

Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España (1)

SUMARIO: I. **PREAMBULO.**—II. **DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LOS CONTRATOS. POLITICA JURIDICA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y REVISION DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN ESPAÑA.**—III. **BUENA FE Y JURISPRUDENCIA SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS. UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE BUENA FE APLICADO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS:** a) **PREMISAS.** b) **APROXIMACIONES DOCTRINALES.** c) **POSICIÓN ADOPTADA COMO PUNTO DE PARTIDA.** d) **CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: SU APLICACIÓN POR JUECES Y TRIBUNALES.**—IV. **EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS:** a) **EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONTROL DEL CONTENIDO: EL CONCEPTO DE LA BUENA FE.** b) **TEORÍA SINTETIZADORA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL.** c) **OTRAS PAUTAS COMPLEMENTARIAS EN EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.** d) **BREVE CONSIDERACIÓN PARTICULAR SOBRE EL ARTÍCULO 3.3.º DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO.**

I. PREAMBULO

Se viene subrayando con acierto que uno de los temas de más honda trascendencia, dentro del actual proceso de transformación del *Derecho Privado Patrimonial*, es el que afecta a las condiciones generales de la contratación, y esto en razón de la especial incidencia que puede tener dentro del conjunto del *Derecho de los Contratos*, cuya legislación permanece anclada en los mismos presupuestos liberales e individualistas de antaño, tal y como fueron sancionados o recogidos en los decimonónicos Códigos de Comercio y Código Ci-

(1) Este trabajo forma parte de un estudio más amplio financiado por la **Dirección General de Enseñanza Superior** bajo el título «Problemas actuales del Derecho de sociedades y de la contratación en el sector servicios», dentro del *Programa Sectorial de Promoción General del Conocimiento (Proyecto PB 96-0548)*.

vil (2). No cabe duda que algunos de aquellos presupuestos sobre los que se fundamentaba la propia concepción del contrato por parte de los codificadores está sufriendo, desde hace ya bastantes años, una revisión paulatina y, tal vez, soterrada, merced a las cambiantes circunstancias del tráfico jurídico, uno de cuyos pilares básicos es el de las condiciones generales y todo lo que con ellas va anejo. En todo caso puede decirse, sin temor a exagerar, que estamos ante una de las reformas más importantes del *Derecho de los contratos*, por cuanto que, según el parecer de algunos, se trata de la norma más importante del Derecho contractual desde la misma publicación del Código Civil (3).

Mucho se ha escrito también sobre las condiciones generales de la contratación, sin que en nuestro país se haya llegado a aprobar un texto legal sobre el particular sino desde hace tan sólo unos días. Ha sido precisamente la legislación comunitaria la excusa que enfrió en un postrer momento los intentos por llevar a buen puerto el último Anteproyecto legal que venía divulgándose oficiosamente desde 1992 (4). En efecto, fue precisamente la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, la que pospuso por esas fechas los intentos de reforma, y todo ello en aras, precisamente, de dar una solución unitaria a una serie de problemas que afectan a uno de los núcleos fundamentales de la *Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984* (en adelante LCU), y que no es otro que el de las cláusulas abusivas. Parece que con ocasión de la necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, en lo atinente a las cláusulas abusivas, se ha pretendido aprovechar para introducir *ex novo* en nuestro ordenamiento, de una vez por todas, la que ya se denomina *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación* (en adelante LCGC) (5). Es oportuno

(2) Por todos puede verse en E. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, págs. 25 y sigs., y *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 53 sigs.

(3) El juicio es del actual Director General de Registros y Notariado, L. M. CABELLO, en un artículo publicado en el diario *Expansión*, «Proteger a los consumidores de la letra pequeña», 30 de enero de 1997, pág. 42, y lo recoge ALFARO, «El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, 67, 1997, pág. 859. Desde muchos años antes, en 1980, ya se viene apuntando que el tema de las condiciones generales y las cláusulas abusivas en materia de prestación, cumplimiento o responsabilidad en el contrato, constituye el *núcleo central* de la problemática contractual de la protección del consumidor (cfr. E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 89).

(4) Nos referimos al Anteproyecto presentado el 16 de noviembre de 1991 al Ministerio de Justicia, y al parecer elaborado por la Dirección General de Registros y del Notariado, publicado por LASARTE, *Principios de Derecho Civil*, «Contratos», tomo III, 1996, págs. 85 y sigs.

(5) Esta Ley acaba de aprobarse en la Sesión Plenaria del Congreso de los Diputados del pasado 26 de marzo, y aparece publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, número 89,

tuno reseñar también que ya se habían alzado, antes de su publicación, voces discrepantes que hubieran preferido, dado el reducido ámbito de aplicación en el que se ha realizado esta reforma (relaciones entre empresarios y consumidores), que la misma hubiera afectado exclusivamente a la LCU, dándose tan sólo una nueva redacción a los artículos 10, 11 y 12 de ésta, dejando totalmente al margen la creación de una LCGC en España (6).

En cualquier caso la reforma de las *cláusulas abusivas* en nuestro Derecho obedece tanto a un imperativo legal comunitario como a un sentir casi generalizado de la doctrina iusprivatista (civilista y mercantilista), y que muy bien podría haberse abordado de manera independiente y separada del problema de las condiciones generales. Así todo, la recién aprobada LCGC, de 13 de abril de 1998, ha delimitado previamente los ámbitos de la reforma proyectada, y ha dejado bien claro que las cláusulas abusivas, aun cuando pueden ser una de las causas que pueden determinar la nulidad de una condición general, tienen su *ámbito propio* dentro de la reforma de la legislación vigente sobre protección del consumidor. Puede decirse, en consecuencia, que la nueva Ley excluye de su competencia aquellos supuestos en los que el adherente no sea un *consumidor*, en concordancia con la propia Directiva 93/13/CEE de 1993, porque a su juicio esto podría introducir un factor de rigidez no aconsejable desde una perspectiva de competitividad empresarial (7).

de 14 de abril de 1998, págs. 12304-12314 (El resultado de la votación fue el siguiente, votos emitidos: 315; a favor: 180; en contra: 127; abstenciones: 8).

(6) Tal es la última propuesta por la que se inclina ALFARO, quien criticó abiertamente el último Proyecto de Ley publicado el 5 de septiembre de 1997 en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 78-1. Para éste, el juicio global que le merecía el Proyecto —*hoy LCGC*— era bien severo: «esta Ley exigirá de nuestros operadores jurídicos un análisis muy costoso, aumentará las probabilidades de decisiones judiciales erróneas y perjudicará notablemente a nuestras empresas, expuestas, a partir de su promulgación, al chantaje permanente por parte de *querulantes* que encontrarán en ella un medio de vida» (cfr. ALFARO, «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, 67, 1997, págs. 861, 870, 893 y sigs.).

(7) Cfr. Exposición de Motivos de la Ley sobre CGC de 13 de abril de 1998, que, en este punto, coincide exactamente con lo expresado en el mismo Proyecto de Ley de CGC, Boletín Oficial Cortes Generales (BOCG), de 5 de septiembre de 1997. Asimismo en la *Memoria* que acompañaba al Proyecto de Ley de 1997, se explicaba la razón por la que éste no incorporaba en ese único texto sobre condiciones generales su regulación específica y la de las cláusulas contractuales abusivas, argumentando que la cláusula abusiva, sin perjuicio de que sea una de las causas que pueden determinar la nulidad de una condición general, merece una disciplina que no encaja dentro de las condiciones generales de la contratación; se recordaba que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio en la legislación sobre protección del consumidor, y en la misma Exposición de Motivos del Proyecto, que se repite en la Exposición de Motivos de la nueva Ley de CGC, se afirma que «el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes o servicios objeto del contrato, sino *cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a*

Con todo, es muy discutible el procedimiento de técnica legislativa utilizado para esta reforma, ya que dentro del Proyecto presentado en su día en el Congreso de los Diputados como de *Condiciones Generales de la Contratación* se incluyó, al mismo tiempo y al margen de la regulación de éstas, la transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas, y se hizo, curiosamente, a través de unas disposiciones adicionales a ese Proyecto, lo cual es ciertamente llamativo, máxime aún cuando ni tan siquiera en la rúbrica del propio Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se hacía mención de una reforma tan trascendente como la que afectaba a las cláusulas abusivas, lo que desde el punto de vista meramente formal ya hubiera sido de suyo exigible (8).

Por otra parte, parece claro que la nota de *abusividad* se puede predicar tanto de las cláusulas contractuales en general como de las condiciones generales en particular, bastando solamente, a tal efecto, con la ausencia de negociación individual. Pero el hecho de que las cláusulas abusivas tengan su *ámbito propio* en relación con los *consumidores* no quiere decir, en modo alguno, que en las condiciones generales entre profesionales o empresarios no pueda darse un *abuso* de posición dominante (9).

Las cuestiones que afectan a las cláusulas abusivas no son nuevas, pero sí se han puesto de mayor actualidad en nuestro país merced a la aprobación, como apuntamos, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de

su *actividad profesional*», expresión esta que, a juicio DE ANGEL YAGÜEZ, no parece «que implique hablar de dos *categorías* o conceptos diferentes, en relación con el artículo 1.2 de la LCU» (cfr. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 1997, pág. 2839).

(8) Ha criticado recientemente este hecho DE ANGEL YAGÜEZ, quien muestra una opinión decididamente contraria a esta técnica legislativa (hacer una reforma tan importante a través de una Disposición Adicional), a la cual califica de pintoresca, absurda y peligrosa. En este punto rememora con tino, haciendo parangón con ella, la desdichada introducción dentro del régimen de responsabilidad civil del sistema de «haremos» vinculante para los jueces a través, también, de una Disposición Adicional de una Ley, aunque con un objeto propio bien distinto, como es la de *Ordenación y supervisión del Seguro Privado* de 1995. A su juicio, hubiera sido deseable y más correcta una reforma por separado a través de dos Leyes diferentes: una para las condiciones generales y otra para las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (cfr. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 1997, págs. 2833-2834).

(9) En la propia Exposición de Motivos de la LCGC de 13 de abril de 1998, al referirse a la abusividad, se dice que «puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predisuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse», y a continuación se añade, desarrollando la idea expuesta más arriba dentro del texto principal, que «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*», para la que «habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas».

1993, que ha venido a aportar nuevos elementos a una discusión que ya estaba en curso en nuestro país desde la década de los setenta con la redacción de los sucesivos Anteproyectos sobre Condiciones Generales de la Contratación. Uno de esos presupuestos, que hoy ya no es posible obviar es, precisamente, nos guste o no, que la reforma de la *Ley de Consumidores y Usuarios*, en esta materia de las cláusulas abusivas, ha ido a rastras de la nueva *Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (10), y todo ello dentro del marco legal postulado por el que viene denominándose *movimiento* de defensa de los consumidores y usuarios (11). No cabe duda que desde esa óptica tuitiva del consumidor se han venido revisando los medios de protección que proporcionaban los Códigos tradicionales frente a las cláusulas abusivas unilateralmente insertas en los contratos (12). Pero al mismo tiempo pensamos que conviene dejar bien sentado, con carácter previo, algunas de las fracturas metodológicas y dogmáticas del denominado *Derecho de los Consumidores*, por cuanto que éstas pueden afectar directa o indirectamente a todo el *Derecho de la Contratación* (13). Una vez analizadas esas disfunciones o fracturas pasaré a analizar el problema central de este estudio, esto es, el control general de las cláusulas abusivas.

(10) Así se recogía ya en el párrafo 2.º de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación del Ministerio de Justicia de 20 de enero de 1977, y se recoge sin modificaciones en la LCGC de 13 de abril de 1998.

(11) Desde esta perspectiva, esto es, del redescubrimiento del viejo conflicto de intereses, en la segunda mitad de este siglo, entre el interés privado del empresario y el del consumidor en cuanto *colectividad*, y del reconocimiento de la situación de eventual indefensión de esta colectividad cuando contrata individualmente con la empresa organizada, se ha llegado a poder decir que todo, hoy en día, viene a ser derecho del consumidor (cfr. E. POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 21-22).

(12) En este sentido se pronuncia, entre otros, E. POLO, *Protección del contratante...*, *ob. cit.*, 1990, pág. 56, y *Protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 53 y sigs. Así, por ejemplo, se hablaba de introducir reformas en orden a propugnar una aplicación de la institución tradicional de los *vicios del consentimiento* de una forma más flexible, menos rigurosa o más favorable al consumidor.

(13) En este sentido son particularmente elocuentes las críticas de algunos autores a este *movimiento* en favor de los consumidores, en lo que pueda tener de tergiversador de una serie de principios jurídicos, que, o bien son utilizados inapropiadamente, o bien son objeto de una argumentación falaz o parcial. De una forma sucinta pueden verse las opiniones del profesor ALFARO en el *Anuario de Derecho Civil*, *Al* (1994), págs. 305-323.

II. DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LOS CONTRATOS. POLITICA JURIDICA SOBRE PROTECCION DEL CONSUMIDOR Y REVISION DEL DERECHO DE LA CONTRATACION EN ESPAÑA

Partimos del presupuesto de que el denominado *Derecho del Consumo* (14) pretende, tal y como se vienen desencadenando los acontecimientos en el momento presente, alcanzar el mayor grado de competencias que le sea posible, y esto acontece en buena medida por la facilidad con que el legislador comunitario tiene entrada por esta vía a un terreno que, tal vez por otros derroteros, le aparecería vedado o le sería más dificultoso de acceder. En fin, a fuer de ser excesivamente simplificador, puede entenderse que, según sea la política legislativa de protección del consumidor, podrá llegarse a una serie de consecuencias más o menos respetuosas con los principios básicos o motores de la llamada Constitución Económica de nuestro país, y, más particularmente con el principio de autonomía individual o privada (15).

Algunos entienden razonablemente que el legislador comunitario debería limitarse a establecer las *bases* de política legislativa de la *materia* que pretenda armonizarse y aproximarse entre los Estados miembros, respetando, en todo lo demás, la autonomía de las legislaciones nacionales. De esta manera, en lugar de lo que conocemos actualmente dentro del mecanismo legislativo supranacional, hubiera bastado, para ese fin *armonizador*, con una *orden*

(14) Conviene andar precavidos con el contenido de lo que los distintos autores piensen que se esconde detrás de la expresión *Derecho del Consumo*, por cuanto que la protección y defensa del consumidor es una finalidad que se contiene en muchas y muy diversas normas del ordenamiento jurídico. En este sentido compartimos la prevención de ALFARO cuando sostiene que, decir que todo el Derecho que regula la actividad económica como producción e intercambio de bienes y servicios (Derecho de la competencia, Derecho contractual, Derecho de la responsabilidad, etc.) es funcionalmente *Derecho del Consumo*, viene a ser simplemente una *etiqueta* que no comporta decir prácticamente nada. Siguiendo este razonamiento se pregunta que si se admite la existencia de un Derecho del Consumo, ¿por qué no admitir también la existencia de un Derecho de los ancianos, puesto que el artículo 50 de la CE ordena a los poderes públicos que promuevan el bienestar de los mayores y nos parece evidente que la protección de la tercera edad es un principio vigente en nuestro Derecho, o de un Derecho de la juventud o de los minusválidos? Para este autor carece de cualquier justificación dogmática o funcional la construcción del *Derecho del Consumo* como una categoría jurídica, y los esfuerzos de cierto sector doctrinal de construir la categoría del Derecho del Consumo como una categoría «funcional» le parecen, en el mejor de los casos, un esfuerzo inútil (cfr. *Nota crítica. Anuario de Derecho Civil*, 1993, fasc. I, págs. 300 y 301).

(15) Cfr. J. AVILÉS, «Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España», en *Noticias de la Unión Europea*, 134, 1996, págs. 19-33, donde se aboga por la tendencia que pretende enmarcar esa política legislativa dentro de un cabal entendimiento de las reglas del mercado y de la competencia, conjugando el respeto a los principios tradicionales con la necesidad de introducir los cambios legislativos pertinentes en materia de contratación.

genérica del legislador comunitario que obligara a los Estados miembros a proteger a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y que les garantizara, además, que podrán oponer su nulidad cuando se pretenda su cumplimiento por el predisponente (16).

La crítica a la formulación más al uso del *Derecho del consumo* se hace pensando que la construcción de éste como categoría jurídica carece de una convincente justificación dogmática o funcional. En este sentido se le viene achacando a este *Derecho de Consumo*, en cuanto tal, una carencia de dogmática propia, y ello por cuanto que no es posible formular en torno a él —al menos hasta el momento no se ha realizado— una serie de principios que puedan ser aplicables a aquellas relaciones y que, en líneas generales, todos admiten estar comprendidas dentro de su ámbito propio, al tratarse de los intereses de los consumidores (17).

El principio de autonomía privada entendido como poder de autogobierno sobre los propios fines, intereses o aspiraciones es el fundamento de la *teoría general del contrato*, tal y como aparece en los textos legales codificados de nuestro país y en los de ámbito social y cultural más avanzados. Asimismo, este principio, sin duda el de mayor vitalidad de todos los recogidos en nuestros textos codificados —*Código Civil* y *Código de Comercio* sustantivamente—, tiene su razón de ser en aquello que es o que constituye una forma básica del vivir social, o dicho en otros términos precisos, la forma jurídica por la que la persona crea en sociedad el mundo de situaciones jurídicas en que vive (18).

(16) Esta es la posición de ALFARO, para quien de ser éste el contenido de la Directiva (meras *bases generales*), la doctrina y la jurisprudencia nacionales no darían tanta importancia al tenor literal de la Directiva como medio interpretativo, ahorrándonos así quebraderos de cabeza y recursos perjudiciales sin perder en efectividad (cfr. *Directivas «a la carta»*, *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo 1997, pág. 9). En el mismo sentido, aunque ahora referido al legislador interno, se ha criticado que en el Proyecto de 5 de septiembre de 1997 se introduzca una burocracia en el Derecho Privado totalmente innecesaria (*Registro de condiciones generales*) y se dote de poderes ilimitados a la Administración en un ámbito protegido por la libertad contractual (cfr. ALFARO, «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 1997, pág. 862).

(17) El principal, y al parecer único, principio aducido por los debeladores del *Derecho de Consumo* es el denominado principio *pro consumatore*, que carece, en opinión de algunos autores, de entidad doctrinal suficiente, y que no puede solucionar cuáles sean los intereses legítimos de los consumidores —en los términos del artículo 51 CE— y a través de qué mecanismos han de protegerse (ALFARO, *Nota crítica*, *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fasc. II, pág. 316). Por otra parte, la afirmación de algunos de que el Derecho de Consumo «se superpone perpendicularmente, atravesándolos, a las disciplinas jurídicas tradicionales» (cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *ob. cit.*, pág. 120) no es más que un recurso retórico con tintes geométricos o, en el mejor de los casos, una construcción desproporcionada e interesada (cfr. ALFARO, *Nota crítica*, *Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, págs. 300 y sigs.).

(18) Esta es expresión literal acuñada con fortuna por el profesor Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 126 y sigs. En general, los

Con pocas palabras puede afirmarse que la justificación de la teoría general del contrato no puede hacerse sin este referente preciso al respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad. Este postulado supone, a fin de cuentas, un respeto a las libres decisiones o acuerdos de las personas sin tener que recurrir inopinada e injustificadamente a las imposiciones arbitrarias o basadas en un mero argumento de autoridad (19).

Por otra parte esta libertad, dentro del contrato, viene siendo entendida por la doctrina más autorizada en un sentido muy amplio: libertad para constituir o no una relación contractual, libertad para elegir uno u otro tipo contractual, libertad para modificar el contenido legal de los contratos. Libertad de contratación que no es omnímoda en cualquier caso, pero que necesita ser reivindicada frecuentemente merced a un fenómeno económico consustancial al capitalismo: la producción en masa de bienes o servicios (*estandarización* de la materia contractual) y la búsqueda constante de unos destinatarios (consumidores o clientes) a los que satisfacer en sus legítimos intereses económicos (20). Pero si bien esta libertad, en el ámbito de la defensa de los consu-

iusprivatistas han venido señalando que el concepto esencial, dentro de esta materia, reside en la noción de libertad contractual, entendida como una palanca suprema de toda la vida social y jurídica que domina por entero la formación del contrato (por todos puede verse, POLO, *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 24, que recoge la tendencia que ya había sido apuntada con anterioridad por los profesores Ossorio y Lalaguna, entre otros).

(19) Cfr. artículo 10 de la Constitución Española. El argumento de incrementar el Derecho imperativo en perjuicio del meramente dispositivo como paso para aumentar la protección del consumidor debe tamizarse en el sentido que lo hace, por ejemplo, POLO, cuando sostiene que tan sólo debemos referirnos (tanto en lo que se refiere a disposiciones generales de los contratos como a contratos específicos) a aquellas normas imperativas en las que la Ley limite el poder de determinación de las partes en cuanto al contenido del negocio, bien prohibiendo determinados pactos o cláusulas, bien determinando coactivamente su contenido o parte de él. A su juicio, no hay que referirse ni a aquellas normas imperativas que limiten la libertad contractual, bien prohibiendo la realización de determinados negocios, bien imponiendo en determinados casos la obligación de contratar (contratos forzosos), ni tampoco a aquellas otras normas imperativas que se derivan de exigencias de orden estructural y formal, y que son las que determinan la validez y la eficacia del contrato (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 89, 109, nota 122).

(20) Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, 1993, págs. 130 y sigs. Ahí se explica, precisamente, el mecanismo tradicional ideado por el Derecho a través de la institución del contrato como acuerdo de voluntades, al que, para coordinar intereses en conflicto, llegan libremente dos o más personas que se encuentran situadas en un plano de igualdad, en lo que el propio Díez-Picazo denomina *contrato por negociación*, y que se entiende que ha cambiado, merced a la propia dinámica interna del capitalismo. Este determina el fenómeno de la producción en masa de bienes o servicios y la necesidad de una ampliación o ensanchamiento del círculo de los posibles clientes o destinatarios de los bienes o servicios producidos. Y es este mismo capitalismo avanzado el que fuerza al empresario a una producción masiva, determinada con la mayor probabilidad posible antes de conocer el número real de los eventuales clientes, y a los que se hace necesario captar a través

midores, no es otra cosa que la libertad del individuo, y su protección no es sino la protección de la persona, no podemos caer en la *falacia pandectista*, esto es, pensar que lo que se ventila en el contrato es únicamente el interés individual de cada una de las partes. El conflicto de intereses entre dos contratantes individuales no es frecuentemente sino la manifestación aislada del conflicto entre dos intereses de grupo: el de empresarios o productores, por un lado, y el de consumidores o usuarios, por otro (21).

Desde otra perspectiva bien distinta podemos encontrarnos con la postura de aquellos otros que piensan que la libertad contractual consagrada en los Códigos produce resultados injustos, y esto por cuanto que entienden que la desigualdad de poder económico de los contratantes (empresarios y consumidores) no puede permitir que funcione esa libertad correcta y adecuadamente dentro del mercado. Tanto es así que, para las personas que piensan de esta manera quedará justificada, desde todos los puntos de vista, una intervención legislativa que limite o cercene esa libertad contractual, tratando de este modo imponer a las partes contratantes aquellos resultados que el legislador y los jueces consideren justos. Sucintamente puede decirse que el nervio de la cuestión que aquí planteamos es saber hasta qué punto los lógicos criterios de racionalización y organización, dentro de un mercado libre y abierto, pueden justificar la intervención de los poderes públicos para hacer respetar los acuerdos de voluntades a los que, libremente, pueden llegar dos o más personas. De lo que no cabe duda es que, por encima de la autonomía privada (*el contrato es ley privada entre las partes contratantes*), debe de existir e imponerse otra ley con carácter general e imperativo, independiente de la voluntad de las partes, y cuya misión consista en proteger la libertad de contratar, impidiendo el abuso de una parte sobre la otra y eliminando, en la medida de lo posible, los efectos del eventual desequilibrio económico de las partes contratantes (22).

Pero para contestar a la pregunta anterior podemos apuntar, por un lado, que la intervención del legislador en favor de la calidad de vida de las personas es una función encomiable e insustituible del llamado *Estado social de Derecho* (23), lo cual tiene además una operatividad precisa a través del tan

de fenómenos muy singularizados como el *marketing* y la publicidad. Así es como se acaba erosionando indefectiblemente, a juicio de ese profesor, la idea del contrato como *contrato por negociación*.

(21) Por todos puede verse, POLO, para quien sí, en un sentido amplio y un tanto equívoco, todos somos consumidores, el interés del consumidor es el *interés público de la colectividad* que, arbitrariamente, a causa de la libertad contractual y de la ficción que representa el disfrazarlo de interés individual, cede repetidamente en la dogmática tradicional frente al interés privado del empresario (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, pág. 88).

(22) Cfr. E. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, pág. 30.

(23) Cfr. artículo 1 de la Constitución Española.

recurrente y ambiguo principio de protección del consumidor (principio *pro consumatore*). Por otra parte, habría que señalar que la tendencia a proteger a *la parte más débil*, dentro del contrato, es también deseable dentro de las más elementales normas de justicia conmutativa. Pero lo que ya no parece aceptable sería tratar de superponer de modo arbitrario ideas dudosamente compatibles entre sí, haciendo uso de una serie de principios inmanentes al sedicente *Derecho de los consumidores*, e invocando el tan socorrido principio *pro consumatore*. De esta manera podría estar dándose, en ocasiones, carta de naturaleza a una intervención desmesurada del poder legislativo y administrativo en ciertos ámbitos en los que el propio mercado sería el encargado *natural* de imponer sus propias normas y criterios.

En todo caso, lo que sí parece que está cada vez más diáfano es que el *Derecho de los contratos*, tanto en España como en los países de nuestra misma cultura jurídica, se encuentra a remolque de la economía de mercado imperante, así como de la utilización que ésta viene haciendo del principio de autonomía privada, y que, hoy por hoy, es el principio de mayor fortaleza entre todos aquéllos que vienen recogidos en nuestros textos codificados. En este sentido puede afirmarse que, dentro de esta paulatina reforma de la contratación, pueden llegar a tener un papel preponderante aquellas ideas que afecten al mismo y que están íntimamente trabadas, no ya sólo al denominado *Derecho del Consumo* sino también al *Derecho de la Competencia*, por lo que puede decirse que de aquí podrán extraerse también algunas de las reglas básicas de funcionamiento del mercado a través del libre intercambio de bienes y servicios (24).

Pensamos que el legislador debe mostrarse precavido a la hora de proteger a los consumidores. El logro o consecución de unos fines justos o, en otras palabras, la protección de sus legítimos intereses, no puede hacerse a costa de la desnaturalización progresiva del principio de autonomía de la voluntad. El recurso a la normativa imperativa será congruente tan sólo ante la inoperancia de la autonomía de la voluntad o, en su defecto, del derecho dispositivo.

(24) En este sentido puede verse R. BERCOVITZ, *La reforma del Derecho de la contratación en España, Ponencias del Congreso de Zaragoza*, 1993. Aquí, el propio autor plantea el hecho de que los empresarios deben estar protegidos frente a las condiciones generales abusivas. Ahora bien, a su juicio, no resulta tan claro que la protección de éstos deba ser la misma que la prevista para los consumidores. De este modo, mientras el consumidor se limita a consumir, el empresario será un sujeto que ha tomado la determinación de actuar en el mercado con ánimo de lucro. Y es, precisamente, abundando en esta diferencia cualitativa cuando Bercovitz se plantea con agudeza en qué medida los empresarios no quedan suficientemente protegidos frente a las condiciones generales abusivas y a los eventuales abusos contractuales más relevantes tal y como viene perfilados en el *Derecho de la Competencia*. Este Derecho de la Competencia, a su entender, se perfila así hoy en día como el derecho de protección del empresario por su cualificación, frente al consumidor, al actuar aquél dentro del mercado con ánimo de lucro (cfr. págs. 244 y 245).

Dentro de esta argumentación convendría rescatar en muchos casos el sentido que debe tener el derecho dispositivo, y ello por cuanto que puede servir de pauta para declarar a menudo el carácter abusivo o no de una cláusula de un contrato. *Mutatis mutandis*, podría decirse también lo mismo de las normas imperativas, en cuanto que de ellas pueden extraerse, en ocasiones, las pautas que permita calificar la abusividad de ciertas cláusulas de los contratos; no en vano, también la norma imperativa debe de recoger o plasmar la conciencia social de la época en que se legisla y los principios de equidad que deben regir entre las partes contratantes (25).

Por otro lado se ha apuntado recientemente, y presumo que esto acontecerá cada vez con mayor fuerza, que la idea de la protección de *la parte más débil* dentro del mercado (26), esto es, del consumidor, está en buena parte fundamentada en una falacia. El razonamiento utilizado para desmascarar ésta podría sintetizarse, en pocas palabras, de la manera siguiente: la libertad contractual, tal como aparece regulada en las normas y en los textos legales decimonónicos produce hechos y situaciones *injustas* dentro de las relaciones contractuales, con lo que se hace necesaria la intervención legislativa del Estado para corregir esas deficiencias e injusticias. Vistas así las cosas me parece aceptable, desde el punto de vista crítico, la idea de los que piensan que esta argumentación, en muchos casos, puede esconder una falacia que está fundamentada en un apriorismo ideológico no demostrado científicamente, y que consiste, precisamente, en pensar que el con-

(25) La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, presupone que las condiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas (*Considerando 13*). Esta presunción, en virtud de la cual las normas imperativas no contienen cláusulas abusivas, incluye también dentro de ella todas aquellas «normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo» (*Considerando 13*). Para J. DUQUE, con razón, «esta explicación interpretativa de la norma puede alcanzar una gran importancia práctica (...)», ya que, a su entender, «la función del derecho dispositivo, como modelo adoptado por el legislador, es recoger la conciencia social de la época en que se legisla y los principios de equidad entre las partes contratantes. Ciertamente que las partes pueden excluir su aplicación en un contrato determinado —generalmente mediante los contratos de adhesión o de cláusulas generales de la contratación—, pero la existencia de estas disposiciones legales marcan una pauta que puede servir para declarar el carácter abusivo de una disposición al confrontarlo con la normativa legal de carácter dispositivo» (cfr. DUQUE DOMÍNGUEZ, «Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y la contratación bancaria», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, tomo I, 1994, pág. 658).

(26) En España, una de las formulaciones más recientes con apoyatura en esta idea de protección de la parte más débil como justificadora de la intervención de los poderes públicos y de la legitimación a ultranza del Derecho del consumo, puede encontrarse en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones», en *Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo I, págs. 31 y sigs.

sumidor está subordinado *estructuralmente* al empresario por el mero hecho de constituir siempre *la parte más débil* dentro de la relación jurídica. Este razonamiento anterior se complementa, a su vez, con la idea de que, en estas circunstancias, la solución vendría dada por la creación de un *Derecho perfecto* que vendría siempre a corregir las deficiencias de un *mercado imperfecto*. Pues bien, no participo de la idea de que este Derecho sea siempre perfecto y de que el mercado, por las razones aludidas y no por otras diferentes que puedan esgrimirse, sea siempre imperfecto. El Derecho no puede suplantar siempre y en cualquier caso al mercado como parece querer afirmarse; al menos no pueden otorgársele efectos *cuasitaumatúrgicos* siempre y ante cualquier supuesto. Por otra parte, la idoneidad acerca de la aplicación del Derecho en un ámbito determinado del mercado requerirá una demostración, en cada caso particular y específico, sobre las consecuencias que la misma puede acarrear dentro de ese campo. En último lugar, tampoco parece que se pueda atribuir al mercado, sin demostración previa, un estado de imperfección consustancial que haga necesario subsanar constantemente esos defectos y lagunas con el recurso reiterado y sucesivo a las normas legales (27).

A los que argumentan de esa manera —*Derecho perfecto, mercado imperfecto*— se les puede responder afirmando que un funcionamiento eficiente y transparente del mercado es, en muchas ocasiones, el que mejor garantiza la defensa de los intereses legítimos de los consumidores. De este modo, ante un fallo o deficiencia del mercado (monopolio, defecto de información, etc.) lo que procederá será valorar si los costes de esa deficiencia superan a los costes que la intervención legislativa puede provocar. Lo que quiere decirse, en suma, es que la justicia objetiva del contrato (*equivalencia de las prestaciones*) viene determinada sustantivamente por el mercado y no por el Derecho, por muy perfecto que sea éste. El Derecho tiene la función de facilitar y encauzar tan sólo, lo que no es poco, la

(27) Entre otros, ésta es la postura tajante, a la que me sumo, de J. ALFARO, quien de modo gráfico denomina a esa argumentación *falacia del Nirvana*, siguiendo la expresión terminológica ya recogida por H. DEMSETZ. Afirma ALFARO, con toda claridad, que «la libertad del consumidor y sus intereses los protege el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, y el Derecho tiene como tarea garantizar dicho funcionamiento o sus resultados cuando la (falta de) competencia entre oferentes no garantice la soberanía del consumidor (fallos del mercado, monopolios, defectos de información, etc.). Pero no es científico afirmar que el consumidor está subordinado *estructuralmente* a las empresas, sin que tales afirmaciones se acompañen de los estudios económicos correspondientes que sustenten tal afirmación» (*Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, págs. 301 y sigs.; *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, págs. 307 y sigs.). Esta falacia ya se encontraba formulada, como decíamos, en H. DEMSETZ, *Información y eficiencia: otro punto de vista*, en D. M. LAMERTON (ed.), *Economía de la información y del conocimiento*, México, 1977 [aparecido por primera vez en *Information and Efficiency: Another Viewpoint*, J. L. & Econ, 12 (1969), págs. 2 y sigs.].

realización de los intercambios sobre los cuales van a decidir los particulares en aras de sus intereses (28).

Por otro lado se ha venido sosteniendo, por algún sector doctrinal, que lo que garantiza la libre decisión de las personas dentro de los contratos no es la *negociación* sino la *selección* entre opciones alternativas y transparentes. Así se explica, por ejemplo, el por qué los codificadores decimonónicos no establecieron una regulación que negara la vinculación del más débil en los casos de notable desigualdad económica entre los contratantes, siendo así que tales situaciones no eran desconocidas en aquel tiempo en que se realizó la tarea codificadora. La razón al parecer es clara: al instaurarse la libertad de propiedad y de contratación, los Códigos confiaron al mecanismo desapoderador de la competencia la garantía del más débil, lo que hacía jurídicamente irrelevante la desigualdad entre ellas (29).

Como ya se ha puesto de relieve en otro lugar (30) toda la crítica al *Derecho del Consumo* se hace sustantivamente, a mi modo de ver, en dos aspectos fundamentales. El primero de ellos es que se duda seriamente que un *Estatuto del Consumidor*, como el de nuestra Ley de Consumidores y Usuarios de 1984, sea el único y más eficaz instrumento para proteger al consumidor en sus legítimos intereses económicos. El segundo aspecto de la crítica invoca el argumento de que no parece oportuna la regulación específica de los contratos de adhesión y de las condiciones generales de la contratación dentro del estricto ámbito de los consumidores, esto es, de nuestra Ley de Consumidores y Usuarios, y, mucho menos aún, tal y como aparecían recogidas en el derogado artículo 10, apartado c) de esta misma Ley. Buena prueba de que esto parecía querer corregirse en el futuro inmediato lo demuestra el texto

(28) Cfr. ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fascículo II, págs. 318 y 322. La conclusión de éste es bien clara: la justicia del intercambio la garantiza su carácter voluntario en un marco competitivo. En suma, la protección del consumidor corresponde *prima facie* al mercado, y serán los propios individuos los que utilicen su patrimonio y su tiempo como tengan por conveniente.

(29) Cfr. J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 64, y *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1994, fasc. II, pág. 311. Gráficamente denomina *falacia del zoco* a la argumentación que sostiene que la garantía de la justicia contractual se encuentra precisamente en el regateo del contenido del contrato entre las partes. Asimismo hace referencia con agudeza a otros dos errores metodológicos de esta corriente legitimadora a ultranza del denominado *Derecho del Consumo*. A saber, primero, no cree correcta la afirmación apodíctica de que el mercado está dominado hoy en día por la ley de la oferta, de forma que el consumidor pase a considerarse un mero *súbdito* frente a su situación anterior de soberano *árbitro* (la denomina *falacia de la inversión*); y, segundo, tampoco cree correcta la afirmación, hecha casi siempre sin matización alguna, que presupone que las modernas tareas de producción y distribución en masa junto con las innovaciones técnicas y comerciales del mercado han colocado al consumidor en una situación de indefensión (la denomina *falacia del cambio social*).

(30) Cfr. J. AVILÉS, *Ordenamiento comunitario y reformas del Derecho de la contratación en España. Noticias de la Unión Europea*, 1996, núm. 134, pág. 32.

recién aprobado de la Ley sobre CGC, de 13 de abril de 1998, en el que se afirma en su Exposición de Motivos que esta Ley lo que pretende es proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de *cualquiera* que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual (31). Sin embargo, dentro del texto articulado de la nueva LCGC se excluyen del control del contenido aquellas condiciones generales utilizadas frente a un empresario o profesional, aunque, indudablemente, se recoge la posibilidad de que éstos puedan actuar como meros consumidores. En suma, con todo parece que con el nuevo texto legal aprobado se pretende ahora reconducir el asunto cambiando de opinión respecto al texto anterior, es decir, el Anteproyecto de Ley de 1992, en el que se reconocía abiertamente la posibilidad de declarar nulas las cláusulas abusivas, aunque no se tratara de consumidores *estricto sensu*, plegándose de esta manera a las críticas vertidas en ese sentido (32).

Asimismo se ha puesto de manifiesto que la razón, desde el punto de vista de política jurídica, por la que las ideas criticadas y apuntadas más arriba continúen en boga dentro del ámbito comunitario, es, al menos en apariencia,

(31) En el *Anteproyecto* de Ley remitido por el Ministerio de Justicia al Gobierno el 20 de enero de 1997, se decía que «el Ordenamiento jurídico debe proteger en este ámbito, no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a *los pequeños y medianos empresarios y profesionales, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros*, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados generales de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia». En la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 de CGC, de 13 de abril (que reproduce el mismo texto del *Proyecto* de LCGC, de 5 de septiembre de 1997), y con las mismas palabras que aparecían en el Anteproyecto más arriba citado, se recoge también como uno de sus objetivos prioritarios la protección no sólo de los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, sino «también de **cualquiera** que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», pero esta pretensión ha quedado orillada, como decimos, dentro de la parte dispositiva de la nueva LCGC (art. 8.2: «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»). En este sentido compartimos la crítica vertida por ALFARO cuando afirma «que no alcanza a comprender qué sentido puede tener una Ley específica de condiciones generales que, en sus aspectos fundamentales, no se aplica más que a los consumidores, siendo así que a éstos se les aplica, con carácter preferente, otra norma de contenido prácticamente idéntico» (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 870).

(32) En el artículo 7.2 del Anteproyecto de 1992, se reconocía la posibilidad de declarar la nulidad de las cláusulas generales abusivas «aunque el adherente no sea un consumidor». Sin embargo, y a pesar de no haberse modificado las palabras que aparecen en la Exposición de Motivos de la nueva LCGC, de 13 de abril de 1998, lo cual puede inducir a confusión, el nuevo artículo 8.2 de esta misma Ley habla exclusivamente ya de la nulidad de aquellas cláusulas abusivas «cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor».

porque los propios órganos de la Comunidad Europea carecen de competencia para regular cualesquiera cuestiones que afecten al Derecho privado contractual o extracontractual. En este sentido se ha hecho la puntualización de que, bajo el plausible deseo de proteger al consumidor, la propia Comunidad pueda estar arrogándose más o menos deliberadamente, al menos en ocasiones, una serie de competencias para las que de otro modo no tendría título alguno o, cuando menos, tendría un título de dudosa naturaleza (33).

III. BUENA FE Y JURISPRUDENCIA SOBRE CLAUSULAS ABUSIVAS. UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE BUENA FE APLICADO A LAS CLAUSULAS ABUSIVAS DE LOS CONTRATOS

Vamos a desarrollar ahora uno de los puntos capitales de la nueva ordenación sobre cláusulas abusivas. En primer lugar hay que decir que sobre el concepto de cláusula abusiva hay acuerdo general en que debe reunir los siguientes requisitos: que se trate de un contrato celebrado con un consumidor (34), que se trate de estipulaciones no negociadas individualmente, que sean contrarias a la buena fe y que produzcan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato (35). Con todo ello se

(33) Cfr. ALFARO, *Nota crítica, Anuario de Derecho Civil*, 1993, fascículo I, pág. 302.

(34) Ha sido enormemente discutida la viabilidad de introducir o no dentro de la nueva ordenación al respecto en la LCGC, la extensión de esta protección de los consumidores a los empresarios y profesionales, tal como venía admitido en el penúltimo Anteproyecto de Ley de CGC de 1992, pero no en la Directiva de 1993. Para VATTIER, por citar un ejemplo reciente que ha sido contestado, la futura ley de adaptación de la Directiva —ahora aprobada— debería haber establecido un régimen uniforme para los consumidores y para los empresarios y profesionales (cfr. VATTIER FUENZALIDA, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1995, pág. 1534). En el mismo sentido, SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación*, 1996, pág. 24.

(35) Todos estos requisitos se mencionaban también en la *Memoria del Proyecto de Ley* de 5 de septiembre de 1997, presentada por el Gobierno, pero además se invocaban lo que algunos denominan *criterios accesorios de la abusividad*, a saber, primero, el carácter no estático de las mismas cláusulas, esto es, su estrecha dependencia tanto de la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, como de todas las circunstancias concurrentes en su celebración y de todas las demás cláusulas del contrato o de otro contrato de que dependa (recogido en el art. 4.1 de la Directiva de 1993); y segundo, el criterio de que el carácter abusivo de una cláusula no podrá derivarse de la materia objeto del contrato ni de su adecuación con el precio pactado (recogido en el art. 4.2 de la Directiva de 1993). Este último criterio, y esto es importante por cuanto viene recogido dentro de la Directiva, ha sido excluido del texto de la LCGC aprobada, y ello por entender que tanto el objeto como el precio pueden ser abusivos dentro del marco de la contratación, como sería el caso de algunos contratos de préstamo con tipos TAE de más del 30 por 100; a juicio de los enmendantes del texto del Proyecto de 1977, hacer que el

persigue defender al consumidor de aquellas cláusulas establecidas unilateralmente por el empresario o profesional, teniendo en cuenta tanto el superior conocimiento técnico como el mayor grado de información de que goza generalmente el predisponente. Sin embargo, como se ha resaltado por la doctrina en algún momento, ese desconocimiento parcial de ciertos aspectos contractuales *no puede predicarse* de las cláusulas que regulan los *elementos esenciales del contrato* (objeto y causa en este caso), por cuanto no resultaría plausible argumentar que el consumidor no ha consentido tal primordial extremo, y que influye decisivamente sobre él a la hora de decidirse a celebrar el contrato (36).

coste (adecuación entre precio-retribución y bienes o servicios, tal y como lo formula el 4.2 de la Directiva) no pudiera ser abusivo, se les antojaba que podría dar lugar a una gran indefensión de los consumidores (cfr. Enmienda núm. 71 al Proyecto de LCGC, *BOCG*, Congreso, Serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 38). En cualquier caso habría que puntualizar a este respecto, como veremos más adelante, que no puede hablarse del control judicial del contenido de los *elementos esenciales* del contrato, y así, podría solucionarse este supuesto particular de abusividad por otras vías. Así, por ejemplo, en primer lugar, entendiéndose que no se estaría hablando del *precio* en sentido propio, sino de unos *intereses* que pueden considerarse como leoninos y que entrarían de lleno dentro de las conductas usurarias sancionadas en la Ley Azcárate de 1908, o, en segundo lugar, entendiéndose que se trataría de recargos adicionales al precio pactado o de obligaciones añadidas a cuenta del consumidor que desvirtúan el contenido de los elementos esenciales del contrato, y que podrían excluirse en consecuencia del mismo al tipificarlas como *cláusulas no incorporables al contrato*, por cuanto que no se ha tenido oportunidad de conocerlas *de manera completa al tiempo de celebración del contrato* [control de inclusión del nuevo art. 1.a) LCGC]. El concepto de *cláusulas insólitas*, que pudiera también esgrimirse para ese supuesto, ha sido suprimido del texto definitivo de la Ley 7/1998 sobre CGC —anterior art. 5.c) del Proyecto de Ley de 1997—, por cuanto que el legislador ha pensado que aceptar esta cláusula supondría introducir una gran inseguridad jurídica, que no añade un incremento de garantías al consumidor, ya suficientemente protegido, a su juicio, por el resto del articulado de la nueva Ley —cfr. Enmienda núm. 81 al Proyecto LCGC de 1997, *BOCG*, Congreso, Serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 41).

(36) Así lo entiende EMPARANZA, para quien además resulta inadmisibles formular cualquier tipo de control sobre la ecuanimidad de cuestiones metajurídicas. De este modo se justifica que la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 4.2.º excluyera del control del contenido las cláusulas referidas «a la definición del objeto principal del contrato» y a «la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», quedando así esas cláusulas fuera del control del contenido consagrado en la Directiva (cfr. EMPARANZA, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, 1994, págs. 472 y 473). Así todo, en el trámite de aprobación parlamentaria por la Comisión parlamentaria con Competencia Legislativa Plena por el procedimiento de urgencia fue suprimido el párrafo original del Proyecto de 5 de septiembre de 1997, que afirmaba que la «apreciación (del carácter abusivo de una cláusula) no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible» (Disposición Adicional primera del Proyecto de 1997, tres, art. 10 bis 1, apartado 4). La

La Directiva de 5 de abril de 1993 hace pivotar el concepto de cláusula abusiva sobre el concepto de buena fe, lo que nos impone un estudio minucioso acerca de la trascendencia que pueda tener el mismo, máxime cuando se ha transcrito casi literalmente en la nueva LCGC la dicción del artículo 3.1 de la propia Directiva 93/13/CEE (37).

a) PREMISAS

Como preámbulo justo es recordar que la legislación moderna, tanto en nuestro país como en el Derecho Comparado, viene elaborando la *figura* hoy conocida con el nombre ya técnico de *cláusulas abusivas*, como una medida de protección de los consumidores y adherentes dentro de las condiciones generales de la contratación. La construcción dogmática de esta figura protectora se hace a partir de principios generales del Derecho de obligaciones y contratos ya existentes, los cuales han sido objeto de concreción en su aplicación en materia de condiciones generales (38).

Aquí vamos a ocuparnos de las cláusulas abusivas tanto por la importancia creciente que ya tienen, como decíamos más arriba, en el *Derecho civil patrimonial*, como por la consolidación que van a tener como consecuencia de la transposición de la *Directiva comunitaria 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, de 5 de abril de 1993. La incorporación de la mencionada Directiva a nuestra legislación se ha realizado por el procedimiento de urgencia dentro del trámite de aprobación del Proyecto de Ley de CGC, de 5 de septiembre de 1997, novedad

única enmienda presentada en este punto fue la número 71, que fue aceptada en el trámite de aprobación por la Comisión. Como ya dije en la nota anterior, tal vez pudo haberse mantenido sin problemas este texto del Proyecto, siempre que entendiéramos que los efectos perversos de determinadas cláusulas abusivas pueden evitarse o subsanarse por alguna de las vías ahí apuntadas.

(37) La Disposición Adicional primera de la reciente LCGC, apartado 3, que recoge el nuevo artículo 10 bis de la LCU, reza así: «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». Por su parte, el artículo 3.1 de la Directiva de 1993 dice: «Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato». En la Memoria que acompañaba al Proyecto de 1997 se afirmaba que la expresión «en contra de las exigencias de la buena fe», frente a la que utiliza la Directiva («pese a las exigencias de la buena fe»), expresa más correctamente la necesidad de que para que exista abuso contractual debe existir mala fe (*Memoria del Proyecto*, pág. 23).

(38) Cfr. Díez-Picazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 352.

legislativa que se ha aprovechado para introducir, por añadidura, la reforma de las cláusulas abusivas tal y como aparecían dentro del derogado artículo 10 de la Ley de Consumidores y Usuarios (39). Pero lo que motiva particularmente nuestro interés por las cláusulas abusivas de la contratación se debe, ante todo, al previsible desarrollo jurisprudencial que pueda darse alrededor de esta figura como consecuencia de la aplicación del principio de la buena fe en esta materia, que es, a nuestro juicio, el concepto clave y sobre el que va a pivotar el control de fondo de las condiciones generales (40).

Es a través de este principio cómo va a poder comprobarse cuál será el mecanismo que permita enjuiciar la interna justicia de la ordenación contractual, evitándose las injusticias a que forzosamente habría de dar lugar el carácter abstracto de las normas, en el momento de ponerse en contacto con nuevas relaciones o con particulares circunstancias o hechos que exigen una solución distinta, en cuanto que incorporan nuevos elementos que es preciso añadir a una hipótesis legal para modificarla (41).

Asimismo conviene tener en cuenta que la propia Directiva de 5 de abril de 1993, se preocupó de establecer cuáles deben ser las pautas principales en la apreciación de la buena fe en la contratación (42). En ella se especifican

(39) Máxima importancia por cuanto que la Ley 7/1998 sobre CGC, del pasado 13 de abril, hace referencia a que serán declaradas como *nulas de pleno derecho* y *se tendrán por no puestas* aquellas cláusulas que se consideren abusivas según el concepto del recién aprobado artículo 10 bis 1.2 de la LCU —Disposición Adicional primera, apartado 3 LCGC—, que, como ya apuntamos, no es más que una traslación casi literal del concepto de cláusula abusiva tal y como viene recogido en el artículo 3.1 de la *Directiva de 5 de abril de 1993*.

(40) Aunque luego volveremos sobre este particular, adelantamos la opinión, que luego matizaremos, del profesor Díez-Picazo, quien, al referirse en un primer momento a la utilización de los criterios de buena fe y de equivalencia o justo equilibrio entre prestaciones en esta materia, afirma que la buena fe que aquí entra en juego no es la buena fe mencionada como regla de integración del contrato, sino el conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual; en este sentido, la buena fe será lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante, es decir, una aplicación de la regla general de la confianza (cfr. *Fundamentos*, vol. I, 1993, pág. 352).

(41) Son palabras de Cossío Y CORRAL, *El dolo en el Derecho Civil* 1955, pág. 245. Ya con anterioridad el profesor F. DE CASTRO había recogido el aserto de García Goyena cuando afirma que «la equidad y la buena fe son el alma de los contratos» (art. 978, III, págs. 9-10), y había sostenido también, a propósito de la interpretación de los contratos, que «el recurso a la buena fe no es un instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto), sino una manifestación, y la más importante, de la responsabilidad objetiva por la conducta negocial. Obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe» (cfr. *El negocio jurídico*, 1971, págs. 89-90).

(42) Así aparece en el *Considerando* número 16 de la propia Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993. Aparte los principios que se recogen a continuación de éste, la mención que se hace en el mismo a la «*solidaridad entre deudores*», en lo que concierne

con escasa precisión estas tres: la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes contratantes, la consideración acerca de si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula en cuestión, y el hecho de si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor (43). Esto es importante desde el momento en que la norma puede aplicarse por los jueces y tribunales, una vez que ya ha sido aprobada e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, si bien, como es sabido, ya venía aplicándose judicialmente en algunos de sus contenidos (44). En cualquier caso conviene tener presente que algunas de las versiones que se han realizado de esa Directiva difieren, en cuanto al contenido, en aspectos de no poca monta; diferencias que, tal vez, puedan ser más ostensibles y tener una mayor relevancia o trascendencia jurídica una vez que la Directiva haya sido transpuesta a todos los ordenamientos nacionales en que debe hacerse, por cuanto que de ahí pudieran constatarse por vía comparativa, negativamente por supuesto, una serie de deficiencias en la aproximación y armonización de las respectivas legislaciones nacionales, que es, a fin de cuentas, el fin prioritario perseguido con este tipo de Directivas comunitarias (45).

a la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos, no deja de ser un curioso precipitado de tintes sociológicos, un intento de moralización de las relaciones entre privados puramente programático o meramente anecdótico, y que carece de cualquier trascendencia jurídica práctica.

(43) Se ha criticado con fundamento la Directiva 93/13/CEE, tanto por su redacción como por su traducción al castellano. En este punto particular, por ejemplo, ALFARO se pregunta: ¿por qué hay que prestar especial atención a si se ha inducido al consumidor a dar su acuerdo a una cláusula?, ¿no es lo normal que sea el consumidor el que tome la iniciativa cuando desea adquirir un bien o servicio? (cfr. J. ALFARO, «Directivas "a la carta"», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo de 1997, cita 2, *in fine*).

(44) Cfr. MANGAS MARTÍN, *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, 1993, págs. 86 y sigs.; SARAIZA JIMENA, «La eficacia directa de las Directivas no transpuestas en las relaciones con particulares», en *Actualidad Civil*, 1995; GIANNI, *Efficacia self-executing della Direttiva CEE 93/13 in materia di clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Actas del Congreso de Roma de 14 de junio de 1995.

(45) A modo de ejemplo, como ha estudiado recientemente ALFARO, esta Directiva tiene un contenido diferente en su versión alemana y, al menos, en sus versiones portuguesa y española en tres puntos esenciales: definición de cláusula abusiva (art. 3, Directiva); delimitación de las cláusulas sometidas a la propia Directiva (art. 3.2, Directiva), y control de las cláusulas abusivas que pueden haber sido incorporadas al contrato por un tercero (art. 7.1, Directiva) (cfr. «Directivas "a la carta"», en *Boletín Europeo de la Universidad de la Rioja*, núm. 0, mayo de 1997, págs. 6 a 9).

b) APROXIMACIONES DOCTRINALES

Después de reconocer que el *principio de buena fe* es uno de los más difíciles de aprehender dentro del Derecho privado, complejidad y enmarañamiento que ya han sido puestos tradicionalmente de relieve, la doctrina más autorizada ha clasificado en tres grupos distintos los sentidos que de la misma buena fe pueden extraerse de los textos legales positivos: primero, como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho; segundo, como confianza en una situación jurídica que permite, en un negocio jurídico de disposición, creer al atributario en la legitimación y poder del disponente (apariencia jurídica); y, en último lugar, como rectitud y honradez en el trato a la que deben atenerse las partes en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos (46). Para los que se sitúan dentro de estas premisas conceptuales, la buena fe, objetivamente considerada, es una conducta, esto es, la actitud adoptada por la persona dentro de la relación jurídica o dentro del tráfico jurídico; una conducta que revela la posición moral de la persona respecto a una situación (47).

Por otra parte ya es clásico distinguir entre la buena fe a secas como un mero concepto *técnico-jurídico*, que sirve para describir o delimitar un elemento de un supuesto de hecho en una multiplicidad de normas (por ejemplo, artículos 69, 451 y 1.705.2 del Código Civil), y el principio general de la buena fe, el cual engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o rango de principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones (48). Sea cual fuere la acepción dogmática que se sos-

(46) Cfr. Díez-Pícazo, *La doctrina de los propios actos*, 1963, págs. 136 y sigs., que sigue a Betti en este punto (*Teoría generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1953, págs. 65 y sigs.). Tomando como punto de partida estos tres grupos, hay una nota común, la interna honradez con que la persona debe actuar, lo que ha permitido a algunos autores inclinarse por una postura que podría calificarse como normativista. Así, por ejemplo, Cossío, que la entiende como un *complejo de normas objetivas*, y que veremos más adelante. Al profesor Díez-Pícazo esta denominación no le parece exacta, pues, a su juicio, una cosa es la buena fe y otra el deber de comportarse de buena fe; él prefiere hablar de un modelo de conducta social o conducta socialmente considerada como arquetipo, o también de conducta que la conciencia social exige conforme a un imperativo ético dado.

(47) Cfr. Díez-Pícazo, *La doctrina de los propios actos*, 1963, pág. 138. ROCA GUILLAMÓN entiende la invocación de la buena fe del 1.258 del Código Civil como un *deber de comportamiento*, equivalente a lo que se denomina comúnmente buena fe objetiva, y que constituye un criterio de valoración del obrar que deja un amplio margen a su apreciación por los Tribunales (cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, págs. 453-456).

(48) Cfr. Díez-Pícazo, *Prólogo a F. Wieacker. El principio general de la buena fe*, 1977, págs. 11 y sigs. Este principio general del Derecho, sancionado en el artículo 7.1

tenga sobre los diversos sentidos que puedan otorgársele al concepto de buena fe, aquí y ahora, para el fin que pretendemos, lo que nos parece más útil es subrayar, por un lado, que el propio artículo 7.1 del Código Civil no cumple la función unificadora y de aplicación directa que había sido propuesta o apuntada en el trámite de reforma del Título Preliminar del Código Civil, y, por otro lado, que este precepto debe situarse en el mismo plano que el artículo 1.258 del mismo cuerpo legal, atendiendo a la prescripción de un comportamiento o regla de conducta que se señala como pauta general en las relaciones jurídicas (y que no se refieren a la actitud subjetiva de estar en la creencia de que se ejerce el derecho como es debido) (49). En consecuencia se constata de manera indubitable, con la reforma efectuada en su día del 7.1 del Código Civil, la presencia deseada del principio de la buena fe dentro de nuestro ordenamiento considerado en su totalidad, pero no se suministraron en esa reforma, y esto es lo más importante, las claves o pautas que permitieran al intérprete explicar con una mayor claridad y eficacia el *alcance* del mismo. Incluso, como ciertamente se ha puesto de relieve, las consecuencias extraídas por la doctrina y la jurisprudencia del 1.258 del Código Civil parecen, *prima facie*, más completas y de mayor profundidad y calado que las que cabría sustraer, en un principio, del propio 7.1 del Código Civil (50).

del Código Civil por la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, y el Decreto de 31 de mayo de 1974, no entraña, en efecto, una genuina innovación en nuestro ordenamiento, pues ya existía una reiterada doctrina y jurisprudencia sobre el particular, pero todo hace presagiar —sobre todo en materia de contratación en masa—, que esta consagración va a multiplicar los alegatos forenses y las decisiones judiciales que tengan su base en el mismo principio, como apuntó el profesor Díez-Piçazo (cfr. pág. 10). En el mismo sentido puede verse, MONTÉS PENADÉS, para quien el 7.1 del Código Civil viene a ser un reconocimiento fragmentario de un principio general más amplio que la consagración de ese mismo principio, guardando clara relación de familiaridad con los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio [cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, 1977, págs. 361 (nota 11), 364 y 365].

(49) Esta es la juiciosa posición de MONTÉS PENADÉS que comparto. Las objeciones al 7.1 del Código Civil fueron hechas en el Dictamen del Pleno del Consejo de Estado, de 4 de abril de 1974 (núm. 38.990). MONTÉS critica el hecho de que el legislador, lejos de compendiar o suministrar un criterio capaz de proyectarse sobre las múltiples alusiones y referencias legales, ofrece al intérprete otra acepción limitada que viene a sumarse a las que anteriormente ya existían, enriqueciendo tal vez el panorama, pero haciendo inútil el esfuerzo de tomar el artículo 7.1 como centro de una óptica general de la buena fe en nuestro sistema (cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, vol. I, 1977, págs. 359, 361 y 367). También para MIQUEL GONZÁLEZ el artículo 7.1 es de una generalidad impropia para describir un supuesto de hecho normativo, porque, en principio, abarca todos los derechos subjetivos, poderes y facultades e impone una consecuencia jurídica necesitada de ulterior concreción (cfr. *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, vol. I, 1993, pág. 39).

(50) Esta es la opinión de MONTÉS PENADÉS que se suma a los que sostienen el carácter incompleto de la regulación del 7.1 del Código Civil (cfr. *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1977, vol. I, págs. 365 y 367).

Por otra parte, se ha puesto de manifiesto que la proliferación de conceptos como el de buena fe, equidad, abuso de derecho..., puede dar lugar a una potenciación del arbitrio judicial (51), pero, al mismo tiempo, no puede dejar de sorprendernos, paradójicamente, la escasa aplicación que durante muchos años viene teniendo la buena fe como fuente de integración del contrato (52). Esto es posiblemente lo que más llame la atención y lo que, tal vez, deba tratar de corregirse en los próximos años. En esta línea, un buen punto de referencia para la doctrina será observar cómo se aplica y cómo se entiende la buena fe por nuestros Tribunales dentro de los clausulados que aparecen en las condiciones generales con consumidores, y que determinarán y configurarán cabalmente por vía jurisprudencial, la *figura* ya conocida por toda la doctrina con la expresión de *cláusulas abusivas*. A mayor abundamiento y con el único deseo de dejarlo aquí apuntado, al margen del problema que nos ocupa aunque inexcusablemente asociado al mismo, también sería muy útil aquilatar en la práctica judicial de los próximos años cuál será la aplicación efectiva que hagan los Jueces y Tribunales de los supuestos de existencia o inexistencia de la buena fe dentro del ejercicio procesal de los derechos materiales (53).

Mas si bien, como se ha reconocido en un plano posiblemente muy elevado, la buena fe responde a una misma idea o a un mismo valor ético. Sin embargo, en la aplicación del Derecho, podemos encontrarnos en situaciones muy diversas, los problemas aquí, a su vez, son diferentes entre sí y se hace

(51) Así, MIQUEL GONZÁLEZ, quien piensa que si bien este arbitrio judicial está llamado a cumplir una importante tarea en la concreción del principio de buena fe, sin embargo, puede caerse en la tentación de acumular simplemente menciones de la misma, sin desarrollar una concreta y precisa fundamentación, como lo requiere la naturaleza de todo principio general (cfr. «La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho Civil», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 29, 1986, pág. 9). En el mismo sentido puede verse en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, pág. 38.

(52) Así lo pone también de manifiesto MIQUEL GONZÁLEZ, para quien el principio de la buena fe se revela hoy, si cabe, más necesario que nunca, y, aquí, hay que apelar a la sensibilidad y prudencia de los jueces a quienes corresponde concretar y desarrollar este principio. Y particularmente añade que, a su juicio, el principio de la buena fe debe ser observado con particular cuidado e intensidad en este tipo de contratos, porque las condiciones generales (en su abuso) representan un ataque, más o menos sutil, a la buena fe entendida como honradez, honestidad y lealtad rigurosas que exigen la protección de la confianza de la otra parte contratante (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Menéndez*, tomo IV, págs. 4945 y 4946).

(53) El profesor Díez-Picazo ya dejó anotado en 1993 que si bien el artículo 11 de la LOPJ parece referirse de manera inmediata a la utilización contraria a la buena fe de los derechos y facultades de orden procesal, nada impide aplicarlo a la falta de buena fe en el ejercicio procesal de los derechos materiales o de fondo, de modo que permitirá una *exceptio* frente a la pretensión abusiva o de mala fe y una *replicatio* frente a la *exceptio* de aquellas características (cfr. *Fundamentos*, I, 1993, pág. 52).

preciso tratarlos por separado. En este contexto, la buena fe no puede entenderse en sentido unitario o unívoco, por cuanto que ello puede tener consecuencias perturbadoras para la comprensión de su funcionamiento en las distintas instituciones, a la vez que puede perjudicar la depuración del concepto, sobre todo y particularmente en su vertiente subjetiva. Así es como se viene hablando de la importancia de tener en cuenta los distintos *grados de concreción de la buena fe*, con delimitación de los supuestos de hecho y consecuencias jurídicas, además de la definición legal de la buena fe (54).

Ahora bien, en la contratación con condiciones generales los problemas no surgen tanto porque una parte ocupe una posición dominante o de monopolio en el mercado (*falacia del Nirvana*, más arriba mencionada), como porque, en puridad, una parte dicte unilateralmente la regla contractual y pretenda que entre en vigor mediante la aceptación en bloque de la misma por la otra parte, que, por lo demás, tiene lugar prácticamente en blanco. Según las últimas puntualizaciones de un sector doctrinal lo que se pretende y debe tratar de evitarse es el desplazamiento de las fuentes de integración del contrato, entre las que está precisamente la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil (55).

c) POSICIÓN ADOPTADA COMO PUNTO DE PARTIDA

Vistas así las cosas, lo que hacemos ahora es tomar partido por una formulación del principio de la buena fe que huya de un planteamiento excеси-

(54) Así lo sostiene MIQUEL GONZÁLEZ para quien los intentos de reconducir a una unidad el concepto de buena fe, aunque bien intencionados, están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción. Así, éste habla, por un lado, de la buena fe como parte de los supuestos de hecho de las normas, y, por otro, de la buena fe como criterio valorativo que contribuirá a construir normas nuevas e incluso alterar, de algún modo, los supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas de las existentes. Esta distinción se equipara lisa y llanamente a la distinción, ya conocida, entre buena fe en sentido subjetivo y objetivo, y se corresponde con la distinción a la que se había referido Díez-Picazo en *La doctrina de los propios actos (Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 1963, en las págs. 134 y siguientes. Para el profesor Miquel es muy importante —frente a la opinión de Hernández-Gil— que la Ley haya preconstituido una valoración concreta de la buena fe, integrándola en ciertos supuestos de hecho normativos, sin dejar ya libertad al intérprete o al Juez para sus propias valoraciones (cfr. MIQUEL, *La buena fe y su concreción...*, *ob. cit.*, págs. 10 y sigs.; *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, págs. 40-42).

(55) Esta es la opinión que compartimos de MIQUEL GONZÁLEZ, para quien ese desplazamiento sólo puede admitirse en cuanto las condiciones generales eludan la ambigüedad e indeterminación propias del principio de buena fe, pero, es inadmisibles, en la medida en que traten de defraudar los valores encarnados en el mismo principio (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, tomo IV, 1996, pág. 4946).

vamente dogmático, por lo que pudiera tener de inseguridad jurídica en su aplicación jurisprudencial al caso específico, dando a entender así que, aquí y ahora, uno de los problemas fundamentales consiste, precisamente, en ampliar aún más el ámbito de actuación de la buena fe en las situaciones jurídicas que se plantean habitualmente en la vida de los contratos (56). En este punto, gran parte de las dificultades se encontrarán muy posiblemente en la determinación por parte del juez sobre el alcance y contenido de la buena fe en cada caso concreto y singular. La cuestión primordial, como han puesto de manifiesto algunos autores, viene a centrarse en torno a la alternativa de si el juez debe resolver basándose en su particular criterio sobre la buena fe, desvinculado de todo referente externo, o si, por el contrario, y como parece más razonable por otro lado, debe ajustar su decisión al criterio que le es dado por el sentir social (*los cánones sociales*) (57), y todo ello a través de un conjunto de valoraciones de orden ético. Como se ha sostenido por algún sector doctrinal, de lo que no cabe la menor duda es que sólo de esta segunda manera apuntada será posible ejercer un control de discrecionalidad judicial por la vía del recurso de apelación (58). Esto es particularmente sugerente por lo que concierne a la aplicación de la Directiva de 1993 y su reciente transposición en la LCC, por cuanto que, como podemos constatar ahí **clara-**

(56) Decimos «aún más» por cuanto justo es reconocer, con A. LÓPEZ Y LÓPEZ, que la prescripción de un comportamiento, de acuerdo con la buena fe, se ha desenvuelto con especial vigor en el campo del contrato (cfr. *Derecho Civil, Parte General*, 1992, pág. 347). Por su parte, el profesor ROCA GUILLAMÓN, sin desdeñar la consideración de principio general que tiene la buena fe en el artículo 7.1 del Código Civil, ha considerado, acertadamente a mi juicio, el inconveniente que ésta tiene en cuanto a la imprecisión que de la misma pueda derivarse —achacable asimismo a otros *arquetipos* jurídicos, como la *equidad*—, pues permite el fácil recurso de encomendar al juez su adaptación al caso concreto, de lo que puede resultar una cierta inseguridad jurídica si esa labor judicial no está guiada por hipótesis normativas concretas o por criterios jurisprudenciales claros. El problema fundamental que plantea el principio de buena fe, a juicio de ROCA, estriba particularmente en su modo de actuar en las situaciones jurídicas concretas y no en la determinación de su concepto, que, en rigor, no puede formularse con carácter unitario en nuestro Derecho (cfr. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, págs. 447 y 449). Ya en el año 1955, WIEACKER había dudado de la operatividad de estas cláusulas entendidas como *válvulas* para el cumplimiento de las exigencias ético-sociales (de *conceptos válvula* habló también el Informe de la Ponencia, de 4 de noviembre de 1972, para la reforma del Título Preliminar del Código Civil), frente al temor de que se produjera una debilitación del Derecho a través de una laxa y hasta demagógica equidad, viendo así en las cláusulas generales una puerta abierta a la arbitrariedad, y, en particular, al juego de los intereses y de la presión políticos (cfr. *El principio de buena fe*, 1977, pág. 30).

(57) Así se expresa A. LÓPEZ Y LÓPEZ cuando define a la buena fe como aquel conjunto de deberes que la lealtad y la ética, de acuerdo con los *cánones sociales*, imponen a toda persona en su actuación en el mundo de las relaciones jurídicas (cfr. *Derecho Civil, Parte General*, 1992, pág. 349).

(58) Cfr. Por todos, ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.º-A, 1993, pág. 450.

mente, la buena fe se va a convertir aún más, *velis nolis*, en el concepto central y clave para el control de las cláusulas abusivas que rompan el equilibrio de la relación contractual (59).

Así las cosas, la buena fe, tal y como aparece en la LCU recientemente modificada (art. 10 bis), viene a subrayar, de una vez por todas, la importancia creciente de la función normativa desempeñada por la buena fe dentro del 1.258 del Código Civil y del 57 del Código de Comercio (60). En efecto, desde los años cincuenta se había puesto en evidencia por la doctrina más autorizada, cómo en nuestro Derecho, la buena fe había llegado a significar una verdadera fuente de normas objetivas, o, si se prefiere, un complejo de normas jurídicas. De igual modo, se venía afirmando que lo que se aspiraba a conseguir de esta manera es que tanto el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, se produzca conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque ni siquiera hubieran sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que, en cualquier caso, se consideran que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen asimismo carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto (61).

(59) Por todos los que piensan que está generalmente admitido como *pieza clave* de esta parcela del Derecho de la contratación, puede verse ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 81 y 94. Para éste, el Derecho de las condiciones generales se diferencia, principalmente, del Derecho contractual, en la cláusula general que sirve como patrón de enjuiciamiento de su validez: en el primer caso, lo constituyen la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones [derogado art. 10.1.c) LCU y actual art. 10 bis LCU], y, en el segundo caso, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código Civil).

(60) Entre otros, puede verse ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales...*, ob. cit., pág. 453, quien ha constatado que, ya la jurisprudencia ha venido a declarar, y cada vez de forma más explícita, el carácter normativo de la buena fe en relación con supuestos particulares de aplicación del artículo 1.258 del Código Civil.

(61) Este es el tantas veces citado texto del profesor ALFONSO DE COSSÍO a propósito del estudio de los supuestos de aplicación de la excepción de dolo, cuya raíz y origen, según el mismo Cossío, ha sido siempre la de oponer al formalismo estricto de la ley, una solución espiritualista y equitativa, es decir, dotar de sentido humano a la aplicación de las normas jurídicas, siendo por ello preciso, aunque parezca contradictorio, buscar a la excepción de dolo un fundamento objetivo, fuera de la mera intención del agente (cfr. *El dolo en el Derecho Civil*, 1955, págs. 243 y 244). Este razonamiento, de modo traslativo, es aplicable al ámbito de la contratación, al referirnos a las cláusulas abusivas de la contratación. Para el profesor Díez-Piçazo, parafraseando estas palabras de Cossío, la buena fe viene a ser un arquetipo o modelo de conducta social: la lealtad en los tratos y el proceder honesto, esmerado y diligente; la fidelidad a la palabra dada; no defraudar la confianza que objetivamente se ha suscitado a los demás, ni abusar de ella, conducirse conforme cabe esperar de quienes con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico como contratantes o partícipes en él en virtud de otras relaciones jurídicas. Este profesor

En esta línea se han pronunciado otros autores, que han puesto de manifiesto que la buena fe no puede ser entendida en modo alguno desde una perspectiva subjetiva, como imposición de un deber de comportamiento honorable o adecuado a los criterios morales imperantes en la sociedad y en el tráfico jurídico, sino, más bien, como un criterio ordenador e inspirador de las relaciones jurídicas (en este caso patrimoniales), que se superpone al propio comportamiento de las partes y modaliza el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto (62).

Para comprender el funcionamiento de esta llamada *fuerza de reglamentación extrínseca y secundaria* del contrato (buena fe), algunos piensan que lo fundamental estriba en saber si ésta *funciona* sólo para suplir los pactos expresos, y ha de aplicarse de modo acorde con ellos, o si más bien hay que inclinarse por una concepción social del contrato que imponga una objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual, y que no tenga por qué hacerse necesariamente como reconstrucción de la voluntad presumible de los contratantes. Para los que se preguntan esto, la integración del contrato no acontece, a su juicio, porque las partes hayan dejado lagunas en él, ni tampoco a partir de la voluntad presumible de las partes en relación con la ordenación de la laguna en cuestión; se trata, a su entender, en suma, de una ordenación objetiva de la relación contractual, por la que se introducen en ella reglas de conducta independientes en su origen de la voluntad de las partes.

Desde esta óptica particular conviene subrayar que la aplicación de la buena fe al régimen de una relación contractual constituye, a su juicio, un criterio de determinación del alcance de las prestaciones contractuales y de la forma y modalidades de su cumplimiento, y, al mismo tiempo, esta regla de la buena fe se dirige también al acreedor o titular de un derecho subjetivo en virtud de la relación contractual, imponiéndole formas y modalidades del acto

ha establecido, asimismo, tres vías de concreción de la buena fe en el régimen jurídico de las relaciones patrimoniales: como criterio *hermenéutico*, como criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones y como criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 50). El problema estriba ahora, sustancialmente, en el reconocimiento acerca de si estos criterios se solapan continuamente o pueden separarse entre sí en cualquier caso.

(62) Esta es la opinión de C. LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, 1980, págs. 75 y 76. Previamente, siguiendo a *MONTE*, el profesor Lasarte había afirmado que el 7.1 del Código Civil no puede ser considerado como el punto central de la regulación de la buena fe, ni el precepto básico que la consagre como principio general del Derecho; a su juicio, la consideración de la buena fe por el Título Preliminar de 1974, no deja de ser un precipitado de la clásica contemplación legal, doctrinal y jurisprudencial de la misma; incluso llega a decir que puede tacharse como un pálido reflejo de la misma.

de ejercicio de su derecho y estableciendo para él determinados límites, más allá de los cuales el acto de ejercicio del derecho se convierte en abusivo (63).

Ahora bien, vistas así las cosas parece bastante diáfano que la esencia de la buena fe debe deducirse de la función que la norma jurídica le asigne en cada caso. El hecho de que el 1.258 del Código Civil se trate de una *norma abierta*, permite aseverar que el referente externo más seguro para el juez será, entonces, el que le proporcione la interpretación doctrinal y **jurisprudencial**. La buena fe debe tener así, como finalidad principal, la de adecuar los efectos del contrato a las reglas objetivas de conducta honorable exigidas por el tráfico jurídico y que, individualizadas casuísticamente por el Tribunal Supremo, constituyen derivaciones concretas del principio general del Derecho referido. En suma, ese carácter de *norma abierta* requerirá hoy más que nunca una jurisprudencia decidida y atenta a los problemas actuales del mundo de la contratación, en el que serán muy importantes las sucesivas posiciones que tomen los Tribunales al enjuiciar las exigencias de la buena fe y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes (64).

Es imposible determinar *a priori* un eventual elenco de deberes concretos que formen parte del comportamiento acorde a la buena fe, puesto que esto iría además en detrimento de algo fundamental que se persigue con esta exigencia ética y que cuadra perfectamente, como se ha dicho, con su carácter de principio general del Derecho: contemplar cada acto de ejercicio de los derechos o del cumplimiento de las obligaciones en su singularidad, según la

(63) Cfr. Díez-Picazo, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Paz-Ares/Díez-Picazo/Bercovitz/Salvador (eds.), tomo II, 1993, pág. 437. También ahí se apunta, y esto tal vez no debe minusvalorarse, que la buena fe es una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación (por ejemplo, el vendedor de una empresa tiene *ex fide bona* el deber contractual de no hacer concurrencia al comprador).

(64) Cfr. ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil...*, *ob. cit.*, págs. 450-451; LASARTE ALVAREZ, *Sobre la integración del contrato...*, *ob. cit.*, pág. 78. Es muy acusada y digna de encomio la importancia que ha venido concediendo Lasarte a la buena fe como criterio normativo, criterio ordenador de las relaciones contractuales que se superpone al propio comportamiento de las partes (no digamos ya a la interpretación del clausulado contractual), y que configura el contenido o los efectos del contrato de acuerdo con las reglas de conducta socialmente consideradas como dignas de respeto (cfr., entre otros, *Principios de Derecho Civil*, III, pág. 122). Pero más interesante si cabe es recoger aquí su inquietud compartida, hoy más acuciante quizá que cuando él la expresó allá por el año 1980, de que debe ser una *jurisprudencia decidida y atenta* la que debe afrontar en términos de justicia material aquellas cuestiones, y ello en razón del cúmulo de litigios y problemas que se van a presentar a partir de la entrada en vigor de la nueva Ley de CGC, de 13 de abril de 1998, junto con la correspondiente reforma realizada en la LCU. Sería deseable, dicho también con sus propias palabras, plenamente actuales por otra parte, que no asistiéramos a las *salidas por la tangente* a las que tan fácilmente pueden acogerse los Tribunales invocando la buena fe como principio general, sin *pormenorizar y motivar precisa y adecuadamente* los extremos en que fundamente sus resoluciones en estas materias.

concreta expectativa que se haya generado en el sujeto pasivo, y en relación directa con la especialidad de la relación jurídica existente entre él y el sujeto activo.

Esa indeterminación previa es todavía mayor si tenemos en cuenta que son los cánones sociales (*conciencia social*), los que establecen cuándo un comportamiento es leal y ético y cuándo no, por lo que la flexibilidad de tales criterios sólo será posible ante la contemplación de un específico conflicto de intereses visto en su singularidad (65). Este es precisamente uno de los principales problemas que plantea la buena fe, dada su innata versatilidad conceptual (66), por cuanto que dentro de las relaciones patrimoniales —y en los contratos si cabe, **especialmente**— se nos exigirá ver, en cada caso particular, cuál es el tipo de contrato y cuál es la finalidad perseguida a través de él por las partes contratantes, para, desde ahí, poder determinar cuáles son los particulares deberes que de la misma se derivan (67). Conviene, además, tener en cuenta que ahí radica, precisamente, una de las mayores virtudes de la buena fe, que no es otra que la poder adaptar el ordenamiento jurídico a la realidad del momento presente (68), y ello por cuanto entendemos que este

(65) Cfr. A. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Derecho Civil (Parte General)*, 1992, págs. 351-352.

(66) Pensamos que, sin exageración, se ha llegado a decir que la contrariedad a la buena fe es la expresión más abstracta y genérica del carácter abusivo de una cláusula (cfr. ALFARO, *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., 1997, pág. 872).

(67) Estamos colocando la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil en el mismo plano que la del artículo 7.1 del Código Civil, siguiendo, entre otros, el criterio de MONTÉS, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, 1977, vol. I, pág. 364. Pensamos que el artículo 1.258 del Código Civil (junto con el 57 del Código de Comercio, aunque no lo mencionemos expresamente en ocasiones) debe compatibilizarse con el artículo 7.1 del Código Civil en su aplicación e interpretación. Por otra parte, ya es clásica la diáfana concepción de Díez-Picazo, para quien la buena fe del artículo 1.258 es un estándar jurídico; un modelo de conducta social o la conducta que la conciencia social exige como necesaria en virtud de un imperativo ético dado; una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles entre las partes contratantes, de acuerdo con el tipo de contrato y con la finalidad perseguida a través de él por las propias partes. Al mismo tiempo, Díez-Picazo, con palabras que encajan perfectamente con las anteriores, aunque referidas más bien ahora a la buena fe entendida como principio general, entiende asimismo la buena fe como el ambiente dentro del cual las relaciones jurídicas, y, en particular, las relaciones patrimoniales, deben desenvolverse (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, págs. 49 y 338).

(68) Así lo entiende también, entre otros, MIQUEL GONZÁLEZ, para quien se hace necesario comprender que la buena fe y el equilibrio de contraprestaciones no son vaguedades imposibles de concretar y que cada cual puede entender como quiera; la indeterminación es propia —*inmanente*—, se ha dicho en otro lugar— al principio general de la buena fe, y, mantenerla, constituye precisamente una estrategia del ordenamiento jurídico para facilitar constantes adaptaciones del mismo a la realidad (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, ob. cit., tomo 4, pág. 4955; *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 1993, pág. 38). Ahora, lo que se necesita es potenciar ese principio todavía más en el ámbito de la contratación y de las

principio condensa las máximas fundamentales del obrar contractual, lo que le hace especialmente útil e idóneo como criterio para enjuiciar el carácter abusivo o no abusivo de las cláusulas predispuestas (69).

d) CONSECUENCIAS PRÁCTICAS: SU APLICACIÓN POR JUECES Y TRIBUNALES

Con todo se reafirma la importancia trascendental que en estas cuestiones va a tener la jurisprudencia, por cuanto que se dispone ya de un nuevo instrumento legal, la flamante *Ley de Condiciones Generales de la Contratación y la LCU reformada*, y, no en menor medida, del hecho de que los contratos con condiciones generales, al sustituir las fuentes de integración del contrato por una reglamentación predispuesta por uno solo de los contratantes, constituyen un serio peligro para la buena fe y el equilibrio de las prestaciones. De este modo podemos sostener, tal y como se ha apuntado recientemente, que el control de validez de las condiciones generales debe consistir precisamente en velar porque esa sustitución no se haga, en lo más mínimo, en contra de la buena fe y el equilibrio de prestaciones. Se apela con buen criterio, en consecuencia, a la sensibilidad exigible a los jueces ante los fenómenos sociales y ante los valores que deben presidir su ordenación jurídica, y ello por cuanto que una de las ideas más firmes e indubitables a tener en cuenta a partir de ahora, y todavía más si cabe una vez introducidas las reformas antedichas, es que en los contratos con condiciones generales debe reinar la buena fe del modo más exigente (70).

IV. EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS

El binomio *condición general y cláusula abusiva* dista de entenderse como si se tratase de dos materias separadas o fragmentarias dentro de la contratación en serie. Para algunos, incluso, la distinción que pueda hacerse entre

cláusulas abusivas; así, al menos, podemos deducir que se trata de un deseo personal que se desprende de sus *Reflexiones sobre las condiciones generales*, donde sostiene muy atinadamente que, al mismo tiempo que se ha afirmado todo lo anterior, se hace imprescindible un *desarrollo jurisprudencial de constelaciones de casos presididos por criterios reconocibles para futuras decisiones*, y que sirvan para tipificar las condiciones abusivas y facilitar la subsunción y la analogía (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, tomo 4, pág. 4955).

(69) Cfr. ALFARO, *El proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, *ob. cit.*, pág. 896.

(70) Este es el criterio de MIQUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, tomo 4, 1996, pág. 4955.

ambas puede llegar a ser perniciosa y errónea (71). En efecto, uno de los problemas más importantes que gravitan sobre las condiciones generales es precisamente aquél que afecta a su aplicación con consumidores y usuarios, para lo que habrá que estar precavidos y tener en cuenta, indefectiblemente, la regulación que afecta a las cláusulas abusivas (72). Ya hemos apuntado más arriba que las cláusulas abusivas tienen su ámbito propio dentro de las relaciones con consumidores, y que pueden darse tanto en cláusulas predispuestas dentro de un contrato particular, al que el consumidor se limita a adherirse, como dentro de las cláusulas predispuestas en las condiciones generales (73).

(71) Así piensa, por ejemplo, ALFARO, para quien *condiciones generales y cláusulas abusivas* no son dos categorías homogéneas que, por lo tanto, puedan distinguirse, y, sobre todo, *deban* distinguirse, ya que el régimen jurídico que se pretende para ambas es idéntico (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB)*, núm. 67, 1997, pág. 862).

(72) En la Exposición de Motivos de la LCGC, de 13 de abril de 1998, se regulan las condiciones generales de la contratación con la intención de proteger no sólo «los legítimos intereses de los consumidores» sino «también de *cualquiera* que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual». Por otro lado, en el mismo texto legal, se regulan las cláusulas abusivas de manera independiente, esto es, sin tener en cuenta su incorporación o no a condiciones generales de la contratación. En cualquier caso, hay una referencia en el artículo 8.2 de la LCGC, como no podía ser de otra forma, a la regulación de las cláusulas abusivas dentro de la Ley de Consumidores y Usuarios (nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor), lo que pone en evidencia la *estrecha conexión* de ambas regulaciones aunque se haya optado por recogerlas en textos legales distintos. Con todo, es criticable este fenómeno de dispersión legislativa, pues tal vez hubiera sido más plausible haber optado por regular en su integridad la transposición de la Directiva 93/13/CEE dentro de la recién aprobada LCGC. Al menos de esa manera se hubiera facilitado la más rápida incorporación a la vida jurídica de una materia que, desafortunadamente, no ha tenido el deseable eco dentro de los pronunciamientos judiciales.

(73) En este sentido se expresa también la Exposición de Motivos de la nueva LCGC, si bien en ella se parte de la distinción entre condiciones generales y cláusulas abusivas para justificar la exigencia de dos leyes distintas, lo cual no es del todo exacto. La categoría de *cláusula abusiva* carece de todo sentido en los contratos individuales, ya que los jueces no pueden controlar la justicia del contenido contractual. La calificación como *abusiva* de una cláusula negociada individualmente carece de cualquier contenido jurídico, si bien podría hablarse de cláusula abusiva en un sentido *vulgar* para referirnos, por ejemplo, a que una determinada persona ha hecho un mal trato aceptando semejante cláusula. Sin embargo, y esto explica la inexactitud anterior, el sentido *técnico* del término *cláusula abusiva* se refiere exclusivamente a las cláusulas desequilibradas incluidas en un contrato, que hubieren sido prerredactadas o predisuestas e impuestas en perjuicio del adherente consumidor. Es decir, este concepto sólo será útil para delimitar las consecuencias del *control del contenido del contrato*, y, en consecuencia, para cumplir con el mandato de la Directiva hubiera bastado —así piensa ALFARO, por ejemplo— con una sola regulación legal, evitándose que las condiciones generales utilizadas frente a consumidores queden «doblemente» sometidas a la misma regulación, porque el régimen aplicable a condiciones generales y cláusulas abusivas era en el Proyecto de 1997 —y ahora

El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE se extiende a todas las cláusulas insertas en los contratos que hayan sido *predispuestas* por el empresario, y ello tanto si las emplearen masivamente con los consumidores como si las utilizaren restringidamente para casos particulares (*cláusulas no negociadas individualmente*), siempre que el consumidor no haya podido influir en su contenido. Quedan excluidas del control de abusividad todas aquellas cláusulas *prerredactadas* que hubieren sido, por el contrario, objeto de negociación por las partes contratantes. Al delimitar así su ámbito de aplicación, la Directiva no hizo sino reflejar el resultado del debate en el seno de la Comisión Europea (74) en el que se adoptó una solución de compromiso que no obligara a los Estados miembros a controlar los acuerdos negociados individualmente, pero sí a exigir que se controlen, además de las condiciones generales, aquellas cláusulas *predispuestas* que no hubieran sido objeto de negociación y, eso, aún cuando éstas lo fueran para un sólo contrato. Aquí se puede plantear, circunstancialmente, el problema acerca de si cabe o no incluir dentro de ese control a todas aquellas cláusulas o condiciones que se incorporan a un contrato a instancias de un tercero ajeno a la relación principal, como sucedería, por ejemplo, en el supuesto que un Notario participara en su formulación. En principio, parece que la contestación debe ser negativa, a no ser que ese tercero actuase con la clara intencionalidad de fortalecer la posición contractual del empresario (75).

Pero volviendo al tema que nos ocupa podemos comprobar que el *criterio central* para determinar cuándo las cláusulas deben someterse a *control del contenido* (para conocer si son o no abusivas) no es el criterio acerca de su carácter *negociado*, sino el criterio de su carácter *predispuesto*. Y este criterio

en la Ley 7/1998— sustancialmente el mismo: control de la incorporación del contrato, normas de interpretación y control del contenido (confrontar remisiones legales recíprocas de los nuevos art. 10.3 LCU y art. 8.2 de la LCGC). Para ALFARO es también muy lamentable este tipo de remisiones legales, desde el punto de vista de técnica legislativa, por cuanto que la Ley de condiciones generales no es una ley general ni la Ley de consumidores una ley especial (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, *ob. cit.*, págs. 866-868).

(74) Sobre las particularidades de la polémica puede verse H. E. BRANDNER/P. ULMER, *EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen*, Betriebs-Berater (BB), 1991, págs. 701 y sigs.

(75) Esta es la opinión de EMPARANZA, quien entiende que, en el caso planteado del Notario participe en la redacción y formulación de las cláusulas, se estaría conculcando también su necesaria neutralidad en el desempeño de su labor como fedatario público, y, se subraya, además, que esta es la postura unánime de la doctrina alemana, la cual sostiene que instaurar un control sobre el contenido de los contratos celebrados ante Notario implicaría, asimismo, una evidente pérdida de seguridad jurídica, teniendo en cuenta la función de garante de la legalidad que le otorga el ordenamiento jurídico (cfr. «La Directiva comunitaria sobre...», *ob. cit.*, en RDM, 1994, pág. 470, donde se cita principalmente a ULMER/BRANDNER/HENSEN, *AGB-Gesetz*, 7. Aufl. Köln, 1993, & 1, Rdn. 74 y sigs., esp. 78, 80; *Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, págs. 96-97, 101-102).

parece ser el más adecuado porque, como se ha sostenido, lo que justifica el control del contenido de unas cláusulas es que, respecto a ellas, el «*control del mercado*» no funciona correctamente, impidiendo así que pueda afirmarse que han sido aceptadas libremente por el consumidor y, por tanto, que queden sometidas a la regla *pacta sunt servanda* (76).

Certeramente se ha hecho notar por algún autor que la ausencia de negociación individual es, en general, irrelevante, y no significa que haya existido un defectuoso funcionamiento de la autonomía privada. Además, el requisito establecido en la Directiva 13/93/CEE de que se trate de cláusulas «no negociadas individualmente» no tiene la función de delimitar positivamente el ámbito de las cláusulas contractuales que van a quedar sometidas a control, sino, precisamente, el sentido contrario. Con esto tan sólo se quiere aclarar que, aunque se trate de cláusulas predispuestas, si éstas han sido negociadas individualmente, no quedarán sometidas a control (77).

Pero puede comprobarse que en la nueva LCGC se va más allá de lo exigido por la Directiva, por cuanto que se someten a *control del contenido* (78) todas las cláusulas incorporadas a un contrato entre un empresario y un consumidor, excepto aquéllas que hubieran sido negociadas individualmente, sin exigir, por tanto, que se trate de cláusulas prerredactadas. De hacerse así, salvo que el empresario pueda demostrar que negoció la cláusula en cuestión con el consumidor, se aplicará el control del contenido (79).

(76) Así, ALFARO, para quien controlar judicialmente el contenido contractual sólo es legítimo cuando concurren circunstancias que permitan afirmar que existe un déficit de funcionamiento de la autonomía privada, déficit que aparece por las *asimetrías* de información existentes entre los predisponentes, que redactan los formularios, y los consumidores, que se limitan a adherirse al clausulado propuesto por el empresario (cfr. «El Proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 865).

(77) Por todos, ALFARO, quien mantiene que es necesario «ordenar» las afirmaciones del legislador comunitario en el artículo 3 de la Directiva de 1993. De esta manera llega a concluir que lo que el legislador comunitario entiende por «cláusula contractual no negociada individualmente», no es lo que se entiende en el lenguaje ordinario, sino aquélla que «haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido» (art. 3.2), esto es, un concepto en el que aparecen necesariamente yuxtapuestas las notas de la predisposición y la imposición (cfr. «El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales...», *ob. cit.*, en *RDBB*, 67, 1997, pág. 865 y nota 20). Frente a esta opinión VATTIER FUENZALIDA sostiene que lo esencial no es la redacción previa de las condiciones generales a las que el contrato se somete, sino la falta de negociación de las distintas cláusulas del contrato [cfr. «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 630, 1995, pág. 1525].

(78) El desplazamiento del interés desde el llamado *control de inclusión* de las cláusulas abusivas a un verdadero control de su *contenido* ha sido puesto de manifiesto por la generalidad de la doctrina. Por todos, VATTIER, «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *RCDI*, 1995, págs. 1528-1529.

(79) Así aparece en el nuevo artículo 10 bis de la recién reformada LCU. Lamenta ALFARO, con toda razón, que esta mayor extensión de la regulación española respecto de

La Directiva 93/13/CEE, como es sabido, ha configurado un sistema de *control del contenido* sobre cláusulas abusivas basado en la formulación de un concepto general de *cláusula general* recogido en su artículo 3.1, el cual aparece reforzado, a su vez, con una enumeración ejemplificativa o enunciativa de cláusulas abusivas que vienen recogidas dentro de un anexo de la misma Directiva (80). Con este control lo que se pretende es limitar los poderes de configuración negocial del predisponente, de tal manera que éste sólo pueda establecer un derecho susceptible de ser homologado por el legislador, esto es, un derecho que sea acorde con el Derecho dispositivo, los usos y la ley (art. 1.258 del Código Civil). Dentro de este control pensamos que debe ponerse especial énfasis en la circunstancia de que al predisponente, por su peculiar situación dentro del contrato, le estará vedado apartarse, sin justificación, de las normas y principios de Derecho dispositivo.

Con carácter general, lo que parece aceptarse pacíficamente por toda la doctrina es que la *pieza básica* del control de las cláusulas predispuestas es este denominado *control del contenido* de las cláusulas, el cual se articula básicamente sobre la *cláusula general* de buena fe, con el auxilio y complemento de una generosa tipificación de las cláusulas concretas prohibidas (81). Es decir, la cláusula general no constituye una fórmula jurídica autónoma, sino que requiere un mecanismo de concreción de los supuestos encerrados bajo dicha cláusula (82). Este es el sistema que ya aparece en la reformada LCU (nueva Disposición Adicional primera), y que ha sido criticado por un amplio sector doctrinal, tanto por el hecho de tener que coexistir dos leyes

la comunitaria no sea previsiblemente razonada sino, quizá, producto de una lectura apresurada de la Directiva 13/937/CEE (cfr. *El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., pág. 866).

(80) Ya en 1980, POLO se refería a que dentro del Derecho comparado se ofrecían en aquel entonces dos soluciones posibles: la seguida por el Consejo de Europa, a través de la *Resolución 47/1976, de 16 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa*, sobre «las cláusulas abusivas en los contratos concluidos por los consumidores y métodos de control apropiados», también seguida por la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976, de condiciones generales de los contratos (*AGB Gesetz*), basadas ambas en la técnica de la cláusula general *definitoria* y supuestos concretos de cláusulas abusivas, y la seguida por la Ley inglesa de cláusulas ilícitas en los contratos (*Unfair Contracts Terms Act*, de 26 de octubre de 1977), que sanciona determinados tipos de cláusulas abusivas (cfr. *La protección del consumidor en el Derecho privado*, 1980, págs. 94 y sigs.; *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 57-64). Inequívocamente las preferencias legislativas se han inclinado por el modelo de cláusula general, sancionado en la Directiva 93/13/CEE.

(81) Cfr. ALFARO, *El Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., 1997, pág. 896.

(82) Así lo expresa, siguiendo las pautas de la Directiva, EMPARANZA, *La Directiva Comunitaria sobre las cláusulas abusivas...*, ob. cit., pág. 473. Piensa este autor que tal vez hubiera sido recomendable delimitar, dentro de la Directiva 93/13/CEE, el grado de desequilibrio exigible en las relaciones entre el consumidor y el empresario, con el fin de determinar el carácter abusivo de la cláusula.

que van a regular supuestos muy próximos y, en muchos casos **coincidentes** (83), como en razón de no haber respetado el carácter meramente *indicativo* de la Directiva 93/13/CEE (art. 3.3) (84).

Parece claro que con la Directiva 93/13/CEE se pretende conjurar el desequilibrio que pueda darse entre la superioridad *funcional* del empresario y la posición del consumidor. Ahora bien, esta finalidad no tiene porqué relevar a un segundo plano la defensa del principio de autonomía de la voluntad (85), cuando lo que se está regulando es precisamente el cauce normativo por el que las partes contratantes —**empresario** o profesional y **consumidor**— pueden verse en una posición de equilibrio, dentro de la cual ninguna de ellas pueda prevalerse de una posición dominante o de superioridad. **Autonomía** de la voluntad que, en el ámbito contractual, es ante todo y antes que nada, libertad de contratación, lo cual significa y determina la libre opción del individuo entre contratar y no contratar (86). De ahí que

(83) Esta es la opinión del profesor RODRÍGUEZ ARTIGAS, para quien hubiera sido preferible haber derogado el antiguo artículo 10 de la LCU y haber promulgado una ley, que, con un amplio ámbito de aplicación subjetivo, regulase, fundamentalmente, las condiciones generales de la contratación, y, que, en la medida necesaria para cumplir el mandato de la Directiva de 1993, protegiese a los consumidores y usuarios, no sólo frente a los peligros derivados de la utilización de condiciones generales, sino también frente a las cláusulas impuestas en contratos no sujetos a este tipo de clausulados (cfr. *Derecho de los Negocios*, núm. 86, noviembre de 1997, pág. 3). En otro sentido, tal y como ha sido planteada la reforma, esto es, circunscrita al ámbito de aplicación de sus normas a las relaciones entre empresarios y consumidores, y, teniendo en cuenta que el régimen jurídico aplicable a condiciones generales y cláusulas abusivas es el mismo, ALFARO piensa que la reforma podría haberse llevado a efecto en el estricto y exclusivo marco de la LCU (cfr. «El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación...», *ob. cit.*, en *RDBB*, núm. 67, 1997, págs. 867, 893 y sigs.).

(84) Por todos, puede verse ALFARO, para quien el texto proyectado —y recientemente **aprobado**— desborda, en este punto, cualquier norma de proporcionalidad, considerando que debería haberse mantenido el carácter enunciativo de la lista de cláusulas abusivas de la Directiva (art. 3.3). Para éste, los jueces, en el último Proyecto —**ahora** aprobado como **Ley**— habrán de declarar nulas las cláusulas contenidas en la lista, y, por aplicación de la cláusula general del nuevo artículo 10.1 LCU, podrán declarar también nulas otras no contenidas en esa lista. Dado que, según su criterio, muchas de las cláusulas declaradas nulas en la lista son, a su vez, auténticas cláusulas generales, la inseguridad jurídica se le antoja insoportable (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales...*, *ob. cit.*, 1997, págs. 868 y 896). En otro sentido diferente se pronuncia VATTIER, para quien no es razonable adoptar una lista de carácter indicativo (cfr. «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», en *RCDI*, 1995, pág. 1539).

(85) En contra de la opinión de EMPARANZA, que cita en su apoyo a FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Bd. 2 Das Rechtsgeschäft 4. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York, 1992, & 37, 2, pág. 670, y a ULMER en *Ulmer-Brandner-Hensen, AGB-Gesetz*, 7. Aufl. Köln, 1993, Einl. Rdnr. 32.

(86) Así se expresa con claridad Díez-Picazo cuando afirma que la autonomía de la voluntad en el campo contractual es, ante todo, libertad de contratación, lo cual para él significa, sustancialmente, tres cosas: libertad de constitución de las relaciones contractuales, libertad de elección del tipo contractual, y, en último término, libertad para mo-

sostengamos que todo lo que contribuya a un deseable equilibrio *inter partes* dentro del contrato será debelador frente a todo aquello que atente contra el principio de autonomía de la voluntad. En consecuencia, aun tratándose de cláusulas abusivas, pensamos que también es posible hablar con propiedad de recuperación de la libertad de estipulación de las partes dentro del fenómeno de la contratación en masa o seriada, máxime cuando de lo que se trata en definitiva es corregir los desequilibrios que puedan darse en perjuicio del consumidor.

En otro orden de cosas, y si bien en un principio parece que la Directiva 93/13/CEE (87) deja fuera de su ámbito de aplicación aquellas condiciones que reflejen disposiciones legales o reglamentarias *imperativas*, sin embargo hay que señalar que también habrán de excluirse de la aplicación de esta Directiva aquellas normas que «con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo» (88). Lo cual no quiere decir, a nuestro juicio, que la nota de la imperatividad de las normas que establece el artículo 1.2 de la Directiva, como causa de exclusión de su aplicación, haya de entenderse en un sentido *laxo* (89), sino que lisa y llanamente se está dando entrada también a que la libre composición de intereses entre las partes pueda eludir la aplicación de la propia Directiva. Ahora bien, esto no cabe duda de que puede introducir cierta perplejidad sobre el verdadero deseo de aproximación y armonización de las legislaciones nacionales a propósito de las cláusulas abusivas (90).

Con carácter previo debe señalarse, aunque ya lo hemos dado por supuesto más arriba, que siempre que hablemos de las *cláusulas abusivas* lo estamos haciendo del *control del contenido* de las mismas, esto es, del análisis acerca de si son o no conformes con la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones. El sentido que se dé a esta cláusula general de la buena fe va a ser decisivo para determinar cómo se realiza y qué alcance puede tener ese control (91). Y esto servirá, tanto si hablamos de cláusulas predisuestas no

dificar el contenido legal de los contratos regulados por la ley (cfr. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 128).

(87) Y el Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 5 de septiembre de 1997 (art. 2).

(88) Cfr. Considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1998.

(89) Por un sentido laxo se pronuncia EMPARANZA, «La Directiva Comunitaria sobre...», *ob. cit.*, en *RDM* (1994), nota (18), pág. 468.

(90) En este sentido puede verse la propia LGCC —que recoge el mismo texto del *Proyecto de Ley sobre CGC de 5 de septiembre de 1997* cuando trata de las llamadas «cláusulas declarativas»—, y donde se afirma que no será de aplicación la presente Ley a las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes» (art. 4.2, *in fine*).

(91) CLAVERÍA GOSÁLBEZ ya había comentado, a propósito del antiguo artículo 10.4 de la LCU, recientemente modificado, la transformación espectacular que ha **experimen-**

negociadas individualmente para *un* solo contrato con un consumidor concreto, como si se trata de cláusulas predispuestas no negociadas individualmente para su utilización en una *pluralidad de contratos (condición general)*. De ahí que pueda afirmarse que el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva de 5 de abril de 1993 sea algo más amplio que el de la nueva LCGC, ya que incluye, dentro de su ámbito, además de las condiciones generales, aquellas otras cláusulas predispuestas por el empresario para un solo contrato y que no hubieran sido objeto de negociación (*cláusulas impuestas*) (92).

- a) EL PUNTO DE PARTIDA DEL CONTROL DEL CONTENIDO:
EL CONCEPTO DE LA BUENA FE

Como punto de partida en este punto conviene recordar, siquiera brevemente, la polémica histórica acerca del fundamento de la obligatoriedad de los clausulados generales. Las tesis *normativistas* fundamentan la validez de las condiciones generales en la convicción de que poseen un auténtico valor normativo, mientras que las tesis *contractualistas* lo fundamentan, sin embargo, en la creencia de que se trata de meras cláusulas contractuales. Mientras

tado el concepto de contrato, que, de estar basado en el consentimiento, ha pasado a ser un mecanismo jurídico de incidencia sobre el circuito económico, más controlado por su *contenido* que por el proceso de su formación: ya no podrá decirse, a su juicio, que siempre el contrato es un consentimiento sobre una causa manifestado mediante una forma, siendo la causa síntesis del contenido, pues éste puede no ser producto del acuerdo de los dos contratantes (cfr. «El control de las condiciones generales de los contratos», en *La Ley*, 1989, II, pág. 1016; *Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor*, 1990, pág. 130). En el mismo sentido propuso una interpretación marcadamente restrictiva del para él *peligroso* artículo 10.4.2 de la LCU reformado (ineficacia total del contrato), para los escasos supuestos en que su aplicación no sea lesiva para el adherente; en los demás casos, no ve más solución posible que la integración, por reconstrucción de la regla negocial, por medio del Derecho dispositivo (art. 1.258 del Código Civil) (cfr. *Comentarios a la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 343 y sigs.). También Díez-Picazo se inclinó por la nulidad parcial sin excepciones (cfr. *Fundamentos...*, *ob. cit.*, I, pág. 358). En la nueva LCGC, recientemente aprobada, se da carta de naturaleza al artículo 1.258 del Código Civil como procedimiento integrador general en manos del Juez, declarando que tan «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada, podrá (el Juez) declarar la ineficacia del contrato» (nuevo art. 10 bis 2, *in fine*, LCU reformada).

(92) Con todo, esta ampliación del ámbito de aplicación es, en realidad, más bien minúscula, pues no parece posible imaginar muchos supuestos, en la práctica, en los que el empresario redacte anticipadamente un conjunto de cláusulas, y que lo haga con la vista puesta, exclusivamente, en un contrato concreto con un consumidor concreto o que piense utilizarlo exclusivamente en un contrato particular. Más bien su voluntad será, normalmente, como afirma ALFARO, la de utilizar el clausulado en una pluralidad de contratos, con lo que nos encontraremos ya dentro del ámbito propio de una ley de condiciones generales (cfr. *El Proyecto de Ley de condiciones generales...*, *ob. cit.*, págs. 864-865).

las posiciones *normativistas*, como se ha puesto de relieve, ponen el acento en el *acto de predisposición* (como acto de establecimiento de la norma), las posiciones *contractualistas* subrayan el *acto de adhesión* (como acto de consentimiento que perfecciona el contrato) (93).

La crítica a las teorías normativistas, rigurosamente realizada por eximios civilistas, llegaba a la conclusión de que las condiciones generales o son contenidos contractuales o jurídicamente no son nada, esto es, las condiciones generales sólo pueden justificar su fuerza de obligar en tanto que sean entendidas como estricto contenido de cada concreto y particular contrato (94).

Esta posición dualista o maniquea ha ido quedando superada con el paso de los años merced, en buena medida, a las reformas legales generalizadas que se han acometido en los países de nuestro entorno jurídico. Así lo pone de manifiesto la más cualificada doctrina civilista, que ve el punto de inflexión de este cambio en aquel preciso momento en que el legislador ha optado por establecer la línea de protección de los consumidores y de los adherentes en toda una serie de cautelas y de censuras. Desde entonces puede considerarse que aquellas condiciones que cumplen los requisitos legales pasan a integrar el contrato y a formar parte de él por decisión de la ley. Y el hecho de tenerlas como fuente de integración del contrato justifica, al entender de esa misma doctrina, tanto una diversidad en las reglas de interpretación como el juicio sobre la validez o invalidez del *contenido* de las cláusulas abusivas, muy difícil de establecer en el caso hipotético de que se tratara de genuinas reglas acordadas (95).

(93) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 38. Puede verse una exposición crítica de las doctrinas normativistas y contractualistas dentro de esta monografía en las páginas 41 a 80. El profesor MIQUEL mantiene la opinión de que los planteamientos contractualistas clásicos deben rechazarse porque no dan cuenta de la realidad del fenómeno en cuestión, y encierran discursos legitimadores de las condiciones generales, que, además, pueden tener influencia perjudicial en las decisiones judiciales, si éstas se dejan llevar por el principio de la libertad contractual en ámbitos en los que no existe o sólo existe de modo muy matizado, y no sólo por la indudable confusión y corrupción que producen en la dogmática del contrato (cfr. «Reflexiones sobre condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 4943).

(94) Puede verse en Díez-Pícazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 1993, pág. 348.

(95) Por todos, este es el pensamiento del profesor Díez-Pícazo, que se inspira en la ley alemana. Esta postura, a su juicio, parece responder mejor al estado actual de nuestra legislación. Si bien GARCÍA AMIGO llegó a afirmar que el parágrafo 2.º de la ley alemana de 1977 («las condiciones generales de contratación pasan a formar parte integrante del contrato...») presupone la aceptación de la tesis contractualista —«Ley alemana occidental sobre condiciones generales», en *RDP*, 1978, pág. 387—, Díez-Pícazo le puntualiza que no es exactamente así, por cuanto que el hecho de considerarlas como fuente de integración del contrato excluye su genuino carácter de reglas acordadas o reglas directamente procedentes de la autonomía privada (cfr. *Fundamentos...*, *ob. cit.*, vol. I, 1993, págs. 347-349).

Aún más explícito es un sector de la *doctrina mercantilista* que habla sin ambages de un cambio importante de perspectiva, que obliga a replantear la cuestión misma del fundamento de la validez de las condiciones generales. Para éstos, en la actualidad, la pregunta capital y clave para acceder a una correcta comprensión de su naturaleza no debe ser, en ningún caso, por qué valen las condiciones generales en abstracto, sino por qué valen las condiciones generales conformes con la *buena fe* o con un *contenido equilibrado*. A su juicio, el error de las aproximaciones tradicionales ha sido, precisamente, el haber pretendido encontrar un fundamento para la validez de cualquier condición general indiscriminadamente, es decir, en haber hecho ese apoyo en elementos que, como la predisposición o la adhesión, son tan sólo relevantes para decidir cuándo estamos ante una condición general, pero que no lo son para decidir la cuestión de la validez, para lo cual, el legislador se debe remitir hoy en día, además de a la noción de condición general, al contenido equilibrado o abusivo de éstas (96).

Con todo lo anteriormente expuesto no es de extrañar que un destacado sector doctrinal entienda que cuando hablamos de la buena fe, dentro del ámbito de las cláusulas abusivas, nos estamos refiriendo a la buena fe como conjunto de criterios valorativos, que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual, y que no se trata de la buena fe como regla de integración del contrato (97). Sin embargo, frente a éstos, otros autores no tienen reparos en señalar que esta buena fe, de la que aquí discutimos, es una buena fe en sentido objetivo, tal como la configura el artículo 1.258 de nuestro Código Civil, solamente que llevada a un momento *anterior* al de los efectos del contrato, al de la perfección del mismo (98). Para otros, en fin, abundando en esta idea, la buena fe de

(96) Esta es la opinión de ALFARO, que coincide en este punto con Díez-Picazo, quien mantiene que el juicio sobre la validez o invalidez de las cláusulas abusivas se va a realizar sobre el *contenido* de las mismas, o, lo que es lo mismo, sobre su conformidad **o no con la buena fe** (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 38-39).

(97) Así se expresa, por ejemplo, el profesor Díez-Picazo para quien la buena fe, abundando en la idea ya reseñada, es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante; viene a ser, en definitiva, una aplicación de la **regla general de la confianza** (cfr. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 1993, págs. 352-353).

(98) Esta es la opinión de la profesora Díaz Alabart que cita en apoyo de su postura a Duque Domínguez (cfr. «La protección de los derechos económicos y sociales en la LCU», en *Estudios de Consumo*, núm. 3, pág. 67); R. Bercovitz (cfr. *Estudios Jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 198), y López Sánchez (cfr. «Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español», en *RGLJ*, núm. 4, 1987, pág. 643). Apostilla la propia Díaz Alabart que la noción de *justo equilibrio de contraprestaciones del artículo 10.1.c) de la LCU —ahora reformado—* es difícilmente separable en la práctica del concepto de la buena fe; para ella el *justo equilibrio de las contraprestaciones* implica la existencia de buena fe, y ésta difícilmente existirá si no hay

la que aquí se trata (99) vendría a significar un mandato a los jueces para que fiscalicen las condiciones generales comparándolas con el Derecho dispositivo sin que, en modo alguno, se olviden de efectuar una valoración, en su caso, de los intereses de ambas partes conforme al 1.258 del Código Civil (100).

Es muy interesante, por lo que puede tener de clarificadora esta última postura, que, aunque proveniente de un particular punto de vista de la doctrina mercantilista, debiera despejar, a mi juicio, toda una serie de recelos inmotivados por parte de algunos civilistas de gran autoridad y predicamento. Estos, si bien la mayoría de las veces, coinciden básicamente en afirmar las ventajas de los postulados generales que defienden un relevante sector de la doctrina mercantilista, en otros momentos parecen desconfiar por causa de lo que ellos entienden como de dudosa ortodoxia dogmática, dando incluso una opinión de la misma que tal vez no se ajusta exactamente a lo que en puridad se sostiene en la literalidad de los textos censurados (101).

un equilibrio contractual justo. En esta expresión es, a su juicio, donde se pone el acento del requisito diferenciador de una condición abusiva de otra que no lo es, y la razón estriba, probablemente, en que la buena fe es un concepto más abstracto que el justo equilibrio. Esta idea aparecía ya reflejada en el artículo 3.1 de la Directiva de 5 de abril de 1993, y ha sido traspuesta en la recién reformada LCU, en la que se habla de «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes» y «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» [arts. 10.1.c) y 10 bis 1 LCU reformada]. En cualquier caso, cabe entender que este *equilibrio de prestaciones*, puesto que la idea de lo justo es inherente a todo precepto legal, es una derivación necesaria del principio de la buena fe tal como lo estamos viendo y explicando, lo que permitirá, a su vez, interpretar el susodicho justo equilibrio de prestaciones —tal como hace DÍAZ ALABART siguiendo a R. BERCOVITZ— en un sentido más amplio que el que deriva de su tenor literal, esto es, permitirá entenderlo como un *justo equilibrio contractual*, y no únicamente como un mero equilibrio de las prestaciones objeto del contrato. En consecuencia, para averiguar si una cláusula es o no abusiva, generalmente, será necesario examinar no sólo esa condición sino el *contrato en su conjunto*, que es, precisamente, lo que nos dará la idea de si se ha respetado o no ese equilibrio necesario (cfr. *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, 1992, págs. 252-254).

(99) La referida en el antiguo artículo 10.1.c) de la LCU, y ahora en los artículos 10.1.c) y 10 bis 1 de la LCU reformada.

(100) Esta es la postura de ALFARO para quien, como fruto de esta comparación, el Derecho que resultaría aplicable vendría dado por las normas del Derecho dispositivo, y, a falta de éste o en el caso de que el mismo no se adaptara al contrato efectivamente celebrado, por una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes, como se deduce del artículo 1.258 del Código Civil (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 82; *El proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación...*, ob. cit., 1997, pág. 872). Ya DÍEZ-PICAZO venía señalando desde hacía tiempo, a propósito del control de fondo de las condiciones generales de la contratación, que el Derecho legal dispositivo, en materia contractual, ofrece el mejor modelo de la justa composición de los intereses en conflicto entre las partes contratantes (cfr. *Fundamentos...*, ob. cit., vol. I, 1993, pág. 352).

(101) Me refiero, por poner un ejemplo bien reciente, a uno de los comentarios vertidos por el profesor DÍEZ-PICAZO sobre las posiciones de ALFARO sobre este particular,

b) TEORÍA SINTETIZADORA A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL (102)

Así, llegados a este punto, creo conveniente pasar a sintetizar las líneas más sobresalientes de esta postura con la intención crítica de aunar posiciones o puntos de vista. El primer acierto de esta posición por la que venimos abogando consiste, a mi juicio, en subrayar la importancia de la interpretación de lo que se denomina *pieza central* (103) del control del contenido, la llamada *cláusula general de buena fe*, con el convencimiento de que el sentido que pueda darse a esta cláusula será fundamental para la concepción del Derecho de las condiciones generales, por cuanto que de la misma dependerá el reconocimiento de la validez o la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas (104). En este sentido, parece bien claro que puede afirmarse que *la doctrina contractualista* de la validez de las condiciones generales ha llevado a una incorrecta comprensión de las mismas. En efecto, ésta viene entendiendo la buena fe como una función de prohibición del ejercicio abusivo de los derechos (teoría del abuso de la libertad contractual del 1.255 del Código Civil) en lugar de entenderla, como sería deseable, como una función de integración tal como aparece recogida en el artículo 1.258 del Código Civil, sede del desarrollo judicial del Derecho (105). Es decir, se contrapone la

donde se llega a afirmar de éste que su «línea de pensamiento continúa otorgando a los empresarios una cierta dosis de poder normativo que es *inconciliable* con el sistema de fuentes del Derecho y con el Estado democrático» (cfr. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 1996, pág. 30).

(102) Aunque no he mencionado, en algunas ocasiones, al artículo 57 del Código de Comercio, conviene hacer la advertencia, tal vez innecesaria, que inevitablemente el 1.258 del Código Civil va unido al mismo 57 del Código de Comercio.

(103) *Pieza central*, esto es, que se está reconociendo implícitamente también, como no podía ser de otra manera, la existencia de otros *criterios accesorios de abusividad* como hemos mencionado en otro lugar (cfr. nota 32), si bien hay que acabar reconociendo que el origen último de todo abuso es la vulneración del principio de buena fe. Así, puede confrontarse la opinión de BUESO GUILLÉN, quien habla de dos componentes *cumulativos* a la hora de determinar el concepto de abusividad (material y formal), y en el que el examen del carácter abusivo *formal* (art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, transparencia, claridad, comprensibilidad) debe preceder al examen de tipo *material* (art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE), ya que, a su juicio, una cláusula formalmente correcta puede ser materialmente abusiva, es decir, es posible encontrar una cláusula «transparentemente abusiva». En cualquier caso, parte este autor de la premisa que ambas formas de abuso encuentran su origen en una vulneración del principio de la buena fe (cfr. «Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 1995, págs. 657 y sigs.).

(104) Así lo entiende, por ejemplo, ALFARO después de constatar que la doctrina contractualista tiene un apoyo legal muy endeble, lo que tendrá, a su juicio, efectos perturbadores importantes en la comprensión de su régimen jurídico (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, págs. 52-80 y 93).

(105) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 94-95.

buena fe como límite de la libertad contractual del 1.255 del Código Civil y la buena fe como fuente de integración del 1.258 del Código Civil (106). Con todo, a lo que se llega es que las propias condiciones generales no pueden crear Derecho en el sentido que lo puede crear la autonomía privada o el legislador, es decir, su eficacia no es constitutiva sino meramente *declarativa*; su carácter vinculante para el adherente es consecuencia de su *contenido*, de tal manera que se llega a concluir que serán vinculantes aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho) (107).

Vistas así las cosas, las condiciones generales, según este sector de la doctrina mercantilista, no crean la regla contractual, sino que tan sólo *concretan, desarrollan o explicitan* las normas que serían de aplicación por medio de la integración del contrato, es decir, la buena fe, el uso y la ley (art. 1.258 del Código Civil). De esta manera puede sostenerse que parece acertada la visión de los que, desde esta misma perspectiva jurídica, piensan que está claramente superada la opinión de aquellos otros autores que consideraban el control de las condiciones generales como un ataque a la libertad contractual, porque, en este supuesto sólo se estaría atendiendo a la libertad del predisponente, sin reparar en la exclusión de la libertad de configuración contractual de la otra parte que se produce en los contratos con condiciones generales (108).

Otro sector de la doctrina civilista más reciente que al pronunciarse sobre este asunto parece enjuiciar lo más arriba expuesto con cierto distanciamiento y con manifiesta cautela, por cuanto que tal planteamiento, a su juicio, equivale a decir que se puede reconocer a los empresarios la función de *destilar*

(106) Este cambio aparece recogido por la doctrina alemana más reciente, a modo de un encargo del legislador hecho a los tribunales para que desarrollen el Derecho de los contratos (cfr. ALFARO, *Las condiciones...*, *ob. cit.*, pág. 100). Así, por ejemplo, P. ULMER, «Diez años de la Ley alemana de Condiciones Generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», en ADC (1988), pág. 775; H. E. BRANDNER, *Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz, Zehn Jahre*, pág. 48; K. TONNER, *Die Entwicklung des Reisevertragsrechts durch Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verbandsverhandlungen*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 189 (1989), págs. 112-157; H. ROTH, *Zur Gerichtlichen Inhaltskontrolle von Finanzierungs-Leasingverträgen*, AcP, 190 (1990), pág. 294.

(107) Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 101 y sigs. Esta propuesta de asignar eficacia declarativa a las condiciones generales no está exenta de serias objeciones, pero a juicio del mismo Alfaro, ninguna de ellas puede resultar definitiva (cfr., *ob. cit.* anterior, págs. 105-107).

(108) En este sentido, y sumándose al punto de vista de ese sector de la doctrina mercantil, está la reciente toma de posición de MIQUEL GONZÁLEZ, para quien otorgar la misma consideración a la regla contractual dispositiva o verdaderamente acordada que a la predispuesta por una sola de las partes, es lo que verdaderamente *corrompe* el significado de la libertad contractual (cfr. «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos...*, *ob. cit.*, pág. 4947).

para el concreto contrato las reglas de la buena fe contractual a que las normas de integración se refieren; o, dicho también con otras de sus propias palabras, sería algo así —**afirman**— como una especie de concreción para el caso concreto de ese género de buena fe. Sin embargo, los mismos que afirman esto a la vez reconocen, a renglón seguido y sin empacho alguno, que esa idea de la que recelan (y que piensan sin ambages que no puede desterrarse sin más) tiene la ventaja de proscribir, como reglas contractuales, aquellas disposiciones o pretensiones empresariales que no se acomodan a la buena fe. De ahí que aunque hayamos afirmado más arriba, ciertamente, que estos autores —**civilistas**— parece que se distancian y que crean suspicacias respecto a aquel otro sector de la doctrina mercantil, sin embargo, implícitamente, parecen estar reconociendo las ventajas de aquellos postulados doctrinales que miran con desconfianza. A lo que parece les cuesta aceptar sus postulados por un prurito de carácter doctrinal, pero da la impresión que de un modo u otro lo acaban reconociendo. No en vano, como reconocen ahora estos civilistas expresamente, son los empresarios los conocedores de los entresijos y problemas que los contratos pueden plantear y quienes están en condiciones de asegurar la equidad contractual (109).

Desde otro punto de vista mucho más complaciente con esa postura crítica a la fundamentación contractualista, la cual, como hemos reseñado más arriba, asigna también carácter declarativo a las condiciones generales, algunos civilistas sostienen ahora sin ambages que esta idea les parece *muy favorable* para la protección de los consumidores y adherentes y se ajusta mejor a la realidad, aunque choque con las ideas contractualistas clásicas dominantes entre los juristas (110). Al mismo tiempo hacen una matización importante por cuanto que, a

(109) Por todos, Díez-Picazo, de quien puede deducirse ese cierto distanciamiento doctrinal cuando afirma que ALFARO «*ha creído posible sostener* que las condiciones generales integran el contrato en la medida en que concretan, en el caso concreto, los dictados de la buena fe». Este juicio del profesor Díez-Picazo parece aún más claro cuando, a renglón seguido, sostiene que «esta línea de pensamiento continúa otorgando a los empresarios una cierta dosis de poder normativo que es *inconciliable* con el sistema de fuentes del Derecho y con el Estado democrático» (cfr. *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, 1996, pág. 30). Esta opinión, tal vez, no se ajusta exactamente al pensamiento de ALFARO, si se tiene en cuenta que la pretensión de éste no parece ser otra que la de demostrar la coherencia de su propuesta doctrinal ya conocida con el ordenamiento jurídico, propuesta que no necesita «*corromper*» en ningún caso, a su entender, el contrato ni alterar el sistema de fuentes establecido. Serán vinculantes, dice ALFARO, aquellas condiciones generales que incorporen el contenido de regulación de una norma que pueda reclamar validez por sí misma *de acuerdo* con las fuentes ordinarias del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho); la adhesión, a su juicio, no constituye consentimiento sino, simplemente y de acuerdo con la significación objetiva que cabe atribuirle a la luz de la ley y la buena fe, autorización para formalizar reglas y principios legales (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 101-103).

(110) Por todos, puede verse la opinión de MIGUEL GONZÁLEZ, que parece seguir las ideas de ALFARO en esta materia, cuando sostiene que la explicación de este autor tiene

su juicio, lo que debe subrayarse, no es tanto que las condiciones no vinculen por sí mismas, en el sentido de ser sólo *declarativas* de las fuentes de integración contractual del artículo 1.258 del Código Civil, sino el hecho de que estas fuentes vincularán en la medida en que establezcan una regla contractual que sea conforme con aquellas fuentes, y, en particular, con la buena fe. Como puede deducirse fácilmente esta buena fe va a ser, a todas luces, determinante, ya que, en ningún caso, las condiciones generales podrán establecer una reglamentación que pueda juzgarse contraria a la misma (111). Con todo lo afirmado hasta el momento, y a modo de conclusión, se puede constatar también el expreso reconocimiento doctrinal, por parte de este sector de la doctrina civilista, de que la *clave de bóveda* de todo el Derecho de las condiciones generales vendrá dado por el sentido que se dé a la *cláusula general de la buena fe*, siendo ésta perfectamente conciliable con el sistema de fuentes del Derecho (112).

Según la corriente más reciente, y tal vez aglutinadora de los distintos intereses en conflicto, se trata, en suma, no ya sólo de ofrecer una postura más o menos matizada de la tesis contractualista de las condiciones generales, sino de excluir la lógica contractualista clásica para reemplazarla por una *nueva imagen del contrato* en la que el derecho dispositivo es sustituido por una sola de las partes y, por ende, sometida a un control de *contenido* de

la ventaja de no corromper la dogmática del contrato y evita, además, legitimar soluciones apoyadas en la libertad de configuración de la regla contractual cuando realmente no ha podido ser ejercida; esa opinión de Alfaro significa también, según Miquel, que las condiciones generales no vinculan por sí mismas, sino por su conformidad con las fuentes de integración del contrato (buena fe, uso y ley dispositiva) (cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor A. Ménendez*, tomo IV, 1996, págs. 4950 y 4951).

(111) Así se expresa el profesor MIQUEL GONZÁLEZ, para quien la buena fe exige que la confianza del adherente en una reglamentación justa y equilibrada no sea defraudada; la adhesión debe ser interpretada conforme a la buena fe, y, en consecuencia, no podrá considerarse como aceptación de cualquier contenido contractual ni como licencia para que el predisponente establezca una regla desequilibrada a su favor (cfr., *ob. cit.*, anterior, pág. 4951).

(112) Este es el planteamiento de cierto sector de la doctrina civilista y que venimos personificando en la persona del profesor MIQUEL, en consonancia con el propio ALFARO. Este último viene manteniendo que el fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en las fuentes ordinarias del Derecho, incluida la función *complementadora* de la jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil), y que se lleva a cabo, en la mayor parte de los casos, a través de la aplicación del 1.258 del Código Civil como sede de las fuentes de integración contractual. Con esto, no quiere decirse que las condiciones generales sean fuente de integración del contrato *per se*, sino que su contenido ha de venir formado por las normas que constituyen las fuentes de integración del contrato. Entre otras razones de interés conviene destacar que esta propuesta le llevará a Alfaro a declarar ineficaces, precisamente, aquellas condiciones generales cuya fuente exclusiva de validez pretenda descansar en la adhesión del cliente, mientras que declarará válidas aquellas otras cuya fuente de validez descansen en las normas legales, consuetudinarias o derivadas de la buena fe (cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, págs. 104-105).

validez diferente al que se somete a los demás contratos. Con todo esto lo que se pretende es destacar, singularmente, la tarea trascendental que deben pasar a tener los Jueces y Tribunales al utilizar el principio de buena fe en el control del Derecho dispositivo de los contratos, no quedando éste abandonado nunca al arbitrio de los empresarios (113).

Este control de las condiciones generales abusivas se traduce a la postre en un *control judicial del contenido* que no existe en otros contratos, y el intérprete debe proceder teniendo en cuenta el régimen que sería aplicable al contrato sin aquella condición general abusiva. Esa búsqueda de la regla aplicable al contrato exigirá la aplicación de los *criterios de integración* del mismo conforme al artículo 1.258 del Código Civil, tal y como hemos explicado (114). Y los que sustentan este criterio están de acuerdo en que el régimen sustitutivo de esas condiciones generales ineficaces vendrá determinado, en primer lugar, por el Derecho dispositivo (115), y, en caso de no existir éste, lo será por los usos y por la buena fe, la cual, comporta, utilizando las propias palabras de quienes lo formulan, *una valoración equilibrada de los intereses de las partes* contratantes (116).

(113) Cfr. MIQUEL GONZÁLEZ, *Reflexiones sobre las condiciones generales*, ob. cit., pág. 4952. En igual sentido, ALFARO ya había escrito que en la hipótesis de que las partes no hallan regulado detalladamente sus relaciones y se hubieran limitado a reflejar los elementos esenciales del contrato (art. 1.261 del Código Civil), el juez habrá de recurrir al 1.258 del Código Civil: acudirá al Derecho dispositivo, y, en caso de inexistencia o inadaptación de éste, a los usos o a una valoración equilibrada de los intereses de las partes (buena fe) para determinar el régimen jurídico aplicable (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, pág. 104).

(114) Esta es la opinión de ALFARO recogida y seguida por MIQUEL en sus *Reflexiones sobre las condiciones generales...*, ob. cit., pág. 4954. Para Alfaro esta propuesta de interpretación y aplicación de la cláusula general de buena fe, recogida en el artículo 10.1.c) LCU [ahora reformado, aunque se mantiene en los nuevos arts. 10.1.c) y 10 bis 1 LCU], explica de forma coherente el régimen jurídico al que se hallan sometidas las condiciones abusivas (cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 107).

(115) Se entiende por *Derecho dispositivo* la regulación legal del contrato, las normas generales sobre obligaciones y contratos y su posterior desarrollo jurisprudencial. No se incluyen aquí, a juicio de ALFARO, las reglas formales de interpretación en cuanto que no tienen una función integradora; sin embargo, a su entender, este Derecho dispositivo sí podrá ser complementado con la llamada *interpretación integradora del contrato* bajo ciertas condiciones o presupuestos doctrinales, y que él justifica por el respeto a la autonomía privada, y que tendrá su apoyo en los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio (cfr. *Las condiciones generales...*, ob. cit., págs. 361 y sigs.; 374 y sigs.; 478-480). Por otra parte es oportuno recordar aquí que, el Derecho legal dispositivo en materia contractual, en palabras de DÍEZ-PICAZO, ofrece el mejor modelo de la más justa composición de intereses en conflicto entre las partes contratantes, de manera que cualquier desviación requiere una especial regla de justificación a riesgo de determinar su carácter no equitativo (cfr. *Fundamentos...*, ob. cit., I, 1993, pág. 352).

(116) Por todos, puede verse ALFARO (cfr. *Las condiciones...*, ob. cit., págs. 442 y sigs. y 481), que es compartida por MIQUEL, quien no deja de recordar que la buena

Dentro de las tendencias apuntadas más arriba se entiende muy bien la posición de aquellos que piensan que habría que ampliar la vía hacia el reconocimiento legislativo de una *facultad de revisión o de modificación judicial de los contratos*, para así lograr el reajuste y compensar el desequilibrio de las prestaciones (117). A pesar de la fisura que tal propuesta pudiera desencadenar dentro de los principios contractuales tradicionales (por ejemplo, autonomía de la voluntad, fuerza obligatoria del contrato, etc.), así como de los peligros y reticencias que pudiera llevar aparejada tal ampliación, es muy razonable pensar que los nuevos problemas en esta materia exigen nuevas soluciones al respecto. Y siguiendo este razonamiento se concluye que, al estar fundamentadas estas soluciones precisamente en el principio de buena fe, no deberían existir dificultades, de *legeferenda*, para admitir legislativamente que los Jueces y Tribunales procedieran a realizar un *reajuste del contrato* y lograr así la efectividad de aquella buena fe y justo equilibrio de prestaciones (118).

fe en cuanto que principio general, como hemos tenido ocasión de apuntar antes, debe servir también para interpretar las normas dispositivas y el uso: no desempeña sólo una función supletoria, sino también informadora del ordenamiento jurídico y, el artículo 7.1 del Código Civil es una autorización positiva para encontrar soluciones conforme a ella, más allá de su función integradora del contrato (cfr. *Reflexiones...*, ob. cit., pág. 4954). Entiende, además, ALFARO, que esta concepción de la buena fe es congruente con la regla general, esto es, con la aplicación del Derecho dispositivo en cuanto que admitido que éste se basa en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, la labor del juez integrando el contrato, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, se está remitiendo a los mismos criterios que están en la base del Derecho dispositivo (cfr. *Las condiciones...*, ob. cit., pág. 442).

(117) Así se expresa con claridad la profesora GÓMEZ LAPLAZA, para quien la protección del consumidor no aconseja el recurso a la nulidad del contrato sino conservarlo adaptado a las exigencias de justicia y equidad, lo cual no siempre será posible sin el recurso a esa facultad judicial, lo que hace aconsejable esa ampliación de su reconocimiento legislativo (cfr. *Reforma del Derecho Privado y protección de los consumidores, Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, 1994, pág. 70). Tal vez, parte de esta vía de ampliación pueda reconducirse a través del nuevo artículo 10 bis 2 LCU, cuando después de reconocer la tarea integradora en este campo del 1.258 del Código Civil, se añade que «el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas (abusivas) 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».

(118) Cfr. GÓMEZ LAPLAZA, *Reforma del Derecho Privado y protección de los consumidores, Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores*, 1994, pág. 70. Esta profesora reconoce que la *tarea de recomposición* del contrato es la que ofrece mayores dificultades prácticas. Para ella, tras la interpretación o la interpretación integradora, vendrá propiamente la integración, aunque son conocidas las dificultades de distinción, en el plano práctico, entre ambas figuras. La auténtica tarea integradora consiste, a su juicio, en completar el contenido preceptivo del negocio para que pueda desenvolver su finalidad. De esta manera parece que, en primer lugar, habrá de acudir a la normativa existente, teniendo en cuenta que las normas dispositivas suponen, como señaló De Castro, la regulación normal; sin embargo, añade, es posible que esas normas

Una mejora sustancial en este sentido acontece con la reciente reforma de la LCU, donde se habla expresamente de la *función integradora* de los jueces a través del artículo 1.278 del Código Civil. Así, en el mismo artículo 10 bis. 2 de la LCU reformada, se sostiene que «el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas (abusivas) 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 y usuario». Si bien, en un principio, esa facultad moderadora no parece que deje de ser una traslación a este ámbito de la moderación de la culpa del 1.103 del Código Civil, conviene tener en cuenta que la moderación judicial de la responsabilidad, a la que se refiere este artículo, ha de fundarse o descansar en la *valoración del elemento subjetivo de la buena fe* (119). En cualquier caso, con la nueva redacción del artículo 10 se perfecciona la LCU en la dirección que ya había sido apuntada y aconsejada por algún sector doctrinal, reconociendo explícitamente la tarea integradora del Juez que reconstruye la regla negocial en un momento dado (120).

Ahora, con la reforma de la LCU, se mantiene la nulidad total del contrato aunque tan sólo con *carácter facultativo*, al permitir que el Juez *pueda* declarar la ineficacia del contrato «sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada» (art. 10 bis 2 *in fine* LCU reformada). En todo caso esta disposición, aunque ha sido corregida, puede considerarse que sigue sin responder plenamente al fin de protección del consumidor, ya que la importancia de la nulidad parcial reside precisamente en mantener la eficacia del contrato, pero

no existan o que sean insuficientes; si es así, concluye GÓMEZ LAPLAZA, también aquí la buena fe va a jugar un *papel decisivo*, no ya como criterio de interpretación sino como *elemento de integración* (ob. cit., págs. 64 y 65).

(119) Cfr. BADOSA COLL, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1993, tomo II, pág. 40.

(120) Así se expresaba CLAVERÍA GOSÁLBEZ, quien hablaba, al referirse al derogado artículo 10.4.2 LCU, como de un *peligroso* párrafo que podía tener como consecuencia, o bien que el adherente podría verse obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación por temor a perder el producto o servicio que desea, o bien soportar la nulidad total con la pérdida del bien o servicio que necesitaba. Para evitar esto, Clavería sólo consideraba aplicable el antiguo 10.4.2 de la LCU cuando la ineficacia total no fuera lesiva para el adherente, lo que reconoce que sucederá en contadísimas ocasiones; en los demás casos, no veía más solución posible que la *reconstrucción de la regla negocial*, utilizando para ello el Derecho dispositivo de los Códigos (cfr. *Comentarios a la Ley de Consumidores y Usuarios*, 1990, págs. 342-344). En el mismo sentido ya se había pronunciado con claridad R. BERCOVITZ unos años antes (cfr. «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, págs. 202-203).

descargando al consumidor de cualesquiera otras consecuencias negativas (121).

c) OTRAS PAUTAS COMPLEMENTARIAS EN EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Se ha venido sosteniendo la necesidad de un fortalecimiento y extensión del control judicial, haciéndose hincapié en que la eficacia del mismo depende en gran medida de la calidad técnica de los instrumentos normativos puestos al servicio del juez por el legislador. Asimismo, se ha insistido en la necesidad de introducir reformas procesales para potenciar la eficacia de ese control judicial. En este sentido, en primer lugar, se ha aceptado pacíficamente que debe ampliarse la legitimación activa contra las cláusulas abusivas, tal como se ha hecho en la nueva LCGC (122); y, en segundo lugar, se viene demandando la necesidad de ampliar los efectos de la sentencia recaída sobre cláusulas abusivas haciéndola extensiva *ultra partes*.

La Directiva 93/13/CEE encomendó a los Estados la instauración de un sistema de control que permita eliminar las condiciones contractuales declaradas abusivas por los Tribunales, no sólo entre las partes en conflicto, sino

(121) En este sentido se pronunciaba ya R. BERCOVITZ, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 202. A propósito del derogado artículo 10.4.2 de la LCU, éste comentaba que el objetivo de la conservación del contrato debería prevalecer en cualquier caso, arbitrando para ello, si es preciso, la posibilidad de completar el contrato con nuevas cláusulas sustitutorias de las ineficaces, cuando el resultado de la mera nulidad parcial fuera excesivamente oneroso para el empresario.

(122) *Acción colectiva* que tendría su apoyo legal, primero, en el artículo 7.3 de la LOPJ, a cuyo tenor para la defensa de los intereses de carácter colectivo «se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa o promoción». Y ahora, en segundo lugar, en el artículo 16 de la nueva LCGC, donde han tenido entrada en la última fase de su tramitación parlamentaria tanto los *Colegios Profesionales legalmente constituidos* (en cuanto que ostentan en todo caso, según los enmendantes, la defensa de los derechos con carácter general) como el propio *Ministerio Fiscal* (en cuanto que dentro de los términos del artículo 124 de la CE, según los enmendantes, le corresponde también a éste la defensa de los intereses generales), además de los que ya ostentaban la legitimación activa desde el inicio porque ya figuraban en el Proyecto de Ley de 5 de septiembre de 1997, a saber, las Asociaciones o Corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que tuvieran encomendada estatutariamente la defensa de los intereses de sus miembros, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, y el Instituto Nacional del Consumo y órganos asimilados de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales competentes en materia de defensa de los consumidores (cfr. Enmienda núm. 92, Grupo Parlamentario Catalán-CIU, BOCG, Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 44).

también en el resto de relaciones **negociales** en que la parte condenada hubiera empleado tales cláusulas. En suma, se pretende instaurar un sistema que permita superar los efectos de la sentencia respecto del caso juzgado, extendiéndolos *ultra partes* (123). Para lograr esto, la vía propuesta pasa por tratar de sustituir los *intereses individuales* del predisponente y del adherente por el *interés colectivo* surgido de su condición de empresario y consumidor, respectivamente, produciéndose así una aparente *identidad de personas*, lo que permitirá invocar la institución de la *cosa juzgada* como fundamento de esta especial extensión de los efectos de la sentencia (124).

La extensión *ultra partes* de la sentencia no parte, en cualquier caso, de una actuación *ex officio* de la Administración, propiciada por la promulgación de una sentencia, y tendente a tutelar su general aplicación, como sucede en el artículo 3.3.º de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). Cabe decir, a este respecto, que la solución del artículo 3.3.º de la LCS no es ampliable a cualquier supuesto (125), y es que si bien el protagonismo de la Administración en esta tarea de control puede ser justificable en actividades de indudable trascendencia económica, como pueden ser los sectores de la Banca y del seguro, sin embargo, no parece que lo sea, sin embargo, en aquellos otros sectores en los que la contratación en serie se acomoda al estricto marco de la libre competencia dentro de una economía de mercado. De esta manera la solución más acertada, de nuevo, parece que vendría por explotar al máximo las posibilidades de control que puedan y sepan ofrecer los jueces dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Después de lo dicho parece más bien que es la expresa intención del interesado, manifestada a través de su alegación para que le concierna la

(123) La Ley alemana de CGC parece rigurosa en este sentido ya que otorga, por un lado, carácter inhibitorio a la resolución judicial, prohibiendo al empresario vencido en juicio la utilización de las cláusulas abusivas, y, por otro lado, sanciona la extensión *ultra partes* de los efectos de la sentencia a los adherentes afectados por la misma cláusula que se acojan a los efectos de cesación o eliminación frente al empresario condenado (párrafo 21, AGB Gesetz) (cfr. POLO, *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, pág. 71).

(124) En el sistema alemán la eficacia de la sentencia frente a cualquier cliente deriva de una legitimación colectiva *por sustitución* que establece su ley, y que ha de ser alegada por el interesado, y, en este sentido, recuerda el régimen de apreciación de la cosa juzgada. La Ley española (refiriéndose al art. 3.3.º de la LCS), a juicio de SÁNCHEZ ANDRÉS, O afecta en absoluto a los tradicionales límites subjetivos de dicha cosa juzgada, entre otras razones porque no contempla los efectos de la sentencia como una *declaración*, sino como un *hecho* que sirve de presupuesto normativo para extraer luego una consecuencia jurídica: «la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas», dice el artículo 3.3.º LCS (cfr. «El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo», en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 157-158, 1980, nota 21, pág. 417).

(125) Cfr. A. EMPARANZA, «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. 493.

sentencia dictada en un litigio (en que no ha participado pero en el que ostenta intereses coincidentes con los reclamantes), la que constituye la razón fundamental de que le sean extensibles los efectos de dicha sentencia. En suma, parece aconsejable ampliar los efectos de la sentencia exclusivamente a la parte condenada judicialmente, sin que pudieran afectar a otras empresas que empleen efectivamente las cláusulas abusivas, salvo que se hubiere optado por plantear la demanda *conjuntamente* contra los empresarios que utilicen las mismas cláusulas, tal y como se previene en la nueva LCGC en su artículo 17.4 (126).

En cualquier caso, si se hablara de propagar los efectos de la sentencia más allá del sujeto condenado por la misma, podríamos encontrarnos con que se estaría vulnerando el artículo 24 de la CE, por cuanto que se privaría de la tutela judicial efectiva al resto de empresarios predispuestos perjudicados por este pronunciamiento judicial (127). Como se ha apuntado con esta solución, de lo que se trata es de ampliar los poderes del Juez mediante el recurso a criterios objetivos basados en principios generales (buena fe, buenas costumbres, orden público...), que le permitan un control directo sobre el contenido de las cláusulas (*corrección judicial del contrato*), sin atender a la declaración de quién la propone (clara u oscura, completa o incompleta) ni a la voluntad de quién se adhiere (conocedora o ignorante, consciente o equivocada) (128).

(126) Cfr. A. EMPARANZA, *ob. cit.*, págs. 500-501. Esta posibilidad aparecía ya contemplada en el artículo 7.3 de la Directiva de 5 abril de 1993 y, después, en el artículo 13.3 del Anteproyecto de Ley de CGC, de 20 de enero de 1997, y más recientemente en el artículo 16.4 del Proyecto de Ley de CGC de 5 de septiembre de 1997, en el que se determinaba que las acciones de cesación, de retractación y declarativa «podrán dirigirse *conjuntamente* contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus Asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas», y que corresponde en su integridad con el texto definitivamente aprobado en el Pleno del Congreso el pasado 26 de marzo, y que aparece en el artículo 17.4 de la nueva Ley 7/1998 de CGC, de 13 de abril.

(127) En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, 1993, pág. 357.

(128) A este fin, sostiene POLO que, o bien se desplaza el acento desde el contenido de la cláusula (lícito) al modo de imponerla (ilícito, por monopolístico), o bien se sustituye el interés individual (de proponente y adherente) por el interés de la categoría o grupo (de los empresarios y de los consumidores o usuarios), o, en último término, se atiende a otros principios o criterios generales, ya empleados por el legislador en otras ocasiones, tales como la utilidad social o la equidad (cfr. *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 74-75). A juicio de ALFARO la resistencia de los Tribunales a utilizar estos principios, por inercia o por comodidad, ha llevado a la paradoja de que sean los tradicionales mecanismos de interpretación de los contratos los que se utilicen muchas veces en la jurisprudencia como instrumento de control del contenido de las cláusulas generales en beneficio del contratante débil, realizándose así, a través de reglas interpretativas de carácter subjetivo, una verdadera *corrección judicial del contrato*. Este recurso a las normas de interpretación para rectificar el

d) BREVE CONSIDERACIÓN PARTICULAR SOBRE EL ARTÍCULO 3.3.º
DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DE CONTRATO DE SEGURO

Nos interesa destacar, siquiera de modo sucinto, la singular forma de potenciar la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales que supuso históricamente el artículo 3.3.º LCS, extendiendo la eficacia de la sentencia más allá del proceso en que fue dictada. Esta singularidad descansa, precisamente, en el mecanismo de superación de los efectos de la sentencia que declara la nulidad de una cláusula, transformando así lo que era un control individual y *a posteriori* de las condiciones generales del contrato en un *control general y permanente* sobre el poder normativo de la empresa.

Con todo, lo que se ha venido destacando por la doctrina mercantilista al comentar este artículo 3.3.º de la LCS es la eficacia con que trata de dotarse al control judicial sobre las condiciones generales y de la que se carecía hasta entonces, reconociendo, asimismo, la insustituible tarea del juez y la primacía del control judicial sobre los restantes medios de control de las condiciones generales al dotarle de un instrumento efectivo: la eficacia *ultra partes* de la resolución judicial de nulidad (129). Es más, se piensa también que esa extensión de la eficacia del control judicial, a través de la función de vigilancia de la Administración, podría ayudar a contribuir a desterrar las viejas sospechas sobre posibles arbitrariedades de la misma en el ejercicio de su función de control, racionalizándose éste.

Esta modalidad del control judicial en el campo de las condiciones generales del seguro ha supuesto una auténtica novedad dentro del ordenamiento jurídico español, al desvincular el control de las condiciones el supuesto

contenido de un contrato conduce, según el mismo ALFARO, tanto a una desvirtuación y degradación de la función de tales reglas como a un aumento preocupante de la inseguridad jurídica (cfr. *Las condiciones generales de la contratación*, 1991, pág. 291).

(129) Por todos, puede verse en POLO, *Comentarios a la Ley del Contrato del Seguro, Extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro*, 1982, págs. 223-238; *Protección del contratante débil y condiciones generales de los contratos*, 1990, págs. 83, 86 y sigs. Para la doctrina convenía dejar bien sentado, frente a las críticas vertidas en el momento de la promulgación de la LCS, que la sentencia no desempeñaba otro papel, dentro del artículo 3.3.º de la LCS, que el de un simple *motor* encargado de poner en marcha el control administrativo sobre las cláusulas idénticas, de tal manera que la obligada modificación de las mismas no constituye un *efecto directo* de la sentencia de nulidad, sino una consecuencia del cumplimiento de una orden de la Administración, cuyo *presupuesto* lo constituye precisamente la declaración judicial y su fundamento el propio mandato legal. Se pretende así, con este razonamiento, superar las serias objeciones que veían que este artículo 3.3.º de la LCS podía suponer una alteración del sistema de fuentes de nuestro Derecho, o bien las que lo veían como una excepción a los límites subjetivos de la cosa juzgada, o las críticas de aquellos otros que hablaban de la posible inconstitucionalidad de la norma por extender la eficacia de la sentencia a quienes no fueron parte ni oídos en el juicio que dio origen a la declaración de nulidad de la cláusula.

contemplado específicamente en la sentencia judicial. Merced al artículo 3.3.º de la LCS se superan los efectos relativos de toda sentencia, trasladando la doctrina que sienta el Tribunal Supremo a todas las cláusulas idénticas contenidas en las pólizas de los contratos de seguro. La interpretación que entienden que esta norma lo único que hace es anudar a un *supuesto de hecho*, en este caso una determinada sentencia del Tribunal Supremo, una precisa consecuencia jurídica para la Administración pública competente, esto es, la obligación de imponer a los aseguradores la modificación de las cláusulas idénticas de sus pólizas (130), parece haberse generalizado, abonándose la idea de que se debe abandonar todo recelo sobre la posible inconstitucionalidad de la norma, formulado al tiempo de promulgación de la LCS (131).

En cuanto al alcance y eficacia del artículo 3.3.º de la LCS, se viene entendiendo que el deber de actuación de la Administración pública, en esta tarea de control de las cláusulas de las condiciones generales del contrato, nace con la mera existencia de una única sentencia del Tribunal Supremo, siendo suficiente con una declaración de nulidad contenida en la motivación, o premisas, de la resolución por la parte que deniegue o admita el recurso de casación, no siendo necesario que se declare la nulidad de la cláusula en la

(130) Cfr. A. MENÉNDEZ, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, Preliminar*, 1982, pág. 131 y sigs.; POLO, *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro, La extensión de la eficacia del control judicial sobre las condiciones generales del contrato de seguro*, pág. 233. Para el profesor A. MENÉNDEZ la especialidad o singularidad de esta norma tan criticada no es tan grande como pudiera parecer, ya que, a su juicio, en última instancia no se trata más que una manifestación, siquiera sea muy peculiar, de un fenómeno bien conocido por la doctrina procesalista, cuando se habla de los «efectos colaterales de la sentencia». A su entender, con este mecanismo de actuación del artículo 3.3.º LCS no se ha pretendido, quizá, más que descargar a la Administración de una labor siempre difícil y comprometida, y cada día más compleja, y, por otro lado, estimular o excitar legalmente su actividad de vigilancia o control ante determinadas condiciones o cláusulas que se han reputado, en principio y en forma muy autorizada, como cláusulas inadmisibles y contrarias a Derecho. Para SÁNCHEZ-CALERO se trata de una norma que, aun habiendo sido combatida, ofrece una solución original y progresiva y ha de ser valorada positivamente, pues trata de potenciar la eficacia del control judicial sobre la licitud de las condiciones generales del contrato de seguro (cfr. *Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial, Ley de Contrato de Seguro*, tomo 24, vol. I, pág. 84).

(131) Cfr. EMBID IRUJO, «Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del asegurado en el Derecho español», en *Revista Española de Seguros (RES)*, núm. 91, 1997, pág. 30. Como ha afirmado SÁNCHEZ-CALERO estamos ante una *norma especial* cuyo destinatario directo es la Administración pública y no intenta otra cosa más que evitar la litigiosidad y proteger a los asegurados; no estamos aquí ante un problema de fuentes o del valor de la jurisprudencia para completar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley, pues según el Código Civil son necesarias varias sentencias para llegar a esa doctrina —art. 6.1 del Código Civil—, y aquí basta una sola sentencia del Tribunal Supremo (cfr. *Comentarios al Código de Comercio...*, ob. cit., pág. 86; *Las mutualidades y el movimiento de defensa del consumidor*, Mutualité, Boletín de la AISAN, 1980/2, pág. 135).

parte dispositiva del fallo del Tribunal Supremo (132). Con la nueva Ley 7/1998 de CGC hay que tener en cuenta el artículo 20.4 que afirma que la doctrina de las sentencias dictadas en recurso de casación ante el Tribunal Supremo, «una vez que constituya *doctrina legal*, vinculará a todos los jueces en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente» (133). Es decir, se establece legalmente la vinculación de la *doctrina jurisprudencial* (134) a los Tribunales inferiores con la única limitación de que debe de tratarse de cláusulas que procedan del mismo predisponente. Bastará, sin embargo, una sola sentencia del Tribunal Supremo sobre la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato de seguro para promover la actuación de la Administración para la modificación de las cláusulas idénticas a los aseguradores. En este supuesto, si los aseguradores condenados a suprimir o modificar una cláusula no recurren en casación, la obligación *ex judice* sólo surtirá efectos respecto al asegurado que venció en el pleito, impidiendo que se produzca, con relación a las cláusulas idénticas, esa orden generalizada de la Administración frente a todos los aseguradores del artículo 3.3.º de la LCS.

Pero este peculiar sistema de control se puede decir abiertamente que ha fracasado en la práctica, al menos hasta el momento, en razón de las escasísimas sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, encontrándose todo el sistema en entredicho ante la duda de su verdadera virtualidad (135). Parece, en consecuencia, razonable y hasta aconsejable que la

(132) Por todos, SÁNCHEZ-CALERO, *Comentarios al Código de Comercio...*, ob. cit., págs. 88 y sigs. Asimismo, se viene entendiendo que nos encontramos en la hipótesis prevista en el artículo 3.3.º, cuando una sentencia de la Audiencia haya declarado la nulidad de una determinada cláusula e interpuesto recurso de casación contra esa declaración, el Tribunal Supremo la asuma declarando no haber lugar al recurso.

(133) La redacción del texto del Proyecto de Ley sobre CGC de 1977 decía en su redacción original del artículo 20.4 (art. 19.4 del Proyecto) que la sentencia recaída «vinculará a *todos los jueces* en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia». La enmienda número 95 al Proyecto, que fue objeto de transacción en el debate de la Comisión, recordaba que esa vinculación general, por una sola decisión y cualquiera que sea el rango del Juez, es contradictoria con nuestro sistema jurídico y jurisdiccional, y no se compadece con el recurso de casación establecido en el artículo 17.3, pues la sentencia firme de un Juez de 1.ª Instancia vincularía al Tribunal Supremo en todos los casos posteriores (BOCG, serie A, 23 de octubre de 1997, núm. 78-6, pág. 45).

(134) Al hablarse de la doctrina sentada por las sentencias dictadas en recurso de casación por el Tribunal Supremo debería hablarse ahora, en el artículo 20.4 de la LCGC, de doctrina jurisprudencial y no de doctrina legal, perturbador término que ya fue eliminado de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil; art. 1.692.4.º LEC), precisamente para evitar la confusión entre ambos conceptos.

(135) Cfr. EMBID IRUJO, *Aspectos institucionales y contractuales de la tutela del Asegurado...*, ob. cit., pág. 31.

nueva LCGC hubiera sancionado el sometimiento de las condiciones generales del seguro al régimen general de control de las cláusulas predispuestas, aunque sólo fuera en aras de una mayor operatividad del sistema (136).

JAVIER ÁVILÉS GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Oviedo

(136) En este sentido se pronuncia ALFARO, para quien no tiene sentido que las cláusulas predispuestas de un contrato bancario o de arrendamiento de vehículos, por ejemplo, estén sometidas a un régimen ni siquiera parcialmente diferente a las utilizadas en el contrato de seguro. Así, se proponía la aplicación a las condiciones generales del seguro de las normas generales sobre control de cláusulas predispuestas (cfr. *El Proyecto de Ley sobre condiciones generales...*, cit., págs. 898 y 902).