituir un contenido que emana de la autonomía privada por otro, sino suplir una carencia de autonomía.

Sin embargo, en sede integradora, puede interpretarse el 1258 CC como fuente de obligaciones contractuales más allá de lo expresamente pactado, operando la buena fe como un criterio de validez de determinados contenidos contractuales, esto es, puede integrarse el contrato confrontando la regla en cuestión con las exigencias emanadas de la buena fe⁷⁴⁵. Implícitamente el 1258 puede ser desarrollado como control de validez.

Sustituir la autonomía de la voluntad en aras de la buena fe se ha convertido para la jurisprudencia en un dilema, mientras se admite que los criterios del 1258 son distintos de los derivados de la autonomía privada, (STS 30/04/1994), se encuentran precedentes jurisprudenciales en los que no se concibe el principio de la buena fe sin tener presente el de autonomía privada (STS 04/12/1956).

El punto es que la buena fe sí se considera siempre en relación con conductas concretas y respecto a casos determinados, así lo entiende la doctrina, considerando la buena fe como “la regulación resultante de una valoración equilibrada de los intereses de las partes, a la vista de las circunstancias concretamente concurrentes, y en especial a la naturaleza y tipo del contrato celebrado⁷⁴⁶, y aquí subyace un elemento subjetivista que se contrapone a los aspectos generales del contrato, pero no en atención a una voluntad particular, la buena fe es un elemento indisponible –si cabe decirlo– y la labor integradora que

⁷⁴⁴ V. Gr. Arto. 433 CC “Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

⁷⁴⁵ CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, ob. Cit. p. 783.

depende de ella se fundamenta en lo que se encuentra determinado como el comportamiento leal, o lo que hubiera sido una voluntad leal de las partes, ciertamente en consideración con las circunstancias.

Por esto, es factible que la buena fe actúe, no solo en defecto de ley o costumbre, sino aún cuando habiéndola, éstas se muestran insuficientes y de ser utilizadas provocaría nefastas consecuencias, incongruentes con la ley o con los fines propuestos; por que ante todo lo que se pretende es restituir el equilibrio contractual y el sentido del contrato perdido a causa de la nulidad parcial, y con base en la buena fe se integra a las estipulaciones contractuales válidas, las obligaciones necesarias que constituyan el cumplimiento del contrato⁷⁴⁷.

Si la importancia de la integración mediante la buena fe radica no solo en que constituye el complemento que falta al contrato para ser válido y eficaz, sino que además tiene una función reguladora de los efectos que durante la vigencia del pacto, puedan y deban producir ciertas circunstancias⁷⁴⁸, mas importante resulta entonces la buena fe como medio de integración de los contratos con condiciones generales, en la medida que la voluntad de las partes no puede apreciarse, esta supone además de una neutralización de los abusos del pasado, una prevención para el futuro, en cuanto se trata no solo de reconstruir el contrato de manera que quede equilibrado, sino de agregar a esta en el plano integrador, elementos disuasorios para el predisponente⁷⁴⁹.

En este contexto, es innegable que la buena fe juega un papel fundamental en la integración del contrato que ha sido objeto de nulidad parcial a causa de una

⁷⁴⁶ PAGADOR LÓPEZ, *Condiciones generales...* cit. p. 673; J. ALMAGRO NOSETE, *Comentario del Código Civil*, cit. p. 518, lo que hace, según dice, al concepto de buena fe como “difícil de explicar pero fácil de entender”.

⁷⁴⁷ En este sentido, la STS 09/12/1963, “deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento”, (GARCÍA AMIGO, “La integración del negocio jurídico” cit. p. 143); en el mismo sentido las Sentencias TS 09/10/1993 (RJ 1993/8174), “*La buena fe contractual, entendido este concepto en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado, consiste en dar al contrato cumplida efectividad, en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyan su lógico y necesario cumplimiento*” y 17/02/1996.

⁷⁴⁸ GARCÍA AMIGO, cita de la STS 09/12/1963, “La integración del negocio jurídico” cit. p. 143.

deficiencia de incorporación de sus cláusulas, la razón de ésta no incorporación no es la falta de legalidad del contenido de la cláusula, no es lo que la cláusula dispone lo que lesiona los derechos del adherente, sino el desconocimiento injustificado de las obligaciones por las que debe responder, que legales o no –a efectos de la no incorporación es irrelevante- no son vinculantes por que no puede prever la parte, el alcance de sus responsabilidades y solo asume aquellas que en atención a la buena fe se podría esperar.

La buena fe entra en el juego de la integración como coadyuvante del equilibrio de los derechos y las obligaciones⁷⁵⁰, rediseñando el contenido de acuerdo con los límites normales que el conjunto de circunstancias (negociaciones previas, folletos publicitarios, información por un dependiente, cambio de condiciones, etc.) le impongan al acto contractual.

⁷⁴⁹ PERDICES HUETOS, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales...* cit. pp. 538, 542; para él, esta función que deben cumplir todos los elementos de integración, se vuelve una necesidad insoslayable en el plano de la contratación en masa.

⁷⁵⁰ Los derechos deben ejercitarse de buena fe (Arto. 7 CC) y las obligaciones deben cumplirse de buena fe. (DÍEZ-PICAZO, “Prólogo” en FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, cit. p. 12).

Conclusiones

I

El deber de Buena Fe en la contratación con condiciones generales se puede plantear como la transparente incorporación al contrato de un contenido equilibrado.

La función principal que se le ha otorgado a la buena fe en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, es la de criterio para determinar si un contenido contractual resulta equilibrado a la luz de los parámetros generales que se establecen en una contratación normal, es decir, si dicha cláusula no causa en detrimento del adherente, un desequilibrio importante entre las obligaciones y derechos de las partes. Esto desde el punto de vista del control del contenido contractual, aunque más que un control del contenido lo que se hace es un control de validez de las cláusulas, y dicho control emana de la aplicación de una norma, en la que la buena fe opera en un ámbito parecido al de la norma imperativa.

El control sobre el contenido ejercitado al auxilio de la Buena Fe, no es bajo ninguna circunstancia un control sobre elementos esenciales del contrato, se trata más bien de determinar si las obligaciones que el predisponente impone al adherente no le causan un perjuicio y corresponden a las que en circunstancias en las que las partes negociarían sus condiciones, se establecerían para un contrato de la misma índole.

El equilibrio debe entenderse entonces como el concerniente a las respectivas posiciones jurídicas de las partes a fin de evitar los excesos en el ejercicio de la predisposición de los empresarios, pero no a fin de controlar o intervenir sobre circunstancias que son propias de determinación por la autonomía privada de los contratantes.

A esto debe añadirse que dicho contenido equilibrado debe ser incorporado al contrato cumpliendo con las reglas de transparencia, es decir, con todas las garantías informativas para que dicho contenido sea conocido o susceptible de ser

conocido por el adherente. En este sentido la Buena Fe se materializa a través de un control de incorporación mediante el que se establecen criterios de redacción y de información que debe satisfacer quien predispone un condicionado general, a fin de garantizar que quien se adhiere conozca y a su vez consienta dicho contenido.

II

En los contratos con condiciones generales, la libertad contractual se ejercita con la misma naturalidad que en los contratos negociados, al amparo de la buena fe puede asegurarse que estos contratos continúan siendo contratos consentidos.

Algunos cuestionamientos todavía existentes en el ámbito de las condiciones generales sobre la existencia de una verdadera libertad en el ejercicio de los derechos contractuales pierden vigencia con el surgimiento de la buena fe como principio rector del derecho de contratos; al ser entendida esta como un deber de transparencia en la información, plasmada mediante un control de incorporación de las cláusulas al contrato, se convierte en un requisito *sine qua non* para la garantía del conocimiento del contenido del contrato, y esto a su vez se traduce en un consentimiento de libre voluntad.

La Ley lo ha dejado claro al establecer que sólo aquellas condiciones generales que han sido correctamente incorporadas al contrato pueden formar parte de él, es decir sólo aquellas condiciones cuya existencia haya sido conocida por el adherente y por ende, consentidas. Es ésta la finalidad principal del control de incorporación, que se produzca un verdadero consentimiento por parte de quien se adhiere previo el cumplimiento de un deber de información correcta del alcance y trascendencia del contenido contractual.

El consentimiento del contrato recae sobre el objeto y la causa del contrato, artículos 1261 y 1262 del Código Civil, no sobre cada uno de los pactos, cláusulas y condiciones de los mismos, artículos 1255 y 1267 del Código Civil, a las que basta una debida referencia y que deben estar accesibles, redactadas en forma clara y entendible al adherente medio.

En este contexto el consentimiento del adherente se refiere fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido. Por lo tanto la obligación del predisponente de dar a conocer las condiciones generales para lograr una correcta formación de la voluntad contractual, no es sino, el deber de información que recae sobre él, de la existencia de condiciones generales, clara y concisa sobre el alcance de las mismas, con la correlativa obligación de disponer su contenido al adherente, para que este las acepte, para que pasen a formar parte del contenido del contrato y para que puedan ser eficaces y vinculantes.

La Ley por su parte, obliga a una *oportunidad real* de conocer las condiciones generales, la que se materializa con la referencia expresa que cumple la función de información sobre la existencia de las mismas, y la entrega que un ejemplar que cumple la función de información sobre su contenido, además de los respectivos deberes derivados de la transparencia, concreción de la buena fe, relativos a la forma de las condiciones generales.

Se puede decir que en los contratos con condiciones generales, se considera que ha habido consentimiento, en la medida que las mismas hayan sido conocidas y que estas no contraríen sin razón aparente las normas dispositivas y respeten las obligaciones derivadas de la buena fe.

III

Se puede declarar la abusividad de una Condición General en un contrato celebrado entre empresarios gracias a la intervención de la Buena Fe.

La eficacia de un ordenamiento que regule las Condiciones Generales no debe depender de la entidad de la persona que se adhiere a ellas, sino de la correcta incorporación de las mismas y del equilibrio que supongan para la relación contractual. Son las circunstancias de celebración del contrato, el procedimiento por el cual se ha alcanzado un consentimiento libre –que es la

adhesión- las que justifican que se otorgue cierto grado de seguridad en el equilibrio del contrato, y no el hecho de que sea un consumidor el que se adhiera a las condiciones de un contrato.

Con la exclusión del control de contenido de los contratos entre empresarios, el legislador asume una postura respetuosa de la libertad contractual y la autonomía privada, atendiendo a la –relativa- igualdad de las partes contratantes, pero con la aplicación del principio de la Buena Fe como criterio para determinar si una cláusula es abusiva o no, se admite que pese a esa relativa igualdad de posición entre ambas partes contratantes, lo que interesa para efectos de proteger y garantizar derechos es la aceptación mediante la adhesión.

La razón de la aplicación de un criterio de buena fe no es la desigualdad estructural del consumidor frente al empresario, sino las particularidades de negociación de las condiciones generales de la contratación, la predisposición en sí misma y no el status de consumidor.

Los empresarios que contraten bajo Condiciones Generales quedan excluidos del control del contenido específico, de la sumisión a una lista de cláusulas entendidas como abusivas en cualquier circunstancia, pero no así del control de abusividad que se hace acudiendo al auxilio de la Buena Fe.

Las normas sobre protección de los contratos no debe verse limitada por los actos de consumo, y su aplicación se extiende a todas las situaciones en las que existe un desequilibrio entre las partes debido a las particularidades de la contratación en masa; desde esta concepción el papel importante lo juega el desequilibrio importante y no el sujeto víctima de este desequilibrio.

IV

La letra pequeña debe ser quizás más grande, pero la letra pequeña debe ser leída.

La incorporación de las condiciones generales y su validez como cláusulas contractuales se encuentran condicionadas al cumplimiento de ciertas cargas

informativas y de redacción, tal regulación parte del principio, básico en derecho de obligaciones, de que solo puede consentirse aquello que se conoce, de ahí que esta exigencia recaiga en una sola de las partes, como es lógico por la anatomía del contrato cuyo contenido se establece por vía de predisposición unilateral.

Una vez cumplidas las obligaciones y deberes de información por quien tiene que hacerlo, la Buena Fe contractual impone indirectamente a quien tiene que recibir dicha información, un deber de informarse, siempre que les sean dadas las circunstancias y facilidades para ello.

Esto en atención a aquella regla general que establece que no es admisible que alguien pueda beneficiarse de su propia falta de diligencia, si el adherente rehúsa la información que el predisponente pone a su disposición actúa en su propio perjuicio y la doctrina de las expectativas legítimas no ampara la mala fe del adherente ni su conducta negligente.

Mediante el establecimiento de los requisitos de incorporación y la consecuente posibilidad de conocimiento del contenido de las condiciones generales se puede entender como establecida una exigencia de la diligencia debida, en cuanto la oportunidad real de conocer las condiciones generales da pie a su incorporación, medie o no medie diligencia del adherente. El cumplimiento de las obligaciones contractuales de información por parte del predisponente garantiza la validez de las cláusulas y esto obligaría a los adherentes a informarse debidamente para evitar la incorporación de aquellas cláusulas con las que no contaban.

La diligencia del adherente sirve también para buscar un equilibrio y valorar los distintos intereses de las partes que están en juego; el consumidor (adherente) cuya formación sea inferior a la que razonablemente pueda considerarse como media en una sociedad y momento determinados, deberá observar una conducta diligente, consistente en indagar el significado de las cláusulas que le resultan incomprensibles, y si a pesar de no comprender el sentido y alcance de determinadas cláusulas actúa negligentemente (incumple su carga de informarse) no podrá después ampararse en su desconocimiento para

pretender la no aplicabilidad de aquellas, y deberá demostrar que ha observado una diligencia normal, si luego se queja de haber sido engañada.

V

Como consecuencia de la Buena Fe, el Derecho dispositivo adquiere carácter de semi-imperativo cuando su exclusión de la relación contractual no se encuentra justificada y esta exclusión haya causado un perjuicio importante al adherente.

La incorporación del derecho dispositivo al contrato ha sido siempre un ejercicio de la autonomía privada, sin embargo, como reflejo de un modo normal de celebrar los contratos, y a raíz de la regulación específica de las condiciones generales en el ordenamiento, el derecho dispositivo se revaloriza como auténtico derecho y como modelo de regulación, destinado a delimitar el alcance de la autonomía de la voluntad de los contratantes que de buena fe, establecen la regla contractual, más allá del derecho imperativo o prohibitivo.

El derecho dispositivo ofrece un modelo de conducta equilibrado y ajustado a la buena fe, y con ello cierto grado de imperatividad, cuando excluirlo de un contrato celebrado bajo condiciones generales no sea justificable, y cuando la regla contractual derivada de la autonomía de la voluntad y que se separa del derecho dispositivo, cause un desequilibrio importante.

VI

En el ámbito de la armonización del derecho contractual europeo, aún se encuentran algunas dificultades para el establecimiento de un criterio unitario de la Buena Fe.

En el proceso de armonización de derecho contractual europeo se han encontrado algunas dificultades para establecer un concepto unitario de buena fe, si éste resulta ya un concepto bastante abstracto máxime cuando se pretende poner a juego ordenamientos con diferencias como las hay entre el sistema sajón y el

latino, entre el *common law* y el *civil law*. La transposición de la Directiva 93-13 ha puesto en evidencia esta tensión existente entre la anhelada armonización y las distintas tradiciones jurídico-contractuales.

En ordenamientos como el español, las normas son categóricas respecto al alcance y poder corrector de la buena fe, que les permite a los Tribunales intervenir en el ámbito de la autonomía privada, pudiendo sobrepasar incluso algunos requisitos legales como las formalidades, para declarar la validez de un contrato de acuerdo con la buena fe, en el *common law* en cambio, los Tribunales poseen cierta discrecionalidad, pero los requisitos formales para la transmisión de propiedad por ejemplo, no pueden ser transgredidos.

La utilización de conceptos genéricos en normas europeas no es lo más favorable para propiciar la armonización, pero debe valorarse como positivo que a niveles extranacionales exista una clara tendencia a establecer la Buena Fe como principio al que las partes deben someterse, sin perjuicio de la salvaguardia de la libertad contractual.

Así mismo, la introducción de la Buena Fe en todos los proyectos surgidos en el ámbito de la contratación europeo sólo se explica en atención a la importancia que el mismo ha ido adquiriendo, ya no tanto como criterio de abusividad de cláusulas generales en los contratos con consumidores, pero si como un principio rector del derecho de las condiciones generales que obliga a las partes contratantes a unos estándares de comportamiento leal, sean consumidores o no.

VII

El control de incorporación no es sino, un deber de transparencia en la información contractual que emana de la buena fe, y que da cuenta de la verdadera naturaleza de las condiciones generales.

Las condiciones generales son cláusulas contractuales tal cual si hubieran sido negociadas por ambas partes, el sometimiento del adherente al cumplimiento de unos requisitos de incorporación que son a su vez una materialización del deber

de transparencia, da cabida a asegurar que una vez cumplido este deber se materializa un consentimiento que recaerá sobre dichas cláusulas, y por lo tanto les otorgará validez y eficacia.

Considerando aquel enunciado del derecho civil que establece que el consentimiento del contrato recae sobre el objeto y la causa del contrato, artículos 1261 y 1262 del Código Civil, no sobre cada uno de los pactos, cláusulas y condiciones de los mismos, artículos 1255 y 1267 del Código Civil, a las que basta una debida referencia y que deben estar accesibles, redactadas en forma clara y entendible al adherente medio, está claro que cumpliendo con este requisito de información debida.

En este contexto el consentimiento del adherente se refiere fundamentalmente a la existencia de condiciones generales, no a su contenido. Por lo tanto la obligación del predisponente de dar a conocer las condiciones generales para lograr una correcta formación de la voluntad contractual, no es sino, el deber de información que recae sobre él, de la existencia de condiciones generales con la correlativa obligación de disponer su contenido al adherente, para que este las acepte, para que pasen a formar parte del contenido del contrato y para que puedan ser eficaces y vinculantes.

VIII

La ineficacia de las condiciones generales por no incorporación debe procurar ante todo, la subsistencia del contrato, que debe ser integrado conforme con las exigencias de la Buena Fe.

En cuanto al régimen de ineficacia contractual derivada de la errada o no incorporación de las condiciones generales, éste se encuentra configurado del mismo modo que el esquema clásico de nulidades, que, de por sí, ya se maneja con mucha imprecisión, tanto en la cantidad de términos que se utilizan, como por la libertad con que se manejan por la doctrina y la jurisprudencia.

En este campo, no hay diferencias entre las cláusulas no incorporadas, y las cláusulas abusivas, se trata de meras doctrinas conceptuales, ya que se establece para ambos casos una paridad de sanciones, la nulidad de la cláusula, con la subsistencia del contrato como regla general -quizás en deuda con una interpretación que los civilistas han hecho de las reglas contenidas en el código civil-, en virtud del principio *pro consumatore*, que supone a favor del adherente, quien resultaría la parte mas afectada por la nulidad total del contrato, la subsistencia del mismo, en la medida de lo posible.

La nulidad parcial, como régimen de ineficacias, es la que más se adecua al espíritu de la ley, en cuanto trata de evitar las consecuencias negativas que para el adherente supone la declaración de nulidad total, y cumple con el principal objetivo de los controles: la eliminación de la cláusula abusiva o no incorporada, en aras de mantener el equilibrio, con su respectiva sustitución, donde tiene cabida un régimen de integración especial.

En el camino hacia el salto a la nulidad total, se deben considerar muy detenidamente, los criterios de conservación del negocio jurídico, la voluntad hipotética de las partes referida a su intención al momento de contratar (teoría subjetiva), el carácter esencial de la parte nula, el fin práctico del contrato (teoría objetiva) y la finalidad de la norma infringida (teoría normativa). Sin dejar de considerarse que el interés del adherente es la celebración del contrato, que el interés del predisponente es no quedar sometido a un contrato modificado en su perjuicio y que el interés de la norma no es el de conceder beneficios al adherente con los que no contaba (tales como precios absurdos).

Ahora bien, si el grado de ineficacia contractual –nulidad o anulabilidad- debe atender a la causa que la produce, la ley de condiciones generales desatiende este principio y carece de sentido de particularidad, al establecer una misma sanción para los casos de abusividad y no incorporación de cláusulas; la regulación uniforme no le es favorable a las partes, ni halla cabida en el régimen regulador de las condiciones generales, es indispensable, para que los controles cumplan su función, la particularidad en cuanto régimen sancionador: así, la nulidad absoluta vendría determinada por una cláusula abusiva o ilícita, la

anulabilidad, en los casos de cláusulas no incorporadas por defectos de información; y la nulidad, en los casos de no incorporación por defectos de redacción.

La tarea integradora debe buscar el equilibrio en los principios generales del derecho, ya que no puede desatender el hecho de que el contenido de las condiciones generales es producto de la predisposición, y por ello la integración no puede venir determinada por la presumible voluntad común de las partes, en este contexto, la Buena Fe cobra también protagonismo como fuente de obligaciones accesorias, colabora con el derecho dispositivo, integra, adapta y corrige el contrato

La buena fe reaparece, ese concepto abstracto e informador del contrato, *de contornos imprecisos que el juzgador hace jugar como inspirador de tantas instituciones civiles*, vuelve a considerarse fuente de obligaciones accesorias, norma en *stricto sensu*, reclamando una conceptualización que, se despoje de todo subjetivismo, y se superponga a las personas de los contratantes, ordenando el contenido y los efectos del contrato de acuerdo con las normas de conducta aceptadas social y jurídicamente y exigidas por el propio tráfico. La doctrina ha considerado *la buena fe como la regulación resultante de una valoración equilibrada de los intereses de las partes, a la vista de las circunstancias concretamente concurrentes, y en especial, a la naturaleza y tipo del contrato celebrado*.

La buena fe en sede integradora, ejerce una función a posteriori, en cuanto no solo trata de reconstruir el contrato de manera que recupere el equilibrio perdido por la nulidad parcial, sino que agrega elementos decisivos para el predisponente; el desconocimiento injustificado de las obligaciones contractuales se subsana con la buena fe, en cuanto entra rediseñando el contenido del acuerdo con los límites normales que el conjunto de circunstancias le impongan al acto contractual.

El derecho dispositivo también cobra fuerza, al no encontrarse dentro del condicionado general una voluntad común –así sea aparente- se acude al derecho

dispositivo, que en este particular es mas que un derecho supletorio, es un derecho ordenador del contrato, cooperante de la voluntad de las partes, que contiene los elementos que el legislador ha considerado como los más justos y apropiados a determinada relación contractual. Su derogabilidad por las condiciones generales no debe considerarse un obstáculo para utilizarlo en la recomposición contractual, su vigencia se encuentra condicionada a su adecuación con las expectativas legítimas de las partes, en cuyo caso no hay razón suficiente para desplazarlo.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNALES EUROPEOS

- Sentencia Comisión contra Francia de 25 de abril de 2002 (Causa 52/00) (TJCE 2002/139)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra Países Bajos del 10 de mayo del 2001 (TJCE 2001/131)
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Cortes Europeas del 14 de marzo de 1991 (TJCE 1991/155)

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

1940-1950

- Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de enero de 1909
- Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de junio de 1943
- Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de febrero de 1944
- Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1948 (RJ 1948/1541)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de enero de 1947
- Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de abril de 1959

1960-1970

- Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de mayo de 1961
- Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1963
- Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de enero de 1965 (RAJ 262)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de diciembre de 1965
- Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de junio de 1966
- Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de noviembre de 1967
- Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de junio de 1970
- Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de diciembre de 1971
- Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de febrero de 1972 (RJ 1972/392)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 4 de marzo de 1975
- Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de marzo de 1977

- Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de octubre de 1977 (RJ 1977/3634)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 10 de octubre de 1977
- Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de octubre de 1977
- Sentencia del Tribunal Supremo del 28 de abril de 1978
- Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de febrero de 1979
- Sentencia del Tribunal Supremo del 12 de julio de 1979
- Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de noviembre de 1979

1980

- Sentencia del Tribunal Supremo del 7 de Julio de 1980
- Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de febrero de 1983 (RJ 1983/1077)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de noviembre de 1983 (RJ 1983/6498)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de mayo de 1984 (RJ 1984/2497)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 6 de octubre de 1984 (RJ 1984/4760)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de noviembre de 1984 (1984/5550)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6023)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de diciembre de 1984 (RJ 1984/6295)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de abril de 1986 (RJ 1986/ 2043)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 26 de mayo de 1986 (RJ 1986/ 2823)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 16 de octubre de 1986 (RJ 1986/5793)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7439)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de abril de 1988 (RJ 1988/ 3275)

1990

- Sentencia del Tribunal Supremo del 09 de octubre de 1993 (RJ 1993/ 8174)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 25 de octubre de 1993
- Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de abril de 1994 (RJ 1994/ 2949)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de junio de 1994 (RJ 1994/4905)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 20 julio de 1994 (RJ 1994\6518),
- Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de febrero de 1996 (RJ 1996 /1408)
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 12 julio 1996 (RJ 1996\5580),

- Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6715),
- Sentencia del Tribunal Supremo del 27 de septiembre de 1996 (RJ 1996/6644)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 22 de octubre de 1996 (La Ley 9743/1996)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1996 (RJ 1996\7954),
- Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de noviembre de 1996 (RJ 1996\8457),
- Sentencia del Tribunal Supremo del 5 de julio de 1997 (RJ 1997\6151)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997 (RJ 1997/8435)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de abril de 1998 (RJ 1998 / 2510)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de julio de 1998 (RJ 1998\6113)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 1998 (RJ 1998/ 6398)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de septiembre de 1998 (RJ 1998/ 6398)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 13 de noviembre de 1998 (RJ 1998/8742)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 9 de julio de 1999 (RJ 1999/4767)

2000-2010

- Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2000 (RJ 2000/1510)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 2001 (La Ley 8597/2001)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2002 (La Ley 4171/2002)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de marzo de 2003 (RJ 2003/2762)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2003 (La Ley 2425/2003)
- Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de enero de 2005 (RJ 2005/517)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2006 (La Ley ...)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo e 2007 (La Ley 4499/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2007 (La Ley 10716/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2007 (la Ley 139721/2007)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2007 (La Ley 139741/2007)

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008 (La Ley 235218/2008)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (La Ley 49528/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2009 (La Ley 184083/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2009 (La Ley 283751/2009)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2010 (La Ley 2363/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2010 (La Ley 8713/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2010 (La Ley 114039/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2010 (La Ley 188006/2010)
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2010 (La Ley 203282)

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de junio de 2000 (JUR 2000 / 270072)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias del 29 de octubre de 1993 (AC 1993 / 2013)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 20 de septiembre de 2004 (JUR 2004 / 277965)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 10 de julio de 2009 (La Ley 193296/2009)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de abril de 2010 (La Ley 81835/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 4 de junio de 2010 (La Ley 107754/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de octubre de 2010 (La Ley 203285/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 23 de junio de 1994
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares del 14 de julio de 1994 (AC 1994 / 1291)

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares del 1 de octubre de 1996 (AC 1996 / 1938)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 16 de junio de 1992 (AC 1992 / 979)
- Sentencia de la Audiencia Provincial Barcelona 15 de enero de 1996 (AC 1996/ 20)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 23 de enero de 1996
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 23 de julio de 2010
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 7 de junio de 2010 (La Ley 105493/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 19 de julio de 2010 (La Ley 125741/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba del 4 de marzo de 1998 (AC 1998 / 409)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara del 22 de octubre de 1996 (AC 1996/1872)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo del 22 de febrero de 1995 (AC 1995 / 317)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 14 de enero de 1991 (RJ 1991/445)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 21 de enero de 1992 (AC 1992 / 78)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 14 de abril de 1992 (AC 1992 / 570)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 1995 (1995 / 319)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 11 de julio de 1995 (AC 1995 / 1317)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 19 de febrero de 1997 (AC 1997 / 816)
- Sentencia del Audiencia Provincial de Madrid de 21 de julio de 1997 (AC 1997/1750)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2009

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de abril de 2010 (La Ley 80946/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 17 de junio de 1994 (RJA 1994/317)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla del 17 de junio de 1993 (AC 1993 / 1176)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 7 de abril de 2010 (La Ley 53926/2010)
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona del 5 de febrero del 2001 Sección 3ª (JUR 2001/184412)

PRIMERA INSTANCIA

- Juzgado de Primera Instancia de Gijón de 21 de enero de 2010 (La Ley 26983/2010)
 - Juzgado de Primera Instancia de Madrid No. 2, de 25 de octubre de 2002 (AC 2003, 362)
 - Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca No. 14, de 27 de noviembre de 2002 (AC 2003, 361)
 - Juzgado de Primera Instancia de Vigo de 26 de marzo de 2010 (La Ley 34142/2010)
- Sentencia de 23 julio 1993 (RJ 1993\6476)

NORMATIVA CITADA

NORMAS ESPAÑOLAS

- Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de mayo de 2001 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios de 5 de mayo de 1994 (BOE 112 de 11/05/1994) modificada por la Orden de 27 de octubre de 1995 (BOE de 1/11/1995)
- Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad, luego la Circular del Banco de España
- Reglamento General del Servicio Público de Combustibles aprobado por Decreto 26 de octubre de 1973 del Ministerio de Industria.
- Ley 50/1980 de Contratos de Seguro (BOE No. 250 de 17/10/1980)
- Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984 (BOE 24/07/1984) -Derogada-
- Decreto 515/1989 de protección a los consumidores sobre la información a suministrar en la compraventa de vivienda (BOE 17/05/1989)
- Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles (BOE 26/11/1991) –Derogada-
- Ley 22/1994 de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (BOE 7/7/1994) –Derogada-
- Ley 7/1995 de Crédito al consumo (BOE 25/03/1995)
- Ley 21/1995 de viajes combinados (BOE 7/7/1995)
- Ley 7/1996 de ordenación del comercio minorista (BOE 17/01/1996)
- Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación (BOE 14/04/1998)
- Ley 28/1998 de venta a plazos de bienes muebles (BOE 14/07/1998)
- Ley 40/2002 reguladora de contratos de aparcamiento de vehículos (BOE 15/11/2002)
- Ley 23/2003 de garantías en venta de bienes de consumo BOE 11/07/2003
- Ley 49/2003 de Arrendamientos rústicos BOE 27/11/2003

- Ley 44/2006 de Mejora de Protección de Consumidores y Usuarios (BOE 30/12/2006)
- Real Decreto Legislativo 1/2007, Ley de Consumidores y Usuarios, de 16 de noviembre (BOE 30/11/2007)

DIRECTIVAS, COMUNICACIONES Y RESOLUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA

- Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores DOCE núm. L 095 de 21-4-1993 p. 29-34
- Directiva 86/653 del Consejo relativa a los agentes comerciales DOCE núm. L 382 de 31-12-1986 p. 17-21
- Directiva 97/7 del Parlamento y del Consejo del 20 de mayo de 1997, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia Diario Oficial nº L 144 de 04/06/1997 p. 0019 – 0027
- Propuesta de Directiva del Parlamento sobre derechos de los consumidores Bruselas 8/10/2008 COM (2008) 614 final, COD 2008/196
- Comunicación de la Comisión Europea sobre un “plan de acción sobre un Derecho Contractual europeo más coherente” de 12 de febrero de 2003 (C 246 de 14 de octubre de 2003)
- Comunicación de la Comisión de 11 de octubre 2004 relativa a “Derecho Contractual europeo y revisión del acervo” (D COM 2004/651)
- Comunicación “El programa de la Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” 3.4.4 (DOC C 53/01 de 3 de marzo de 2005) D.O.U.E. 03/03/2005
- Comunicación de la Comisión sobre una estrategia en la política de protección a los consumidores (COM/2002/208)
- Resoluciones del Parlamento Europeo del 26 de mayo de 1989 sobre “Un Código Europeo Común de Derecho Privado”
- Resolución del Parlamento Europeo del 6 de mayo de 1994 sobre “Un código europeo común de Derecho Privado”

- Resolución del Consejo sobre “Un Derecho contractual más coherente” de DOC Comunicación de la Comisión Europea sobre “Derecho contractual europeo” del 11 de julio de 2001
- Resolución del Parlamento de 15 de noviembre de 2001 sobre “la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros”
- Resolución del Parlamento de 23 de marzo de 2006 sobre “Derecho Contractual europeo y la revisión del acervo”
- Resolución del Parlamento del 4 de septiembre de 2006 sobre “Derecho Contractual”
- Resolución del Parlamento de 5 de septiembre de 2006
- Resolución del Parlamento Europeo de 4 de septiembre de 2007...
- Dictamen sobre la propuesta de Directiva emitido por el Comité Económico y Social de la CEE del 2 de octubre de 1990

BIBLIOGRAFÍA

1. ALBALADEJO, MANUEL, “Interpretación del negocio jurídico” *Revista de la Facultad de Derecho de Oviedo*, 1958
2. ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, *Las Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 1991
 - “La función de los usos en el Código de Comercio” *RDM* 1992
 - “Nota Crítica” *ADC*, 1994, fascículo II
 - “Directivas a la Carta” en *BOUR*, 0, 1997
 - “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, DÍEZ PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002
 - “Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, DÍEZ-PICAZO (dir.) Civitas, Madrid, 2002
3. ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, “Comentario al artículo 1255” *Comentario del Código Civil* tomo 6, IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA (coord.), Bosch, Barcelona, 2000
4. ALONSO PÉREZ, MARIANO “Aproximaciones a la idea de contrato (Apoteosis y declive de la autonomía privada)” en *Responsa Iurisperitorum Digesta*, Vol. V, Universidad Salamanca, enero, 2004
5. ALTERINI, ATILIO A. y LÓPEZ CABANA, ROBERTO M., "Responsabilidad profesional: el experto frente al profano", en L. L., tº 1989-E
6. ÁLVAREZ LATA, NATALIA, *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004
 - *Reclamaciones de consumo*, José Manuel Busto Lago (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2005

7. ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Comares, Granada, 2003
8. ARROYO I AMAYUELAS, ESTHER, “La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho Contractual Comunitario” en *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y perspectivas de futuro*, MA. DEL ROSARIO DÍAZ et al (coord.) Civitas, Pamplona, 2008
9. ARROYO MARTÍNEZ, IGNACIO, “Capítulo Primero. Disposiciones Generales” en *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*”, (IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ (coord.) Tecnos, Madrid, 1999
10. AVILÉS GARCÍA, JAVIER “Cláusulas Abusivas, Buena Fe y Reformas del Derecho de Contratación en España” *RCDI*, 1998, No. 648
11. BADENAS CARPIO, JUAN MANUEL, “Artículo 2. Ámbito subjetivo” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, Navarra, 1999
12. BALLESTEROS GARRIDO, JOSÉ ANTONIO *Las Condiciones Generales de los Contratos y el Principio de la Autonomía de la Voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999
 - “Buena fe y calificación de las condiciones generales de la contratación como abusivas. A propósito de la Sentencia de la AP de Oviedo de 5 de marzo de 1999 (imposición de la subrogación en la hipoteca del promotor inmobiliario)” *La Ley* 1999
 - “La Ley de condiciones generales de la contratación, derecho del consumo, derecho del mercado y ámbito subjetivo del control de las cláusulas abusivas” *AC*, 2000-2
13. BALLUGERA GÓMEZ, CARLOS, *El contrato no contrato*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006

14. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, “La defensa contractual del consumidor en la Ley de Consumidores y Usuarios”, en, *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coordinador), Tecnos, Madrid, 1987
- *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, RODRIGO BERCOVITZ Y JAVIER SALAS (Coordinadores), Civitas, Madrid, 1992
 - “Ámbito objetivo” en *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999
 - “Disposición Adicional Primera 3” en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 1999
15. BLANCO GÓMEZ, JUAN JOSÉ, “Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la nulidad de las condiciones generales contempladas en dicha norma”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. II, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1474 ss
16. BRADGATE, ROBERT, “Experience in the United Kingdom” *The Integration of Directive 93/13 into the National Legal System*, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/unf_cont_terms/event29_01.pdf
17. BUESO GUILLÉN, PEDRO-JOSÉ, “Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva Comunitaria 93/13, en RDBB, Año XIV, Julio-septiembre 1995
18. BUSTO LAGO, J. M. “Los contratos de financiación del consumidor”, *Reclamaciones de consumo*, BUSTO LAGO (coordinador), Aranzadi, Navarra, 2005

19. BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE, “Juicio Crítico al pretendido derecho de consumo” *La Ley*, 1993, No. 4
20. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, “Las Condiciones Generales de los contratos y la protección del consumidor” *ADC* 1983
— “Lesión” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid
21. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUÍS M., *La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998
22. CÁMARA ÁGUILA, MARIA DEL PILAR, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), Aranzadi, Navarra, 2000
23. CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, AA.VV. 1a Edición, Colex, 2011
— *El control de Cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato*”, Thomson, Navarra, 2006
24. CARBALLO FIDALGO, MARTHA, “Las cláusulas contractuales no negociadas ante la propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores” *Indret*, Revista para el análisis del derecho, Barcelona, enero 2010.
25. CARRASCO PERRERA, ÁNGEL *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO Y DÍAZ ALABART (directores), Madrid, 1992
— *Derecho de Contratos*, Aranzadi, 2010
26. CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, “Hacia un Nuevo Derecho Civil” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1933.
27. CASTRO LUCINI, FRANCISCO, “Algunas consideraciones sobre la buena fe e la obra del profesor don Federico de Castro”, *ADC*, 1983

28. CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO “Las Prestaciones propias de cada producto o servicio” *Aranzadi Civil*, 1993-1
29. CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUÍS HUMBERTO, “La predisposición del contenido contractual” *RDP*, 1979
- *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir), Civitas, Madrid, 1992.
- “Una nueva necesidad” *ADC* 1998
30. COCA PAYERAS, MIGUEL, *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*, R. BERCOVITZ Y J. SALAS (directores), Civitas, Madrid, 1992
31. CODERCH, PABLO y RUIZ, JUAN ANTONIO, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, DÍEZ-PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002
32. CRASWELL, RICHARD, “Libertad de Contratación”, en *Análisis Económico del Derecho y la Escuela de Chicago*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2002
33. DE CASTRO, FEDERICO, “Las Condiciones Generales de los contratos y la eficacia de las leyes” *ADC*, 1961
- “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad” *ADC* 1982-III
- *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991
34. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUÍS, *El principio de la Buena fe, sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil Español*, Bosh, Barcelona, 1965
35. DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS, *Comentarios al Código Civil y las Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2, 1995

— *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica.*
Dykinson, Madrid, 2005

36. DÍAZ ALABART, SILVIA, *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, RODRIGO BERCOVITZ Y JAVIER SALAS (Coordinadores), Civitas, Madrid, 1992

37. DÍEZ-PICAZO, LUIS, “Condiciones generales de la contratación (Esbozo de una evolución)”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, AURELIO MENÉNDEZ /LUIS DÍEZ-PICAZO (directores), Civitas, Madrid 2002

— *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002

— Eficacia e ineficacia...”

— *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I Introducción Teoría del Contrato*, Civitas, 5ª edición, Madrid, 1996

— “Prólogo” a la traducción de José Luis Carro, del libro de FRANZ WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Civitas, 1982, p. 12.

38. DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, “Contratación electrónica y protección de los consumidores: régimen jurídico”, *RCDI*, 2000

39. *Draft Common Frame of Reference*, versión en inglés disponible en www.law-net.eu

40. DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO “Condiciones Abusivas de Crédito”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, U. NIETO CAROL (director), Civitas, Madrid, 1998

— “Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo” en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, NIETO CAROL (dir), Valladolid, 2000

41. DURANY PICH, SALVADOR, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, MENÉNDEZ MENÉNDEZ Y DíEZ-PICAZO (Directores), Civitas, Madrid, 2002
42. EC Consumer Law Compendium. Comparative Analysis. Edited by Prof. Dr. Hans Schulte Nölke in co-operation with Dr. Christian Twigg-Flesner and Dr. Martin Ebers. Febrero 2008. http://ec.europa.eu/consumers/rights/docs/consumer_law_compendium_comparative_analysis_en_final.pdf
43. ECKL, CHRISTIAN, “Algunas Observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho civil español” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003
44. EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002
45. EGUSQUIZA BALAMASEDA, MA. ÁNGELES, *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y anulabilidad del contrato*, Aranzadi, Navarra, 1999
46. ELERA-SAN MIGUEL, ENRIQUE, Y HERNÁNDEZ RUIZ, M. CRISTINA, “Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación”, en *La Tercera Parte de los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Antonio Vaquer (ed.) Tirant, Valencia, 2005
47. EMBID IRUJO, JOSÉ MIGUEL, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro*, J. BOQUERRA MATARREDONA y otros (coordinador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002
48. EMPARANZA, ALBERTO, “La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español” en *RDM*, No. 213, 1994

49. ESCRIBANO COLLADO, PEDRO, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995
50. ESPÍN CÁNOVAS DIEGO, “Los límites a la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado” Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1954
51. FELIÚ REY, MANUEL IGNACIO, *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999
52. FERREIRA RUBIO, MATILDE, “La buena fe: El principio General en el Derecho Civil”, Montecorvo, Madrid, 1984
53. FERRER RIBA, JOSEP, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales*, DíEZ-PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (coordinadores), Civitas, Madrid, 2002
54. GARCÍA AMIGO, MANUEL, “Sobre la Naturaleza de las Condiciones Generales de la Contratación” en *RDP*, 1965
- *Condiciones generales de los contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969
 - “Integración del negocio jurídico” *RDN*, 1980
 - “Consideraciones a la buena fe contractual” *Actualidad Civil*, No. 1, 2000
55. GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN, *Ley de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997
- “La Contratación con Consumidores” en AA VV *Tratado de Contratos* Tomo II, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO RODRIGO (Dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
56. GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales*, ARROYO-MIQUEL (director) Tecnos, Madrid, 1999

57. GIMÉNEZ VILLANUEVA, TOMÁS, “Normas de transparencia en la contratación bancaria”, *Crédito al consumo y transparencia bancaria*, U. NIETO CAROL, (director), Civitas, Madrid, 1998
58. GÓMEZ DE LA ESCALERA, CARLOS, *La nulidad parcial del contrato*, Actualidad editorial, Madrid, 1995
59. GONDRA, JOSÉ M., “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte más débil en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho Mercantil*, homenaje a Rodrigo Uría, Civitas, Madrid, 1978
60. GONZÁLEZ DE ALAIZA CARDONA, JOSÉ JAVIER. y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica” en *Tratado de Contratos*, T II, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (dir.) Tirant Lo Blanch, 2009.
61. GONZÁLEZ PAKANOWSKA, ISABEL, *Comentarios a la ley de condiciones generales de la Contratación*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coordinador), Aranzadi, Navarra, 1999
62. GORDILLO CAÑAS, ANTONIO, “La nulidad parcial del contrato con precio ilegal” *ADC* 1975
- “Nulidad, anulabilidad e inexistencia (El sistema de las nulidades en un Código latino situado entre la primera y la segunda codificación)” *Centenario del Código Civil*, Centro de Estudios RAMÓN ARECES, Madrid, 1990
 - “Orden Público” *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid, 1995

63. GUILARTE GUTIÉRREZ, VICENTE, “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación” *ADC*, 2001
64. GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, “La confirmación” *ADC*, 1960
65. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, “Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe”, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979
66. HERRERO GARCIA, MARÍA JOSÉ, Prólogo a: GARCÍA VICENTE, J. R., *Ley de Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Aranzadi, Navarra, 1997
67. ILLESCAS ORTIZ, R. *Derecho de la Contratación Electrónica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009
68. INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSÉ, “Entre lo político y lo académico: un Common Frame of Reference de Derecho Privado Europeo”, *Indret* 2/2008
69. JUSTE MENCÍA, JAVIER, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Civitas, Madrid, 2002
70. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS, *Elementos de Derecho Civil II*, vol. 1, Dykinson, Madrid, 2007
71. LALAGUNA, ENRIQUE, “La Libertad Contractual” *RDP* 1972
72. LARENZ, KARL, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de CARLOS FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Comares, Granada, 2002

73. LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, “Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)” *RDP* 1980
74. LEIBLE, STEFAN, “¿Qué hacemos con el Marco Común de Referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional” en *Derecho Privado Europeo: Estado Actual y Perspectivas de Futuro*, Civitas, Pamplona, 2008
75. LÓPEZ FRÍAS, ANA, “Clases de nulidad parcial del contrato en Derecho español” *ADC*, 1980
76. LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, ALBALADEJO GARCÍA (director) t. XVII, vol. 2º, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981
77. LUTZESCO, GEORGE, *Teoría y práctica de las nulidades*, Editorial Porrúa, México, 1945
78. LLAMAS POMBO, EUGENIO, “Artículo 10 Bis” *Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, LLAMAS POMBO (coord.) La Ley, Madrid, 1995
79. LLOBET I AGUADO, JOSEPH, *El deber de información en la formación de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 1996
80. LLODRÁ GRIMALT, FRANCISCO, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
81. MARÍN PADILLA, MA. LUISA, *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos “utile per inutile non vitiatur”*, Bosh, Barcelona, 1990

82. MARTÍN BALLESTERO, LUÍS, *La manifiesta intención de obligarse y el Derecho nuevo*, Madrid, 1963
83. MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO, “Artículo 10” en *La Ley General para la Defensa e los Consumidores y Usuarios*, LLAMAS POMBO, (coord.) La Ley, Madrid, 2005
 — *La rescisión del contrato*, Bosh, Barcelona, 1995
84. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, CARLOS, “Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el derecho de obligaciones” en *ADC*, 1994
85. MARTÍNEZ MARTÍN, M (Alberto)..... “Comentarios a la Sentencia de 13 de noviembre de 1995” *ADC*, No. 41, 1996
86. MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑA, LUCIO, *Condiciones Generales y Cláusulas Abusivas en los contratos bancarios*, Editora de publicaciones científicas y profesionales, Cádiz, 2002
87. MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, “Buena Fe” en *Derecho Privado Europeo*, Colex, Madrid, 2003, p. 288
88. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, AURELIO, “El Proceso de Elaboración de la Disciplina sobre Condiciones Generales en nuestro ordenamiento”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales en la Contratación*, DÍEZ PICAZO, MENÉNDEZ MENÉNDEZ (directores), Civitas, Madrid, 2002
89. MÍQUEL GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA, “Reflexiones sobre las condiciones generales” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Menéndez*, T. IV, Civitas, Madrid 1996
 — “Disposición Adicional Primera. Modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios” en *Comentarios a la Ley sobre*

- condiciones generales de la contratación*, Díez-Picazo (dir.) Civitas, Madrid, 2002
- “Buena Fe”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.
- “La nulidad de las condiciones generales” en *Las nulidades de los contratos: un Sistema de Evolución*”, DELGADO ECHEVERRÍA Y OTROS, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007
90. MIQUEL RODRÍGUEZ, JORGE, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Tecnos, Madrid, 1999
91. MORALES MORENO, ANTONIO, “Derecho Dispositivo” *Enciclopedia Jurídica Básica* vol. II, Civitas, Madrid, 1995, p. 2281
92. NEBBIA, PAOLISA “Unfair terms in consumer contracts: Anglo-italian comparison” en *The harmonisation of European Private Law*, Hart Publishing, Oxford, 2000.
93. NIETO CAROL, UBALDO, “Condiciones Generales en los contratos bancarios” en *Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria*, Civitas, Madrid, 1998
94. O`CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, “Conceptos básicos y requisitos de las Condiciones Generales de los Contratos” AC, 1993-I, Sección Doctrina
— “Control y requisitos de las condiciones generales de los contratos, en protección de los consumidores”, en *Seguridad Jurídica y Contratación Mercantil*, Civitas, Madrid, 1994
95. OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL, “El principio de la buena fe y su incidencia en el derecho europeo” en *Europa y los nuevos límites a la autonomía privada*, Universidad de Granada, Granada, 2005
96. PAGADOR LÓPEZ, JAVIER, “La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación” RES, 1998

- *La Directiva Comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid, 1998
 - “Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas” en *Curso sobre protección Jurídica de los Consumidores*, GEMA BOTANA Y MIGUEL RUIZ (coordinadores), McGraw Hill, Madrid, 1999
 - *Condiciones Generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid, 1999
97. PASQUAU LIAÑO MIGUEL, “Comentario al Artículo 8 LGCDU” en *Comentarios a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios 26/1984*, Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.) Madrid, 1992
- *Nulidad y Anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid, 1996
 - “Disposición Adicional 1ª. Tres: Arto. 10 bis 2 LGDCU”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Navarra, 2000
98. PAZ-ARES, CÁNDIDO., “La economía política como jurisprudencia racional, ADC, 1981-II
99. PERDICES HUETOS, ANTONIO, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002
100. PÉREZ GARCÍA, PEDRO ANTONIO, *La información en la contratación privada: en torno al deber de informar en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 1990
101. PERTÍÑEZ VILCHEZ, FRANCISCO, “El deber de Transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del TJUE” *Actualidad Civil*, 2002

- *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra, 2004
102. PINTO MONTEIRO, ANTONIO “El problema de las Condiciones Generales de los Contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores” *RDM* No. 219, 1996
103. POLO, ANTONIO, “Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1942”, *RDP*, No. 308, Noviembre de 1942
104. POLO, EDUARDO, *La protección del consumidor en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980
- “La Extensión de la eficacia del control judicial” en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* Edición e Introducción de Verdera y Tuells, Colegio Universitario de Estudios Financieros: consejo superior bancario, D. L. Madrid, 1982
105. ROCCO, ALFREDO “La convalescenza dei negozi giuridici” en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1910
106. RODRÍGUEZ MARÍN, CONCEPCIÓN, *Jurisprudencia civil comentada*, Tomo II, MIGUEL PASQUAU LIAÑO (director), Comares, Granada, 2000
107. ROPPO, ENZO, *Contratti standar*. Milano 1975
108. ROYO MARTÍNEZ, MIGUEL, “Transformación del concepto de contrato en el Derecho moderno” *RGLJ*, 1945
109. RUIZ MUÑOZ, MIGUEL, *Nulidad parcial del contrato con condiciones generales*, Lex Nova, Valladolid, 1993
- “Control de las Condiciones Generales de los Contratos en Derecho Comunitario” en *GJ*, 1994, D-21

110. SÁNCHEZ CALERO, FERNANDO, *Ley de Contrato de Seguro: comentarios a la ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO (director), Aranzadi, 2ª edición, Navarra, 2001
111. SÁNCHEZ LÓPEZ, B, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002
112. SERRA RODRÍGUEZ, ADELA, *Cláusulas abusivas de la contratación*, Aranzadi, Navarra, 1995
113. SILVA RUIZ, P., “Las Condiciones Generales y su control en el derecho contractual comparado” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Espiau Espiau (coord.) Tirant lo blanch, Valencia, 2003
114. SOMMA, ALESSANDRO, *Introducción crítica al Derecho Europeo de los contratos*, Marcial Pons, Madrid, 2008, traducción de PABLO ANDRÉS MORENO CRUZ Y JAVIER RODRÍGUEZ OLMOS
115. STORME, MATHIAS E., “Good faith and contents of contracts in European private law” en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003
116. TORRENTE, A., PESCATORE, G. Y RUPERTO, C., *Codice Civile Annotato con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, della Cassazione e delle Magistrature Superiori*, Dott. A. Giuffrè Editore, 6ª edición, Milán, 1973
117. The Commission of European Contract Law, en *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, Kluwer Law Internacional, La Haya, 2000
118. ULMER, PETER, “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente – La armonización del derecho

europeo y las experiencias alemanas con la ley sobre CGC de 1976” en *Las Condiciones Generales de la Contratación y la Ley 7/1998 de 13 de abril*, Traducido al Castellano por WALTRAUD BALL, SANTIAGO ESPIAU ESPIAU (editor), Marcial Pons, Madrid, 1999

119. URÍA, RODRIGO, “Reflexiones sobre la contratación mercantil en masa” en *RDM* No. 61, 1956
120. VATTIER FUENZALIDA, CARLOS, “La interpretación integradora del contrato en el Código Civil”, *ADC*, 1987
 - “Cláusulas abusivas en los contratos de adhesión” *RCDI*, No. 630, 1995
 - “Información Bibliográfica sobre The Commission on European Contract Law, Principles of European Contract Law (...)”, en *RCDI* No. 646
121. VÁZQUEZ DE CASTRO, EDUARDO, *Determinación del Contenido del contrato: presupuestos y límites a la libertad contractual*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002
122. VON BAR, CHRISTIAN, “A Common Frame of Reference for European Private Law – academic efforts and political realities”, *European Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, mayo 2008 www.ejcl.org.
123. WHITTAKER, SIMMON, “The Draft Common Frame of Reference, an assessment” commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, University of Oxford, November, 2008.
124. WHITTAKER SIMMON & REINHARD ZIMMERMANN, *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000
125. Workshop of Member State experts on Common Frame of Reference del 3 de diciembre de 2004:

http://ec.europa.eu/internal_market/contractlaw/2004workshop_summary_en.htm

126. ZIMMERMAN, REINHARD, *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de ANTONI VAQUER ALOY, Civitas, Madrid, 2000