

Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBA

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Oviedo

A mi Facultad, en su IV centenario.

SUMARIO

- I. AMBIVALENCIA EFECTIVA DE LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIACIÓN.
- II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES:
 1. NOTAS CONSTITUTIVAS: PREDISPOSICIÓN, HABITUALIDAD E IMPOSICIÓN.
 2. FIGURAS AFINES: CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PACTOS NO SUSCRITOS INDIVIDUALMENTE. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
 3. FISONOMÍA JURÍDICA: DEL NORMATIVISMO A LA CONTRACTUALIDAD MITIGADA.
 4. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY ESPECIAL.
 5. RELIEVE Y CONTENIDO NEGOCIAL:
 - a) *Condiciones generales de la contratación y economía de mercado.*
 - b) *Alcance subsidiario en el conjunto del convenio.*
- III. RÉGIMEN JURÍDICO:
 1. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA JURÍDICA. LA LEY 44/2006, DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.
 2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO: CONOCIMIENTO POR EL ADHERENTE MEDIO.
 3. PURGA DE LAS CONDICIONES GENERALES ILÍCITAS E INTEGRACIÓN POSTERIOR DEL CONTRATO:
 - a) *Nulidad y no incorporación.*

- b) *Cuestiones de legitimación activa.*
 - c) *Recomposición del convenio mutilado de cláusulas ilícitas.*
4. ESPECÍFICAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN:
- a) *La exégesis jurídica como límite de las condiciones generales.*
 - b) *Control de las condiciones sorprendentes.*
 - c) *El favor del adherente y de su concreta voluntad.*

IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA.

I. AMBIVALENCIA EFECTIVA DE LOS NUEVOS MODELOS DE NEGOCIACIÓN

Las condiciones generales constituyen un proceso emergente y casi universalizado en el mundo de la contratación. Aparecen muy ligadas a ciertos sectores específicos del tráfico jurídico, por otra parte imprescindibles en la esfera del *Estado de bienestar* en que vivimos. Todos atesoramos amplia experiencia propia en el asunto. Cualquiera que suscriba un contrato de suministro —por muy prosaico que se considere su objeto: electricidad, teléfono, gas...— asume la presencia de las condiciones generales en su contenido. Idéntico sucede con otras esferas básicas de nuestro entorno jurídico, como son los seguros (1), el crédito (2), el transporte (3)... y hasta la compra de ordenadores, electrodomésticos y automóviles. Buena prueba constituyen los precedentes jurisprudenciales con que se cuenta en la materia (4).

(1) Los autores de Derecho Privado —Civil y Mercantil— se han hecho eco del problema. No es posible ofrecer sino un panorama de las aportaciones más sobresalientes. Aparte de los nutridos estudios que recoge la *Revista Española de Seguros*, destaca en este sector BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro*, Madrid, 1999.

(2) Cabe señalar —además del clásico GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975— para la disciplina crediticia, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV-I, 1982, pág. 41 y sigs.; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., «Condiciones generales en la contratación financiera», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651, 1999, págs. 389-440; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, 2002.

(3) Cfr. GARRIDO PARENT, D., «Las condiciones generales del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de su equipaje», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2007, pág. 15 y sigs.

(4) La cita de jurisprudencia que incluyo respeta su carácter técnico (cfr. art. 1.6 CC), que incluye decisiones (incluidos Autos) de la Sala Primera (de lo Civil) del Tribunal Supremo español (en adelante, STS o ATS), si bien incidentalmente aludo a fallos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. También constan las sentencias más sobresalientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, STJCE). La enorme abundancia y dispersión de sentencias dictadas por las Audiencias imposibilitan su examen provechoso y coherente a los fines que me ocupan, por lo que huelga su alegación.

Las condiciones generales traducen en la práctica, como pocos argumentos teóricos podrían representar en la teoría, las distintas posturas de los contratantes en la relación jurídica que les vincula. Una de las partes impone a la otra el contenido del negocio, amparándose para ello en su preponderancia económica dentro del sector de que se trate. Observadas las cosas en el mundo de las ideas, bien cabe colegir que tal dato arruina los más elementales presupuestos que diseña el ordenamiento jurídico para el contrato, basado en el poder equivalente de las partes. Sin duda este desequilibrio en las situaciones jurídicas de los contratantes deja en evidencia el prejuicio del liberalismo humanista plasmado en el dogma de igualdad, y responde mejor al neoconservadurismo económico.

A raíz de tan notorios hechos, cabe interrogarse por qué se aceptan dichas fórmulas negociales y acerca de las medidas que previenen las leyes en su combate. Atendiendo a la realidad sobre otro tipo de consideraciones abstractas, tampoco puede negarse que, convenientemente purgadas de sus extremismos, estas modalidades de contratación aportan mucho a un mercado abierto y democrático, en el que amplias capas de la población se ven favorecidas por su acceso a productos y servicios antes reservados a las fortunas más pudientes. El mecanismo que lo hace posible reduce al unísono los gastos de producción y puesta en tráfico. Eso se consigue a través de modelos norma-

Propondré algunos ejemplos ilustrativos. En cuanto a la *cláusula de sumisión a fuero*, se censura en las SSTS de 18 de marzo, 29 de junio y 5 de julio de 1995 (cfr. su comentario por LETE ACHIRICA, J., «Cláusulas de atribución de competencia en contratos con condiciones generales», en *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, págs. 498-506); 21 de junio, 8, 20 y 30 de noviembre y 4 de diciembre de 1996; 12 de mayo y 5 de julio de 1997; y 31 de enero y 20 de febrero de 1998. Sin embargo, resultan más comprensivas con el asunto la STS de 31 de octubre de 2000 y el ATS de 4 de junio de 2004. Asimismo, en el ámbito comunitario, mientras la STJCE de 29 de junio de 1994 se muestra proclive a su admisión, se opone a ella la STJCE de 27 de junio de 2000. Para la disciplina de los seguros destaca la distinción entre *cláusulas definidoras* y *restrictivas del riesgo*, contenida en multitud de sentencias, entre las que destacan las de 28 de febrero y 9 de noviembre de 1990; 11 de abril, 10 de junio, 23 de septiembre y 27 de noviembre de 1991; 16 de octubre de 1992; 9 de febrero (comentada por CALZADA CONDE, M. A., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, págs. 526-536) y 14 de junio de 1994; 29 de enero de 1996; 24 y 26 de febrero de 1997; 18 de septiembre de 1999; 30 de marzo, 16 de mayo y 16 de octubre de 2000; 17 de abril de 2001; 8 y 13 de julio y 23 de octubre de 2002; y 20 de marzo y 27 de noviembre de 2003. Por último, respecto de *contratos bancarios* puede señalarse la STS de 24 de diciembre de 2002. Es de recordar que con arreglo al artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios». El artículo 90.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU) establece, bajo el epígrafe «Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable», que lo será «la previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble».

lizados de circulación jurídica y garantías. En su esencia está que se imponga dicho *modus operandi*, pero que, a su vez, resulte siempre relativamente accesorio y por completo inocuo.

Este *medio virtus* lucra beneficios en ambos polos de la contratación. Además, a mi juicio, representa la mejor óptica, útil y realista, en su estudio, lejos de dogmatismos obstruccionistas y estériles. Excelente prueba de cuanto afirmo constituye la seguridad, basada en mi experiencia, de que cuantos se asomen a estas páginas tienen suscritos múltiples contratos bajo condiciones generales. Sospecho que la inmensa mayoría sin haberlas leído con detenimiento y, mucho menos, estudiado a fondo. No pienso ya en el común de los mortales: me refiero a jueces, abogados, procuradores, fiscales, notarios, registradores, funcionarios, asesores... juristas en general. En mi concreta hipótesis, y creo extensible la presunción, opero con la certeza de que me protegerá el ordenamiento jurídico frente a los posibles abusos que tales cláusulas pudieran albergar, máxime cuando gracias a su presencia se garantizan mecanismos objetivos y simples de procedimiento ante futuras quejas.

Con estas premisas, abordo el análisis de las condiciones generales de la contratación como fenómeno válido para conseguir los fines que las justifican. En pura lógica, tampoco se omiten los sistemas jurídicos de su control y, en su caso, purga del universo jurídico por mostrarse lesivas.

II. CONCEPTO, NATURALEZA Y FUNCIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES

1. NOTAS CONSTITUTIVAS: PREDISPOSICIÓN, HABITUALIDAD E IMPOSICIÓN

La primera de las cuestiones suscitadas sobre la materia es la que concierne a su noción jurídica. Sin perjuicio de las propuestas doctrinales que se han venido sucediendo, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998 (5), procede a definir las ya en su inicio. A su tenor, resultan *«las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la au-*

(5) En adelante, LCGC. Modificada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre (*de medidas fiscales, administrativas y del orden social*); por la Ley 39/2002, de 28 de octubre (*de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios*); y por la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, *sobre mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (en adelante, LMPCU). Dejada intacta por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, hasta el punto de que *«los contratos con consumidores y usuarios que incorporen condiciones generales de la contratación están sometidos, además, a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación»* (art. 59.3 TRLGDCU).

toría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes» (art. 1.1 LCGC). En síntesis, vale decir que aglutinan tres notas características: prerredactadas, impuestas y habituales (6).

En efecto, tales cláusulas provienen de la voluntad exclusiva de una de las partes, que se denomina «*predisponente*» —«*toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada*» (art. 2.2 LCGC) (7)—, al margen de que se materialicen o no a través de la tarea de un tercero extraño a la concreta relación jurídica entablada. Esto equivale a reconocer que los profesionales de concretas ramas del tráfico económico utilizan a menudo fórmulas de contratación comunes y hasta inducidas por colectivos que defienden corporativamente sus posiciones (8). Las idílicas *leyes del mercado* pierden no escasa imparcialidad por obra de la sindicación más o menos encubierta de los intereses de grupo dominantes. Así se desenmascara la espontánea formación de oferta y demanda (cfr. art. 1.262 CC), como axioma supremo y pretendidamente objetivo que regula una economía tildada de *abierta*.

(6) La doctrina coincide con los conceptos legales, como no podía ser de otra manera, pero discrepa en el modo de presentarlos: cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Madrid, 1999, pág. 234 y sigs.; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, pág. 112 y sigs.

La STS de 7 de junio de 2005 ilustra bien una hipótesis concreta: «la cláusula discutida no puede conceptuarse de carácter general, ni siquiera está prerredactada formando parte del cuerpo del contrato, y el consumidor ha podido eludir fácilmente su aplicación, puesto que lo pactado era la entrega de la cantidad final en la Notaría al momento de la firma de la escritura pública sin que la vendedora impusiera la formalización de préstamo alguna, sino que esta modalidad fue libremente elegida por los compradores, quienes eran plenamente libres de firmar la cláusula adicional o no firmarla, pues bastaba que se personaran en la Notaría con el resto del precio para obtener el bien objeto del contrato de compraventa; a lo que añade que ni siquiera se ha demostrado que, a pesar de su condición de anexa, la constructora la impusiera *de facto* a todos los compradores de los pisos».

(7) Cfr., sobre su alcance real, BADENAS CARPIO, J. M., «Comentario al artículo 2 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 37 y sigs.

(8) Una excelente prueba proporciona la STS de 3 de octubre de 2005, sobre un contrato «que calificaba de adhesión, por el cual Iberia debía prestar los servicios variados que exige el aterrizaje de aeronaves de la actora (carga y descarga de equipajes, traslado de pasajeros, suministro de comida, combustible, etc.)»; dicho «contrato de *handling*, que regulaba las relaciones entre las sociedades aéreas litigantes, no fue redactado por la demandada y recurrida Iberia, sino que la misma y la recurrente dieron por reproducido en su contrato de 29 de junio de 1993 el contrato normalizado de asistencia en tierra de 1988, incluyendo el artículo 8 sobre responsabilidad (se dice expresamente), y este último contrato normalizado es el utilizado por IATA (Asociación del Transporte Aéreo Internacional)».

El carácter de prerredactadas de las condiciones generales participa de un destacado matiz objetivo y a la perfección cuadra con el rótulo del precepto (cfr. STS de 22 de abril de 2005). Ahora bien, si el promotor dispone a su alcance y de antemano de las condiciones generales no es por otra cosa que gracias a su firme aspiración para utilizarlas de manera oportuna y profusa. Luego a la faceta objetiva de los clausulados predispuestos acompaña el subjetivo ánimo de introducirlas habitualmente. El reconocimiento que hace de dicha nota el artículo 1 LCGC es obvio, pues han «*sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o declaraciones jurídicamente relevantes*». Es decir, que constituye un elemento teleológico que integra la órbita volitiva, de prueba muy evanescente. Como consecuencia, el carácter habitual de las condiciones generales pierde fuerza, pues, en último extremo, se trata de un propósito sostenido en quien las impone; y, entonces, no debería exigirse de suyo una proyección efectiva y reiterada en otros contratos impuestos por el profesional. Equivaldría eso a confundir los deseos con las realidades. Desde luego, cuando suceda, la evidencia estará servida, pero sin olvido de otros cauces mientras el indicio se resista. Será un valioso dato su repetición por diversos profesionales en el mismo sector de actividad económica. En suma, la teoría exige habitualidad en las condiciones generales, pero su concreta formulación arruina el componente práctico y efectivo del requisito.

Dichas condiciones generales prerredactadas y con la vocación de su común empleo por un profesional, resultan impuestas por una parte a la otra en ejercicio de dominio previo, ya en la vertiente jurídica o —más ordinaria—, económica. Por tanto, su «*apariencia*», «*extensión*» y «*cualesquiera otras circunstancias*» externas devienen irrelevantes, al no variar el signo del fenómeno que representan. Algunas decisiones judiciales ayudarán a entender mejor el significado técnico de la imposición. La STS de 21 de diciembre de 2000 repasa la trayectoria jurídica sufrida por la noción de condiciones generales a partir de la Ley 26/1984, *General para la Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, LGDCU) y la Directiva Comunitaria 13/93 *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (9). Concluye que «no es suficiente, pues, que el consumidor o usuario no haya podido influir sobre el contenido de la cláusula, se le exige que no haya podido eludir

(9) A decir de la sentencia, esta sucesión temporal de normas «no permite abrogar los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, para en su lugar acoger el concepto amplísimo de cláusula contractual abusiva que se contiene en el punto 3 de la Directiva 93/13. En él basta que el consumidor “no haya podido influir sobre su contenido” a propósito de cláusulas redactadas previamente, lo que convierte en realidad a todo contrato de adhesión en particular receptor de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, como así viene a reconocerlo el apartado 2 del citado punto 3. En cambio, el artículo 10.2 de nuestra Ley 26/1984 requiere que la aplicación “no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”».

su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva. La Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios se muestra así más restrictiva, no basta que existan cláusulas prerredactadas unilateralmente, y cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre el acierto o desacierto del legislador, no hay duda de que esta Sala sólo se encuentra vinculada al precepto legal, y ha de aplicarlo en su integridad». La falta de armonía entre las normas de transposición interna y la Directiva citada repercute muy negativamente sobre la opinión del Tribunal de las Comunidades, que ha fallado en este aspecto contra España, provocando la necesaria, si bien tardía reforma por Ley 44/2006, de 30 de diciembre, que luego comentaré *in extenso* (10).

Con este bagaje, afronta la hipótesis en que un individuo suscribe a propósito varios contratos de apertura de cuenta corriente. Como quiera que los estima contrarios a sus derechos e intereses legítimos, insta de inmediato la correspondiente acción judicial en su defensa. Instrumenta la denuncia sobre un conjunto de cláusulas abusivas, incorporadas a condiciones de la contratación tan generales que resultaban comunes a las diversas entidades crediticias, en clamorosa conducta unitaria. La contestación a la demanda opuso, con pericia y oficio, que mal podía impedir el juego de condiciones generales quien no sólo calló en su momento cualquier óbice para suscribirlas —*qui aleggans propriam turpitudinem nemo auditur*—, sino que voluntariamente buscaba incorporarlas para ganar legitimación en su combate. Luego serían tan impuestas como inducidas por el propio actor.

El sentir de la jurisprudencia en este conflicto no es unánime y varía con el tiempo. La STS de 31 de enero de 1998, siguiendo la estela de la STS de 20 de noviembre de 1996 (11), reafirma que «no es desacertado calificar a una persona que apertura tres cuentas corrientes en prácticamente veinticuatro horas y en tres bancos distintos (como está probado que lo hizo el señor A. F., lo mismo que está probado que no tuvo ninguna necesidad, y que firmó los impresos correspondientes sin tomarse la más mínima molestia en leerlos o discutir su contenido, aunque fuese en un mínima parte), calificarla, decimos, como provocadora del pleito, cuyos intereses no merecen absolutamente ninguna protección en esa dirección. En estas circunstancias no se puede decir que las condiciones generales cuya declaración de nulidad se postula hayan sido impuestas al usuario».

(10) Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Protección de los consumidores», en *Aranzadi Civil*, núm 19, 2007, pág. 11 y sigs.

(11) Se trataba de un pleito que insta el responsable de una Unión de Consumidores y Usuarios (UCE) en denuncia de las condiciones generales de carácter abusivo contenidas en contratos de cuenta corriente comunes a varias entidades de crédito. La sentencia falla en su contra, porque no «ha probado, ni intentado siquiera, que éste intentó evitar la aplicación de las condiciones generales que reputa nulas, seguramente por su dificultad». Como alega la STS de 29 de septiembre de 2005, «la cláusula controvertida se pudo eludir, en cuanto que fue negociada individualmente» (cfr. STS de 28 de febrero de 2002).

Contrario sensu, la STS de 21 de diciembre de 2000 «se plantea, si puede entenderse de abuso manifiesto y patente que una persona que suscribe distintos contratos de cuenta corriente ejerza los derechos que la propia Ley concede y que ello pueda ser determinante de un supuesto abuso del derecho». Pretensión acogida en el fallo de instancia —«dicho actor, como jefe del área financiera de la codemandada, procedió a la apertura de cuentas corrientes en varios bancos, entre ellos el Banco Exterior de España, con pequeñas cantidades, no con ánimo lícito, sino con intención de aprovechar esos contratos bancarios para otras tantas demandas contra los mismos, lo que supone sobrepasar manifiestamente los límites normales del ejercicio en derecho»—, pero desestimada en casación. En efecto, «con independencia de que pudiera no ser una conducta habitual en cuanto a los comportamientos negociales, la existencia o apertura de varias cuentas corrientes con varios bancos entre ellos el demandado, ello, en principio, tampoco puede calificarse con un juicio negativo o de reproche, pues, según las circunstancias, esa conducta puede obedecer a diversas motivaciones atendibles en defensa de los intereses legítimos del cuentacorrentista. Empero, lo que sí resulta indiscutible es que esa conducta es una posibilidad permitida dentro del mercado bancario abierto a cualquier particular que entienda que así mejor gestiona su patrimonio». En consecuencia, frente a la línea de la defensa esgrimida por las entidades crediticias, «lo que desde luego no se comparte es que, por el mero hecho de que esto haya acontecido (y con independencia de cualquier eventual juicio censor de esa proliferación de cuentas corrientes) se califique que esa conducta haya supuesto un manifiesto abuso del derecho y, por lo tanto, condenable en contemplación a lo dispuesto en el artículo 7.2 del Código Civil, porque, esa conducta y, al margen —no hay reparo en reconocerlo— de que, acaso, exceda de lo habitual, en caso alguno, puede causar un daño a tercero, ni, en particular, a la demandada entidad bancaria, puesto que, el actor con ese proceder y posterior demanda, lo único que hace es ejercitar una tutela jurídica al entender que el condicionado de su cuenta corriente ha incidido en la vulneración de la normativa específica, fundamentalmente, recogida en el artículo 10 de la Ley 19 de julio de 1984. Y como argumento decisivo al respecto, se subraya que, incluso, con una sola cuenta corriente abierta en un *agere*, totalmente individualizado, podía, perfectamente, el actor haber interpuesto una acción idéntica pretendiendo la nulidad de las distintas cláusulas de su depósito de cuenta corriente, lo que, determina que no se pueda acoger la apreciada teoría de la Sala *a quo* del abuso de derecho». Sin perjuicio de los errores de redacción en que incurre la sentencia transcrita, no cabe duda que le ampara el mejor criterio; y, «por consiguiente, tampoco se da el fraude a la Ley, en los términos previstos en el artículo 6.4 del Código Civil, porque, de esa reiterada y sucesiva apertura de cuentas corrientes por el actor en diversas entidades bancarias, no concurre la dualidad del daño a

ninguna entidad bancaria ni tampoco su causa por la cobertura aparente aparte de una norma *ficta*». Sin embargo, debe reconocerse que las apelaciones al fondo del asunto, plasmado en la conducta del actor, impiden su análisis estricto desde la perspectiva de la imposición. En absoluto carece de lógica decir que quien se somete con gusto, y hasta persigue quedar sujeto a las prescripciones de cláusulas generales, de ninguna manera le son impuestas sin su coayuda. Otra cosa es que se venzan los obstáculos procesales autorizándole a litigar en tales hipótesis, por tratarse de un fenómeno abstracto, pero que no se produce *hodie et nunc* sin su concurso.

Este catálogo de *previas, impuestas y habituales* marca los elementos de las condiciones generales de la contratación. En realidad, constituyen tres notas que se reclaman mutuamente, con profunda interdependencia y cuyo estudio autónomo es difícil, por no decir que imposible o figurado. Arroja la práctica en este punto una unión de actos e intenciones bien ilustrativa. El profesional dispone antes de dichas cláusulas —quizá otro agente se las suministre— porque alberga la intención de su empleo masivo, para cuya puesta en práctica se sirve imponerlas al adherente merced a la prevalencia que le otorga familiaridad con el ramo de que se trate.

Un panorama tan marcadamente puro esconde la incidencia de otros eventos menos tangibles, en que se mezclan, como sólo la experiencia puede hacerlo, retazos de uno u otro modelo. A este dato atiende lo dispuesto en el segundo inciso del mismo artículo primero de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que acepta «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión*». Tan sabia medida tiene una relevancia insospechada. En primer término, hace coincidir condición general con cláusula no pactada individualmente, con las repercusiones que se derivan sobre su confusión con las de carácter abusivo, que de inmediato analizo. Igualmente, identifica contratos de adhesión con aquellos que incorporan condiciones generales, lo que supone un decidido avance terminológico (12). Por último, asume como

(12) Con independencia de las palabras que se deseen adoptar para describir el asunto —contratación uniforme, típica o *standart*; contratos en masa o de adhesión, normados, en serie, etc.—, cabe advertir la pacífica opinión de que todas las categorías sirven, aunque de manera parcial y matizable. A la postre, la fórmula originaria francesa de los *contratos de adhesión* popularizada por SALEILLES (cfr. *La déclaration de volonté*, París, 1902, pág. 299 y sigs.; ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 54 y sigs.; y *vid.* OSSORIO GALLARDO, A., «Crisis en la dogmática del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1175; ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002, pág. 389 y sigs.; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003, pág. 130 y sigs.; y ROPPO, E., *Contrati standart*, Milán, 1989, pág. 16 y sigs.) tiende ahora

adecuada óptica la del realismo jurídico y el juicio conjunto del fenómeno analizado, lo que me produce satisfacción y alivio.

Un indicio elocuente de cuanto sostengo representa la STS de 28 de noviembre de 1997. Según afirma, las notas de predispuestas y su imposición definen las condiciones generales plasmadas en un pacto dirigido a un conjunto genérico de clientes. En este sentido, «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 una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho. Lo cual viene relacionado directamente con la cuestión de las condiciones generales de los contratos, inmersas en los contratos de adhesión, que no son verdaderamente condiciones sino pactos o cláusulas que se incluyen en todos los contratos que una parte redacta y que imponen a todos los que quieran celebrarlos (13). Por razón de que representan una grave limitación al principio de autonomía de la voluntad se ha dictado un importante Cuerpo legislativo en toda Europa, no para coartarlas sino para controlarlas impidiendo un ejercicio abusivo». Ésta es precisamente la perspectiva que me interesa subrayar ahora. Las condiciones generales pueden admitirse no sólo por su amplio desarrollo en el moderno panorama de los contratos, sino, en especial, porque constituyen un fenómeno positivo y aprovechable según los cánones de la estadística. Es cierto que alberga no pocos peligros, en cuya cautela se ofrecen fórmulas legales de control adecuadas, pero estos indicios no las contagian en su esencia, remitiéndolas al olvido.

Que las condiciones generales operen por completo al margen del pacto singular no implica su ocultación al destinatario contratante, ni que se vicie su consentimiento de modo absoluto —lo que implicaría la ineficacia por estas causas—, sino que se incluyen en el global de la relación determinada para quien se adhiere: van de suyo, sin poder negociarse. No quiebran irremediablemente la libertad de pacto, aunque diluyan su contenido en el conjunto del acuerdo favorable. A menudo enseña la práctica que responden

más a la moderna y alemana de las *condiciones generales de la contratación*. Ofrece la mejor prueba la Ley de *Condiciones Generales de la Contratación*, que dirige sus esfuerzos a proteger al *adherente* (art. 2.3 LCGC). Un somero repaso de la jurisprudencia española es conclusivo de que también prefiere *contrato de adhesión* para denominar el supuesto. En el fondo, cualquier variante aporta interés y anuncia el problema.

(13) Efectivamente, la expresión *condiciones* que rechaza el Tribunal Supremo resulta equívoca. En la faceta jurídico-técnica, las condiciones generales no constituyen un hecho futuro e incierto del que se haga depender la eficacia de un nexo jurídico al que complementan. Pero, desde una visión más amplia, qué duda cabe que su sola presencia *condiciona* la conducta de cada partícipe del contrato; y tampoco puede negarse que la existencia de cláusulas predispuestas, habituales y obligadas *condiciona* el destino de las relaciones jurídicas emprendidas; y también forma parte, si bien, accidental, de la naturaleza del contrato suscrito, *condicionándolo*, etc. A la vista del diccionario, se comprende certera la terminología de *condiciones generales de la contratación*.

a situaciones económicas de predominio en el mercado por el predisponente, cuando no de mono u oligopolio más o menos encubierto (14), máxime cuando a su presencia se subordina el servicio o producto deseado, por lo común de importancia básica en una sociedad *de confort* y obtenido en una coyuntura ventajosa. La falta de pacto no comporta carencia de aceptación, pero está mediatizada.

2. FIGURAS AFINES: CONDICIONES GENERALES, CLÁUSULAS ABUSIVAS Y PACTOS NO SUSCRITOS INDIVIDUALMENTE. EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La exposición de las notas características de las condiciones generales y el recorrido esquemático por las medidas legislativas que han merecido —desde la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984, hasta la entrada en vigor de la Ley de 13 de abril de 1998 por la que se traspuso en el Derecho español la Directiva Europea de 1993 (15)—,

(14) Como aduce la STS de 14 de diciembre de 2005, «la venta de una vivienda no supone la venta de un producto u objeto vendido en régimen de monopolio y a través de un contrato absoluto de adhesión», si bien «ello, no significa que, con carácter general, no pueda ser aplicada la Ley de Defensa de Consumidores y Usuarios a las cláusulas de los estatutos de propiedad horizontal cuando su contenido haya sido presupuesto por el promotor y se imponen a los adquirentes de viviendas, como así se desprende de moderna doctrina científica española y alemana».

(15) La STS de 21 de diciembre de 2000 acota bien el recorrido histórico del asunto: «este Tribunal hace constar al respecto que, hoy en la actualidad ya se cuenta con una regulación adecuada de las llamadas condiciones generales de la contratación, a tenor de la Ley de 13 de abril de 1998 y, con independencia de que no estuviese vigente en la época en que se contrae estas actuaciones, no obstante, se subraya por la Sala a los fines de la adecuada ilustración, que se consideran como condiciones generales, artículo 1.º: «son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos...», en cuanto a la nulidad, el artículo 8 sanciona lo siguiente: «1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso, las definidas en el artículo 10 bis y Disposición Adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios»; y, es en la Disposición Adicional primera, en lo que puede resultar de relevancia por afectar a la susodicha Ley citada vigente entonces, 26/1984, de 19 de julio, en donde se introducen las siguientes modificaciones, el artículo 10 se redacta en los términos que se hacen constar en la misma Ley de 13 de abril de 1998 y, sobre todo, se añade un nuevo artículo 10 bis con la correspondiente redacción».

conducen al importante campo de su distinción frente a otras figuras emergentes y próximas en el panorama contractual contemporáneo.

Partiendo en el año 1980 de una Ley sectorial —sobre contrato de seguro, cuyo artículo 3 establecía la salvaguarda de los clientes contra las condiciones generales (16)—, se pasa en 1984 a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios —cuyo art. 10 contemplaba en beneficio de los consumidores y al unísono la disciplina de las cláusulas generales y abusivas—, para terminar en 1998 con una Ley específica y abierta en su defensa de cualquier afectado (17).

Luego las condiciones generales y las cláusulas abusivas se ajustan ahora en su remedio legal a un doble cauce, que obedece a su distinta naturaleza, si bien tampoco pueden negarse los amplios capítulos de semejanza que les vinculan. En la práctica, las condiciones generales acaban prosperando, como signo de preponderancia económica y profesional de uno de los agentes, que

(16) El protagonismo práctico en dicha materia de los seguros resulta indudable. Así, la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de *mejora de la protección de consumidores y usuarios* (cfr. Disposición Final primera) introduce «una ligera modificación en el artículo 61, apartado 3 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados», en orden a la preponderancia del «Sistema Arbitral de Consumo».

(17) Cfr. la crónica legislativa en CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., *La Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1998, pág. 72 y sigs. Conviene advertir que la STJCE 2004/227, de 9 de septiembre de 2004, «declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de dicha Directiva». En efecto, «la Comisión reprocha al Reino de España el hecho de que el legislador nacional no haya precisado que la regla de la interpretación favorable al consumidor no se aplica en los casos de las acciones colectivas de cesación contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva, porque esa omisión puede poner en peligro la eficacia de tales acciones, en la medida en que el profesional, invocando la regla de la interpretación más favorable para el consumidor, podría obtener que no fuera prohibida una cláusula oscura y susceptible de ser interpretada como una cláusula abusiva» (cfr., por extenso, su comentario en INFANTE RUIZ, F., «La exclusión de la regla *contra profeentem* en el procedimiento de control abstracto», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pág. 159 y sigs.). Según se comprueba, la sustitución de la competencia para emprender acciones no resulta tan sencilla, si es a los individuos en concreto a quienes se otorga la prerrogativa del principio *pro consumitore*.

La sucesión legal en constante reforma parece aconsejar la elaboración de un texto unificado en los términos de la Disposición Final quinta LMPCU: «*se habilita al Gobierno para que en el plazo de doce meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, 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 y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*». La doctrina se ha hecho eco con alarma del asunto, habida cuenta de las licencias que se puede tomar el ejecutivo al asumir dicha tarea. El resultado de todo ello es el Texto Refundido de 16 de noviembre de 2007, que varía incluso el concepto de consumidor.

las trae consigo, impone y universaliza; complementariamente, las cláusulas abusivas suponen la quiebra del equilibrio de prestaciones, ya sea en un contrato de adhesión o gracias a pactos atípicos añadidos por una sola de las partes contra el consumidor.

En respuesta frente a estos distintos episodios, que suelen ir unidos por su mutua relación de género (condiciones generales) y especie (cláusulas abusivas), se ha optado por un esquema bicéfalo. La Ley de 1998 dispensa su protección específica a favor de quien se adhiere a las condiciones generales, sufriendo el dominio del predisponente; figura, esta última, profesionalizada (cfr. art. 2.1 LCGC). En cuanto a las cláusulas abusivas, opera su tratamiento la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios, que se ve modificada de manera honda en este punto. A sus resultas, los pactos opuestos a la buena fe o al equilibrio de prestaciones, se combaten en beneficio de los consumidores que los padecen, mientras las condiciones generales son controladas para todos los adherentes, profesionales o no, incluidos los intermediarios, pues se considera una merma en la negociación que merece indiscriminada tutela. Insiste la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación que «se pretende así distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación». En efecto, «una cláusula es condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene por qué ser abusiva. Cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares».

Sucede que un esquema tan pulcro se derrumba en la concreta expresión técnica que ofrece la Ley. Una cosa son los buenos propósitos y otra el modo en que las intenciones se traducen normativamente. El nuevo artículo 10 bis.1, párrafo 1, LGDCU —renovado en la Disposición Adicional primera, número dos, LCGC, después por el art. 1.tres de la Ley 44/2006, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (en adelante, LMPCU) y ahora en el art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias—, establece un régimen tuitivo que asemeja las cautelas en ambos supuestos: «*se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*». En su virtud, el artículo 82.4 TRLGDCU establece que «*en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto*

en los artículos 85 a 90, ambos inclusive: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) limiten los derechos del consumidor y usuario; c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato; o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable» (18). Según la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, «el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación con los consumidores. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse. Es decir, siempre que no ha existido negociación individual». Con ello aparece la conexión entre ambas, pues las cláusulas abusivas se muestran en la práctica muy próximas a las de carácter general, en cuanto no negociadas, ni consentidas, *ad casum*, máxime porque las estipulaciones abusivas efectivamente acordadas seguirán el régimen ordinario descrito en las reglas del Derecho común, a espaldas de la disciplina específica de la legislación especial. El dato adquiere interés, porque, al no tener el Código Civil disposiciones determinadas al respecto, su defensa se difumina en normas globales e inespecíficas. Por eso, el tercer párrafo del nuevo artículo 82.2, párrafo 2, TRLGDCU (introducido en su día por la Disposición Adicional primera, tres LCGC) impone la carga de la prueba de negociación individual a los profesionales que intenten sustraerse a su vigencia. Suma la nueva versión del precepto, *ex* Ley de mejora de la protección de consumidores y usuarios, en el primer párrafo del número inicial del precepto, a la falta de negociación su ausencia de consentimiento. El añadido bien parece redundante, pues no cabe consentir cuanto no se negocia, en la medida que la voluntad se asienta en el dato previamente conocido. Sin embargo, cuanto abunda no daña y más en materia tan delicada como ésta.

La progresiva convergencia de cláusulas abusivas y no pactadas individualmente aproxima mucho su ámbito al de condiciones generales, cuya Ley del ramo repite punto por punto para éstas los referidos términos del artículo 82.2 TRLGDCU (antiguo art. 10 bis.1, pfo. 2, LGDCU, curiosamente

(18) Una simple y apresurada lectura de la regla daría pie a debatir sobre si las cláusulas recogidas en los artículos citados por típicamente abusivas lo serán con independencia de negociarse de forma individualizada, pues inauguran el inciso con un «*en todo caso*» que parece abrir los requisitos de su censura. Sin embargo, no hay tal, pues el artículo 82.2 TRLGDCU afirma que «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato*». Luego si hay negociación individualizada, el escudo dispensado por el precepto cesa. Es decir, claramente las cláusulas abusivas tienden a ser generales, y, de cualquier manera, en estas circunstancias están las descritas en la propia Ley como prototipo de ventaja obtenida en perjuicio del consumidor. Para ellas se dispensa la prueba de abusivas, pero cabe demostrar su efectivo pacto, que las extrae del esquema protector diseñado en el ordenamiento.

introducido en la propia Ley de 1998), que reitera el artículo 1.2 LCGC: «*el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato*». Por tanto, queda debatir la hipotética distinción entre condiciones generales y cláusulas no pactadas o consentidas individualmente. A la vista del dato normativo, *a contrario* bien parece que la falta de acuerdo singularizado equivale a condición general. Mas, no es exactamente así, porque las condiciones generales tienen como elemento estructurador no sólo la *predisposición* (al margen de su autoría material) e *imposición* por una de las partes (hasta este requisito, siempre comunes a las cláusulas abusivas), sino que además pretende hacerlo con independencia de quién sea el destinatario, mientras desee mantener relaciones jurídicas con ella (cfr. art. 1 LCGC); es decir, son generales, tanto en su idea, como en su despliegue. Luego condición general y cláusula no pactada individualmente tienen un enorme común denominador y muy leve y transitorio numerador diverso. En todo caso, su distinción teórica viene reconocida en la Ley y yo deseo respetarla cuanto sea posible, por muy exigua que sea la disidencia que presenten. Ahora bien, debe reconocerse que cuesta un esfuerzo enorme mantener el equilibrio, pues el pacto lesivo casi nunca se negocia de manera particularizada, por *predisponer* de su contenido quien lo *impone* y en la medida de su simple beneficio. Por lógica, el promotor intentará que conste siempre, con independencia de su destinatario, al menos como propósito finalístico, que precisamente constituye la nota de *habitualidad* que faltaba. Ya tenemos, *de facto*, que una de las partes lo impone, por tenerla predispuesta, pues no se negocia individualmente, y además le reporta unos beneficios en forma de menos prestaciones que aconsejarán su generalizada extensión a todos los clientes, al menos como idea.

Esto explica razonablemente que se sustituya en el segundo número del artículo 1 LCGC habitualidad por falta de negociación individualizada de la cláusula, entre otras cosas, porque nadie acuerda lo que le perjudica, salvo que concurren vicios de la voluntad, ya sea error, violencia e intimidación o dolo. Advierto que prever como atributo característico de las cláusulas abusivas el que no sean negociadas o consentidas individualmente puede llevar a invertir los términos del problema —tomando la parte por el todo—, con la consecuencia de que su acuerdo singularizado la inmune como abusiva. Ello no sería un acierto, pues la categoría material del atropello en última instancia no depende completamente de su mecanismo de contratación, sino más bien del contenido que incorpore.

En suma, la pretendida diferencia entre cláusulas abusivas y condiciones generales termina siendo un artificio creado como excusa para la distinta protección instaurada con arreglo a la duplicidad normativa que gobierna sendos fenómenos, pero que la realidad impugna la mayoría de las veces. El

artículo 82 TRLGDCU procura distinguir entre «*estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*». Mas, a lo largo del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios se reinstaura la premisa de que las cláusulas abusivas lo son por causa de su materialidad, mientras su forma externa —continente— se ajusta de ordinario a las condiciones generales, en cuanto no negociadas ni consentidas *ad casum*.

El diseño teórico de un doble régimen con arreglo a cada hipótesis —aunque desmentido por los hechos, según creo haber demostrado—, tampoco carecería en absoluto de lógica. Al menos en abstracto cabría sugerir condiciones abusivas pero no generales. Nada impediría que la quiebra de la buena fe contractual o el equilibrio de prestaciones que las define [cfr. art. 82.1 TRLGDCU] se produzca prescindiendo del añadido de no ser negociadas o consentidas individualmente. Ahora bien, no ha sido ésta la opción preferida por el legislador, que las convierte *de facto* en habituales y tributarias, pero específicas, dentro del esquema del clausulado general. Sin duda puede idearse su diseño *a la carta* para un concreto caso, aunque con dicho bagaje cualquiera diría que implica verdadera saña, máxime cuando la necesidad apretaría en el destinatario que acepta semejantes abusos. Desde luego, mucho más fácil es que, viceversa, las condiciones generales no resulten lesivas en sentido técnico, si bien vulgarmente habría que tenerlas por tales, pues, aun cuando de suyo no se opongan a la buena fe o al equilibrio de prestaciones, las circunstancias de su origen apuntan a un relativo perjuicio para quien tuvo que adherirse. Una irrefutable prueba está en que la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación admite sin excusa para ellas «*abuso de una posición dominante*». Con todo, tampoco conviene olvidar —si queremos ser justos, equitativos y sinceros— que, aceptándolas, ganan los adherentes notorias ventajas de acceso público al mercado en la coyuntura más ventajosa. Vaya una cosa por la otra, pero sin polarizar el examen jurídico de la cuestión en ningún extremo, sino en su eficacia y resultado conjuntos.

Luego la diferencia entre condición general y cláusula abusiva se cifra, sobre todo, en su contenido. Por su esencia, éstas resultan inaceptables, pero no necesariamente aquéllas, que yo denomino, entonces, *puras o simples* (19). En cuanto a su aspecto formal, las condiciones generales añaden a las cláusulas abusivas su tipismo y habitualidad, aunque ambas responden al mismo fenómeno de imposición de uno de los contratantes al otro, por falta de negociación y voluntad individualizada.

(19) Cfr. por extenso, DURÁN RIVACOBÁ, R., «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un código del consumidor*, Madrid, 2006, págs. 161-296.

3. FISONOMÍA JURÍDICA: DEL NORMATIVISMO A LA CONTRACTUALIDAD MITIGADA

Otra faceta de las condiciones generales de la contratación que debe ser abordada de forma prioritaria se refiere a la categoría del fenómeno que representan. Hay varias justificaciones jurídicas que autorizan a una de las partes para introducir en sus contratos cláusulas-tipo, sin diálogo con su interlocutor y en consonancia con cualquier otro género de negocio análogo. Este *modus operandi* comporta la ruptura de principios incólumes en el dogma clásico de la libertad de contrato. Por ello, se han ensayado diversas explicaciones, ya que no era factible ni oportuno frenar su creciente implantación. En su desarrollo, procederé orillando algunos debates que corren serio riesgo de incurrir en abstracciones estériles y confusas. Por aclarar los planteamientos en conflicto y extraer conclusiones válidas, expondré las dos grandes tendencias mayoritarias. Cada una cuenta con defensores de una enorme categoría y comportan muy distintas repercusiones (20).

La teoría normativista confiere protagonismo jurídico a los agentes que dinamizan las economías de mercado. La facultad de introducir en sus contratos condiciones generales aúna un conjunto de competencias reglamentarias depositadas en ciertos actores económicos, ya sea por el cauce de los usos del comercio u otros válidos. Dicha propuesta encauza este nuevo modelo negocial por vericuetos legales propios del sistema de fuentes, una de cuyas fórmulas de producción jurídica serían precisamente las condiciones generales y los mandatos que incluyen. No versa tanto sobre un análisis *interno* del asunto, desde la perspectiva de la materialidad de contenido, sino externo, en la órbita de los atributos necesarios para introducir estos mecanismos especiales en la contratación. En última instancia, resulta una justificación fiel a los cánones de la ciencia jurídica y evita engorrosos encajes sin merma de los distintos intereses concitados. Es lo cierto que las condiciones generales suponen la imposición por uno de los contratantes del contenido, siquiera sea más o menos accesorio, del convenio, pero se hace gracias a los poderes que abarcan por la naturaleza del mercado que cultivan y hasta cierto punto dirigen. Dicha coyuntura destruye la esencia misma del pacto como concurrencia de oferta y demanda. No hay demanda jurídica de ninguna especie, pero sí económica que se corresponde con una oferta rígida, del estilo *de todo o nada, lo tomas o lo dejas*. Unido esto a la situación de mono u oligopolio en determinados sectores

(20) Hay ríos de tinta vertidos sobre la materia. Para su generosa lectura, cfr., entre otros, GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969, pág. 100 y sigs.; LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002, pág. 37 y sigs.; ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», I, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, pág. 23 y sigs.; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición del contenido contractual», en *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 671 y sigs.

claves de la economía, esfuma incluso la más leve apariencia de autonomía de la voluntad, axioma de partida en las codificaciones liberales, como la nuestra. Estas pautas marcan los nuevos escenarios jurídicos y económicos que se aparejan y así encuentran justificación más bien abstracta.

La mejor defensa de la tesis normativa, en términos generales, proviene de las filas del mercantilismo clásico, teniendo a GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE por cabeza (21). Frente a ella se alza la crítica de un amplio sector de civilistas, sobre todo a partir de los argumentos esgrimidos por DE CASTRO Y BRAVO. Se trata de corregir los abusos a que podría dar pie semejante *ratio*, que inviste a los profesionales en el gobierno casi absoluto del contenido de generosos campos de la economía y al margen de la razonabilidad jurídica concreta de las condiciones generales que propugnan (22). La refutación de su categoría como usos del comercio radica en que son, al menos para uno de sus destinatarios, más ficticios que reales, en la medida en que son impuestos por la otra parte a quien no participa en su origen, contenido y eficacia más que por vía de adhesión. Luego, en el mejor de los casos, serían más mercantiles que costumbres (23). A la postre, los instrumentos clásicos servidos por el Código Civil como delimitadores de la libertad de contrato —uso y costumbres, buena fe, leyes, moral y orden público— ganan aquí grandes dosis de reviviscencia. Un posible sometimiento a controles administrativos de las condiciones generales podrían superar el obstáculo de su abuso, aunque comprometiendo el escenario y calidad jurídico-privada en que se desenvuelven (24).

(21) Cfr. *op. cit.*, pág. 18 y sigs. Más matizadamente, cabe citar en esta línea también a URÍA GONZÁLEZ, R. (cfr. «Reflexiones sobre el contrato mercantil en serie», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, II, pág. 221 y sigs.); y POLO SÁNCHEZ, E. (cfr. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990, pág. 29).

(22) Cfr. *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, pág. 29.

(23) Constituye un ejemplo excelente la hipótesis de la STS de 2 de abril de 1993, que niega la pretensión de una compañía de viajes para definir el *overbooking* como uso del comercio: «el Código Civil, aparte de exigir que la costumbre se pruebe suficientemente (STS, entre otras, de 28 de junio de 1982), sólo acude a ella «en defecto de Ley aplicable» (art. 1.3); hipótesis no concurrente en este caso por regir la regulación legal de los arrendamientos de cosas y de servicios»; «ni tampoco podría atenderse al uso *contra legem* que menciona la recurrente de entender implícita la anulación de reserva de habitaciones, siempre que haya parte contractual perjudicada que se oponga a ello. Aparte de usos opuestos a lo convenido que cita también el recurso y que son inadmisibles en la teoría general de los contratos civiles (arts. 1.091, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código Civil), como el llamado *overbooking*: sin que puedan tacharse de obsoletas las normas del Código Civil citadas, por lo dispuesto en el artículo 2.2, ya mencionado, redactado en 1974, y antes en el artículo 5, redactado en 1889, y a su vez recogido en los más modernos Códigos y leyes, que no pueden prescindir de normas seculares que velan por la seguridad jurídica y el orden público privado».

(24) Acerca de la imprescindible aprobación administrativa en seguros obligatorios, cfr. SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1999 y de 23 de septiembre de 1991.

Contra las teorías normativistas operan aquellas otras que pretenden salvar del naufragio al contrato en estas nuevas modalidades de negociación, al menos rescatando de los despojos lo más básico de su esencia. Los defensores del contractualismo buscan unificar las condiciones generales con una concepción evolutiva y adaptada del pacto a los nuevos tiempos y realidades económicas. Ello permitiría reconocer en su órbita, con las debidas excepciones, las novedosas fórmulas negociales que se abren camino al ritmo del avance de un nuevo mercado global. El genuino y pionero representante de la tendencia entre nosotros fue GARCÍA AMIGO (25).

Los inconvenientes prácticos que arrastra la fórmula también aconsejan superar las apuestas por los usos del comercio, que respaldan las facultades reglamentarias de ciertos protagonistas. Entre otros motivos, destacan los obstáculos constitucionales en que incurre permitir a los empresarios autoerigirse además en productores de normas (26). Ahora bien, tampoco resulta convincente reconducir el asunto a un episodio actualizado de la teoría moderna de la contratación, al albur de los vaivenes del mercado. Según advirtió SALEILLES (27), falta una verdadera voluntad mutua en tales acuerdos. No puede llevarse al extremo el dogma de la plena y pura libre contratación —una especie de fundamentalismo ideológico—, porque sencillamente las cosas no funcionan así. El tráfico jurídico y económico anónimo, veloz y globalizado, impide tales visiones simplistas, aduce Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (28), a menos de su severa cercenación y próxima ruina. La clave reside, a mi juicio, en conocer los límites admisibles del proceso.

Ello da pie a otras posturas intermedias, expuestas con acierto por PAGADOR LÓPEZ (29), como la que relaciona su ser con las relaciones contractuales fácticas. No resultan verdaderos contratos, aunque adopten sus formas externas o modos de concluirse. Así sucede con los vínculos contraídos por los menores (30) o en sectores del bienestar tan ordinarios y elementales que

(25) Cfr. *op. cit.*, pág. 72 y sigs. Igualmente, son de citar GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1590; y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 29. Un punto exagerado se muestra ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», II, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5/2000, pág. 40 y sigs.

(26) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Menéndez*, IV, Madrid, 1995, pág. 4942.

(27) Cfr. *op. y loc. cit.*

(28) Cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 31.

(29) Cfr. *Condiciones generales...*, pág. 27.

(30) La STS de 10 de junio de 1991 roza la idea: «los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas,

hacen ilusoria la negativa de su adquisición. Por su parte, ALFARO ÁGUILA-REAL (31) arguye la idea de condiciones generales de la contratación *declarativas*. A su tenor, el núcleo de los contratos estriba en que se forman a través de un libre cruce de voluntades. Los grados de autonomía individual son matizables, pero no sustituibles: la concreta incorporación al negocio jurídico de las condiciones generales exige asumir efectivamente su contenido. A este propósito, no basta con garantizar que se puedan escoger, *a la carta*, entre varios modelos cerrados de cláusulas siempre generales. Con todo, adquieren eficacia sólo si derivan de la buena fe contractual, en cuanto desarrollo autónomo y ordinario que admite la esencia de los pactos efectivamente suscritos. Ahora bien, eso no impide un criticable despliegue de condiciones ajenas al estricto acuerdo, que conforma un acabado modelo de unilateralismo empresarial (32). En síntesis, juzgo que la nueva categoría no añade gran cosa y más parece una excusa en auxilio de una contractualidad que no acaba de convencer en sus términos clásicos. Es cierto que «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*» (art. 1.258 CC), pero las condiciones generales añaden sin duda un *plus* a las consecuencias lógicas del contrato, no contempladas de suyo en la naturaleza de aquél. En otro caso, su expresión sería casi superflua y, desde luego, no producirían la inquietud jurídica que parecen suscitar.

Por último, MIGUEL GONZÁLEZ (33) expone una doctrina que podríamos llamar del conocimiento. Frente a las fórmulas monistas —normativa o contractual— alega la solución de Derecho comparado —Italia y Alemania— que, según piensa, señala en la línea de que las condiciones valen en la misma medida de su percepción por quien las recibe, ya que no se negocian. Luego, el conocimiento surge como deber implícito del adherente, con una diligencia mínima exigible. A semejanza de la línea contractualista, diferencia en el contrato sus vertientes de regla y acto de contraer (34). En cuanto a esto último, se requiere la voluntad de las partes, pero no tanto para lo primero —campo pro-

e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello necesiten la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas “las normas”, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» (art. 3.1 del Código Civil), y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria».

(31) Cfr. *Las condiciones...*, pág. 60 y sigs.

(32) Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. y loc. cit.*, pág. 31.

(33) Cfr. *Reflexiones...*, pág. 4943 y sigs.

(34) Sería, en trasunto de la terminología que acuña para el matrimonio el Derecho canónico, una especie de negocio *in fieri et in facto esse*.

picio de las condiciones generales de la contratación—, siempre que respeten los límites de la buena fe y el equilibrio de prestaciones. Argumento que comparte las ópticas institucionalista del contrato y reglamentaria de las condiciones generales.

A la vista de lo expuesto, ambas tendencias irreductibles de partida llevan camino de converger; pero, al margen de las sugerentes construcciones anteriores, y su varia dosis de fortuna, interesa responder al dato real de qué alternativa contempla el ordenamiento español. Es indiscutible que nuestra Ley comparte una noción contractualista de las condiciones generales. Eso se infiere tanto en las reglas sectoriales —«la naturaleza contractual de las condiciones generales, recogida en el art. 3 de la Ley de Contrato de Seguro, se ha afirmado de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual ha considerado a las condiciones generales de los contratos de seguro como cláusulas contractuales» (STS de 20 de marzo de 2003)—, como en la disposición general del ramo.

En sus términos más amplios, la jurisprudencia es abiertamente partidaria del concepto negocial de las condiciones generales. Si bien la STS de 30 de mayo de 1998 no consideró de adhesión el contrato suscrito por un abogado y su cliente, reconocía que su contenido se predispuso por el primero, sin merma de su valor contractual, «pues esta circunstancia no hace desaparecer el carácter y naturaleza contractual de negocio convenido libremente, al darse la concurrencia de consentimientos mutuos, que hace eficaz el negocio y no concurrir las circunstancias que determinarían su nulidad (art. 1.265 CC), por ser bien expresivo de decididas voluntades, dentro de los términos del artículo civil 1.255, que generan el vínculo contractual que se alcanzó con total libertad de obrar y decidir». En la órbita de los contratos definidos de adhesión, la STS de 28 de noviembre de 1997 no varía el criterio cuando estima que «la calificación de este contrato es de contrato de adhesión entendiendo por tal aquél en que la esencia del mismo y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga 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)». Me parece ilustrativa la ocurrencia sobre los distintos grados de libertad presentes en las condiciones generales impuestas, aunque dudo que con tales mimbres pueda elaborarse un auténtico cesto negocial, según veremos.

Este alcance netamente contractualista de las condiciones generales no está desprovisto de repercusiones prácticas e inmediatas. Como cercenan la libertad de uno de los partícipes, recibe a cambio éste garantías sobre su contenido, por medio de un estrecho control de fondo para reducir abusos. Así cala la idea expuesta en el umbral del estudio. Las condiciones generales

constituyen un elemento característico de los negocios en crecientes capas de la economía moderna. Tampoco resultan de suyo perjudiciales para quienes se someten a su influjo, siempre y cuando les abran sectores de mercado en situaciones favorables y sostenibles. La simplicidad en los procedimientos que introducen ahorran tiempo y esfuerzos a las grandes compañías que los promueven, abaratando los costes de su producción o servicio. Por el contrario, las cláusulas abusivas comportan perjuicio real a quienes las padecen, en la medida que rompen con el equilibrio de prestaciones o posición jurídica de los contratantes. No dejan de constituir de ordinario una especie perjudicial dentro del género de las condiciones generales, que se fiscalizan por evidentes motivos, pero cuya estela no hace perder al proceso conjunto su muy positiva impronta.

4. CONTRATOS EXCLUIDOS DE LA LEY ESPECIAL

Una de las consecuencias más sobresalientes que implica la naturaleza negocial, con todos los matices que quieran introducirse, de las condiciones generales, concierne a los tipos de pactos susceptibles de someterse a la protección conferida por su específico estatuto legal. En concreto, excluye de su ámbito a «*los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengán reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*» (art. 4 LCGC).

Los motivos de semejante decisión pueden ser múltiples. Podemos imaginar que la Ley dispensa los citados convenios porque, aun cuando contengan condiciones generales, se salvan al someterse a cauces distintos de control institucionalizado. Mas también cabría deducir que dichos acuerdos son incompatibles con la fórmula de contratación en masa, por lo que la cautela jurídica frente a sus efectos negativos sobra. Esta segunda perspectiva se comparte por aquellos que mantienen la contractualidad del fenómeno, con todas las reservas que se deseen: habida cuenta que tales hipótesis desbordan el marco negocial, tampoco admiten en su seno verdaderas condiciones generales, que, de otra suerte, quedarían sometidas al amparo de la Ley (35).

(35) El planteamiento —sostenido por ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (cfr. *Las condiciones...*, pág. 112 y sigs.)— no deja de tener mérito, aunque, a mi juicio, sobre bases endebles.

Tales excepciones contrastaron poderosamente con la disciplina más rigurosa que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contemplaba respecto de las cláusulas abusivas, cuyo «ámbito de aplicación» abarcó *«todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla»* (Disposición Adicional segunda LGDCU, máxime cuando consta en la Disposición Adicional primera, siete LCGC que introdujo dicho texto, ahora refrendado en el art. 59 TRLGDCU). El motivo de la diferencia parecía justificado. Las condiciones generales, pero no abusivas, se salvan siempre y cuando estén incluidas en circunstancias legales de permisión, que presumen la salvaguarda de los intereses de los ciudadanos.

Sin embargo, la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación parecía pretender justo lo contrario: *«conforme al criterio del considerando décimo de la Directiva “93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores”, todos estos supuestos de exclusión “recogidos en el artículo 4 LCGC” deben entenderse referidos no sólo al ámbito de las condiciones generales, sino también al de cláusulas abusivas regulados en la Ley 26/1984, que ahora se modifica»*. Ahora bien, la traducción legal y efectiva de semejante apuesta dista mucho de refrendarla. El artículo 81.1 TRLGDCU mantiene, tras su reforma, que *«las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las Administraciones Públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez»*, pero, como a continuación afirma, *«todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta norma»*. Luego parece inferirse que, aun cuando existan estipulaciones sujetas a su aprobación administrativa, no hay obstáculo para que también puedan someterse a filtros auxiliares, por lo que habría de observarse su materialidad para decidir si son abusivas, con las naturales consecuencias que son anejas. Además, al margen de la excepción contenida en el artículo 4 LCGC, el nuevo artículo 80 TRLGDCU (introducido en su día por aquella Ley), también abarca *«cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones Públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes»*. Por último, sinceramente me resisto a creer que la necesaria *«concreción, claridad y sencillez en la redacción»* como requisitos de la licitud de las condiciones generales [art. 80.1.a) TRLGDCU] o la *«buena fe y el justo equilibrio»* [art. 80.1.c) TRLGDCU] de prestaciones que las preserva del carácter abusivo (siendo simples o puras, como yo las llamo) puedan obtenerse a golpe de Decreto, pues incorporan un contenido de fondo, no sanable por licencias administrativas previas. Eso sí, éstas son susceptibles de sortear el

tamiz jurídico sobre las condiciones generales, prosperando en determinados sectores de trascendencia para la economía colectiva. En suma, la defensa legal mínima prevista en orden a las cláusulas abusivas se mantiene por encima de otros estatutos sectoriales, que pueden reconocer mayores derechos a los consumidores en la materia, pero no restringirlos, por mucho que medien cribas administrativas previas.

En el examen casuístico que reclama la disciplina, diré que la primera excepción a la vigencia objetiva de la Ley sobre condiciones generales viene representada por los *contratos administrativos*, que ya cuentan con un régimen especial en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como garantía de los derechos de los particulares que se relacionan con los entes públicos en el suministro de bienes o servicios. Precisamente la situación de *imperium* o de predominio de los organismos oficiales en los acuerdos suscritos con privados demanda normas oportunas que reequilibren en cierta manera sus respectivos roles jurídicos (36). Tales reglas sustituyen, por específicas, a las abstractas sobre condiciones generales de la contratación, que acaban siendo de más bajo perfil y desbordadas. Dígase lo mismo respecto de los *contratos laborales*, que han merecido profusas disposiciones con miras a la protección de los trabajadores, a través del axioma paralelo al de beneficio y defensa del consumidor, definido *pro operario*. En los de *constitución de sociedad* también existen leyes peculiares que regulan su contenido de manera suficiente, haciendo inútil su reiteración por muy exitosa que fuera. Dichos supuestos conforman el capítulo de contratos excluidos de la ley sectorial porque, aun admitiendo en su seno la presencia de verdaderas condiciones generales, su instancia de control se traslada y logra mayores hitos en su exigencia con arreglo a normas específicas.

A tales convenios se asimilan, por razones de compromiso y coherencia legal, aquellos que se contemplan en *instrumentos internacionales ratificados por España*, y los recogidos por *normas legales de aplicación obligatoria* (cfr. art. 4.2 LCGC), como sería el caso de los seguros y sus reglas singulares, aludidas tácitamente por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «*la regulación sectorial de los contratos con los consumidores, en todo caso, debe respetar el nivel mínimo de protección dispensada en esta norma*» (art. 59.2, pfo. 2, TRLGDCU). En efecto, su artículo 4, párrafo 2, *in fine*, excluye de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación las hipótesis que «*vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes*». Al respecto, merece criticarse la salvaguarda y excusa de cualquier «*disposición (...) administra-*

(36) Por el contrario, CASTILLO DE SOTOMAYOR, citando a BALDO DEGLI UBALDI y traído por DE CASTRO Y BRAVO, sostiene que «la limitación de las condiciones generales son aplicables también a los contratos celebrados por el Príncipe» (*op. cit.*, pág. 72).

tiva de carácter general», incluso si afectan a sectores determinados y conocidos, por su ambigüedad perniciosa. Resulta inconveniente que no se limite su rango, pues, a mi juicio, debería impedirse que cualquier tipo de orden gubernativa sea idónea para hurtar el control de la Ley que comento, a riesgo de su inexorable vaciado jurídico. Ciertamente se cifra su extensión (*general*), pero de forma tan abstracta que arruina su posible control.

Razones diversas —y menos válidas, me atrevo a decir— avalan al resto de las salvedades establecidas a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Así como los primeros supuestos eran característicos de su reemplazo a favor de regímenes jurídicos más ambiciosos y tradicionales por *rationem materiae*, comparecen ahora ejemplos de clara intolerancia con la técnica de los clausulados generales. Por cuanto se refiere a las *relaciones familiares*, creo que su orden contractual abarca los convenios reguladores y las capitulaciones matrimoniales. Sin embargo, el hecho de que los primeros queden sometidos a la inevitable aprobación judicial —«*salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*» (art. 90, pfo. 2, CC)— los extrae del ámbito de que hablo, máxime cuando es inaudita la intervención de ningún profesional que las promueva, como no sea el asesor jurídico de los protagonistas, que no integra el contrato. *Análogo modo* acontece para las capitulaciones matrimoniales, aunque reúnen algunas características singulares, en la medida que su insoslayable constancia en escritura pública (cfr. art. 1.327 CC) implica la intervención de un profesional proclive a introducir cláusulas típicas, pero sin que tampoco resulte nunca parte. Por último, los cónyuges menos aún podrían catalogarse profesionales del matrimonio, y, en fin, la situación de prevalencia que uno quiera imponer al otro jamás prospera mientras sea «*nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge*» (art. 1.328 CC). Luego, resulta muy osado siquiera plantearse condiciones generales en tales tipos de acuerdos, si no existe un contratante profesional, a menos que no derive del servicio de asesoramiento jurídico y constituya un ambicioso promotor de rupturas matrimoniales. Es también chocante que se aluda *expressis verbis* a los contratos reguladores de las relaciones de familia, cuya existencia se ha negado históricamente por ser éstas refractarias a la voluntad autónoma de los protagonistas (37). Mucho más sorprendente todavía me parece la exclusión de los *contratos sucesorios*, si, con arreglo al artículo 1.271, segundo párrafo, del Código Civil, «*sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división*

(37) Salvedad hecha de los ejemplos que discuto. Acaso la reforma del Derecho de Familia, operada en las Leyes del año 2005, entierre afirmaciones tan contrastadas, pues el mismo matrimonio y su destino quedan por completo a expensas de cualquiera de los contrayentes.

de un caudal conforme al artículo 1.056». Al margen de que no contiene la referencia normativa contrato alguno propiamente dicho —observa la partición hecha por el testador—, las reformas últimas del Código Civil en materia hereditaria van introduciendo auténticos pactos sucesorios, aunque con reservas. A esta categoría pertenecen, sin duda, la delegación de mejora del artículo 831 del Código Civil, o lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.341 del Código Civil acerca de la donación por razón de matrimonio de bienes futuros y para el caso de muerte. Con todo, tales figuras extraordinarias repudian, no ya sólo la existencia de condiciones generales, sino también la posible intervención de un profesional que reclama su Ley específica desde su inicio como sujeto inspirador (cfr. art. 1.º LCGC) (38).

5. RELIEVE Y CONTENIDO NEGOCIAL

El análisis concerniente a la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación y su concreto ámbito debe completarse con el estudio de la eficacia que despliegan en la práctica. Ello proporciona su horizonte más perfilado.

Es criterio pacífico que las condiciones generales incrementan sus esferas de influjo y son aceptadas en la medida de los beneficios que reportan en la contratación. La jurisprudencia, siguiendo una línea más realista que los autores, considera que «el contrato de adhesión no es algo abusivo ni rechazable por sí mismo» (STS de 11 de noviembre de 2004). Es cierto que recela de los peligros inherentes a su empleo desmedido, mas, como cualquier otro elemento jurídico, ello justifica su control, no su veto indiscriminado. La STS de 31 de enero de 1998 (39) parece admitir, aunque sea en calidad de *obiter dicta*, «la argumentación del motivo “donde” se alega que “el artículo 10 de la Ley 26/1984 en modo alguno condiciona el ejercicio de la acción de nulidad y la ineficacia de dichas condiciones generales a la causación de un daño previo”». Es decir, las condiciones generales de la contratación de suyo no siempre arrastran males, sin perjuicio de los riesgos que comportan, lo que suscita en el ordenamiento jurídico cautelas en defensa de la parte más débil.

(38) Supongo el acuerdo unánime para ni tan siquiera discutir el testamento, que no es un contrato, por mucho que pueda contener cláusulas típicas, redactadas por un profesional, que además nunca se reputa parte.

(39) Ampliamente comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47, 1998, pág. 725 y sigs.; y PETIT LAVALL, M. V., «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 199.

a) *Condiciones generales de la contratación y economía de mercado*

Esta implantación sucesiva de las condiciones generales en la dinámica moderna del contrato alcanza terrenos más amplios que los estrictos del Derecho de consumo (40). Escasos sectores jurídicos guardan mayor correspondencia que aquél con la estructura económica de las sociedades desarrolladas. El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios desde su primer artículo fija sus coordenadas en el sistema de mercado reconocido en la Constitución (41). En la órbita de la Unión Europea, el vínculo entre la economía liberal y el Derecho de consumo es muy notorio. El artículo 7 del Tratado de la Comunidad Europea fija uno de sus fines en la defensa de los consumidores y usuarios. La fracasada Constitución Europea

(40) Cfr. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas abusivas no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, I, Madrid, 2004, pág. 75; y ORDUÑA MORENO, F. J., *op. y loc. cit.*, pág. 22. Esta postura es minoritaria si atendemos a la bibliografía española, más en sintonía con la tónica de las normas de los países de nuestro entorno y las comunitarias, que ligán ambos procesos: cfr. SERRANO ALONSO, E., «Las condiciones generales en los contratos y las cláusulas abusivas», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid, 2004, pág. 4689 y sigs.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *op. y loc. cit.*, pág. 1193; OTERO LASTRES, J. M., «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1977, pág. 759 y sigs.; y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *Derecho Notarial*, núm. 86, 1998, pág. 12.

Como afirma la STS de 18 de marzo de 1995, «dicha Ley especial “LGDCU” no es exclusiva ni acaparadora en la defensa de los derechos de usuarios y consumidores, y así la primacía de los preceptos sustantivos se mantiene y ha de ser declarada, pues su artículo 7 para nada lo impide. Al contrario, bajo su proyección normativa expresamente se remite a la aplicabilidad “además” de las normas civiles y mercantiles, con lo cual éstas no vienen a quedar ni relegadas ni suplantadas y así se expresa la doctrina jurisprudencial de esta Sala que contienen las sentencias de 17 de junio y 22 de julio de 1994».

(41) «*En desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución, esta Ley tiene por objeto la defensa de los consumidores y usuarios*» (art. 1, pfo. 1, *in initio*, TRLGDCU). «*La defensa de los consumidores y usuarios se hará en el marco del sistema económico diseñado en los artículos 38 y 128 de la Constitución y con sujeción a lo establecido en el artículo 139*» (art. 1, pfo. 2, *in fine*, TRLGDCU). En tal sentido, el horizonte de un «*Estado social y democrático de Derecho*» (art. 1 CE) indujo múltiples esperanzas de reformas estructurales, auspiciadas asimismo por el artículo 38 del propio texto constitucional, que reconoce la prevalencia de las leyes del mercado libre, aunque «*de acuerdo con las exigencias de la economía general, y, en su caso, de la planificación*», máxime si «*toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general*» (art. 128.1 CE) y «*se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*» (art. 128.2 CE). La realidad vino a desmentir estos anhelos y el posibilismo político arruinó las expectativas de la intervención correctora del poder público en la economía capitalista.

dedicó incluso la Sección 6.^a, del Capítulo III, de su Parte III a la «*Protección de los consumidores*», una vez que había destacado entre los «*objetivos de la Unión*» (art. I-3) ofrecer «*un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada*» (núm. 2). A *mercado común* y abierto corresponde una mayor vigilancia de sus negativos efectos sobre los particulares destinatarios, aunque no siempre se acierte. La economía convergente impulsada en los distintos Tratados Europeos precisa de contrapartidas en cuanto a los consumidores. Su prueba irrefutable constituye la muy prolífica intervención legal por medio de Directivas, que han promovido esta disciplina jurídica en los países miembros. Con ello, se consigue tanto la uniformidad de sus diversas legislaciones, como la efectiva puesta en práctica del *espíritu europeo*, aunque, por ahora, se limite a sus vertientes monetarias y no a las institucionales o políticas. Puede decirse, sin temor a equivocarse, que las disposiciones comunitarias en materia de consumo auspiciaron el ordenamiento de cada integrante y sirvieron de catalizador para su despegue (42).

En correspondencia con el régimen de libre mercado, justo es reconocer algunas servidumbres, que facilitan el desarrollo de nuevas formas de contratación masificada en los actuales parámetros de las sociedades modernas. Las ventajas de una economía más abierta no salen del todo gratis: registran ciertos inconvenientes que hay que asumir. El acceso a bienes de calidad elevada y a un precio asequible implica la renuncia de algunas garantías jurídicas accesorias. El punto intermedio que se busca marcará el equilibrio entre ambos polos. A mejores coberturas jurídicas mayor encarecimiento para el consumidor. Conviene preguntarse qué se prefiere y cuál sería la opción

(42) La implantación de las exigencias del Derecho de consumo no es tan uniforme como el tipo de régimen económico que lo engloba, pues guarda íntima relación con la concreta prosperidad de las sociedades en que se registre. Resulta evidente que las medidas protectoras encarecen el producto, que se ve sometido a un conjunto de garantías fortalecedoras de la posición del consumidor, mas a cambio de un gravamen que repercute, a la larga, en el precio final del bien o servicio. En las *economías avanzadas* adquiere todo su sentido el esfuerzo, que sería contraproducente para otras, en las que amplias capas de población permanecen sumidas en relativa pobreza o aún están en vías de progreso, cuyo desarrollo sostenible se puede obstaculizar con políticas ingenuas e irreales. Imponer en esta coyuntura sociológica como fin absoluto la salvaguarda del consumidor, a costa del encarecimiento de los bienes básicos, constituye un error mayúsculo. Por eso hay que buscar el *medio virtus*. Esta idea está presente de manera expresa en algunas leyes latinoamericanas del ramo. Considero que, lejos de ser una pérdida, resulta un principio pragmático de gran interés, dirigido a una población de recursos *per capita* escasos. El Derecho rinde su servicio a la sociedad y aun cuando el sistema económico sea parejo en distintos países, las oportunidades para su desenvolvimiento difieren. Califico su observancia de verdadero acierto y excelente prueba de la moderación que debe presidir la tarea legislativa [cfr. DURÁN RIVACOPA, R., «La nueva Ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en CORRAL TALCIANI, H. (editor), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago de Chile, 1999, pág. 75 y sigs.].

más deseable, pero sin renuncia de maximalismos maniqueístas deviene imposible proponer un escenario de armonía conjunta.

En este sentido, existen muy válidos intentos sistematizadores de la positiva influencia que despliegan las condiciones generales sobre la contratación actual. Así, se afirma su servicio al mercado —fortalecen su carácter anónimo, uniforme y raudo—, a la vez que aseguran la igualdad en los usuarios y la reducción de costes, con procedimientos seguros y diáfanos. Abaratan el bien o servicio de que versan, facilitan sus procesos productivos y de puesta en circulación, racionalizan la estructura organizativa de las grandes empresas suministradoras, prevén y eluden gastos superfluos, proporcionan certezas en los productos y garantías en su consumo, etc. En contrapartida, son proclives al abuso de la posición dominante, también en la esfera jurídica, constituyendo un peligroso nido de cláusulas abusivas, pues minusvaloran al contratante débil, que se ve abocado a soportar una oferta rígida y cerrada. En fin, dibujan un panorama, como tantos otros, ambivalente, bueno y malo a la vez (43). En la tesitura económica presente devienen inevitables y benefician a la mayoría, si bien reclaman una política normativa de ajuste a los principios de transparencia, incorporación y conocimiento, para evitar el más que hipotético abuso. Es decir, emergen como un interesante modelo de pruebas para el ejercicio de la pericia por el legislador.

b) *Alcance subsidiario en el conjunto del convenio*

Frente a esta visión, por decirlo de algún modo, *macroeconómica* —de los grandes números, a escala global—, se impone la perspectiva *microeconómica* —del concreto individuo—, que se ajusta mucho mejor al análisis propio del Derecho Privado. Una de las características más sobresalientes de las condiciones generales estriba en su imposición por una parte del contrato a la otra, complementando el acuerdo básico entablado por los concertantes. Como sostiene BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Rodrigo), mientras no exista voluntad conjunta, tampoco atañe a los elementos esenciales del pacto. Su eficacia integradora les aleja del *núcleo duro* del convenio y sólo son capaces de reproducir elementos accidentales del negocio. Con ello quiere decirse que su esencia permanece al margen (44).

(43) Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 33 y sigs.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 27 y sigs.; ORDUÑA MORENO, F. J., *op. y loc. cit.*, pág. 22 y sigs.; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La predisposición...*, pág. 668.

GARCÍA AMIGO recoge una interesante metáfora, según la cual las condiciones generales se asemejan a las bebidas alcohólicas: *per se* no son malas, aunque todo dependa de su moderado uso (cfr. *op. cit.*, pág. 34 y sigs.).

(44) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 138; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las

Según el artículo 1.261 del Código Civil —que incluye la «disposición general», dentro del Capítulo II: «De los requisitos esenciales para la validez de los contratos»—, «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca». En otras palabras, «el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato» (art. 1.262 CC). Habida cuenta que la causa de los contratos es objetiva en Derecho español (cfr. art. 1.274 CC) y que la voluntad por hipótesis va de suyo para convenir, queda el objeto fuera de las condiciones generales. Con todo, el precio ha suscitado algún debate recientemente. Aun cuando la mayoría de los autores lo excluye de su contenido en clausulados impuestos —máxime si «el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de una de las partes» (art. 1.449 CC)—, creen otros que su marginación comporta grave perjuicio para los adherentes a partir de condiciones generales que contemplan su *redondeo*.

A juicio de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, ello se debe a que la Ley española de condiciones generales incurrió en el fallo de «la no transposición expresa de la importantísima previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva CEE 1993/13 sobre cláusulas abusivas, relativa al control de las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, según la cual «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esta previsión había sido recogida en el Proyecto de 1997 —concretamente en un párrafo quinto del art. 10 bis de la LGDCU— pero fue torpemente suprimida del texto definitivo de la Ley en su tramitación parlamentaria» (45). Me parece su crítica discutible, ya que mezcla los dife-

cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I, Madrid, 1994, pág. 658; EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 473; PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 227 y sigs.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores», en AA.VV., *Curso de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, pág. 392; y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *El ámbito...*, pág. 8. En un tono de duda sobre la cuestión, cfr. ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32, pág. 2849.

(45) «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *Aranzadi Civil*, núm. 17/2003, pág. 1 y sigs.

rentes mecanismos de control sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. Si por esencia perteneciese a esta última categoría, ineludiblemente puede fiscalizarse, pero sólo en el ámbito de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios a que alude. Además, no es lo mismo que se incorporen algunos accesorios del precio en las condiciones generales —como su redondeo, intereses, etc.—, a que se fije por completo en ellas. Esto en la práctica deviene imposible de raíz, pues equivale al desconocimiento por el adquirente de circunstancias básicas del contrato, las únicas que realmente acepta sin reserva de ninguna suerte. Pretender que una cláusula sobre redondeo sea condición general determinativa del precio es muy atrevido, por no decir temerario. A ello apunta el artículo 1.273 del Código Civil: *«el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes»*.

En síntesis, las condiciones generales *puras o simples* de la contratación —desprovistas de cualquier atisbo de abuso material— por hipótesis limitan su influjo a elementos complementarios del negocio y tienen carácter accesorio. Agotan su despliegue cuando facilitan la rapidez del tráfico, aseguran su eficacia y abaratan en su conjunto los procesos que ligan a las partes. Por todo ello, y en la medida en que cumplan los requisitos básicos de su incorporación, forman parte del contrato. Sin embargo, los asertos introducidos en los artículos 9 y 10 LCGC sobre las repercusiones de la ineficacia del convenio sujeto a cláusulas generales ilícitas y los mecanismos integradores de su contenido cuando la invalidez sea parcial, siembran las incertidumbres en este punto, según veremos de inmediato.

III. RÉGIMEN JURÍDICO

Una vez discutida la noción y el alcance real de las condiciones generales, procede abrir el capítulo concerniente a su estatuto y disciplina práctica. El primero de los problemas planteados trata de los protagonistas pasivos en estos nuevos modelos de contratación.

1. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA JURÍDICA. LA LEY 44/2006, DE MEJORA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

La trasposición realizada en Derecho español de las Directivas europeas sobre condiciones generales amplía el sistema recibido de sus fuentes comunitarias y nacionales. En concreto, instaura en términos abstractos la protección del adherente y por completo al margen de su rol económico.

Sin embargo, la propia Ley del ramo (cfr. Disposición Adicional primera, dos LCGC) asumió también la reforma del artículo 10 LGDCU. Esta larga norma, hoy sustituida por los artículos 80 y 81 que componen el Capítulo I («*Cláusulas no negociadas individualmente*»), del Título II («*Condiciones generales y cláusulas abusivas*»), del Libro II («*Contratos y garantías*») del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios dispensa la protección de los consumidores frente a los clausulados habituales (46). El hecho constituye un típico ejemplo de las reiteraciones perniciosas e inútiles que plagan ambas leyes, aun cuando una sea específica del asunto que nos convoca. El proceso resulta estéril —porque la materia ya tiene su estatuto singular, como reconoce incluso la regla: «*si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta*» (art. 10.3 LGDCU), hoy eliminada felizmente por el Texto Refundido— y confuso, en la medida que mezcla las distintas categorías: «*las estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente*» (art. 82.1 TRLGDCU).

Por ilustrarlo mejor, el artículo 80.1.a) TRLGDCU se corresponde con el artículo 5.5 LCGC, y, *contrario sensu*, con el artículo 7.b) LCGC. El primero exige «*concreción, claridad y sencillez en la redacción*» para «*las cláusulas no negociadas individualmente*», el segundo reclama «*criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*» en las condiciones generales de la contratación, y, el último, excluye la incorporación de «*las “condiciones generales” que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles*». En síntesis conjunta, la *concreción* excluye a las *ambiguas*, la *claridad* expulsa las *oscuras*, y la *sencillez en la redacción* repudia las *ilegibles e incomprensibles*. ¿Cabe imaginar cosa distinta? Despliega un incomprensible paralelismo ya inserto a la remisión recogida por ambas Leyes. También las obligaciones relativas a la entrega de «*recibo justificante, copia o documento acreditativo con las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación*» del artículo 63.1 TRLGDCU ya se hallan satisfechas con las previsiones del artículo 5 LCGC, en especial de su primer número, segundo inciso, que reza: «*no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas*». Asimismo, el artículo 81.2 y 84 TRLGDCU obedecen al artículo 23 LCGC, a cuyo tenor: «*1. Los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles advertirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.*

(46) Versión antes modificada en el artículo 1, tres LMPCU.

2. Los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley. Igualmente advertirán de la obligatoriedad de la inscripción de las condiciones generales en los casos legalmente establecidos. 3. En todo caso, el Notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan esta naturaleza y que figuren previamente inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes. 4. Los Corredores de Comercio, en el ámbito de sus competencias, conforme a los artículos 93 y 95 del Código de Comercio, informarán sobre la aplicación de esta Ley» (47).

Sin embargo, no todo paralelismo resultó en día satisfactorio. Así ocurre con la interpretación *pro consumitore* del artículo 10.2 LGDCU, repetida en el artículo 6.2 LCGC en cuanto al adherente. Sus textos, a partir de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación —cuya Disposición Adicional primera, dos, también modifica el primero—, recibió el reproche de la sentencia de 9 de septiembre de 2004, en el Asunto C-70/2003, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: pues «*el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, el Tribunal de Justicia entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la citada Directiva*». Esta cita de la Exposición de Motivos de la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, EM LMPCU) es bien significativa de la reforma que hubo de introducirse al respecto, tanto en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. En efecto, según la citada sentencia, «la distinción que establece el artículo 5

(47) Causa sorpresa el escaso realismo en este punto del legislador, que parece olvidar que ya no es neutro el notariado latino en la coyuntura de competencia en que se desenvuelve. A menudo los fedatarios públicos adquieren protagonismo activo en las cláusulas predisuestas por un tercero, cuando no encuentran dificultades para oponerse a las condiciones generales auspiciadas por las grandes compañías a quienes prestan sus servicios profesionales, superando hasta la paradoja la cautela establecida. El documento autorizado puede contener condiciones generales *puras* —incluso inscritas en el Registro especial—, y su advertencia oportuna no implica su falta de incorporación, mientras cumplan con las prescripciones del artículo 5 LCGC. Es una prevención que da noticia del hecho como medida preparatoria, en su caso, de futuras acciones, muy distinta de la que opera respecto de las abusivas, cuyo mero indicio permite al Notario y al Registrador denegar su constancia en la escritura o en el asiento [este inciso, ya repetido, se reproduce de nuevo por el epígrafe —«*Información y protección al consumidor*»— que antecede al artículo 258 de la Ley Hipotecaria, cuyo segundo número reza: «*el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*» (cfr. Disp. Adic. segunda, cuatro LCGC)].

de la Directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores» (STJCE de 9 de septiembre de 2004). «A la vista de esta argumentación, resulta necesaria la modificación de los artículos 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, para matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor de las cláusulas oscuras sólo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales, pero no las colectivas» (EM LMPCU). En sus actuales términos, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que «cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor» (art. 80.2 TRLGDCU).

Al margen de los concretos motivos de legalidad y técnicos que promueven cambios en orden a la mejor defensa de los destinatarios las condiciones generales de la contratación, insistir en el esquema bifronte que separa éstas de las cláusulas abusivas —con arreglo a su inobservancia del «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes» [art. 80.1.c) TRLGDCU]— produce algunos episodios de clara falta de sintonía. El principal acaso sea el de los distintos protagonistas de la defensa jurídica que se apareja en sendas hipótesis. Mientras aquéllas, con arreglo a su estatuto, se tratan en beneficio del adherente, sea o no consumidor —si bien éstos por inercia conservan algunos preceptos especiales en el art. 10 LGDCU ahora modificado—, las abusivas, aun cuando casi siempre serán también generales, encuentran salvaguarda exclusiva respecto de los consumidores (48).

(48) Sin embargo, la Ley rituaría introduce una Disposición Adicional cuarta en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación: «las referencias contenidas en la Ley

Cualquier otro escenario debe remitirse a los cauces comunes previstos en el ordenamiento. En efecto, según la Exposición de Motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, «esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual». Repárese en que ahora se mezcla el abuso con la condición general, pero a la inversa de cuanto hasta el momento sucedía. «Es decir, nada impide que también 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, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales recogidas en la Ley» (49). Por tanto, las relaciones entabladas entre profesionales quedan fuera del control específico de las cláusulas abusivas, que, a diferencia del régimen propio de las condiciones generales, sólo se contemplan respecto de consumidores y usuarios, quedando, en otro supuesto, bajo el régimen común de nulidad de los contratos establecido en el Código Civil. Este sistema respalda la doctrina de la STJCE de 14 de marzo de 1991, a cuyo tenor quienes habitualmente se manejan en el marco de las actividades de referencia, y en su propio interés, están protegidos de suyo por el conocimiento previo del entorno, en el que de otra parte rigen las cautelas ordinarias establecidas por el Derecho de cada país.

Ahora bien, según la pura lógica, no es de recibo que las cláusulas abusivas merezcan respuesta jurídica más limitada en los sujetos que la prevenida para las condiciones generales. Que sólo se ampare —y por los inespecíficos cauces abiertos en la legislación común—, a «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o pro-

de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación».

(49) En el orden lingüístico, el párrafo no destaca por su brillantez. La falta de correspondencia entre *operan* y *lista* —debería decir *opera*— se debe a modificaciones del Proyecto de Ley en este punto, sin acomodar los números en el definitivo texto, que incluso adolece de serias carencias de redacción (reiterativo, confuso y poco cuidado: las condiciones *generales* se ven sometidas a las reglas *generales*; «condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe»; «sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan»).

Debe recordarse que la Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, reformó la lista en algunos de sus extremos, ahora renovada en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en sus artículos 85 a 91.

fesional» (art. 3, *in fine*, TRLGDCU) (50) y cuando no pacten *ad casum* (51), supone una cascada de restricciones obstruccionistas que conducen a la inoperancia. Por el contrario, las condiciones generales se controlan —a través de garantías que van de los requisitos de incorporación a la exégesis más favorable— en pro de todo adherente sometido a la influencia de los empresarios. Parecería más razonable optimizar el escudo anti cláusulas abusivas, tanto desde un punto de vista subjetivo como de instrumentos procesales ágiles y al alcance de cualquiera, pues representan un atentado más grosero contra la justicia. No obstante, la legitimación específica contemplada en el artículo 16 LCGC para el ejercicio de las «acciones de cesación, retractación y declarativa», características del combate frente a los aspectos más negativos de las condiciones generales, favorece su equivalencia en el orden preventivo con las cláusulas abusivas. Habida cuenta que se circunscribe la capacidad para emprender las acciones específicas a entidades corporativas y mediáticas, junto con el Ministerio Fiscal, a la postre, sólo sus miembros unidos a otros asociados podrán impulsar semejante propósito, y los límites de su ejercicio se reducen inopinadamente, *análogo modo* a cuanto sucede para las cláusulas abusivas.

Por último, se ha discutido acerca de qué sucede con los acuerdos suscritos entre consumidores. En principio, quedan fuera de la Ley de condiciones generales, porque, según su artículo 2, el predisponente ha de ser a la fuerza profesional o empresario, cuyo *status* le permite la imposición de un clausulado. No corre mejor suerte la salvaguarda de cláusulas abusivas en esta hipótesis, pues no se concibe la existencia de consumidores o usuarios fuera de su encuentro con productores de bienes u oferentes de servicios. Su noción es por esencia relacional y pierde sentido lejos de dichas coordenadas jurídico-económicas. Se comprende ahora con más exactitud el esfuerzo inútil que a menudo suponen los cambios de persona por consumidor. Propiamente, nunca cierran acuerdos entre sí los consumidores. En el horizonte de la igualdad sólo existen ciudadanos.

(50) Este «Concepto general de consumidor y de usuario» es una de las novedades más poderosas que introduce dicho Texto Refundido, que amplía la noción antigua de destinatario final del producto o servicio de que se trata, excluidos intermediarios (cfr. arts. 1.2 y 3 LGDCU). Sin embargo, exceptúa las materias relativas a la «Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos» y «Viajes combinados» (Libros III y IV TRLGDCU, respectivamente).

(51) PAGADOR LÓPEZ alega, contra lo que define *prejuicio consumerista*, que si el fenómeno resulta globalizador, en buena praxis, también universalizada debería ser la tutela (cfr. *Condiciones generales...*, pág. 95 y sigs.), aunque más tarde (cfr. *ibidem*, pág. 145 y sigs.) se muestre, a mi juicio, en exceso cauto y conciliador con la fórmula legal.

2. REQUISITOS DE INCORPORACIÓN AL CONTRATO: CONOCIMIENTO POR EL ADHERENTE MEDIO

Las diferencias mantenidas entre condiciones generales y cláusulas abusivas en el terreno sustantivo y procesal —noción, cauces y destinatarios de su tutela—, se consagran, como no podía ocurrir de otra manera, por su vocación y expectativas de pertenecer al contrato, donde protagonizan muy distinto relieve. Luego, *a contrario*, el tratamiento jurídico de su falta de incorporación o ineficacia es muy paralelo.

En cuanto a las condiciones generales, que me ocupan, el régimen sancionador se describe con amplios rasgos en el Capítulo II de su Ley, bajo la rúbrica de «*No incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales*» (52). El artículo 7 LCGC, que lo inaugura, viene dedicado a la «*no incorporación*» (53). Su primer inciso elimina del contrato las condiciones generales a las que no hubiese podido tener acceso real el adherente, o que no hayan sido rubricadas por él cuando fuera imprescindible dicho elemento conforme al artículo 5 LCGC. Ello implica que, cuando existan dudas acerca de su aceptación verdadera, queden *ab initio* excluidas, como sucedió en la STS de 13 de marzo de 1999: «“en” aquel texto no firmado, no aparece el consentimiento de la parte adherente respecto a las condiciones generales ni, por tanto, a la cláusula de sumisión, que ha de reputarse inexistente en el contrato».

El citado artículo 5 LCGC desarrolla la otra vertiente del problema bajo el rótulo de «*requisitos de incorporación*» (54), el principal de los cuales

(52) El mismo título ya ofrece algunas dificultades, pues mantiene dos efectos, a mi juicio coincidentes, y cuya distinción estimo perturbadora, como la práctica revela en múltiples ocasiones. Pretende GÓMEZ GÁLLIGO sugerir la diferencia sobre la base de que la *no incorporación* sitúa las condiciones fuera del contrato, mientras la *nulidad* excluye sólo su eficacia (cfr. *op. y loc. cit.*, pág. 1597). Sinceramente, me cuesta entender tanta sutileza y su base ontológica. Creo que acierta más CLAVERÍA GOSÁLBEZ cuando habla de «no inclusión por ineficacia» («La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español», en AAVV., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, pág. 1190).

(53) Cfr., al respecto, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 7 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 235 y sigs.; PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 9 LCGC», en *ibidem*, pág. 235 y sigs.; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a los artículos 7 a 10 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pág. 71 y sigs.; y PERDICES HUETOS, A. B., «Comentario al artículo 10 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 519 y sigs.

(54) Quizá hubiera sido mejor tratar de manera consecutiva en la propia Ley de condiciones generales los requisitos de la incorporación (cfr. art. 5 LCGC) y la consecuencia jurídica de incumplirlos (cfr. art. 7 LCGC), lo que facilitaría su lectura e inteligencia. Es evidente que un comentario conjunto, como el realizado por algunos autores, da relieve a la idea: cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5 LCGC» y

constituye la firma por el adherente de las condiciones que se añaden al contrato. El texto parece imaginarse las cláusulas incluidas en un anexo separado y suscrito por quien las asume; pero ello contrasta con otras afirmaciones del mismo precepto: «no podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar» (art. 5.1, pfo. 2, LCGC). Aquí desaparece la necesidad de la rúbrica, conformándose con que ofrezca su contenido el interesado. Esta progresiva relajación se acentúa en las sucesivas pautas que se contemplan para cuando el acuerdo no deba formalizarse por escrito. Entonces basta que las condiciones se anuncien «en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración» (art. 5.2, *in fine*, LCGC) (55). Tal directriz, llamémosle de *noticia efectiva*, consigue la preferencia en la materia, frente a lo declarado en el primer ordinal, y gana todavía más terreno, como es lógico, «en los casos de contratación telefónica o electrónica» (art. 5.3 LCGC). Dichas modalidades, cada día más comunes y extendidas, tampoco precisan de la firma ni del ejemplar suministrado, sino de canales alternativos de información. Habida cuenta de su fiabilidad, haría bien el predisponente surtiéndose de un medio de prueba que le resulte útil en el futuro. Los mecanismos informáticos que vinculan conocimiento y aceptación de condiciones generales con las secuencias o pasos sucesivos en la contratación por vía electrónica facilitan en la práctica este resultado.

Estas fórmulas alternativas ponen en evidencia un problema de cierta envergadura y, a mi juicio, descuidado en sus auténticos perfiles. Me refiero a discernir si la Ley exige como carga del adherente un efectivo conocimiento de las condiciones generales que contrae. Bien parece que nuestro Derecho contiene un deber por parte del empresario de no hurtar su contenido al adherente, pero incurriríamos en un error manifiesto si omitiésemos la pregunta complementaria: ¿se halla éste concernido por la obligación paralela de su estudio?

«Comentario al artículo 7 LCGC», ambos en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 139 y sigs., y 235 y sigs., respectivamente; y DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 264 y sigs. Véase, asimismo, FELJÚ REY, M. I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios...*, pág. 54 y sigs.

(55) Acaso resultaría de agradecer una mayor pulcritud en la redacción, para evitar reiteraciones, que son abundantes a lo largo del texto, como «lugar visible dentro del lugar».

En principio, el posible conocimiento por el adherente de las condiciones generales que asume constituye una de las piedras angulares del sistema (56), pero una cosa es facilitarlo y otra exigirlo. A lo primero responden las previsiones acerca de su entrega o señalización indubitada (cfr. art. 5 LCGC) y los insoslayables requisitos de concreción, claridad y sencillez (cfr. art. 80.1 TRLGDCU). Algunos añaden a ello el conocimiento efectivo (57), pues la firma es sustituible, pero no su accesibilidad intelectual. Ello no deja de constituir un *desideratum* difícil de mantener salvo en la esfera de la utopía (58). Si hacemos un sincero ejercicio de reflexión sobre nuestra experiencia personal, concluiremos que, *de facto*, no resulta ni tan siquiera corriente su lectura completa, y menos todavía su adecuada comprensión. La muestra empírica, que me permito compartir ahora por si fuera útil, señala que, lejos de planteamientos teóricos, no existe verdadera obligación jurídica de conocer casuísticamente las condiciones generales por el afectado (59). Hasta el análisis económico del Derecho apunta en esta línea diáfana (60), entre otras cosas por las dificultades prácticas de comprender su contenido, muchas veces repleto de términos técnicos que desaniman al más voluntarioso de los adherentes. No se trata de lograr su conocimiento efectivo, sino de hacer factible su lectura y comprensión, al margen de que dicha potencia devenga en acto. El suscriptor consigue dispensa de la lectura porque no le perjudica. Conviene advertir que dicha laxitud se funda en que puede confiar en la conservación de sus derechos. El ordenamiento le precaverá siempre de las sorpresas que pudieran encubrir las cláusulas generales cuando se incorporan al contrato. A ciencia cierta cabe suponer que se impedirán repercusiones opuestas a la naturaleza de las relaciones contraídas.

Reconociendo el indudable aporte de su realismo, creo que debe matizarse algo esta idea. Concebida en sus extremos, permite unir en las condiciones generales su talante de imposición con la inadvertencia sobre su contenido. Con estos mimbres —ausencia de conocimiento y voluntad— el Derecho no aprecia vínculo *ex contractu*, pues faltan los pilares básicos de la conducta

(56) Según ALFARO ÁGUILA-REAL, la Ley asegura sólo la cognoscibilidad (cfr. *Las condiciones...*, pág. 192), mas el hecho de que decrete la no incorporación en otro caso supone para el profesional una verdadera carga (cfr. *ibidem*, pág. 202).

(57) Cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 313, quien lo concibe como medida que garantiza la contractualidad y la certeza sobre la libre decisión del actor (*ibidem*, pág. 361 y sigs.). Por el contrario, ALFARO ÁGUILA-REAL considera que no asegura el contrato, sino la consciencia del adherente (cfr. *Las condiciones...*, pág. 189).

(58) Cfr. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *op. y loc. cit.*, pág. 38.

(59) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *Reflexiones sobre...*, pág. 4943 y sigs.

(60) Esta materia se manifiesta proclive a esta óptica metodológica incluso en clave capitalista, ya sea en su apoyo, ya en su censura (cfr. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición...», *loc. cit.*). La opinión de DE CASTRO Y BRAVO merece destacarse por su decidida crítica del pretendido «derecho autónomo de la economía» (cfr. *op. cit.*, págs. 21 y sigs.).

humana. Como sostiene la STS de 20 de marzo de 2003, «la Ley ha querido distinguir entre cláusulas lesivas y limitativas, pues la diferencia tiene trascendencia en cuanto que estas últimas son válidas, aun cuando no sean favorables para el asegurado, cuando éste presta su consentimiento, de modo especial, al hacer una declaración de su conocimiento, mientras que las cláusulas lesivas son inválidas siempre, es decir, el concepto de condición lesiva, ha de entenderse por lo tanto, que es más estricto que el de cláusula limitativa, ya que hay cláusulas limitativas válidas». Luego precisamente la diferencia entre cláusulas abusivas y condiciones generales en el entorno de los seguros sería entonces que, mientras aquéllas pueden comprenderse mas no admitirse —se oponen a la buena fe o al equilibrio de prestaciones y operan en contra de los derechos de los usuarios—, éstas se incorporan por ser inteligibles (61).

En honor a la verdad, si bien las normas sectoriales no designan en la materia deber alguno del adherente, siembran en su conjunto una indudable carga cognoscitiva sobre las condiciones impuestas. La jurisprudencia reafirma que «el espíritu que inspira dicho precepto [art. 3 de la Ley del Contrato de Seguro] no es otro que el de asegurar el conocimiento de las condiciones generales por parte del asegurado. A tal finalidad responde la exigencia de que determinadas cláusulas se destaquen de modo especial y sean específicamente aceptadas por escrito. Cuando estos requisitos se cumplan, se presume que existe un conocimiento perfecto de dichas cláusulas. Pero la seguridad de dicho conocimiento, más allá de la observancia de las formalidades dichas, puede obtenerse a través de otras pruebas concluyentes» (STS de 13 de julio de 2002). Obsérvese que se habla de presunción de conocimiento, *iuris et de iure* gracias al escrupuloso respeto de los formalismos legales, sin perjuicio de distintos y complementarios canales de información. Puede afirmarse que, aunque falten negociaciones individualizadas, al menos la consciencia sobre lo asumido está garantizada: «las modernas leyes de protección al consumi-

(61) En idéntica materia de seguros y doctrina que infiere de la naturaleza contractual de las condiciones generales su efectivo conocimiento, redundan la STS de 27 de noviembre de 2003: «no resulta lógico, dentro de un comportamiento medianamente previsor, que al abonar una prima de más de trece millones y medio de pesetas, no se lea el asegurado —importante sociedad, sin duda con experta asesoría jurídica—, al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza», máxime cuando «la póliza expresaba que las condiciones generales se incorporaban a ella mediante un folleto adjunto, extremo este que no es sino uno más de los que el asegurado da por bueno al estampar su firma al final de aquélla». Idéntico hecho es incluso elevado a la categoría de acto propio en la STS de 18 de diciembre de 1998: «el propio demandante, aquí recurrente, fue el que aportó al proceso, con su escrito de demanda, dichas condiciones generales, como parte integrante de la Póliza de Seguro, con base en la cual accionaba, lo que ha de entenderse en el sentido de que conocía plenamente el contenido». Cfr. asimismo, las SSTs de 23 de julio de 1996, 20 de febrero de 1995, y 7 de febrero de 1992.

dor y de condiciones generales intentan proteger a los consumidores y usuarios mediante una ampliación de la información sobre las condiciones generales, a las que se van a adherir» (STS de 27 de noviembre de 2003).

Cuestión suplementaria, una vez establecida la posibilidad de conocimiento, es discutir la pauta de comprensión. En este punto, se abre paso una nueva tendencia, que adopta criterios estándar para saber con certeza qué se acepta. Cuando el ordenamiento establece como requisitos de incorporación de las condiciones generales que resulten concretas (62), claras y sencillas, introduce un conjunto de características en blanco que deben apreciarse *ad casum*. La metodología óptima para dicho empeño es imaginarse un adherente-tipo en las circunstancias que definen su campo de operaciones. Así, un profesional tendrá mayores exigencias que otro individuo. En esta línea, la STS de 27 de noviembre de 2003 reprocha que «no se lea el asegurado —importante sociedad, sin duda con experta asesoría jurídica—, al menos las cláusulas limitativas del condicionado general que refleja la propia póliza».

Esta fórmula de normalidad de conducta, entendida como un modelo ajustable a cada coyuntura, se abre paso paulatinamente dentro del Derecho del consumo y gana reconocimiento legal. La Directiva 2005/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, concerniente a *prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior*, respalda dicho canon con verdadero acierto y precisión. En su contenido, justifica la medida por la jurisprudencia comunitaria que «*ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica de consumidor típico*». En síntesis, «*toma en consideración el consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos*». Luego, «*la referencia al consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto*».

A la luz de tan atinada doctrina, sobran otros comentarios acerca de la significación de actor-estándar en la faceta del tráfico que se considere, pero estimo de interés realizar un desarrollo mínimo de algunas decisiones judiciales que aduce la citada Directiva. La STJCE de 16 de julio de 1998 recoge

(62) Deseo salvar la *contradictio in terminis* en que se incurre. Constituye un imposible metafísico que algo sea *general* y *concreto* a la vez, pero se refieren ambos atributos a realidades distintas, la primera de aplicación y figurada, mientras la segunda es de contenido y estricta.

con cierta extensión precedentes (63) y «de las referidas sentencias se deduce que, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas podían o no inducir a error al comprador, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión». El modo de proceder normalizado del consumidor —en nuestra hipótesis, más amplia, del adherente— que se impulsa en esta jurisprudencia no depende sólo de una fría estadística, pero tampoco pueden desdeñarse los sondeos si fuera oportuno en la concreta categoría de que se trata. Ello, junto al planteamiento abstracto de madurez, información y perspicacia con que presumiblemente operan los individuos en sus convenios sometidos a condiciones generales, arroja resultados satisfactorios en términos jurídicos. La STJCE de 16 de julio de 1998 emprende una combinatoria muy acertada: «el Juez nacional debe tomar como referencia la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Sin embargo, el Derecho comunitario no se opone a que, si el Juez nacional tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión» (64).

La directriz sobre los modelos ideales de conducta encuentra también respaldo en la jurisprudencia española. Las SSTS de 20 de febrero de 1998 y 5 de julio de 1997 reafirman este criterio: «se imponen una serie de requisitos a las condiciones generales: concreción, claridad y sencillez en la redac-

(63) Véanse, en especial, las SSTJCE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88); de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89); de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91); de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92); de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93); y de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93). Entre los casos que no incluye y merecen añadirse constan las SSTJCE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90); de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82); y 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94).

(64) Se trataba de «determinar si una mención concebida para fomentar las ventas de huevos puede inducir a error al comprador, infringiendo la letra e) del apartado 2 del artículo 10 del Reglamento (CEE), núm. 1907/90 del Consejo, de 26 de junio de 1990, relativo a determinadas normas de comercialización de los huevos». *Análogo modo*, la STJCE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90), a propósito de la Directiva 84/450, sostuvo «que incumbía al órgano jurisdiccional nacional verificar, a la vista de las circunstancias del caso de autos, si, teniendo en cuenta los consumidores a los que iba dirigida, una publicidad que presentaba los vehículos como nuevos pese a que habían sido matriculados para la importación, sin haber circulado jamás en carretera, podía ser engañosa en la medida en que tuviera por objetivo ocultar la circunstancia de que los vehículos anunciados como nuevos habían sido matriculados antes de la importación y, por otra parte, en la medida en que esta circunstancia habría podido hacer desistir a un número significativo de consumidores de su decisión de compra».

ción, con posibilidad de comprensión directa... lo que significa, entre otras cosas, que el texto sea legible y comprensible, es decir, que no esté en letra tan pequeña que sea difícil darse cuenta y que se entienda por persona de tipo medio». La comprensibilidad, por tanto, se objetiva en la pauta del consumidor teórico, pero en la esfera del mercado que se considere (65). Los elementos de la intelección permanecen al servicio del fin de transparencia que se busca; y así, «estos requisitos no se dan en el presente caso, en que la letra es tan diminuta y el texto tan breve, que la compradora difícilmente puede leerlo y comprenderlo» (66).

La faceta subjetiva del conocimiento de las condiciones generales y su aceptación necesita implementarse con los componentes objetivos que las habilitan de suyo para regir el contrato. Aquí radica una de las más señaladas circunstancias que afectan al fenómeno. Resulta notorio que si las cláusulas-tipo no se comprenden por el adherente, tampoco quedan incorporadas al pacto. Nadie se vincula por lo que no capta, salvo en Derecho imperativo, único campo en el que la ignorancia no excusa (cfr. art. 6.1 CC). Estimo criticable que se mezclen sendos ámbitos en los requisitos de incorporación: uno, el subjetivo, que procede de la firma y conocimiento por el adherente; y, otro, que guarda cautelas acerca de su redacción objetiva. El resultado es la confusión de los ordinales del artículo 5 LCGC, por el error de no incluir cada uno en sede autónoma. El último número del precepto trata de los mínimos formales exigibles a dichas estipulaciones: «*la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez*» (art. 5.5 LCGC). El contenido parece tomado, incluso al pie de la letra, del artículo 80.1.a) TRLGDCU, que añade todavía más

(65) La doctrina se muestra conforme con el estándar de conocimiento y comprensión media, ya sea del individuo (cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 410), como del sector (cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 233).

(66) A veces, el óbice no es meramente tipográfico: la STS de 9 de julio de 1999 contempla «una condición general (...) cláusula de sumisión expresa, pactada entre las partes», que «pese a aparecer redactada con el mismo tipo de letra que el resto del clausulado y recoger las firmas de los comparecientes en el mismo anverso, aparece redactada en términos confusos, ya que especifica la competencia de los “Juzgados y Tribunales de Madrid y San Sebastián”, sin precisión de a qué parte corresponde la decisión de elegir una u otra ciudad para las cuestiones relativas a la “interpretación, cumplimiento o incumplimiento” del contrato». En una forma más superficial, e incluso anecdótica, se ilustra la idea en la STS de 28 de noviembre de 1997: «el contrato, impreso por ambas caras y relleno con los datos concretos en el anverso donde van las firmas de las partes, incluye en el reverso una cláusula impresa de sumisión expresa a los Tribunales de Barcelona; el reverso no viene firmado por las partes; en el anverso, donde sí han firmado, se hace constar que *se aceptan las condiciones específicas en este contrato y de acuerdo con las cláusulas estipuladas al dorso* (el reverso)». Este último pleito trata de una franquicia —«Home English»— con alto nivel de litigiosidad, como demuestra la STS de 3 de julio de 1998, que reitera el criterio contra el informe del Ministerio Fiscal —de obligada emisión en cuestiones de competencia—, quien «entiende que al suscribir el alumno la solicitud de referencia aceptó todas y cada una de las cláusulas obrantes al reverso del texto».

explicaciones «con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual» (67). Ambos textos resultan complementarios y aplicables conjuntamente a la disciplina de las cláusulas en serie. Sería oportuno advertir que la regla, tal y como está redactada, constituye una disposición abierta y peligrosa para la seguridad jurídica —máxime tratándose de condiciones habituales en el sector económico que se considere—, por el enorme grado de arbitrio que admite. Insisto en que los criterios de juicio sobre su idoneidad objetiva han de observarse sobre todo desde la perspectiva de los modelos abstractos de conducta. Luego dicha faceta no puede subjetivarse de manera impropia según los protagonistas concretos del asunto.

En justa correspondencia, quedan excluidas las condiciones generales cuando incumplan las notas características que autorizan su incorporación al contrato. Así, se marginan las «que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles» [art. 7.b), *in initio*, LCGC]. Ahora bien, «salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato» [art. 7.b), *in fine*, LCGC]. Es decir, que si existen garantías legales de transparencia y las condiciones son aceptadas documentalmente, operan en el contrato. Sin embargo, persiste la duda sobre a qué se refiere la Ley por «estas últimas». Al margen de los debates estilísticos, las insuficiencias de la redacción traen consigo alternativas muy diferentes, con repercusiones graves. Cabría sostener, contra la primera interpretación literal que pudiera inferirse, que la dispensa no sólo se refiere a las condiciones generales «incomprensibles», sino al conjunto de las censuradas por razones objetivas (también las «ilegibles, ambiguas y oscuras»). Sería lo más normal en términos de lógica, pero no parece adecuarse a la más segura de las exégesis para el adherente, que apunta mejor a cuanto *de visu* se alcanza. El inciso preserva las condiciones generales cuya *transparencia* esté definida por norma específica que pueda regir en una determinada esfera del tráfico jurídico-económico. Mas resulta un completo desatino que fueran las cláusulas *ilegibles, ambiguas* y *oscuras* salvadas por disposiciones legales de alcance sectorial, que, por el contrario, sí acaso contengan garantías sobre la *transparencia* media de las estipulaciones estándar. Una última precisión conviene hacer sobre su trayectoria, que ayude a la comprensión de semejante absurdo. El Proyecto de Ley de condiciones generales fue modificado *in extremis* en este punto de manera significativa. Se añadió en último lugar a la lista de «ilegi-

(67) La constante reiteración de términos que caracteriza la Ley —*documentos* y *documento*, en este caso— lastra enormemente su lectura.

bles, ambiguas y oscuras», las *incomprensibles*, con lo que la referencia de la excepción variaba de *oscuras* a *incomprensibles*. Así como a *oscuro* se puede oponer *transparente*, no cabe decir lo mismo respecto de *incomprensible*, salvo que hablemos de opacidad intelectual. Luego la reforma impulsada en el curso del debate parlamentario de la Ley produce un efecto curioso, que, a mi juicio, extiende la excepción a todas las condiciones generales «*que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito*». Ello significa en la práctica que las reglas —generalmente administrativas— de alcance parcial que aprueben determinadas cláusulas generales sustituyen cualquier apelación a la comprensibilidad media del adherente común en el marco de referencia. Objetivamente se presumen adecuadas al fin que registran. Con todo, esta fórmula, lejos de resolver mis incertidumbres, las acrecienta, pues implica en el fondo sustituir el control judicial de las condiciones típicas por autorización previa de carácter reglamentario, lo que frustra el propósito fiscalizador de la Ley que comento.

3. PURGA DE LAS CONDICIONES ILÍCITAS E INTEGRACIÓN POSTERIOR DEL CONTRATO

a) *Nulidad y no incorporación*

Las condiciones generales de la contratación que no superen el filtro de licitud han de someterse a la sanción jurídica prevista en el ordenamiento. A mi juicio con deficiente técnica, la Ley distingue nulidad y no incorporación, pese a que, como no podía ser de otro modo, las acaba identificando no pocas veces a lo largo de su contenido (68). La invalidez a que se refiere la norma se denomina parcial y es el remedio jurídico previsto para otros supuestos análogos en las normas comunes del Código Civil, a la búsqueda de la mejor salvaguarda de los intereses de la parte menos favorecida y a quien perjudica el vicio anulatorio. Su verdadero alcance jurídico se identifica con *tener por no puesto*, que proviene del *favor negotii* y del *utile per inutile non vitiatur* como principios generales de Derecho en materia de contratación. En nuestra disciplina, traduce asimismo el axioma de garantía del deudor, que

(68) Para valerme de un claro ejemplo —hay otros: v. gr., art. 10 LCGC—, la Ley de Condiciones Generales de la Contratación asimila «*la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales*» (art. 9 LCGC); equivalencia reafirmada también por el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*» (art. 83.1 TRLGDCU, con arreglo a la redacción ya conferida en la *Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, de 30 de diciembre de 2006).

aquí encarna el mayor beneficio del adherente, en cuanto paralelo del *pro consumitore* (69).

Muy confusamente adopta dicho régimen de «nulidad» el artículo 8.1 LCGC: «*serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*». Produce asombro que pretenda ineficaces las cláusulas *contra legem*, pero sólo en la medida que perjudiquen al adherente. La sanción ordinaria descrita en el Código Civil para los actos opuestos «*a las normas imperativas y a las prohibitivas*», es su invalidez de pleno derecho, luego, *a priori*, sobra su advertencia. Entonces, las alusiones al daño del adherente resultan incomprensibles, máxime cuando aquí no se debate sobre las cláusulas abusivas —tienen distinto régimen, sólo aplicable a los consumidores—, que de manera más significativa lo causan, en tanto que se oponen a la buena fe del promotor o al equilibrio de prestaciones. Además, el citado perjuicio está inherente por hipótesis al fenómeno de imposición que se denuncia. Es cierto que la disciplina de la nulidad de los actos opuestos a normas de obligada observancia exceptúa la hipótesis en «*que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*» (art. 6.3 CC), cuya reiteración textual en el último inciso del artículo 8.1 LCGC me deja sinceramente atónito, por la muestra de impericia legislativa que revela. El problema radica en que cualquier otra pena beneficia y protege al predisponente, invirtiendo los términos legales de partida. Si es más leve, por agravio comparativo, y, cuando resulte más dura, porque fomenta un abuso que, detectado, sale gratis al activista, por disolver los nexos que, sin su presencia, podrían serle gravosos (o, mejor dicho, justos).

En consecuencia, «*la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia*» (art. 10.1 LCGC). Ahora bien, parece imposible que las estipulaciones ilícitas y en serie arrastren el contrato a su caduca suerte, hasta el extremo de hacerlo inviable sin su concurso. Ya vimos anteriormente que una condición general puede añadir al acuerdo básico de las partes aspectos en cierta medida complementarios, pero excluyendo de todo punto las facetas esenciales, que nunca podrían ser impuestas o hurtadas de la negociación, a riesgo de negar la esencia del vínculo contraído. Denota una profunda falta de criterio imaginarse que un contratante

(69) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 336; ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, *op. y loc. cit.*, pág. 2849; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *La sanción...*, pág. 1193. RUIZ MUÑOZ justifica la nulidad parcial en discutibles presupuestos técnicos, del estilo de la divisibilidad del contrato y ausencia de culpa en el actor (cfr. *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993, pág. 297).

accepte a sabiendas cláusulas esenciales y predisuestas en su contra. En esta línea, resulta un absurdo el artículo 9.2, *in fine*, LCGC, pues advierte que se «declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquéllas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1.261 del Código Civil». Esto significa, lisa y llanamente, reconocer que la causa, el consentimiento o el objeto de un contrato se impongan gracias a condiciones generales, lo cual deviene imposible. Si el afectado no conoció y tampoco pudo admitir de veras tal tipo de cláusulas, simplemente no se halla ligado a su cumplimiento, pero ¿cómo pueden ser esenciales sin saberlo?, máxime mientras versen de los elementos constitutivos del propio acuerdo (70). Luego la invalidez completa del contrato a causa de la ilicitud de condiciones generales cae al vacío y es profundamente contradictoria con la fisonomía de las instituciones implicadas.

Por el contrario, esta fórmula radical es algo más compatible con las cláusulas abusivas, porque su definición indica que no han sido pactadas individualmente y que quiebran el equilibrio de prestaciones o la buena fe, aunque, *a priori*, también son proscritas del ordenamiento mediante la medida ordinaria de ineficacia parcial por razones materiales. Así se declara en su norma específica, que no hacía ninguna falta repetir en el artículo 8.2 LCGC: «serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo» (art. 83.1 TRLGDCU: «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»). Parece un despropósito introducir en el contrato una cláusula abusiva que comprometiera su destino conjunto. Se ha justificado ya que dicho efecto favorece a quien obra ilegítimamente, al que le basta confiar en que la cláusula pase desapercibida o, de lo contrario, permanecer incólume, ostentando su anterior posición jurídica, siquiera sea como amenaza. Este resultado significaría la impunidad de cuantos medran gracias a su predominio económico. Mas tampoco es del todo inaudito que, aprovechándose de una concreta situación de privilegio, una de las partes imponga determinado pacto a la otra, cuyo contenido puede ser esencial en la completa suma del vínculo. La duda estriba en si la ineficacia de aquél debe propagarse al entero contrato. La trascendencia de dichas cláusulas abusivas es aquilatable casuísticamente, tanto en su horizonte objetivo como subjetivo, pues que subordine a su existencia la del propio acuerdo depende de cada posición contractual. Considero cercano al ridículo que para el consumidor una concreta cláusula de carácter

(70) A mi juicio, es corregible la opinión de algunos autores, que pasan por encima de semejante obstáculo [v. gr., CLAVERÍA GOSÁLBEZ, cuando justifica la nulidad total en la causa falsa, que siempre traerá consigo indemnización de daños y perjuicios al adherente que sufra la circunstancia sin su culpa (cfr. *La sanción...*, págs. 1190 y 1193)]. ALFARO ÁGUILA-REAL prefiere la rescisión como fórmula correctora para un contrato, cuya esencia decae así (cfr. *Las condiciones...*, pág. 453).

abusivo se repute constitutiva de su voluntad, pues no la pacta; mientras que para un empresario ejerciente de su prevalencia le queda mucho más próxima dicha categoría. Luego la esencialidad no es ambivalente al margen de los protagonistas, y tampoco autoriza siempre la rotura del nexo jurídico en que se inserta. Luego son matizables las expresiones del artículo 83, párrafo *in fine*, TRLGDCU, a cuyo tenor «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato». En la práctica, la inmensa mayoría de las condiciones desequilibrantes para el consumidor que se adhiere pueden de un modo u otro corregirse por el juez, «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa» (art. 10 bis.1, pfo. 4, *in fine*, LGDCU). En este sentido, creo que operan las expresiones, que parecen olvidarse, del propio artículo 83 TRLGDCU: «a estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario».

b) Cuestiones de legitimación activa

En cuanto a la forma de poner en práctica las sanciones previstas contra las cláusulas típicas e ilegales, el artículo 9.1 LCGC expresa rotundamente que «la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual». Ello implica que, fuera de los cauces previstos en el Capítulo IV LCGC para las «acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales», sujetas a un criticable régimen de legitimación restringida (71), las demandas tendentes a la nulidad de condiciones generales em-

(71) En concreto, a favor de: «1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros. 2. Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. 3. Las Asociaciones de Consumidores y Usuarios que reúnan los requisitos establecidos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores. 4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores. 5. Los colegios profesionales legalmente constituidos. 6. El Ministerio Fiscal. 7. Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los con-

prendidas por un afectado particular cualquiera —para quien se diseña la Ley, en cuanto adherente—, caen dentro del esquema común descrito en el ordenamiento. No ahorraré las expresiones que provoca un panorama definido por leyes especiales, que, por contradictorio que parezca, desbarata su sentido una vez restringe las fórmulas viables de hacerlas efectivas ante los Tribunales de Justicia, pues rozan el ridículo, cuando no el escarnio. Alabo Derechos como el italiano, que confían a sus modernos Códigos Civiles la defensa contra las condiciones generales, en cuanto episodio típico en el universo de la contratación a que pertenece. Así se logra que sea cualquier ciudadano favorecido por la protección jurídica que ofrecen, con arreglo a específicos cauces de tutela. Con ello, eluden los inconvenientes propios de complejas normas delimitadoras de los destinatarios en su ámbito subjetivo, en las que se llega incluso a intentar definir los partícipes en las relaciones jurídicas, en reglas a veces de perogrullo, pero que tampoco evitan interpretaciones jurídicas que obstaculizan su regular aplicación (72). No significa

sumidores que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" (art. 16 LCGC, reformado por Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios). Acaso apelar al Ministerio Público permite que los sujetos singulares adquieran protagonismo no asociativo, pues entiendo que podrá proceder de oficio y a instancia de parte; pero, de todas formas, me parece muy escaso su alcance. Ahora bien, debe admitirse que la perspectiva constitucional de la defensa de los consumidores se confía sobre todo a las asociaciones (cfr. art. 51 CE y RD de 22 de junio de 1985 acerca del derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones). El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios está plagado de normas que otorgan a dichos organismos un papel casi excluyente (cfr. Libro I, Título II: *Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios*). Todo ello vino auspiciado en la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios). Sobre la reciente jurisprudencia que matiza la legitimación colectiva en representación de los asociados, cfr. STS de 3 de noviembre de 2006 (que cita otras de 18 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003), o en nombre propio (cfr. STS de 12 de junio de 2006 con cita de otras: STS de 29 de septiembre de 2005, en aplicación de lo que llama "la doctrina de la motivación por remisión", aceptada en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (STC 107/1998, de 18 de mayo; 21/2004, de 23 de febrero; 70/2004, de 19 de abril); concretamente, la STC 111/2004, de 12 de julio, resume las anteriormente dictadas y afirma que se puede utilizar la técnica de la motivación mediante la remisión a las resoluciones precedentes, siempre que el Tribunal haya tomado en cuenta los argumentos de los recurrentes y que la resolución a la que se remita la motivación, resuelva, a su vez, fundadamente la cuestión planteada (SSTC 11/1995, de 16 de enero; 116/1998, de 2 de junio, y 115/2003, de 16 de junio). Como afirmábamos en las sentencias de 18 de febrero y 18 de octubre de 2005, en el presente caso se cumplen las exigencias jurídicas del Tribunal Constitucional, por lo que se va a utilizar esta técnica argumental, con la finalidad además, de preservar el principio de igualdad en la aplicación de la Ley cuando se trata de casos coincidentes».

(72) Repárese la disputa que trae consigo el consumidor y su noción jurídica, que varía con arreglo al ordenamiento de que se trate, ya sea en la esfera geográfica o sectorial

que dichos países carezcan de normas específicas sobre los consumidores y usuarios, pero lejos de la disciplina contractual pura, de carácter abstracta, que permanece incólume. Lo peligroso es sustraer de las normas comunes la parte general de los contratos; práctica perniciosa, según creo, pues restringe su esfera de aplicación, y, por tanto, de amparo (73). Mientras la *lex mercatoria* surgió como un concreto estatuto de los agentes de un determinado sector del tráfico jurídico, y en atención a las circunstancias del supuesto, ahora se intenta cosa semejante para sus destinatarios; con muy parecidos fines, aunque quizá mejorable técnica. Con ello, cobra peligro real que los ciudadanos sean reducidos a consumidores a los efectos de su protección, máxime cuando los sistemas procesales ideados en su beneficio propiamente se asientan sobre un discutible predominio jurídico de las organizaciones que pretenden englobar sus intereses comunes. Los individuos se diluyen en colectivos, y éstas en categorías teóricas e impersonales.

No sería tan criticable la iniciativa si tampoco redundara como perjuicio en la libertad de maniobra de los ciudadanos. En la respuesta ofrecida por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, mientras los individuos quedan circunscritos a los procedimientos comunes para vindicar sus derechos, las entidades mediáticas gozan de atribuciones llamativas en la materia (74). Las «*acciones colectivas de cesación, retractación y declara-*

(cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987).

(73) Fórmula que, por otro lado, se conserva en España para concretos problemas contractuales. Uno de sus ejemplos más característicos constituye la Ley Azcárate de represión de la usura, de 23 de julio de 1908, que tanto juego ha dado en la Jurisprudencia.

(74) Cfr. VICENT CHULIÁ, F., «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *Revista General de Derecho*, 2000, págs. 6143-6186; BENDITO CAÑIZARES, M. T., «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, págs. 403-480; MÉNDEZ TOMÁS, R. M., y VILALTA, A. E., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 1999; y PORTELLANO DÍEZ, P., «Las acciones de control abstracto de condiciones generales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, pág. 438 y sigs. Resultan además llamativos otros aspectos procesales, porque admite siempre recurso de casación (cfr. art. 18.3 LCGC), cuya sentencia provoca un sistema de precedentes desconocido hasta el momento, pues «vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieren sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo disponente» (art. 20.4 LCGC y cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, J., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo», en *La Ley*, núm. 4640, 1998), como advirtió el Consejo de Estado en su dictamen previo. Un complemento del sistema judicial elegido para el combate contra la nociva presencia de las condiciones generales se ofrece por su Registro publicitario de nueva factura. Poco cabe afirmar de los detalles organizativos y funcionales del Servicio —descritos sucintamente en el art. 11 LCGC, al amparo de la Exposición de Motivos de la Ley, que lo declara jurídico—, salvo que ahora se adscribe al Registro de Bienes Muebles como sección especial, según recientemente criticado con fundamentos de relieve por GÓMEZ MATOS (cfr. *El Registro de*

tiva de condiciones generales» (Capítulo IV LCGC) quedan reservadas sólo a los entes colectivos (cfr. art. 16 LCGC). Ello se agravaba cuando el artículo 18 LCGC —derogado por la Disposición Derogatoria única, apartado 2, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*— permitió a estas corporaciones intervenir mediante personación en los procesos promovidos por otra cualquiera parte legitimada, sin que se retrotrajeran las actuaciones, pero concediéndoles autonomía en la defensa de sus intereses (cfr. art. 18.2 LCGC). Por consiguiente, hasta se olvida la pertenencia de los sujetos activos del contrato en curso para conceder a estas entidades legitimación procesal. Esta doble vara de medir me parece discriminatoria, máxime cuando desprecia las actuaciones de los individuos en favor de sus órganos aglutinadores de intereses conjuntos, incluso al margen de la efectiva militancia de los concretos afectados. Entiéndaseme bien, no critico que las organizaciones de personas afectadas por el asunto puedan intervenir, instando las oportunas acciones protectoras. Sin duda es positivo facultarlas a este propósito, que redundaría en el mejor servicio de los asociados y de los colectivos que representan. La censura que aventuro se centra en el dato, no pequeño, de que su legitimación resulta excluyente de la de los particulares, a quienes se destina la no muy lucida tarea de acudir al régimen común descrito en las normas comunes que, por inespecíficas, constituyen muy escaso recurso (75). La idea se plasma en las escasas sentencias que dicho procedimiento ha producido. En contraste, otros Derechos someten las entidades colectivas al régimen general descrito para las personas jurídicas en el respectivo Código Civil y aunque les otorguen legitimación acumulable, no reemplazan, excepto man-

Bienes Muebles, Pamplona, 2005. Vid., igualmente, BUSTOS LAGO, M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939-2004; y CABANAS TREJO, R., y BONARDELL LENZANO R., *El Registro de condiciones generales de contratación: una aproximación crítica a su reglamento*, Madrid, 2001).

(75) Un buen ejemplo de la confusión sembrada en la materia suministra la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya Disposición Final sexta, apartado 5 (Ley 1/2000, de 7 de enero) «añade una Disposición Adicional cuarta a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, en los siguientes términos: “Disposición Adicional cuarta: Las referencias contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil a los consumidores y usuarios deberán entenderse realizadas a todo adherente, sea o no consumidor o usuario, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales o colectivas derivadas de la presente Ley de Condiciones Generales de la Contratación”». Cualquier observador perspicaz estaría de acuerdo en que la Ley remitida no contiene resorte jurídico individualizado de ninguna especie. No acaban aquí, sin embargo, las imprecisiones, porque acto seguido asocia consumidores y usuarios con las acciones colectivas, cuando la norma sectorial se lo veda, ya como adherentes, consumidores, usuarios, profesionales, o bien protagonicen cualquier otra función en el mercado. Mayor índice de yerros no es sencillo imaginar en tan breve inciso. La Jurisprudencia impuso en el pasado más cordura en la legitimación procesal institucionalizada (cfr. SSTs de 21 de diciembre de 2000; 31 de enero de 1998, y 20 de noviembre de 1996).

dato, a sus miembros. Un sistema de tales características permite aunar esfuerzos en la defensa de los consumidores, pero sin reducir sus expectativas de forma desconsiderada, como ahora sucede.

c) *Recomposición del convenio mutilado de cláusulas ilícitas*

Junto al problema de la purga de las condiciones generales, también suscita interrogantes el remedio que la Ley ofrece para completar los contratos que se vean sustraídos de su parte antijurídica. Se trata de urdir fórmulas para mantener la vigencia práctica del acuerdo que ahora resulta parcialmente amputado de diversas cláusulas generales declaradas nulas o no puestas. En pleno paralelo con el régimen de integración del contrato previsto en el artículo 83 TRLGDCU para los pactos abusivos (76), el artículo 10.2 LCGC alude a que «*la parte del contrato no afectada por la (...) nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*» (77).

(76) Como la Exposición de Motivos de la Ley de mejora de la protección de los consumidores y usuarios alegaba, «*esta Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección*»; «*estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código Civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1.258 del Código Civil mantenían la doctrina y jurisprudencia más avanzada*». En su virtud, se reforma el artículo 83 TRLGDCU: «*1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. 2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato*».

(77) En la perspectiva de la gramática, el precepto es francamente mejorable. Parece un despropósito la utilización reiterada del *mismo* en forma pronominal y reproducir *dispuesto* y *disposición* en idéntico inciso. Fortalece la idea, independizándola de la superflua erudición, el hecho de que usar *mismo* como pronombre provoca al equívoco de su objeto, que puede ser *Código Civil*, pero también *artículo 1.258*. Si fuera lo primero, existe remisión implícita sobre sus artículos 1.281 y siguientes, mientras que su alternativa conduce a un análisis de contenido acerca del precepto en cuestión que siembra la duda. Por eso, estimo la primera de las opciones la más válida, máxime cuando se reitera el criterio en el artículo 6.3 LCGC que, dentro de las *reglas de interpretación*, establece que, para «*lo no previsto en el mismo, serán de aplicación las disposiciones del Código Civil sobre la interpretación de los contratos*». Todo ello manifiesta la escasa elaboración de la Ley, que incurre con frecuencia en reiteraciones materiales y jurídicas; en este caso, en

Aun cuando los especiales criterios hermenéuticos de las condiciones generales previstos en su específica Ley se dejan para el último epígrafe, que abordaré a continuación, las reglas interpretativas comunes contempladas en el Código Civil sirven también para integrar el contenido vacante. La tarea compete al juez, en la medida que forma parte de la exégesis de los contratos sometidos a su criterio. En palabras de la STS de 11 de noviembre de 2004, «las normas para la interpretación del contrato de seguro son las generales para la interpretación de los contratos, contenidas en el Código de Comercio (art. 58 y sigs.) y Código Civil (art. 1.281 y sigs.). Por tanto, habrá que buscar la voluntad común de las partes, que se descubrirá, en primer término, con el sentido recto, propio y usual de las palabras (art. 57 del Código de Comercio). Ahora bien, si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas (art. 1281.2 del Código Civil). Para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de éstos (art. 1.282 del Código Civil)». Es decir, la concertación de un negocio determinado sólo puede obedecer a una voluntad conjunta expresada de modo hábil y tales hechos deben respetarse. La integración de los vacíos causados *ex* ineficacia de las condiciones generales ilícitas exige sustituirlas por el propósito conjunto de las partes, expresada en el global acuerdo mutuo del que se apartaron. Así se comprende la cita que introduce la Ley de Condiciones Generales de la Contratación acerca del artículo 1.258 del Código Civil (cfr. art. 10.2 LCGC), a cuyo tenor, «*los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Los contratos gozan *per se* de un alcance típico y ordinario, acorde a su manera de ser. Cuando los protagonistas no hayan pactado nada o pierda lo convenido su fuerza por óbice jurídico, entra en liza este mecanismo integrador, que respeta las fuentes consuetudinarias y legales. A ello se añade la regla de la buena fe, cuyo relieve ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en su conjunto, sobre todo a partir de las apreciaciones vertidas por DE CASTRO Y BRAVO. Así se logra conjurar el *horror vacui* que parece sentirse ante cláusulas privadas de vigencia por notoria ilicitud.

El bagaje arquetípico de los contratos con arreglo a la categoría que materialicen, proviene de la voluntad de las partes debidamente declarada. Su manifestación es tan insoslayable que constituye la primera pauta interpretativa de su resultado: «*si los términos de un contrato son claros y no dejan*

número de tres, porque las Disposiciones Adicionales contienen las reformas de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios plasmada en su nuevo artículo 10 bis, refaccionado con arreglo a la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de mejora de la protección de consumidores y usuarios y ahora en los artículos 85 a 91 del Texto Refundido.

duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas» (art. 1.281, pfo. 1, CC). Además, en hipótesis de discordancia externa —fenómeno conocido desde antiguo bajo la rúbrica de los *verba/voluntas*— prevalece su efectivo deseo sobre lo expresado por los partícipes (cfr. art. 1.281, pfo. 2, CC), cuya verdad se averigua gracias «*principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1.282, *in fine*, CC). Las lagunas en este orden se complementan con criterios objetivos dictados por la recta lógica; y así, por ejemplo, «*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*» (art. 1.283 CC). Esta vertiente anímica obedece a la esencia de los contratos, que suponen concierto de voluntades sobre causa y objeto (cfr. art. 1.262 CC). Claro está que dicho propósito se desprende de su apta manifestación en Derecho, mediante los términos en que se vertebra, por ello no cabe omitir el adecuado contexto en que se inserta, pues «*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*» (art. 1.285 CC).

Puede suceder que la faceta subjetiva de interpretación tampoco aporte soluciones hábiles para regir un determinado supuesto. Entonces operan fórmulas más abstractas, que señalan el verdadero sentido de lo aceptado. Así, «*las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1.286 CC). En concreto, «*cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses*» (art. 1.289, pfo. 1, CC). Como puede colegirse, late aquí la idea expresada en el artículo 1.274 del Código Civil acerca de la causa de los contratos, que apunta en esta sabia dirección objetiva. En efecto, el despliegue del pacto desborda su simple declaración fundante. La entidad jurídica que produce se alimenta de fuentes legales —dispositivas en la tradición codificadora—, consuetudinarias —cuyo empleo alumbró el sentido y alcance de lo convenido, según el artículo 1.287 del Código Civil: «*el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*»—, axiológicas —la buena fe marca sus límites difusos— y, sobre todo, apropiadas a la categoría que asuman. Las reglas hermenéuticas igualmente incorporan principios jurídicos generales de la disciplina contractual, como el *favor negotii* o de la conservación de negocio. Luego «*si alguna cláusula de los contratos admitiere*

diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» (art. 1.284 CC). Interesa reconocer que las condiciones generales por hipótesis afectan al contenido accidental del acuerdo, por lo que serán interpretadas en términos de vigencia y no de frustración de su propósito, pues «*si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo»* (art. 1.289, pfo. 2, CC).

En síntesis, prospera el canon de la nulidad parcial, tanto para las cláusulas generales como para las abusivas. Su característica irrelevancia se identifica con el destino jurídico de tenerlas por no puestas. En el conjunto del contrato quedan extraídas, debiendo integrarse con arreglo a los imperativos de la buena fe y de la entidad de la relación jurídica emprendida entre los partícipes.

4. ESPECÍFICAS PAUTAS DE INTERPRETACIÓN

a) *La exégesis jurídica como límite de las condiciones generales*

En disyuntiva con la sanción que proporciona el ordenamiento a las condiciones generales ilícitas, existen algunos filtros suplementarios en forma exegética para la más oportuna vigencia de las que se incorporan al contrato.

Hasta su naturaleza de control produce intenso debate jurídico, pero, como a menudo sucede con definiciones teóricas, acaso varíe su modo de presentarse, aunque no el resultado final. Que la interpretación modela los pactos es evidente a la vista de la jurisprudencia. Incluso constituye la última y universal fase de los mecanismos fiscalizadores aparejados a las cláusulas impuestas. Al primero, que juzga de su incorporación —por los elementos externos de cognoscibilidad (78)—, le sigue otro sobre su eficacia —basada en el juicio del contenido material que incorpora— y ambos culminan en el que fija su efectivo alcance gracias a las peculiares pautas hermenéuticas que reclama. Si se me apura, tratando de condiciones generales *puras* o *simples* —esto es, no abusivas y que cumplen los requisitos externos imprescindibles para integrar el contrato—, diría que su auténtico límite consta en la exégesis a que se ven sometidas por su idiosincrasia. El Derecho acepta estas modalidades de negociación, pero atempera sus peligros frente a quien las padece, fijando el sentido más acorde con su postura. Como afirma la STS de 1 de

(78) Constituyen un indicio valioso las expresiones de la STS de 21 de marzo de 2007: «la Audiencia, ante todo, consideró acreditado que los compradores conocían o podían conocer, con carácter previo a la firma notarial de la escritura de compraventa, la disposición estatutaria».

julio de 1997, «la regla de la interpretación más favorable para el asegurado no elimina las cláusulas de las condiciones generales de la póliza donde se define cuál es el riesgo cubierto en el seguro de accidentes». El *favor negotii* como pauta mínima resulta compatible con unas cláusulas generales cuyo alcance se matiza en beneficio del adherente.

La jurisprudencia confirma este sistema de controles sucesivos y en cascada. La STS de 29 de enero de 1996, con cita de otras, asegura que «las condiciones generales, en cuanto aminoran la indemnización base pactada, son decidida y unilateralmente aportadas al negocio, como restadoras de la cobertura convenida. No se generan por previo concierto de las partes, dándose ausencia de todo acto prologal, representado por la discusión del objeto y alcance del negocio a pactar (STS de 27 de noviembre de 1991), lo que impone su necesario control por vía interpretativa, a cargo de los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de la vigilancia de la Administración (STS de 11 de abril de 1991), en sus específicas atribuciones. La suscripción y aceptación expresa de dichas condiciones determina su valor normativo y vinculación para el tomador (SSTS de 31 de mayo, 4 y 9 de junio, 23 de diciembre de 1988 y 8 de marzo de 1990), en cuanto actúa como parte adherente al contrato y de tal forma incide la no aceptación en forma bien expresada de toda condición que represente limitación de derechos, que ocasiona su no integración en el contrato, teniéndola como si no formara parte del mismo (STS de 26 de mayo de 1989). Dichas condiciones limitativas únicamente tendrían valor y obligarían a quien las suscribe, si éste de forma taxativa y por escrito bien determinante la hubiera aceptado (STS de 7 de febrero de 1992)». Sobre la base de su naturaleza contractual —se impone por una de las partes, pero la otra las acepta, en la medida en que superan las garantías internas contra el abuso—, se ajustan de ordinario a licencias o modelos administrativos propios de los sectores del tráfico jurídico en que prosperan y, por último, soportan singulares cánones interpretativos aplicados por los Tribunales de Justicia.

Las reglas hermenéuticas articuladas para las condiciones generales derivan de los principios básicos que guían su disciplina; y así, el trato más favorable al consumidor se amplía en beneficio de los protagonistas pasivos del mercado. Su traducción práctica encuentra uno de sus más propicios terrenos en las directrices prevenidas en el artículo 6 LCGC (modificado por Ley 44/2006, de 30 de diciembre, de *mejora de la protección de los consumidores y usuarios*): «1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta

norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales» (79).

La interpretación de los contratos —y de las condiciones generales que los integran— es facultad que se confiere a los Tribunales de Justicia y me atrevería incluso a decir que resulta el empeño que más labor les demanda (80). Son incontables las sentencias que aplican los principios informadores sabiamente combinados con las reglas positivas. El punto de arranque concibe a los jueces no sólo competentes para desentrañar el contenido de los acuerdos, sino también su nomenclatura empleada por las partes. El axioma de que las cosas responden a su realidad ontológica, y no a la definición que se les quiera conferir, es reiteradísimo en la jurisprudencia, que lo esgrime sobre todo a la hora de calificar la naturaleza de los convenios y, por tanto, establecer el contenido que les resulta propio a falta de pactos especiales. Aquí, a menudo también juega la pauta *in claris non fit interpretatio*, que tantas confirmaciones ha recibido por el Tribunal Supremo. Por lo que ahora interesa, la STS de 24 de julio de 2002 reafirma que la categoría de condición general o específica pertenece a la esencia de las cosas, resulta objetiva y ha de juzgarse con realismo, sin depender del título que se les asigne artificiosamente.

(79) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, págs. 7-61; FERRER RIBA, J., «Comentario al artículo 6.1 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 361 y sigs.; GARCÍA CANTERO, G., «Integración del Derecho del Consumo en el Derecho de Obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, pág. 37 y sigs.; DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 6 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios...*, pág. 235 y sigs.; SALVADOR CODERCH, P., y RUIZ GARCÍA, J. A., «Comentario al artículo 6.2 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios...*, pág. 384 y sigs.; y EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 6.3 LCGC», en *ibídem...*, pág. 409 y sigs.

En paralelo para las cláusulas abusivas incorpora el artículo 80.2 TRLGDCU —«*en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*»— el mismo principio inspirador.

(80) No debe confundirse «la interpretación de los contratos con la interpretación judicial de las normas en general. Mientras las reglas hermenéuticas que se citan, en primer lugar, son, a su vez, objeto de interpretación judicial; la segunda operación constituye la tarea judicial por antonomasia» (STS de 23 de julio de 1996 y cfr. STS de 13 de julio de 2002). Es decir, «el artículo 1281.1.º del “Código Civil” contiene una regla interpretativa de los contratos, no de las normas legales cuya interpretación ha de realizarse de acuerdo con los criterios que establece el artículo 3.1 del citado Código» (STS de 31 de enero de 1988). Igualmente, «la doctrina de esta Sala viene reiterando que no cabe confundir los temas de interpretación contractual con los de índole probatoria (sentencias, entre las más recientes, de 10 de junio, 11, 25 y 27 de octubre de 2004), porque mientras la apreciación probatoria atiende a la fijación de los hechos, la hermenéutica incide en la tarea de indagación y alcance jurídico de los mismos (sentencias de 23 de diciembre de 1982, 30 de octubre de 1985, 2 de abril de 2002, 12 de mayo de 2003, 2 de abril y 30 de septiembre de 2004)» (STS de 22 de abril de 2005).

A pesar de la cercana fecha de la Ley de condiciones generales, puede decirse que hay elaborado un cuerpo de doctrina jurisprudencial sobre su más oportuna interpretación, que me servirá de guía en el análisis. En el fondo, al margen de disquisiciones teóricas, en su puesta en práctica por los jueces, se adivina que ambos criterios exegéticos singulares de las cláusulas generales acaban coincidiendo. Serían dos caras de la misma moneda, que se ofrece a cambio de la imposición al adherente y en su exclusivo favor. La STS de 30 de enero de 2002 es elocuente: «ha de recordarse que las dudas que puedan surgir en la interpretación de las relaciones asegurativas deben ser resueltas en favor del asegurado, dada la naturaleza de contrato de adhesión del seguro (STS de 18 de julio de 1998 y 7 de diciembre de 1998), así como, desde otra perspectiva, la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales si resultaran más beneficiosas para el asegurado (STS de 22 de enero de 1999)». El privilegio del adherente opera en un doble plano. Primero, al considerar que, habida cuenta de su madurez, conocimiento y advertencia, los acuerdos concretos que cierre resultan de mejor encaje para sus intereses que aquellos sobrellevados por imperativos de la negociación en masa. Salvo prueba contraria, se presume la mayor eficacia negociadora de los individuos, pues, *a priori*, nadie opera en su propio daño.

b) *Control de las condiciones sorprendentes*

En este perfil cobran indudable protagonismo las llamadas condiciones sorprendentes (81), que constituyen un atentado a la contractualidad atribuible a dicho fenómeno. Aparte de que vician su efectiva comprensión —pues fueron cláusulas malentendidas en su momento—, tampoco parecen ajustarse a la naturaleza del vínculo establecido, por eso su alcance insólito. Luego no superan el control sobre las condiciones generales, viéndose abocadas de un modo u otro a su desincorporación, y haciendo necesario integrar su contenido con arreglo a los esquemas ya estudiados.

En efecto, la jurisprudencia establece con rigor que las cláusulas insospechadas quiebran la unidad del contrato y su armonía interna. Esta visión conjunta del acuerdo debe prevalecer en su exégesis: «los criterios interpretativos legales no son excluyentes y el medio hermenéutico denominado de la totalidad se halla expresamente reconocido en el artículo 1.285 del Código Civil y en una constante doctrina jurisprudencial sobre la interpretación sistemática (STS de 24 de junio y 4 de diciembre de 1989, 21 de febrero y 23 de julio de 1991 y 22 de mayo de 1992) expresiva de que la intención de los

(81) Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones...*, pág. 241 y sigs.; y PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 545 y sigs.

contratantes es indivisible no debiendo prevalecer la interpretación literal de una cláusula. Es cierto que si la literalidad refleja, sin duda razonable, la intención de los contratantes y no se ve contradicha por el todo orgánico del contrato, ha de estarse a la misma» (STS de 30 de enero de 2002). Así, por ejemplo, si una condición general que fija el riesgo en un contrato de seguro aparece inopinadamente dentro de un clausulado conjunto que no es compatible con aquélla, se transforma en abusiva y extraña —«en el supuesto de que alguna de estas últimas cláusulas delimitase el riesgo en forma sorprendente, por no poder calificarse de normal o frecuente la restricción que impone, vendría a convertirse de hecho en una cláusula limitativa de los derechos del asegurado» (STS de 13 de julio de 2002)—, debiendo excluirse.

c) *El favor del adherente y de su concreta voluntad*

El predominio de las condiciones pactadas en concreto sobre las generales es idea que cuenta con precedentes, cuya trayectoria permitió a los jueces adecuar los pactos en serie incluso antes de la promulgación de su Ley específica. En palabras de la STS de 20 de marzo de 2003, «la naturaleza contractual de las condiciones generales, recogida en el artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro, se ha afirmado de forma constante por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual ha considerado a las condiciones generales de los contratos de seguro como cláusulas contractuales. Una de las consecuencias prácticas de esta calificación radica en que el Tribunal Supremo ha aplicado a las condiciones generales las normas relativas a la interpretación de los contratos». Sin embargo, el reconocimiento expreso de «la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales lo establece el artículo 10.2 de la Ley de Defensa de los Consumidores» (STS de 29 de enero de 1996). A partir de su vigencia, dicho canon singular se consagra de manera definitiva: «en la interpretación del contrato de seguro, aún [*sic*] cuando la jurisprudencia tiende a aplicar unos criterios uniformes en todos los casos, estimamos que debe distinguirse el supuesto en que las condiciones del contrato (tanto generales como particulares), son predisuestas por el asegurador, del caso en que esto no suceda. En caso de contradicción entre las condiciones generales y las particulares, debe entenderse que prevalecen éstas sobre aquéllas, y lo mismo sucederá cuando sean incompatibles. La prevalencia de la condición particular sobre la general encuentra su fundamento en la idea de que aquélla refleja mejor la voluntad común de las partes» (STS de 11 de noviembre de 2004; y cfr. SSTS de 4 de diciembre de 1998, 22 de enero de 1999 y 30 de enero de 2002).

Ahora bien, la preferencia de las cláusulas efectivamente pactadas sobre las impuestas por una de las partes no es absoluta, porque sólo «las condi-

ciones generales prevalecerán sobre las particulares si resultan más beneficiosas para el asegurado (art. 6.1 LCGC)» (STS de 11 de noviembre de 2004). Es de reconocer que la fórmula constituye una reserva legal en sus propios términos, y supone una excepción práctica como hipótesis. No obstante, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 1999 ofrece un ejemplo ilustrativo: «si la cláusula de prestación de la fianza, que tiene esta naturaleza, más que la de una condición particular introducida para modificar las condiciones generales, hubiera querido variar lo consignado en la estipulación decimocuarta, sería necesario que así lo hubiese expresado, poniendo de manifiesto que la Caja de Ahorros acepta las condiciones de la presente operación con excepción de lo previsto en la repetida estipulación decimocuarta, caso en que posiblemente el IRYDA no hubiese admitido la fianza ofrecida».

La segunda regla de interpretación contemplada en el artículo 6 LCGC reconoce la primacía del beneficio del adherente para los casos en que se susciten dudas. El principio cuenta con antecedentes, incluso en el artículo 1.288 del Código Civil, a cuyo tenor «*la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad*». Habida cuenta que opaca quien impone la cláusula, se frena cualquier beneficio al predisponente por este motivo. La jurisprudencia estableció el nexo entre ambas normas, pues adujo que «la aplicación de tal precepto “artículo 1.288 del Código Civil” es subsidiario, cuando se acude directamente a la interpretación literal, y, requiere, como dato de hecho, la necesidad de la existencia de dudas, lo que no acontece en el presente caso, de suerte que ha de seguirse la pauta jurisprudencial, según la cual es la literalidad del documento la que debe prevalecer ante la carencia de cualquier duda en relación con la voluntad contraria de los contratantes» (STS de 23 de julio de 1996 y cfr. SSTS de 3 de noviembre de 2006 y 18 de noviembre de 1994). Por tanto, introdujo en el texto del Código Civil un novedoso requisito previo de incertidumbre, que se consagra en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Acerca de dicha coyuntura dudosa sobre la significación de una determinada cláusula, me parece también muy elocuente la STS de 25 de junio de 2004, aun cuando aplica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: «el término, en cualquier caso, puede presentar dudas (y por eso, se han dado aquí dos sentencias distintas al respecto, las dos bien motivadas), al no especificarse en la póliza claramente los supuestos de la cláusula 2 dicha, amparados en la póliza para el tomador del seguro (...) lo que exige una labor hermenéutica que, en principio, aparece como de cierta complicación (...), y aplicar, al contrato de adhesión, en qué consiste la póliza del seguro, en cuanto “impuesta” su redacción al “consumidor” o “usuario” del mismo (tomador) el beneficio procesal del artículo 10.2, párrafos 1.º y 2.º de la Ley de Defensa de los mismos».

Con todo, ambas reglas interpretativas se distancian de manera profunda en su signo, aunque tal vez no en su verdadero alcance. Mientras el artículo 1.285 del Código Civil establece un principio sancionador de quien causa la opacidad, el artículo 6 LCGC contempla el beneficio de quien lo sufre. No son exactamente idénticas, ni en contenido ni en resultados. La confusión entre los extremos resulta curiosa, y casi maniquea, pues cambia de sentido y protagonista: de *contra proferentem* a *favor adherentem*. Nada mejor para ilustrarlo que un ejemplo válido. La STS de 20 de noviembre de 2003, con cita de otras varias (82), acentúa esta tendencia, basándola en los orígenes de la pauta *ex* artículo 1.288 del Código Civil: «esta norma establece la regla *contra proferentem*, según la cual la interpretación de las cláusulas oscuras o contradictorias de un contrato no debe favorecer a la parte que lo ha redactado originando tal oscuridad; a la inversa, sí favorecerá a la parte que no lo ha redactado; ello, aplicado a los contratos de adhesión, que uno de los más típicos es el de seguro, es que la duda en la aplicación de una cláusula oscura o contradictoria se interpretará en favor del adherente, es decir, el asegurado. Lo cual ya había sido proclamado por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y ha sido posteriormente repetido por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. La jurisprudencia ha sido reiterada en la aplicación de este artículo y en la interpretación de la regla *contra proferentem*», porque «la STS de 22 de febrero de 1989 afirma que “cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente (aseguradora, pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles por tratarse de un contrato de adhesión)”» (STS de 21 de febrero de 2003; y cfr. STS de 12 de julio de 1988). Por el contrario, traduce mejor el *favor adherentem* la STS de 18 de diciembre de 1998: «debiendo, por otro lado, ser interpretada de modo restrictivo la cláusula o condición general que así lo establezca, cuya interpretación no puede llevar en ningún caso a la pérdida, por parte del asegurado, de su derecho a la indemnización correspondiente».

La prueba del atisbo que separa sendos criterios obra en su diferente procedencia. El primero es una especificación del principio jurídico *qui alegans propriam turpitudinem nemo auditur*, que tanto relieve alcanza en materia contractual, ya sea hermenéutica y hasta de validez. El segundo adapta para las condiciones generales el prejuicio *pro consumitore*, habida cuenta que la Ley específica es de alcance universal por causa de los sujetos pasivos.

(82) Cfr. SSTS de 12 mayo de 1983; 12 de diciembre de 1988; 15 de noviembre de 1989; 8 de marzo de 1990; 20 de marzo y 5 de septiembre de 1991; 22 de julio de 1992; 7 de diciembre de 1998, y 8 de noviembre de 2001. Incluso la doctrina más autorizada intercambia los términos legales con facilidad asombrosa: cfr. PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales...*, pág. 484 y sigs.

Esta tendencia es tan poderosa que, a la postre, reúne los cánones específicos de interpretación en la materia: que las condiciones particulares se impongan sobre las generales cuando haya conflicto no supone otra cosa que favorecer al adherente que así las pactó, a diferencia de las demás, sobrevenidas por impuestas. Incluso es tan nítido el propósito que, cuando se demuestre más beneficiosa la general opuesta, supera también, pero inopinadamente, al convenio específico. Cualquiera diría que de forma paradójica triunfa el interés de quien se adhiere contra sus acuerdos.

IV. BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA

A) BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 2002.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Las cláusulas abusivas no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García, I*, Madrid, 2004, págs. 75 y sigs.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, págs. 7-61.
- *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R. DE, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1997, núm. 32, págs. 2836 y sigs.
- BADENAS CARPIO, J. M., «Comentario al artículo 2 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, págs. 37 y sigs.
- BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y el contrato de seguro*, Madrid, 1999.
- BENDITO CAÑIZARES, M. T., «La impugnación judicial de las condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 657, 2000, págs. 403-480.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1998», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 47/1998, abril-agosto de 1998, págs. 725-736.
- «Protección de los consumidores», en *Aranzadi Civil*, núm 19, 2007, págs. 11 y sigs.
- (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000.
- BUSTOS LAGO, M., «El control registral de las condiciones generales de los contratos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 667, 2001, págs. 1939-2004.

- CABANAS TREJO, R., y BONARDELL LENZANO R., *El Registro de condiciones generales de contratación: una aproximación crítica a su reglamento*, Madrid, 2001.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La naturaleza del “leasing” o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXV-I, 1982, pág. 41 y sigs.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, M., «Condiciones generales en la contratación financiera», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 651, 1999, págs. 389-440.
- *La ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1998.
- CALZADA CONDE, M. A., «Comentario a la sentencia de 9 de febrero de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35/1994, abril-agosto de 1994, págs. 526-536.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición del contenido contractual», en *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 671 y sigs.
- «La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español», en AA.VV., *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II, Barcelona, 1993, pág. 1190.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.
- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 6 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., «Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas», en AA.VV., *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, 1996, pág. 29 y sigs.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I, Madrid, 1994, pág. 658.
- DURÁN RIVACOBIA, R., «Condiciones generales puras o simples en la contratación», en *Hacia un Código del consumidor*, Madrid, 2006, págs. 161-296.
- «La nueva Ley española sobre las condiciones generales de la contratación», en CORRAL TALCIANI, H. (editor), *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago de Chile, 1999, pág. 75 y sigs.
- DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 264 y sigs.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 6.3 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 409 y sigs.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 473 y sigs.
- FELIÚ REY, M. I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1999, pág. 54 y sigs.

- FERRER RIBA, J., «Comentario al artículo 6.1 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pág. 361 y sigs.
- GARCÍA AMIGO, M., *Condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1969.
- GARCÍA CANTERO, G., «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones», en *Revista Jurídica de Navarra*, 1992, pág. 37 y sigs.
- GARCÍA DE ENTERRÍA LORENZO-VELÁZQUEZ, J., «La pretendida vinculación de los jueces a las sentencias del Tribunal Supremo. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 20.4 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación», en *La Ley*, núm. 4640, 1 de octubre de 1998, pág. 1 y sigs.
- GARRIDO PARENT, D., «Las condiciones generales del contrato de transporte aéreo de pasajeros y de su equipaje», en *Aranzadi Civil*, núm. 18, 2007, pág. 15 y sigs.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentario a los artículos 7 a 10 LCGC», en ARROYO MARTÍNEZ, I., y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pág. 71 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones generales de la contratación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 648, 1998, pág. 1590 y sigs.
- GÓMEZ MATOS, M., *El Registro de Bienes Muebles*, Pamplona, 2005.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 139 y sigs.
- «Comentario al artículo 7 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- INFANTE RUIZ, F., «La exclusión de la regla *contra profeentem* en el procedimiento de control abstracto», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pág. 159 y sigs.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, Madrid, 2003.
- LETE ACHIRICA, J., «Cláusulas de atribución de competencia en contratos con condiciones generales», en *Poder Judicial*, núm. 39, 1995, págs. 498-506.
- LLODRÁ GRIMALT, F., *El contrato celebrado bajo condiciones generales: un estudio sobre sus controles de incorporación y de contenido*, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predisuestas en contratos con consumidores», en AA.VV., *Curso de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, Madrid, 2000, pág. 392.
- MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., *Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios*, Cádiz, 2002.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M., y VILALTA, A. E., *Condiciones generales de la contratación: acciones individuales y colectivas*, Barcelona, 1999.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Menéndez*, IV, Madrid, 1995, págs. 4942 y sigs.

- ORDUÑA MORENO, F. J., «Derecho de la contratación y condiciones generales», I, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4/2000, pág. 23 y sigs.
- «Derecho de la contratación y condiciones generales», II, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 5/2000, pág. 40 y sigs.
- OSSORIO GALLARDO, A., «Crisis en la dogmática del contrato», en *Anuario de Derecho Civil*, 1952, pág. 1175 y sigs.
- OTERO LASTRES, J. M., «La protección de los consumidores y las condiciones generales de la contratación», en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1977, pág. 759 y sigs.
- PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Madrid, 1999.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 9 LCGC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 2000, pág. 235 y sigs.
- PERDICES HUETOS, A. B., «Comentario al artículo 10 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pág. 519 y sigs.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales», en *Aranzadi Civil*, núm. 17/2003, pág. 1 y sigs.
- PETIT LAVALL, M. V., «El requisito de rigidez o imposición de las condiciones generales», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, pág. 199.
- POLO SÁNCHEZ, E., *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, Madrid, 1990.
- PORTELLANO DíEZ, P., «Las acciones de control abstracto de condiciones generales», en *Revista de Derecho Mercantil*, 2000, pág. 438 y sigs.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», en *Derecho Notarial*, núm. 86, 1998, pág. 12 y sigs.
- ROPO, E., *Contrati standart*, Milán, 1989.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», en *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 54 y sigs.
- RUIZ MUÑOZ, M., *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Valladolid, 1993.
- SALEILLES, R., *La déclaration de volonté*, París, 1902, pág. 299 y sigs.
- SALVADOR CODERCH, P., y RUIZ GARCÍA, J. A., «Comentario al artículo 6.2 LCGC», en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pág. 384 y sigs.
- SERRANO ALONSO, E., «Las condiciones generales en los contratos y las cláusulas abusivas», en AA.VV., *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Madrid, 2004, pág. 4689 y sigs.
- URÍA GONZÁLEZ, R., «Reflexiones sobre el contrato mercantil en serie», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1956, II, pág. 221 y sigs.
- VICENT CHULIÁ, F., «Las acciones colectivas de condiciones generales y su impacto en los sectores de contratación especial», en *Revista General de Derecho*, 2000, págs. 6143-6186.

B) JURISPRUDENCIA

1. *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

- [1] STJCE de 17 de marzo de 1983 (C-94/82).
- [2] STJCE de 7 de marzo de 1990 (C-362/88).
- [3] STJCE de 13 de diciembre de 1990 (C-238/89).
- [4] STJCE de 14 de marzo de 1991 (C-361/89).
- [5] STJCE de 16 de enero de 1992 (C-373/90).
- [6] STJCE de 25 de febrero de 1992 (C-203/90).
- [7] STJCE de 18 de mayo de 1993 (C-126/91).
- [8] STJCE de 2 de febrero de 1994 (C-315/92).
- [9] STJCE de 29 de junio de 1994 (C-288/92).
- [10] STJCE de 29 de junio de 1995 (C-456/93).
- [11] STJCE de 6 de julio de 1995 (C-470/93).
- [12] STJCE de 26 de noviembre de 1996 (C-313/94).
- [13] STJCE de 16 de julio de 1998 (C-210/96).
- [14] STJCE de 27 de junio de 2000 (C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98, C-244/98).
- [15] STJCE de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03).

2. *Tribunal Constitucional*

- [16] STC 107/1998, de 18 de mayo.
- [17] STC 21/2004, de 23 de febrero.
- [18] STC 70/2004, de 19 de abril.
- [19] STC 111/2004, de 12 de julio.
- [20] STC 11/1995, de 16 de enero.
- [21] STC 116/1998, de 2 de junio.
- [22] STC 115/2003, de 16 de junio.

3. *Tribunal Supremo*

- [23] STS de 23 de diciembre de 1982.
- [24] STS de 12 de mayo de 1983.
- [25] STS de 30 de octubre de 1985.
- [26] STS de 31 de enero de 1988.
- [27] STS de 31 de mayo de 1988.
- [28] STS de 4 de junio de 1988.
- [29] STS de 9 de junio de 1988.
- [30] STS de 12 de julio de 1988.
- [31] STS de 12 de diciembre de 1988.
- [32] STS de 23 de diciembre de 1988.
- [33] STS de 22 de febrero de 1989.

- [34] STS de 26 de mayo de 1989.
- [35] STS de 24 de junio de 1989.
- [36] STS de 15 de noviembre de 1989.
- [37] STS de 4 de diciembre de 1989.
- [38] STS de 28 de febrero de 1990.
- [39] STS de 8 de marzo de 1990.
- [40] STS de 9 de noviembre de 1990.
- [41] STS de 21 de febrero de 1991.
- [42] STS de 20 de marzo de 1991.
- [43] STS de 11 de abril de 1991.
- [44] STS de 10 de junio de 1991.
- [45] STS de 23 de julio de 1991.
- [46] STS de 5 de septiembre de 1991.
- [47] STS de 23 de septiembre de 1991.
- [48] STS de 27 de noviembre de 1991.
- [49] STS de 7 de febrero de 1992.
- [50] STS de 22 de mayo de 1992.
- [51] STS de 28 de junio de 1992.
- [52] STS de 22 de julio de 1992.
- [53] STS de 16 de octubre de 1992.
- [54] STS de 2 de abril de 1993.
- [55] STS de 18 de mayo de 1993.
- [56] STS de 9 de febrero de 1994.
- [57] STS de 14 de junio de 1994.
- [58] STS de 17 de junio de 1994.
- [59] STS de 22 de julio de 1994.
- [60] STS de 18 de noviembre de 1994.
- [61] STS de 20 de febrero de 1995.
- [62] STS de 18 de marzo de 1995.
- [63] STS de 29 de junio de 1995.
- [64] STS de 5 de julio de 1995.
- [65] STS de 29 de enero de 1996.
- [66] STS de 21 de junio de 1996.
- [67] STS de 23 de julio de 1996.
- [68] STS de 8 de noviembre de 1996.
- [69] STS de 20 de noviembre de 1996.
- [70] STS de 30 de noviembre de 1996.
- [71] STS de 4 de diciembre de 1996.
- [72] STS de 24 de febrero de 1997.
- [73] STS de 26 de febrero de 1997.
- [74] STS de 12 de mayo de 1997.
- [75] STS de 1 de julio de 1997.
- [76] STS de 5 de julio de 1997.
- [77] STS de 28 de noviembre de 1997.
- [78] STS de 31 de enero de 1998.
- [79] STS de 20 de febrero de 1998.

- [80] STS de 30 de mayo de 1998.
- [81] STS de 18 de julio de 1998.
- [82] STS de 4 de diciembre de 1998.
- [83] STS de 7 de diciembre de 1998.
- [84] STS de 18 de diciembre de 1998.
- [85] STS de 22 de enero de 1999.
- [86] STS de 13 de marzo de 1999.
- [87] STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 23 de abril de 1999.
- [88] STS de 9 de julio de 1999.
- [89] STS de 18 de septiembre de 1999.
- [90] STS (Sala Contencioso-Administrativo) de 24 de septiembre de 1999.
- [91] STS de 30 de marzo de 2000.
- [92] STS de 16 de mayo de 2000.
- [93] STS de 16 de octubre de 2000.
- [94] STS de 31 de octubre de 2000.
- [95] STS de 21 de diciembre de 2000.
- [96] STS de 17 de abril de 2001.
- [97] STS de 8 de noviembre de 2001.
- [98] STS de 30 de enero de 2002.
- [99] STS de 28 de febrero de 2002.
- [100] STS de 2 de abril de 2002.
- [101] STS de 8 de julio de 2002.
- [102] STS de 13 de julio de 2002.
- [103] STS de 24 de julio de 2002.
- [104] STS de 23 de octubre de 2002.
- [105] STS de 24 de diciembre de 2002.
- [106] STS de 21 de febrero de 2003.
- [107] STS de 20 de marzo de 2003.
- [108] STS de 12 de mayo de 2003.
- [109] STS de 7 de noviembre de 2003.
- [110] STS de 20 de noviembre de 2003.
- [111] STS de 27 de noviembre de 2003.
- [112] STS de 2 de abril de 2004.
- [113] ATS de 4 de junio de 2004.
- [114] STS de 10 de junio de 2004.
- [115] STS de 25 de junio de 2004.
- [116] STS de 30 de septiembre de 2004.
- [117] STS de 11 de octubre de 2004.
- [118] STS de 25 de octubre de 2004.
- [119] STS de 27 de octubre de 2004.
- [120] STS de 11 de noviembre de 2004.
- [121] STS de 18 de febrero de 2005.
- [122] STS de 22 de abril de 2005.
- [123] STS de 7 de junio de 2005.
- [124] STS de 29 de septiembre de 2005.
- [125] STS de 3 de octubre de 2005.

- [126] STS de 18 de octubre de 2005.
- [127] STS de 14 de diciembre de 2005.
- [128] STS de 12 de junio de 2006.
- [129] STS de 3 de noviembre de 2006.
- [130] STS de 21 de marzo de 2007.

RESUMEN

CONDICIONES GENERALES

Las condiciones generales representan un fenómeno emergente dentro de las modalidades modernas de la contratación. Frecuentemente se ha observado su incidencia bajo el prisma de los perjuicios jurídicos que pueden implicar, en la medida que se trata de cláusulas proclives al abuso, por ser impuestas por una parte y en uso de una superioridad sobre la otra. Sin embargo, tampoco cabe desconocer las indudables ventajas que despliegan, pues facilitan un mejor acceso al mercado de grandes capas de población que, de otra manera, lo tendrían por motivos económicos impedido. Esta perspectiva es la que justifica la eficacia jurídica que se les otorga y que aquí estudio. A este propósito, se barajan los elementos característicos del discurso jurídico, desde una óptica eminentemente práctica: la implantación efectiva de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, con sus reformas en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el debate suscitado en la doctrina científica y su aplicación por la jurisprudencia de los tribunales españoles y comunitarios.

ABSTRACT

GENERAL CONDITIONS

General conditions are an emerging phenomenon within the modern modes of contracting. Frequently their impact has been observed through the lens of the legal prejudice they may involve, whereas general conditions do tend to be abusive, since they are imposed by one party from a position of superiority over the other party. However, it is not good to neglect their indubitable advantages, as they facilitate better access to the market for vast layers of the population who would otherwise be stymied for economic reasons. This perspective is the one that justifies the legal efficacy general conditions enjoy, which is the subject of study herein. For this purpose, the elements characteristic of legal discourse are handled with an eye to the eminently practical: the effective introduction of the Act on general contracting conditions, with its reforms in the Revised General Act for Consumer and User Defence, the debate aroused in scientific doctrine and application through Spanish and Community court case law.

(Trabajo recibido el 22-11-07 y aceptado para su publicación el 01-02-08)