

Cláusulas abusivas
y empresario adherente

M.^a NATALIA MATO PACÍN

PRÓLOGO DE: MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN



Derecho Privado

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EMPRESARIO ADHERENTE

COLECCIÓN DE DERECHO PRIVADO CONSEJO ASESOR

Director

Antonio Manuel Morales Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid,
académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Antonio Pau Pedrón, doctor de la Universidad Autónoma de Madrid, notario,
registrador de la propiedad y abogado del Estado.

José Miguel Embid Irujo, catedrático de Derecho Mercantil de la Universi-
dad de Valencia.

María Paz García Rubio, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de
Santiago de Compostela.

Nieves Fenoy Picón, profesora titular de Derecho Civil de la Universidad Au-
tónoma de Madrid.

CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EMPRESARIO ADHERENTE

M.^a NATALIA MATO PACÍN

XVIII Premio Sancho Rebullida



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2017

Primera edición: enero de 2017

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

© M.^a Natalia Mato Pacín
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 786-17-002-7
ISBN: 978-84-340-2381-9
Depósito legal: M-2769-2017

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A mis padres

A Rubén

AGRADECIMIENTOS

El presente libro tiene su origen en la tesis doctoral dirigida por D. Jorge Caffarena Laporta y D.^a M.^a José Santos Morón, y defendida el 25 de junio de 2015 en la Universidad Carlos III de Madrid, ante el Tribunal compuesto por los Catedráticos D. José María Miquel González (Presidente), D. Antonio Cabanillas Sánchez y D. José Miguel Embid Irujo. A todos ellos quiero agradecerles los oportunos y valiosos comentarios y reflexiones acerca del trabajo.

Asimismo, deseo manifestar mi sincera gratitud hacia mis directores, Jorge Caffarena y M.^a José Santos. Nunca podré agradecerles lo suficiente la dedicación absoluta, la generosidad con la que han compartido sus conocimientos y el apoyo incondicional que me han brindado desde el primer momento. Consciente de lo afortunada que soy por tener tales Maestros, ambos representan, indudablemente, mi ejemplo a seguir en todos los aspectos.

Por último, quisiera agradecer al Instituto Max Planck para el Derecho privado comparado e internacional de Hamburgo y al Instituto UNIDROIT en Roma el hecho de haberme acogido durante mis estancias de investigación. Igualmente quiero dejar constancia de que la realización del presente trabajo ha sido posible gracias a la financiación del Ministerio de Educación y Ciencia, a través de una Beca para la Formación del Personal Investigador.

ÍNDICE

PRÓLOGO	17
ABREVIATURAS	21

PRIMERA PARTE

LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS Y SU CONTROL

CAPÍTULO I. EL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS	27
I. Introducción y precisiones terminológicas	27
II. Evolución del procedimiento de contratación	33
III. Especial procedimiento de formación del contrato mediante con- diciones generales. El déficit de la autonomía de la voluntad y la necesaria protección al contratante adherente	38
CAPÍTULO II. EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍ- DICO ESPAÑOL	57
I. Los regímenes de control de contenido en la contratación median- te condiciones generales entre empresarios en el derecho europeo y comparado	57
1. Una visión de Derecho comparado. En especial, el Ordenamiento Jurídico alemán	58
2. La protección al adherente empresario en los Textos Europeos de Derecho de los contratos	63

	Páginas
II. El control en la contratación mediante condiciones generales en el ordenamiento jurídico español	63
1. Evolución normativa	63
2. La Ley de condiciones generales de la contratación 7/1998 y los contratos entre empresarios	66
2.1 El control de incorporación recogido en los artículos 5 y 7 LCGC	68
2.2 Reglas de interpretación: regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y <i>contra proferentem</i>	76
2.2.1 La regla de la prevalencia	77
2.2.2 La regla <i>contra proferentem</i>	81
2.3 El control de contenido: el artículo 8 LCGC y la Exposición de Motivos	88
3. La Comisión General de Codificación: propuestas de reforma	90
3.1 La Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho Civil	90
3.2 La Propuesta de Código Mercantil de la Sección de Derecho Mercantil	101
4. Legislación sectorial	106
4.1 La Ley 50/1980, de contrato de seguro	106
4.2 La Ley 3/2004, de lucha contra la morosidad (remisión)	114
4.3 El transporte de mercancías	115
4.4 El sector de la distribución	120
RECAPITULACIÓN: LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL	125

SEGUNDA PARTE

LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE POR CAUCES NO ESPECÍFICAMENTE PREVISTOS PARA CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

CAPÍTULO I. LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA	133
---	-----

CAPÍTULO II. LA NO POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO	143
I. ¿Identidad de razón?	144
II. Inexistencia de laguna jurídica	145
 CAPÍTULO III. PROTECCIÓN MEDIANTE REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	153
I. La ley como límite a la autonomía de la voluntad	155
1. El artículo 1256 del Código civil y el principio de interdicción de arbitrariedad	157
1.1 Supuestos que pueden suponer una contravención de la prohibición de la arbitrariedad	160
1.1.1 Facultades unilaterales de modificación del contrato (con referencia a la determinación y modificación del precio)	160
a) Fijación y modificación unilateral del precio	163
b) Motivos válidos para la modificación unilateral ..	173
1.1.2 Facultades unilaterales de interpretación del contrato .	176
1.1.3 Reserva del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato	180
1.1.4 Cláusulas que limiten los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso	184
a) Acción de resolución	186
b) Saneamiento por vicios ocultos	193
c) Indemnización por daños y perjuicios. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad	194
c.1) Regulación en sectores específicos: contrato de transporte y contrato de <i>leasing</i>	199
c.2) Límites de las cláusulas de limitación de responsabilidad y condiciones generales	215

	Páginas
1.1.5 Cláusulas que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato	226
a) Facultad de resolución unilateral por incumplimiento o motivos graves y ajenos a la voluntad de las partes	228
b) Facultad unilateral de extinción del contrato <i>ad nutum</i>	240
1.1.6 Facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación	248
a) Plazo para la aceptación o rechazo de una oferta	248
b) Plazo para satisfacer la prestación debida	252
1.1.7 Cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato	260
1.1.8 Cláusulas restrictivas respecto de los acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios	263
1.1.9 Cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades	266
1.2 Las posibilidades de la interdicción de la arbitrariedad como control de contenido: delimitación del supuesto de hecho	268
1.2.1 Delimitación del supuesto de hecho: ¿qué se puede entender por «arbitrio»?	271
1.2.2 Conclusiones	277
2. El artículo 1102 del Código civil: el dolo como límite en la limitación o exoneración de responsabilidad	279
3. El artículo 1485.II del Código civil y la imposibilidad de limitar la responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe	285
3.1 La exoneración de responsabilidad por vicios ocultos en el contrato de <i>leasing</i>	291
4. El artículo 1176 del Código civil y la facultad de consignación ...	293
5. La interpretación <i>contra proferentem</i> contenida en el artículo 1288 del Código civil	296

6. El artículo 1154 del Código civil y la moderación de la cláusula penal	296
6.1 Moderación de cláusulas penales sustitutivas exorbitantes ...	300
6.2 Moderación solo en casos de incumplimiento parcial o irregular	304
6.3 Cláusula penal sustitutiva y condiciones generales entre empresarios	309
7. El artículo 217 de la LEC y la carga de la prueba	313
8. El artículo 54 de la LEC y la sumisión expresa en los contratos de adhesión	317
9. La financiación empresarial. Los intereses en el contrato de préstamo y la Ley de la usura	319
10. La financiación empresarial. El crédito comercial y sus límites mediante la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales	335
II. El artículo 1255 del Código civil y los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad: la moral	353
III. El artículo 1255 del Código civil y los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad: el orden público. El orden público económico	364
1. El orden público económico	368
RECAPITULACIÓN. LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE MEDIANTE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES	379

TERCERA PARTE

LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 COMO POSIBLE MECANISMO DE CONTROL DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS

CAPÍTULO I. LA BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DE COMERCIO	389
I. La buena fe como principio general del derecho: artículo 7.1 del Código civil	391
II. La buena fe en el artículo 1258 del Código civil	395
1. Como criterio de interpretación	396
2. Como fuente de integración	398

	Páginas
CAPÍTULO II. LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 CC COMO REGLA DE CONTROL DE CONTENIDO	403
I. Posibilidad de recurrir a la buena fe del art. 1258 Cc para articular el control de contenido	403
1. Superación de la máxima <i>pacta sunt servanda</i> como noción «intocable» en condiciones generales de la contratación	404
2. Idoneidad del concepto de buena fe para extender su ámbito de aplicación más allá de la función integrativa	407
3. Encaje del artículo 1258 del Código civil como norma de control material	411
II. Intento de concreción del concepto de buena fe. La buena fe, la transparencia y el equilibrio de derechos y obligaciones	422
RECAPITULACIÓN. LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONTROL DE CONTENIDO	443
BIBLIOGRAFÍA	449

PRÓLOGO

El libro que el lector tiene en sus manos es una versión abreviada de la tesis presentada por su autora y enjuiciada por un tribunal compuesto por los profesores J. M. Miguel, J. M. Embid, y A. Cabanillas, que le otorgaron la máxima calificación.

Dicha obra ha sido además merecedora del *Premio Sancho Rebullida* a la mejor tesis de Derecho civil defendida en 2015 lo que atestigua la valía de la autora y el interés científico del trabajo aquí desarrollado.

Su objeto es el control de contenido de los contratos mediante condiciones generales celebrados entre empresarios, si bien el concepto de empresario se utiliza en sentido amplio, de modo que abarca a todos aquellos sujetos que actúan en el marco de una actividad económica permanente y organizada –sea ésta comercial, industrial o profesional– y que, por tanto, quedan al margen de la protección dispensada a los consumidores.

Mientras que en algunos de los ordenamientos de nuestro entorno existe control de contenido en los contratos con condiciones generales concluidos entre empresarios, y la mayoría de las propuestas europeas de Derecho de contratos (PECL, DCFR, Acquis Principles) consideran al empresario adherente como sujeto merecedor de protección, en España la LCGC deja fuera del control material a los contratos celebrados entre empresarios. Sin embargo, no sólo el adherente consumidor puede ser parte débil en un contrato de adhesión y sufrir los abusos de la otra parte contratante. Son frecuentes –y así se pone manifiesto a lo largo de este trabajo, que destaca, además de por otras cualidades, por incluir un exhaustivo análisis jurisprudencial– los supuestos en que un empresario *impone* a otro, que carece de capacidad para influir en el contenido del contrato, cláusulas claramente inequitativas, desproporcionadas o «abusivas». La situación es particularmente patente en determinados sectores de la contratación (v. gr. seguro, transporte, distribución...), y de hecho algunas normas sectoriales incluyen reglas imperativas dirigidas a tutelar al adherente, que, sin embargo, no proporcionan una suficiente protección.

La idea de la que parte la autora es que el déficit de autonomía y libertad contractual que caracteriza el proceso de celebración de los contratos con condiciones generales justifica la existencia de un control de contenido dirigido a garantizar que el resultado negocial sea similar al que se hubiera alcanzado de haber existido verdadera autodeterminación. Y es que el hecho de que nos encontremos en un ámbito ajeno al del consumo no permite renunciar a la justicia contractual pues, como señala la autora, las cláusulas abusivas no son deseables ni desde el punto de vista económico ni desde el punto de vista jurídico.

Hay que advertir, no obstante, que en esta obra no se defiende una absoluta protección de todo adherente no consumidor. Lo que se defiende es la necesidad de dotar de protección a aquellos adherentes «empresarios» que, por la posición relativa en que se encuentran las partes contratantes y el ámbito (ajeno o no al sector habitual del adherente) en que contratan, han sufrido la *imposición* de un contenido contractual que conlleva cláusulas abusivas. Pero la cuestión es ¿cómo puede llevarse a cabo esta protección?

Tras analizar la posibilidad de que las normas de defensa de la competencia permitan proteger al empresario adherente que se encuentra en situación de «debilidad», la autora concluye en sentido negativo. Tampoco cabe, a su juicio, aplicar analógicamente a los contratos entre empresarios la normativa de consumo y, en concreto, la cláusula general recogida en el art. 82 TRLC. De ahí que, a lo largo del tercer capítulo –el más extenso de esta obra– se explore si los límites intrínsecos a la libertad contractual, esto es, la ley, la moral y el orden público, pueden servir para lograr un adecuado control de contenido en los contratos mediante condiciones generales celebrados entre empresarios. Se analizan así, las posibilidades del art. 1256 C. para solventar supuestos en los que se otorga al predisponente la facultad de modificar o interpretar unilateralmente el contrato, se limitan los remedios frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso, etc.; y se estudian, igualmente otras normas imperativas contenidas en el C.c. (art. 1102, 1154 C.c...) la LEC (art. 54) u otras leyes especiales (v. gr. LOCM, Ley Usura).

Para desarrollar esta tarea la profesora Mato se sirve de una ingente cantidad de resoluciones judiciales que ilustran los excesos que se presentan en la práctica. Al tiempo que se concretan y analizan los supuestos que quedarían cubiertos por las normas imperativas, se delimitan otros que representan abusos en los contratos no negociados y que, sin embargo no pueden ser controlados mediante el recurso a los límites generales. Es decir, se pone de manifiesto la existencia de numerosos casos de cláusulas «abusivas» en la contratación entre empresarios que quedan sin resolver.

Por ello en la última parte del libro, y a fin de encontrar solución a la necesidad de la protección del adherente empresario que se encuentra en posición de debilidad, la autora acude al art. 1258 C.c., que, como demuestra a lo largo de su exposición, puede operar como norma de control de contenido en los contratos mediante condiciones generales, permitiendo controlar aquellos abusos para los que el Derecho imperativo es insuficiente.

Como podrá comprobar el lector, la investigación desarrollada por la doctora Mato, que cuenta con un exhaustivo apoyo bibliográfico y jurisprudencial, se caracteriza por su profundidad y rigor metodológico, no reñidos, sin embargo, con la claridad expositiva. Pero presenta también un indudable interés práctico, pues pretende resolver un problema que se da con frecuencia en el tráfico económico y para el que hasta ahora no se ha ofrecido una adecuada solución. Si se tiene en cuenta que es la pequeña y mediana empresa la que suele encontrarse en una situación relativa de mayor debilidad y que la mayor parte del tejido empresarial español está compuesto por empresas de estas características, es evidente la relevancia que, en el tráfico jurídico-económico, pueden tener las aportaciones contenidas en esta obra.

Por lo demás, no quisiera terminar este prólogo –que el profesor Caffarena, codirector de la inicial tesis doctoral, me ha permitido amablemente redactar– sin desear a la autora una brillante carrera académica, carrera que espero no se vea obstaculizada por la lamentable tendencia actual a valorar los currículos al peso y no atendiendo a su calidad. Pues si bien el sistema tradicional podía tacharse de endogámico y en ocasiones injusto, el actual no lo es menos por lo que respecta a esto último. Las exigencias de la ANECA, al margen de estar pensadas para disciplinas científicas totalmente ajenas al Derecho, han convertido el proceso de acreditación, como muchos hemos tenido ocasión de comprobar, en un concurso para rellenar «casillas» en la aplicación destinada al efecto. Y la obsesión por la internacionalización de la que todos –también yo, he de reconocerlo– hemos sido presos, parece llevar a pensar que cualquier idioma que no sea el castellano da una pátina de brillantez a las ideas de la que carecen cuando empleamos el nuestro. Pero pese a todo, aún hay libros, como éste, en que el lector puede fácilmente apreciar las virtudes de una sólida formación y una excelente investigación.

En Getafe, a 29 de noviembre de 2016

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN
Catedrática de Derecho civil

ABREVIATURAS

<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
<i>AAP</i>	Auto de la Audiencia Provincial
<i>AC</i>	<i>Actualidad Civil</i>
<i>ADC</i>	<i>Anuario de Derecho Civil</i>
<i>ADI</i>	<i>Actas de Derecho industrial y Derecho de autor</i>
<i>ADM</i>	<i>Anuario de Derecho Marítimo</i>
<i>AFD</i>	<i>Anuario de Filosofía del Derecho</i>
<i>AFDUAM</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>AFDUE</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura</i>
<i>AGBG</i>	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
<i>AJA</i>	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
<i>AJR</i>	<i>Anuario Jurídico de La Rioja</i>
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>ARCM</i>	<i>Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal</i>
<i>AUC</i>	<i>Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña</i>
<i>BB</i>	<i>Betriebs Berater</i>
<i>BCRE</i>	<i>Boletín del Colegio de Registradores de España</i>
<i>BEBE</i>	<i>Boletín Económico del Banco de España</i>
<i>BGB</i>	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>BGH</i>	Bundesgerichtshof
<i>Cc</i>	Código civil
<i>CCC</i>	<i>Contrats Concurrence Consommation</i>
<i>Ccom</i>	Código de comercio
<i>DCFR</i>	Marco Común de Referencia (<i>Draft Common Frame of Reference</i>)
<i>CCJC</i>	<i>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</i>
<i>CDT</i>	<i>Cuadernos de Derecho Transnacional</i>
<i>CDC</i>	<i>Cuadernos de Derecho y Comercio</i>

■ CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EMPRESARIO ADHERENTE

<i>CEEM</i>	<i>Cuaderno de Estudios Empresariales</i>
<i>CeI</i>	<i>Contratto e impresa</i>
CESCO	Centro de Estudios de Consumo
CMR	Convenio de Transporte internacional de mercancías por carretera
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>DN</i>	<i>Derecho de los Negocios</i>
<i>DP</i>	<i>Droit & Patrimoine</i>
<i>DPC</i>	<i>Derecho Privado y Constitución</i>
<i>DR</i>	<i>Danno e Responsabilità</i>
<i>EC</i>	<i>Estudios sobre consumo</i>
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>EM</i>	<i>Exposición de Motivos</i>
<i>EWiR</i>	<i>Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht</i>
<i>GP</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>Harvard JLPP</i>	<i>Harvard Journal of Law & Public Policy</i>
HGB	Handelsgesetzbuch
<i>IRU</i>	<i>Asociación Internacional de Empresarios del Transporte</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristenzeitung</i>
<i>J. Law Econ.</i>	<i>The Journal of Law & Economics</i>
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCGC	Ley sobre condiciones generales de la contratación
LCS	Ley de Contrato de Seguro
LCTTM	Ley del Contrato de transporte terrestre de mercancías
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEc	Ley de Enjuiciamiento civil
LMOC	Ley contra la morosidad en las operaciones comerciales
LOCM	Ley de ordenación del comercio minorista
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
<i>MLR</i>	<i>Minnesota Law Review</i>
<i>NBW</i>	<i>Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek</i>
<i>NJW</i>	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
<i>NUE</i>	<i>Noticias de la Unión Europea</i>
PECL	Principios Europeos de Derecho de los contratos (<i>Principles of European Contract Law</i>)
PEDCS	Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro
PLCD	Proyecto de Ley de contratos de distribución
PM	Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos
<i>RabelsZ</i>	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
<i>RAD</i>	<i>Revista Aranzadi Doctrinal</i>
<i>RaDC</i>	<i>Rassegna di diritto civile</i>
<i>RAP</i>	<i>Revista de Administración Pública</i>
<i>RC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDBB</i>	<i>Revista de Derecho Bancario y Bursátil</i>

<i>RDCD</i>	<i>Revista de Derecho de la competencia y la distribución</i>
<i>RDCE</i>	<i>Revista de Derecho Constitucional Europeo</i>
<i>RDCP</i>	<i>Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación</i>
<i>RDM</i>	<i>Revista de Derecho Mercantil</i>
<i>RDMV</i>	<i>Revista de Derecho del Mercado de Valores</i>
<i>RdP</i>	<i>Revista de Derecho Patrimonial</i>
<i>RDP</i>	<i>Revista de Derecho Privado</i>
<i>RDT</i>	<i>Revista de Derecho del Transporte</i>
<i>RDUNED</i>	<i>Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED</i>
<i>Rev. dir. est. soc.</i>	<i>Revista de Direito e de estudos sociais</i>
<i>RES</i>	<i>Revista Española de Seguros</i>
<i>RFDUL</i>	<i>Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>Riv.dir.civ.</i>	<i>Rivista di Diritto Civile</i>
<i>Riv. dir. comm.</i>	<i>Rivista del Diritto Commerciale</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Catalunya</i>
<i>RJE</i>	<i>The Rand Journal of Economics</i>
<i>RJN</i>	<i>Revista Jurídica del Notariado</i>
<i>RJUAM</i>	<i>Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid</i>
<i>RRCCS</i>	<i>Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro</i>
<i>RRCS</i>	<i>Revista de Responsabilidad Civil y Seguro</i>
<i>RVAP</i>	<i>Revista vasca de Administración Pública</i>
<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STJUE</i>	Sentencia del Tribunal Justicia de la Unión Europea
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TFUE</i>	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
<i>TRLC</i>	Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los consumidores y usuarios
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>UCTA</i>	Unfair Contract Terms Act
<i>UTCCR</i>	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations

PRIMERA PARTE

**LOS CONTRATOS MEDIANTE CONDICIONES
GENERALES ENTRE EMPRESARIOS
Y SU CONTROL**

CAPÍTULO I

EL FENÓMENO DE LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS

I. INTRODUCCIÓN Y PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

El objeto central de este trabajo es el control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El interés del tema viene explicado por varios motivos. En primer lugar, porque la solución adoptada en este punto por nuestro legislador, decantándose por no configurar una protección material específica en este tipo de contratos, ha sido tradicionalmente cuestionada por voces relevantes de la doctrina, entendiéndose que no solo el adherente consumidor puede ser parte débil de la relación. No estamos, por tanto, ante una cuestión pacífica.

Y no se trata, además, ésta, de una controversia meramente teórica sino que la postura que se adopte tendrá una gran repercusión en la práctica, dada la propia importancia cuantitativa que representan en las economías actuales los dos componentes principales del trabajo: la contratación mediante condiciones generales –cuya fuerte presencia en el tráfico jurídico actual es incuestionable–, por un lado, y los sujetos que, dentro de la categoría genérica de «empresarios», podrían verse afectados por una protección mediante el control de contenido, por otro. Efectivamente, pensando en una empresa de pequeño tamaño como la más próxima, *a priori*, a ostentar la posición de adherente débil en un contrato predispuesto, los datos son elocuentes. En España, el 99,9% del tejido empresarial está constituido por la pequeña y mediana em-

presa (PYME)¹. Es más, incluso restringiendo considerablemente el tamaño a analizar para acercarnos más a lo que podría ser la figura de un sujeto débil necesitado de tutela en la contratación, el resultado es el mismo pues las empresas de 0 a 9 empleados –lo que se ha venido a denominar *microempresas*– siguen concentrando el grueso empresarial en nuestro país: su peso asciende al 95,4% del total de empresas, siendo también significativo el hecho de que las microempresas sin asalariados –en su mayoría, personas físicas, es decir, autónomos– constituyan el 55,1% del total empresarial². Estos sujetos actúan de forma continua en el tráfico jurídico mercantil como adherentes en contratos predispuestos por empresas de mayor tamaño que, aunque representan un porcentaje muy pequeño del número total de empresas en nuestro país, aglutinan una buena parte de los contratos que en él se realizan. Teniendo en cuenta esto, no estamos ante un supuesto aislado y puntual, sino que es un gran volumen de contratación el que se ve afectado en la práctica diaria por el sentido que se le dé a la regulación del control de contenido en dichos contratos. Más aun si se tiene en cuenta que, como empresarios que son y con independencia de su tamaño y posición, se ven afectados por la protección que sí que otorga la normativa de defensa del consumidor a la contraparte cuando contratan en el marco del Derecho de consumo.

Si se defiende, como aquí se hace, que existe también una necesidad de protección material en ciertos contratos mediante condiciones generales entre empresarios, el punto de partida ha de situarse, necesariamente, en la justificación y delimitación de tal control de contenido, a lo que se dedica la parte inicial de la obra. Una vez aclarado este punto, el objetivo del trabajo es concretar la normativa vigente en nuestro ordenamiento jurídico a la que puede recurrir un adherente empresario débil necesitado de protección y el alcance de la misma. Metodológicamente, este estudio se divide en dos partes clara-

¹ Entendiendo por PYME, tanto en España como a nivel europeo, las empresas con menos de 250 empleados (en combinación con otros criterios de facturación). Fuente de los datos tomados a 1 de enero de 2015: Retrato de las PYME, Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, Ministerio de Industria, Energía y Turismo (<http://www.ipyme.org/es-ES/AreaEstadisticas/Paginas/InformesPYME.aspx>). El mismo resultado aproximado arroja la estadística del INE «Empresas por estado de asalariado y condición jurídica» para el año 2015 (<http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=299>)

² La importancia de las empresas de reducido tamaño para la economía se ha puesto de manifiesto también fuera de nuestras fronteras. Ejemplo de ello son las diversas iniciativas comunitarias que tienen por objeto el fomento de políticas a favor de la pequeña empresa y la creación de un «*business friendly environment*», como la *Small Business Act for Europe* (SBA), cuyo lema principal es «pensar en pequeño» («*Think Small First*»). Hay que matizar que dentro de estas políticas no se prevé la creación de un control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios pero sí que son indicativas del peso de las pequeñas y medianas empresas, columna vertebral de la economía europea al representar también el 99% de todas las empresas en EU y la mayor fuente de creación de puestos de trabajo (http://ec.europa.eu/growth/smes/index_en.htm).

mente diferenciadas. En primer lugar, la protección otorgada por el marco normativo específicamente previsto para la contratación mediante condiciones generales, que se centrará en el análisis de la LCGC. Dentro de esta primera parte se ha creído conveniente incluir referencias a cuatro sectores de contratación concretos, bien por su particular vinculación con las condiciones generales, bien por la previsión de un control de contenido en la contratación no de consumo, bien por ambas. En uno de los casos, sin embargo, la Ley de lucha contra la morosidad (en adelante, LMOC), se remite su estudio a un momento posterior por considerar que no se trata propiamente de un control en un sector de contratación concreto sino de un control en la determinación de una fase del contrato –su cumplimiento–.

En segundo lugar, y tras constatar el escaso recorrido de esta normativa *ad hoc* de las condiciones generales de la contratación, no queda más remedio que proceder a un examen pormenorizado de normas ajenas a esta contratación predispuesta pero que pueden suponer un límite a la autonomía de la voluntad también para este tipo de contratos. Será el momento de abordar las posibilidades del Derecho de la competencia y de los límites a la autonomía de la voluntad del Derecho de obligaciones y contratos en general –art. 1255 Cc: ley imperativa, moral y orden público–, siendo los supuestos de Derecho *iuris cogens* los que concentren realmente el grueso del trabajo. Se ha procurado ofrecer, aquí, una visión de conjunto y, a la par, ordenada, de distintas cláusulas que pueden ser constitutivas de abuso en contratos mediante condiciones generales entre empresarios y que podrían encauzarse a través de los límites inherentes a la autonomía de la voluntad, contenidos dentro y fuera del Código civil y de comercio. Dada la insuficiente protección que ofrece el recurso al art. 1255 Cc y los límites generales de los contratos, ha sido necesario buscar alguna otra vía que permita ofrecer una adecuada tutela al empresario contratante débil. A ello se dedica la última parte del trabajo, centrada por entero en la cláusula general de la buena fe (comprendida en el art. 1258 Cc). Con la especial referencia a esta figura, se plantea dar solución a aquellos supuestos de abusos en contratos mediante condiciones generales entre empresarios que no se ven adecuadamente resueltos por los límites de los capítulos anteriores, buscando configurar, entre unos y otra, una suerte de fórmula completa que permita una protección adecuada ante la ausencia de un control específico en nuestra legislación vigente.

Hay que hacer notar, por último, la pertinencia en el tema objeto del trabajo de volver la mirada hacia el Derecho comparado. De ahí que se reserve un espacio para una breve visión panorámica de las soluciones, en su caso, alcanzadas dentro de las tendencias europeas de unificación del Derecho privado así

como en ordenamientos jurídicos vecinos y, centrándonos especialmente en el caso alemán, por ser el de mayor interés y suponer un argumento de refuerzo para la justificación de un control de contenido también en contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Pues bien, como decíamos, el objeto principal de estudio de este trabajo es el control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Antes de entrar en la materia, nos parece conveniente hacer una serie de precisiones terminológicas y dejar apuntado de forma breve el planteamiento.

Cuando nos referimos, a lo largo del trabajo, al adherente empresario, tomamos el concepto «empresario» desde un punto de vista amplio. Nos desvinculamos, así, del concepto tradicionalmente estricto de empresario-comerciante del Código de comercio, que excluiría, por ejemplo, a los profesionales liberales. En general, cuando aquí hablamos de empresarios adherentes, lo hacemos indistintamente para referirnos a operadores económicos: cualquier persona que ejerza una actividad económica organizada de producción o de cambio de bienes o prestación de servicios para el mercado³.

Este primer intento de abordar la figura del sujeto adherente que nos ocupará las siguientes líneas, queda más claro si se complementa con una delimitación negativa. En este sentido, los adherentes que a nosotros nos interesan son los que no se pueden calificar como consumidores. Sin querer profundizar en la definición de consumidor⁴, un dato sin duda relevante para encuadrar a un sujeto como tal es, siguiendo el concepto que utiliza el art. 3 TRLC, el hecho de que actúe «en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Es decir, es esencial el uso privado –de destinatario final– de los bienes o servicios adquiridos, de tal modo que éstos no se integren en un proceso de producción o de comercialización sino que tengan como destino la satisfacción de necesidades personales, familiares o domésticas⁵. Pues bien, los contratos que a nosotros nos van a interesar son aquellos en los que no hay ningún atisbo de «acto de consumo», es decir, aquellos que claramente están excluidos de la protección típicamente dispensada a los consumidores por el TRLC pues ni –obviamente– el predisponente, ni tampoco el adherente, lo son.

³ Definición de MENÉNDEZ, A.; ROJO, A., 2013, p. 40. También, la «teoría de los tres círculos concéntricos» de VICENT CHULIÁ, F., 2008, p. 113. Esta idea va en la misma línea que la definición de empresario manejada por el art. 4 TRLC (traída del art. 2.2 LCGC) o que la noción de «empresa» de la LMOC que aporta el art. 2.a).

⁴ BADENAS CARPIO, J. M., 2000, pp. 69 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, pp. 87 y ss.; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 2011, pp. 377-399; CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, pp. 103 y ss.; CDT, pp. 85 y ss.

⁵ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 2011, pp. 379, 385.

Como es natural, por tanto, haremos continua referencia a contratos mediante condiciones generales entre empresarios o contratos mercantiles mediante condiciones generales. Matizamos que al usar la expresión «contratos mercantiles» dejamos a un lado su concepto jurídico estricto –según los criterios, contratos en los interviene uno o más comerciantes, finalidad de la operación, etc.– para referirnos, en consonancia con la amplitud terminológica de las líneas anteriores, a aquellos contratos que se realizan como acto de tráfico, esto es, como acto que sirve a las exigencias del tráfico profesional del empresario –entendido éste en sentido amplio– en el mercado de bienes y servicios, ya se trate de una actividad comercial, de una actividad industrial o de una actividad de servicios⁶. La calificación de mercantil en estos casos la entendemos asociada o justificada por la existencia de un ánimo de lucro en la realización del contrato, de una finalidad de participar en el mercado, de una vinculación con el denominado «riesgo de empresa». Por eso un contrato en el que, por ejemplo, el adherente sea un profesional liberal también podrá ser referido aquí como contrato mercantil.

En cuanto al ámbito objetivo, nos centraremos en los contratos mediante condiciones generales, a los que denominaremos indistintamente también contratos de adhesión⁷. A lo largo del trabajo hablamos asimismo de cláusulas o contratos predispuestos y no negociados, ya que el fundamento para la mayor parte de los razonamientos será, precisamente, esa ausencia de negociación y la imposición de contenidos contractuales, que son comunes a todas las anteriores nociones. Somos conscientes de las diferencias entre los distintos conceptos pues, si atendemos al art. 1 LCGC, las condiciones generales han de ser redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, requisito que no es necesario al hablar de simples contratos predispuestos o no negociados⁸. En este sentido, las condiciones generales de la contratación su-

⁶ MENÉNDEZ, A.; ROJO, A., 2013, p. 33. Con anterioridad, GARRIGUES, J., 1964, pp. 48-49, había delimitado de forma amplia y al margen de la definición del Ccom los contratos mercantiles como aquellos contratos que se producen en el ejercicio de una empresa mercantil: «contrato mercantil y contrato de empresa son términos equivalentes».

⁷ Aunque hay matices que los diferencian, se pueden considerar sinónimos (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 154; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., 1994, p. 1060).

⁸ Hay autores que han minimizado las diferencias, como ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 104; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, p. 30; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 893. Pensamos que en contratos entre empresarios sí que pueden ser más comunes estas situaciones de clausulados predispuestos para un único contrato, lo que no implica, a pesar del carácter de empresario del adherente, al que se le exige más que al consumidor, que no pueda existir igualmente una imposición. Crítico con una «pretendida simetría entre los presupuestos de las condiciones generales y de las cláusulas individuales no negociadas que muchos autores parecen sugerir en los contratos con consumidores» se muestra ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2004, p. 78-82: un tratamiento indistinto del control de incorporación y contenido en ambos tipos de cláusulas sería erróneo, teniendo en cuenta la presunción de no negociación que existe en

ponen sin duda una garantía de que efectivamente no ha existido negociación, pues en el momento en el que varios contratos que comparten un mismo predisponente y distintos adherentes tienen el mismo contenido, puede concluirse que no ha habido negociación individual. Además, la estandarización posiblemente acrecienta la sensación en el adherente de que no va a poder influir en el contenido del clausulado y no le queda más opción que aceptarlo o no. Esto, sin embargo, no es exclusivo de las condiciones generales de la contratación y puede predicarse también de cláusulas que no cumplen con esa «generalidad» pero que pueden haber sido tan impuestas como las primeras. Dado que la piedra angular del razonamiento de estas líneas es la imposición de contenidos contractuales por parte del contratante fuerte y sin que el otro, parte débil, tenga posibilidad de influir en los mismos, muchas de las afirmaciones y valoraciones que aquí se hagan podrían ser extensibles también a contratos predispuestos o no negociados particulares. Sin embargo, especialmente por el exiguo marco normativo que existe en nuestro ordenamiento jurídico en la materia, nos centraremos en las condiciones generales. Efectivamente –y sin perjuicio de normas sectoriales– la única referencia a la que en la actualidad se puede recurrir en contratos carentes de negociación entre empresarios es la LCGC, que está referida, como su nombre indica, a las condiciones generales y no a las cláusulas no individualmente negociadas. En esta normativa se basan algunos de los escasos elementos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico en contratos entre empresarios. Pero, además, la LCGC será importante para otros razonamientos referidos a un posible control de contenido basado en normas generales de los contratos. Por eso, a las condiciones generales de la contratación nos referimos, sin que esto impida, como decíamos, que muchas de las reflexiones puedan ser trasladables también a condiciones no negociadas particulares entre empresarios e incluso, si el marco normativo fuera otro, que apoyáramos la necesidad de control material de estas cláusulas no negociadas de forma individual, si realmente no ha existido negociación y sí una imposición de contenido a una parte débil que no tiene capacidad de influir en el mismo⁹.

Pues bien, mucho es lo que se ha escrito hasta hoy acerca de la contratación mediante condiciones generales. A pesar de ello, es obligado hacer si-

las condicionese generales mientras que en los contratos individuales la presunción tiene que ser la contraria (también el mismo autor, 2009, p. 118, señalando la mayor autorresponsabilidad que se le debe exigir al empresario adherente frente a un contrato individual no negociado que frente a uno mediante condiciones generales).

⁹ Sin perjuicio de los problemas de prueba de esta «no negociación» (*cf.*: ALBIEZ DOHRMANN, *pie* de página anterior).

quiera una breve referencia a los inicios de este fenómeno y sus implicaciones en la noción tradicional de contrato para comprender el funcionamiento y consecuencias de la estandarización contractual. Efectivamente, dado que en estas líneas se defiende que también algunos adherentes no consumidores pueden estar necesitados de protección y aunque se trata de una postura para nada aislada en la actualidad, consideramos fundamental comenzar con un razonamiento a favor de tal necesidad de protección. Para ello, es esencial señalar las características de este proceso peculiar de formación de los contratos, destacando por encima de todas la ausencia de una plena autonomía de la voluntad. Este déficit de autonomía privada, como tendremos ocasión de ver a continuación, es común a toda contratación mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente, consumidor o empresario. También ha de serlo, por tanto, la tutela al contratante débil. Esto no quiere decir, sin embargo, que se defiende que todo empresario sea merecedor automáticamente de protección por ser adherente en un contrato predispuesto. Pero sí quiere decir que, a diferencia de lo previsto por la legislación española actual, los problemas de abusos por parte del predisponente en contratos de adhesión no son exclusivos de los contratos de consumo.

Comenzaremos este Capítulo, como decíamos, con una breve alusión al procedimiento de la contratación mediante condiciones generales –cuya comprensión es clave–, para pasar a apuntar unos primeros argumentos a favor de una protección general a todo adherente, aunque con los matices que veremos en el caso de los contratos entre empresarios. Estas ideas se ven reflejadas en la mayoría de los textos de Derecho europeo de contratos y en el régimen jurídico de algunos de los ordenamientos vecinos (de los que nos centraremos en el alemán), lo que no hace sino reforzar lo pertinente de un control de contenido no restringido a los contratos de consumo.

II. EVOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN

La revolución técnica y comercial iniciada en el siglo XIX da paso a una producción de bienes y prestación de servicios en masa por parte de las empresas. El volumen de producción se multiplica mientras que los tiempos se reducen. Como señala Uría, el capitalismo y los correlativos criterios de racionalización de la economía, favorecieron el nacimiento de grandes empresas que buscaron la estandarización de los productos y la uniformidad de los servicios, de tal forma que éstos se convierten en fungibles en el sentido de que se pierde

el elemento personal en las relaciones de las partes¹⁰. Fruto de la íntima conexión entre las estructuras económicas y las jurídicas, pronto estas transformaciones tuvieron su reflejo en el campo contractual, instrumento por excelencia para el intercambio de bienes y servicios¹¹. Así, las empresas comienzan a realizar diariamente multitud de contratos en iguales condiciones. Véanse, por ejemplo, los sectores que han sido considerados como pioneros en la aparición de las condiciones generales: el transporte marítimo y, después, de ferrocarriles, los seguros o las entidades financieras¹². Todos ellos necesitaban de unas estructuras contractuales lo más uniformes posibles que facilitaran y permitieran mantener esta organización de la producción y este intercambio masivo de bienes y servicios. La racionalización de la economía implica una racionalización del procedimiento contractual, un tipo de contratación a la que Royo se refirió como «deshumanizada»¹³.

Los contratos mediante condiciones generales, aquellos cuyo contenido es predispuesto por una de las dos partes –empresario– y en los que no hay negociación posible sino solo su firma, se convierten, de este modo, en instrumentos imprescindibles para el desarrollo económico. Uría explica las tres razones que principalmente llevan a las empresas a utilizar este tipo de contra-

¹⁰ URÍA, R., *RDM*, pp. 222 y ss. En el mismo sentido, GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 13 y ss. También señalando que el elemento personal en las relaciones comerciales deja paso a su cosificación y estandarización, RAISER, L., 1935, p. 16.

Una explicación de la aparición de las condiciones generales de los contratos en ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 93 y ss.

¹¹ GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 13. Al respecto apunta ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDCE*, p. 101, que el mercado no existe si no hay intercambio de bienes y servicios y el intercambio de bienes y servicios, por su parte, no se puede articular si no es a través del contrato. En el mismo sentido, OPPO, G., *Riv.dir.civ.*, p. 48.

¹² URÍA, R., *RDM*, pp. 224-225; GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 16-17; ROPPO, E., 1975, p. 6. Mucho antes, aunque como un fenómeno separado, se apunta la existencia de unos formularios notariales («fórmulas de la llamada jurisprudencia cautelar») que representaban, sin embargo, solo una estandarización de la forma pero no del contenido del negocio, como sí que ocurre en el caso de la contratación mediante condiciones generales (URÍA, R., *RDM*, p. 224).

¹³ ROYO MARTÍNEZ, M., *ADC*, p. 55. Tradicionalmente se señala a Saleilles, R., 1901, pp. 229-230, como el primero que denominó a esta realidad con el nombre de «*contracts d'adhésion*». Apuntó el autor en aquel momento que «hay contratos y contratos», existiendo algunos que no tienen de contrato más que el nombre, contratos en los que predomina exclusivamente una sola voluntad actuando como voluntad unilateral que dicta su ley, no solo a un individuo sino a una colectividad indeterminada, y que se compromete ya por adelantado, unilateralmente, salvo adhesión de aquellos que quieran aceptar la ley del contrato. También en Alemania, a través de RAISER (1935, pp. 19 y ss), se afianza la literatura sobre este tipo de clausulados, denominados «*Allgemeinen Geschäftsbedingungen*», situando la necesidad de racionalización de los contratos en masa de los años posteriores a la guerra, junto con la aspiración de consolidar una autoridad económica a través de este marco jurídico, como algunos de los factores para explicar las razones que propician el gran crecimiento de este tipo de contratación (se había utilizado en Alemania a principios de siglo la expresión «contratos en masa» –«*Massenvertrags*»– por KOHLER, J. (1908), citado por RAISER, p. 17).

tación uniforme¹⁴: por una parte, el beneficio que les reporta un contrato-tipo en el ahorro de las negociaciones y consultas de los representantes al principal o en la simplificación de la actividad para la firma del contrato; por otra parte, la seguridad que conlleva el uso de un régimen contractual que han podido analizar minuciosamente, en cuanto a sus riesgos y responsabilidades¹⁵; y, por último, el refuerzo de la posición de la empresa frente al cliente, pudiendo hacer más gravosos los deberes de este último y rebajar la responsabilidad del empresario «hasta el máximo que la ley permita, cuando no más allá».

Además de que sería inviable en la práctica llevar a cabo una negociación individualizada para cada uno de los negocios jurídicos con la finalidad de determinar el contenido de éstos, la existencia de los contratos predispuestos puede presentar ciertas ventajas –no exentas de ser cuestionadas–, como proporcionar una regulación detallada y posiblemente ajustada al sector comercial concreto o suponer un menor coste para el empresario que puede llegar a traducirse en una rebaja de precio¹⁶. No obstante, han sido puestos de manifiesto en mayor medida los peligros de esta racionalización de la actividad contractual de las empresas. Como ya dejaba entrever la afirmación final resaltada de Uría, los abusos que se relacionan con la contratación en masa vienen de la mano de la propia configuración del contrato y el uso que puede hacer el predisponente de su supremacía. Existe el riesgo de que se persiga una unificación proclive a la hegemonía del contratante más fuerte –más que una simplificación de la contratación en sí– ya que, al fin y al cabo, el predisponente está gestionando tanto sus intereses como los ajenos. Esto no pasa desapercibido por los empresarios, generando una rápida extensión del empleo de las cláusulas generales, facilitada por su propia redacción objetiva y abstracta y, además, disimulada en un largo clausulado, que puede dar la apariencia de ser la regulación normal de la rama de la industria o del comercio en lugar de una norma propia y conscientemente empleada por el comerciante concreto¹⁷.

¹⁴ URÍA, R., *RDM*, pp. 223-224. También, de forma detallada, ROPPO, E., 1975, pp. 29 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 28 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 33 y ss.

¹⁵ ROPPO, E., 1975, pp. 32-33. También señala garantía de previsión y cálculo económico HART, D., 1988, p. 121.

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, pp. 297-298; GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 24-28. Como señalan los autores, estos argumentos tendrían su réplica –la regulación puede ser ajustada al sector pero eso no la hace mejor en todo caso; la bajada de coste no siempre tiene su reflejo en una bajada posterior de precio–.

¹⁷ MARÍN PÉREZ, P., *RGLJ*, pp. 697-698; 705; DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, pp. 319-320. En este sentido había indicado RAISER, L., 1935, p. 42, que muchas condiciones son difundidas como la epidemia entre los contratos mediante condiciones generales de la época en la mayoría de los sectores económicos puesto que, a fin de cuentas, no se conoce quién ha sido su autor, si el empresario individual, su asesor jurídico o la asociación que está detrás.

En este punto, y antes de profundizar en la nota de imposición de los nuevos contratos en masa, no podemos sino subrayar el contraste que supone esta forma de contratación respecto de la noción existente hasta ese momento de «contrato». Y es que la ideología liberal preponderante en el siglo XIX hizo que el legislador recogiera un concepto de contrato que descansaba sobre presupuestos tales como el *laissez faire* de la economía liberal, la igualdad de las partes contratantes y la preponderancia de la libertad individual¹⁸. Esta concepción eminentemente individualista es llevada al extremo de entender que «toda obligación, para ser justa, debe ser libremente consentida y toda obligación libremente consentida es, sólo por eso, justa»¹⁹ y debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico, pues el libre consentimiento es la condición necesaria y suficiente para que un compromiso sea sancionado por el Derecho²⁰.

Por tanto, el contrato, tal y como se concibe en el Código civil y el Código de comercio, se trata de una institución asentada sobre dos pilares: la autonomía de la voluntad y la fuerza obligatoria del contrato²¹. Autonomía y carácter vinculante de los pactos son dos ideas que se implican recíprocamente. La autonomía de un individuo significa el poder de gobernarse a sí mismo, de dictarse a sí mismo la ley. Ello conlleva que el ordenamiento jurídico le confiera a ese individuo poder para regular sus propios intereses y, no solo eso – que podría quedar más en la esfera de la libertad del poder hacer–, sino que, además, considera como vinculantes esos actos en los que el individuo manifiesta su autonomía privada²². Los particulares tienen el poder de regular sus intereses –en el sentido de constituir relaciones jurídicas así como de reglamentar su contenido– y, como consecuencia del principio de autorresponsabilidad, quedan vinculados a los pactos que alcancen que, por haber nacido de un consentimiento libre, les obligan. *Pacta sunt servanda*, como dice la conocida máxima jurídica.

Este esquema, esta noción tradicional de contrato basada en el dogma de la autonomía de la voluntad, empieza a incurrir en incongruencias cuando la evolución de la tecnología y la sociedad con la que iniciábamos el epígrafe origina cambios en las formas en las que los agentes se relacionan en el tráfico jurídico –los individuos ya no pactan siempre, ni siquiera la mayoría de las

¹⁸ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 137.

¹⁹ OSSORIO MORALES, J., *ADC*, p. 1178, recoge esta afirmación que trae causa del axioma francés de la época «*qui dit contractuel, dit juste*», como muestra del principio de la autonomía de la voluntad llevado a sus últimas consecuencias.

²⁰ MARÍN PÉREZ, P., *RGLJ*, pp. 721-722.

²¹ *Ibidem*, p. 671. Acerca de los matices que diferencian los términos «autonomía de la voluntad», «autonomía privada» y «libertad de contratar», Díez-PICAZO, L., *La Ley*.

²² Díez-PICAZO, L., *ADC*, 1956, pp. 1151 y ss.

veces, libremente según sus intereses y en igualdad de condiciones— y surgen nuevas necesidades en la realidad que no tienen su correlativo reflejo en el Derecho²³.

Se produce lo que algunos autores han denominado como «crisis del contrato»²⁴: en la medida en que las nuevas y crecientes formas de intercambio de bienes y servicios no encajan en las estructuras clásicas del contrato pero éste sigue siendo utilizado, el concepto se distorsiona. De ahí que, ya a principios de siglo xx, Dorado manifestase que «el derecho civil tradicional se está resquebrajando y descomponiendo, para ceder el sitio a otro nuevo derecho civil que armonice mejor con las concepciones que se van abriendo paso»²⁵.

Con independencia del nombre con el que se designe a la coyuntura económica y jurídica, la realidad es que el libre acuerdo de voluntades, tal y como se concebía en el concepto liberal de contrato, ya no se produce cuando el negocio jurídico se concluye mediante condiciones generales, pues existe una imposición del clausulado por una de las partes hacia la otra²⁶. ¿Debe tener esto alguna repercusión en la configuración del régimen jurídico del contrato? Parece que la respuesta debería ser afirmativa: es cuestionable sostener el carácter absoluto de la obligatoriedad de lo pactado cuando el contrato ya no es expresión de la autonomía privada de las partes^{27 28}. Estaría justificado, en este sentido, un control especial del mismo.

²³ Al respecto, OSSORIO MORALES, J. (*ADC*, pp. 1184, 1186) hace referencia a las contradicciones que van surgiendo, como la discordancia existente entre decir que las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley, y permitir que esa ley particular pueda ser alterada a instancia o conveniencia de uno de los contratantes y contra la voluntad del otro mediante las facultades revisoras. «Cada vez», apunta, «es más reducido el supuesto de que, al contratar, los contratantes se pongan libremente de acuerdo sobre el contenido y los efectos del contrato que celebran. Esto ocurre ya en un ámbito tan reducido del tráfico jurídico [...] que sería pueril seguir formulando el concepto genérico del contrato a base de un libre acuerdo de voluntades, que sólo excepcionalmente entran ya en juego. La excepción no puede ni debe servir para formular el concepto del contrato como categoría capaz de abarcar todos los tipos que la realidad social y legal nos ofrece».

²⁴ *Ibidem*, p. 264. POLO, E., 1981, pp. 824 y ss., por su parte, habla de «crisis del dogma de la autonomía de la voluntad». Recientemente, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *RJUAM*, 2013, p. 238, apunta que hoy en día no puede hablarse ya de crisis ni muerte del contrato, ni de una excesiva intervención que hace desaparecer la autonomía de la voluntad, sino de la vuelta con fuerza de las ideas liberales (en referencia a las concepciones doctrinales meramente formales de la autonomía).

²⁵ DORADO, P., *RGLJ*, p. 503.

²⁶ «Se trata de una aceptación, resignada o no, de la existencia de condiciones generales establecidas por la otra parte, cuya aplicación no ha habido oportunidad de discutir ni, por tanto, oportunidad de evitar. Se trata de algo semejante a una firma en blanco confiando en la buena fe de la otra parte», en palabras de MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1996, p. 4945.

²⁷ Hoy en día está superada la idea de GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 96, según la que los contratos celebrados por adhesión a las condiciones generales no constituyen una categoría *a se* que requiera una disciplina distinta de los demás contratos.

²⁸ Ha sido muy amplio el debate acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación y el fundamento de su vinculatoriedad, aunque algún autor quitara relevancia a la cuestión

III. ESPECIAL PROCEDIMIENTO DE FORMACIÓN DEL CONTRATO MEDIANTE CONDICIONES GENERALES. EL DÉFICIT DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA NECESARIA PROTECCIÓN AL CONTRATANTE ADHERENTE

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad como principio general del Derecho conlleva la garantía de no intervención en los acuerdos a los que las partes hayan llegado. Como se ha dicho, la justicia de los pactos es una justicia subjetiva porque será lo que a las partes les parezca justo con independencia de si, objetivamente, se trata de un pacto ecuánime. Existe, por tanto, una reticencia a intervenir en el contrato por ser éste expresión de la autonomía privada de los contratantes y, por ende, se entiende que una eficiente distribución de los recursos y asignación de los derechos y obligaciones. Así, en un contrato libremente negociado la mayor o menor justicia del contenido no es importante porque es resultado del ejercicio de la libertad bilateral y ha de suponerse que los acuerdos injustos se rechazan²⁹.

Sin embargo, este razonamiento no puede ser trasladado sin más al ámbito de la contratación mediante condiciones generales. El presupuesto de igualdad de las partes no se cumple en este tipo de negocios jurídicos y lo mismo puede decirse respecto del ejercicio de una libertad contractual plena, pues no existe negociación y al adherente solo le queda firmar el clausulado que la otra parte ha redactado previamente³⁰. Así las cosas, cuesta pensar que el resultado de este proceso contractual lo es de una verdadera autodeterminación bilateral y que esto es irrelevante a efectos del control de su justicia.

(ROPPO, E., 1975, p. 91, señalaba la «sustancial indiferencia [en cuanto al régimen jurídico] [...] de la alternativa entre la aproximación contractual y la aproximación normativa»). Hoy en día, descartadas las teorías normativistas –aquellas que consideran a las condiciones generales como un acto reglamentario y no como un contrato y por lo tanto, vinculan porque son normas–, cabe afirmar la naturaleza contractual de las mismas, posición refrendada además por la regulación legal y seguida con anterioridad por la mayoría de la doctrina. Las teorías contractualistas entienden que las condiciones generales son verdaderas cláusulas contractuales. Acerca del encaje en un esquema contractual del especial consentimiento que supone la adhesión del adherente, véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 40 y ss. (de forma detallada sobre el debate acerca de la naturaleza jurídica de las condiciones generales; pp. 93 y ss., en concreto, sobre su postura); 2002, p. 89; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1996, pp. 4941 y ss. (en especial, pp. 4950-4951); 2002, pp. 438, 441; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 49-52, 650 y ss.

Se reseña a continuación alguna bibliografía adicional acerca de las discusiones sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos: GARRIGUES, J., 1973, pp. 10-12; ROYO MARTÍNEZ, M., *ADC*, pp. 59 y ss.; DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, pp. 301 y ss.; GARCÍA AMIGO, M., 1963, pp. 100-129 y 162 y ss.; URÍA, R., *RDM*, pp. 227-238; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., *RCDI*, 1987, pp. 1085-1088; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, pp. 671 y ss.; GONDRA, J. M., 1992, pp. 197-199.

²⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, *op. cit.*, p. 58.

³⁰ Por «redactado» queremos decir predisposto en general. Como sabemos, no es necesario que el predisponente haya redactado en sentido literal las cláusulas sino que es suficiente con que la utilice (por todos, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *RDBB*, p. 1063).

Al fin y al cabo, como señalábamos en líneas anteriores, el predisponente está gestionando tanto los intereses propios como los ajenos del adherente³¹, y aquí reside la peligrosidad intrínseca de este modo de contratar³² pues, como apuntó muy gráficamente Royo, «siempre fue grande y por lo mismo rara virtud en el poderoso la moderación espontánea en el uso de su poder, y en el inteligente no aprovechar su sagacidad para obtener ventajas sobre los menos avisados»³³. Como veremos después, «poder» e «inteligencia» se reúnen en el lado del predisponente.

En un contrato negociado y, por tanto, considerado justo por haber sido libremente consentido por las partes en igualdad de condiciones, el único control que señala el legislador es el control general del art. 1255 Cc, que impone como límites a la autonomía de la voluntad la ley imperativa, la moral y el orden público. Si no se prevé ningún control especial para los contratos predispuestos, este sería el único coto –en general– para el predisponente a la hora de determinar el contenido del clausulado. ¿Tiene sentido que los controles a los que se vea sometido un contrato negociado y un contrato predispuesto sean los mismos? No lo parece. Las características del procedimiento de formación de los contratos negociados, es decir, de los contratos tal y como se concibieron en el Código civil, son el fundamento de la propia figura y de su regulación, pues la razón de ser última del contrato es la autorregulación bilateral de las propias reglas contractuales³⁴ y su ordenación se entiende y se configura partiendo, precisamente, de la libertad e igualdad de los contratantes que ha dado lugar al contrato. Dada la importancia vital de estos elementos en la institución contractual, una alteración en los mismos debería conllevar, necesariamente, una modificación en su régimen jurídico. Precisamente por el respeto a la libertad y autonomía contractuales, su ausencia, o, al menos, su déficit, tiene que tener relevancia. La intensidad del control a la que se someten dos tipos diferentes de contratos –diferentes en cuanto a su proceso de formación que, como hemos visto, es el que justifica en buena parte su configuración– no puede ser la misma. La libertad contractual debe tener distintas implicaciones en función del «tipo» de contrato ante el que nos encontremos: si en los contratos negociados libertad significa garantizar la no intromisión en el contenido del contrato –salvo lo referente al Derecho imperativo–, en los contratos predispuestos esa libertad tiene que significar garantía de control si el contenido

³¹ MARÍN PÉREZ, P., *RGLJ*, p. 705.

³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, p. 337.

³³ ROYO MARTÍNEZ, M., *ADC*, p. 55.

³⁴ GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 173.

—que, incidimos, no es resultado de la autonomía plena de las partes contratantes— no es equilibrado.

No es momento en esta introducción de profundizar en el concepto y la justificación de perseguir el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes. Sin embargo, y aunque volveremos ampliamente sobre el tema, es obligado hacer referencia a la idea de equilibrio y a la función del Derecho dispositivo como ejemplo de regulación equilibrada, de mejor composición de los intereses de ambas partes, a la que, en ausencia de una plena autonomía de la voluntad, debería tender el contenido del contrato³⁵. Al fin y al cabo, la prestación debida por cada una de las partes se encuentra en relación de reciprocidad y cada una de ellas encuentra en la otra su razón de ser (sinalagma genético). Por tanto, hay que presuponer que las partes, en una formación libre del negocio jurídico, a lo que tienden es a una relativa proporcionalidad en el contenido del contrato. Esta parece ser la idea que subyace en el art. 1289 Cc. cuando dispone que, en caso de dudas imposibles de disipar en el contrato y en el supuesto de contratos onerosos, las dudas deben resolverse a favor de la mayor reciprocidad de intereses. Aunque se trata de un precepto en sede de interpretación y no de control de contenido y que, por tanto, presupone para su aplicación la existencia de dudas, el art. 1289, de carácter imperativo, respalda esa idea de equilibrio o reciprocidad. Aunque el resultado de un contrato no tiene por qué ser —y muchas veces no lo es— totalmente ecuánime para las partes, pues entran otros intereses en juego y más todavía cuando nos encontramos en el ámbito de la contratación mercantil (tipo de contrato, compensación de una cláusula perjudicial con otro beneficio, pluralidad de relaciones en el tiempo), esta idea debe ser matizada en el caso de contratos en los que una de las partes, el adherente, no ha tenido el mismo grado de libertad en la conformación del contrato que la otra. En este caso, ante cláusulas abusivas, cuesta pensar que alguien sería tan ingenuo como para obligarse de una forma voluntaria y consciente a algo que le perjudica sobremedida y que éste sería el mismo resultado al que se habría llegado si hubiera existido una plena autodeterminación bilateral. Qué garantía plena de justicia puede haber en un acuerdo alcanzado por el procedimiento especial de las condiciones generales en el que, en palabras de Miquel, «pesa más la premeditación del predisponente que la voluntad necesariamente confiada del adherente»³⁶.

En ocasiones se han vinculado los riesgos del empleo de las condiciones generales de la contratación a la existencia de un predisponente monopolista u oligopolista. Así lo señaló en su momento García Amigo al afirmar que el gran peligro de los abusos radicaba en el hecho de que las condiciones generales fueran impuestas por una empresa que gozara de posición de monopolio o *quasi*-monopolio. Por el contrario, proseguía el autor, la concurrencia obligaba

³⁵ DE CASTRO, F., *ADC*, 1961, pp. 333 y ss.

³⁶ MIQUEL, J. M., 2002, p. 440. En la misma línea, PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, p. 1308.

a los empresarios a que procurasen ofrecer sus productos en las condiciones más favorables en la lucha por la conquista del mercado, pues los clientes podían acudir a otros empresarios³⁷. Sin embargo, se ha demostrado que da igual si las condiciones generales se utilizan en un mercado monopolista o en un mercado con competencia porque, en realidad, esta competencia no funciona respecto de las condiciones generales, que tienden a presentar un contenido similar en todos los contratos con independencia del predisponente. Y, es más, como veremos, las cláusulas suelen ser menos favorables al adherente en mercados muy competitivos³⁸.

El argumento que defiende el poder de la competencia como medio de control de la calidad de las condiciones generales, se basa en que los adherentes discriminan los contratos predispuestos según el contenido de sus cláusulas. Si esto fuera así, los predisponentes ciertamente tendrían que mejorar la calidad de las condiciones generales para poder atraer clientes y, al final, las condiciones de mejor calidad expulsarían del mercado a las de peor. Contrasta con este razonamiento, sin embargo, el modo de proceder real de los adherentes frente a los contratos mediante condiciones generales: los adherentes solo tienen en cuenta para contratar lo que se denominan elementos esenciales, esto es, el precio y la calidad del objeto. No se fijan en el resto de condiciones, en la regulación contractual «contingente»³⁹, que puede llegar a ejecutarse o no (por ejemplo, indemnizaciones, plazos de reclamación, cláusulas penales, limitaciones de responsabilidad, sumisión a un tribunal concreto...) ⁴⁰. Los adherentes no basan su decisión de contratar en el contenido accesorio del contrato sino tan solo en las prestaciones básicas⁴¹. Por su parte, los predisponentes, sabedores de esto, no tienen incentivos para mejorar la calidad de sus condiciones generales puesto que la repercusión favorable que esto ten-

³⁷ GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 169 y ss. Desde una óptica del análisis económico del Derecho también se ha aludido al mecanismo de la libre competencia como vía para expulsar las malas condiciones generales. Así, POSNER, R. A., 1998, explica que si un vendedor ofrece condiciones poco atractivas, un vendedor rival, deseando ganarse las ventas, ofrecerá condiciones más atractivas de tal forma que la competencia al final obliga a los vendedores a incluir en sus contratos condiciones que protejan a los compradores. En similar sentido, SCHWARTZ, A., *Havard JLPP*, pp. 109-110.

³⁸ BULLARD GONZÁLEZ, A., 2006, p. 511.

³⁹ Término empleado por MIQUEL, J. M., 2014.

⁴⁰ ROYO MARTÍNEZ, M., *ADC*, p. 61, apunta que en el contrato por adhesión, en general, «no existe la unidad volitiva» pudiendo distinguir «un núcleo o médula, en el que se comprenden las prestaciones cardinales, que resulta efectivamente, conocido y querido» y «una especie de cola o adición, una periferia, de las que el contratante no tiene noción o es en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento» (las condiciones generales del contrato).

⁴¹ Esta es la razón por la que, como veremos, respecto a estos elementos esenciales, precio y objeto del contrato, no se extiende el control de contenido sino tan solo una exigencia de transparencia (que sean comprensibles y claros).

dría en la decisión del adherente sería prácticamente nula y para ellos supon-
dría un coste. Antes bien, les conviene centrarse en mejorar de cara a los clien-
tes aquellos elementos relevantes en sus tomas de decisión con lo que buscarán
rebajar el precio para hacerlo más atractivo. Para compensar el perjuicio que
acarrea al empresario esa rebaja de precio, reducirán la calidad de las condi-
ciones generales. Este mecanismo de funcionamiento del mercado es el que
explicó y denominó Akerlof como «mercado de limones»⁴².

¿Por qué ocurre esto? La explicación se encuentra, de nuevo, en la confi-
guración del procedimiento de contratación mediante condiciones generales.
El adherente no tiene en cuenta el clausulado predispuesto porque ni siquiera
lo lee. Estamos hablando de textos típicamente farragosos, con terminología
técnica, de difícil comprensión y, además, respecto de cuestiones que, como se
ha señalado, son contingentes en el sentido de que pueden o no ocurrir (la
cláusula penal solo desplegará su eficacia si hay un previo incumplimiento, la
sumisión expresa a un determinado órgano jurisdiccional solo tendrá sentido si
se llega a una reclamación judicial, las limitaciones de responsabilidad solo
serán relevantes si existe un defecto en el objeto, etc.). Este hecho marca una
gran diferencia entre los elementos esenciales del contrato –que son el objetivo
central del adherente para contratar– y el resto del clausulado. Además, en
muchas ocasiones, el adherente carecerá de una formación intelectual o jurídi-
ca que le permita aprehender las implicaciones de las condiciones generales, a
lo que se suma la impresión que en el adherente genera este procedimiento de
contratación: como describe Pagador, la utilización de textos predispuestos da,
por una parte, una sensación de carácter definitivo del contrato y de igualdad
de trato que se llega a confundir con Justicia; por otra, genera el efecto de pen-
sar que es inútil intentar una negociación del contenido del contrato y que será
imposible encontrar condiciones de mayor calidad, es decir, que no existe una
alternativa razonable⁴³.

⁴² AKERLOF, G. A., 1989, pp. 24 y ss. (en especial, 24-25). El autor explica el modelo con el merca-
do de automóviles, nuevos y usados, buenos y malos (que son los conocidos en Estados Unidos como
«limones»). Volviendo a la nota al pie de página núm. 37, la razón por la que POSNER (1998, pp. 113-114)
afirma que la competencia obliga a mejorar las condiciones de los contratos, es porque lo hace partiendo
del supuesto de que los consumidores sí que tienen incentivos para leer el contrato e informarse. Del mis-
mo modo, cuando SCHWARTZ (*Harvard JLPP*, pp. 109 y ss.) erige los mercados competitivos como medio
preventivo de los abusos de las grandes empresas hacia los pequeños consumidores, a través del ejemplo
de las cláusulas de reducción o exoneración de garantía, lo hace con el presupuesto de que el consumidor
tiene en cuenta para contratar el «coste» para él de esa cláusula y el precio del seguro alternativo que cubre
la garantía. Es más, el autor señala la información imperfecta como una de las dos situaciones que harían
que el mercado competitivo no funcionara.

⁴³ PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 103 y ss. (en especial, 112 y ss.), desgrana las causas por las que la
competencia no controla por sí misma la calidad de las condiciones generales que se aplican en el merca-
do, distinguiendo, *grosso modo*, entre causas objetivas y causas subjetivas. Dentro de las primeras, sitúa la

Es por ello que, como afirmaba Alfaro⁴⁴, hay que concluir que el comportamiento eficiente para el adherente es, precisamente, el de no leer las condiciones generales del contrato, puesto que el coste de invertir en su lectura y análisis –por sí mismo o buscando un asesoramiento externo– supera por mucho a las ventajas que se podrían obtener con ello. Sobre todo, como decíamos, por la composición de lugar que se hará el adherente, sin mucha esperanza de encontrar mejores condiciones si acude a otro predisponente dada la falta de competencia real que existe en el mercado de condiciones generales⁴⁵. Es el comportamiento racional y eficiente y, por tanto, no distinto del que debe ser exigido. Algo así está reconociendo implícitamente el legislador cuando, a un control de inclusión que pretende garantizar la posibilidad de conocimiento de las condiciones generales, suma el de contenido. En este sentido, apunta Carrasco que «la finalidad de la regulación protectora no es crear incentivos al adherente para que lea las condiciones, sino asegurarle en lo posible que no leerlas (que se reputa la conducta racional en tales casos) no le va a deparar una regulación contractual desequilibrada»⁴⁶.

En definitiva, se puede afirmar que no existe demanda de buenas condiciones generales en el mercado, con lo que no habrá oferta de las mismas y no podrá ser la competencia la que vigile o contraste la calidad de los clausulados predispuestos del mismo modo que lo hace respecto de los elementos esenciales. Según esto, aquellos planteamientos que basen su negativa a la necesidad de control de los contratos predispuestos en la existencia de un mercado competitivo, no son correctos⁴⁷. Esta ineficacia del mercado para vigilar no viene explicada por la existencia de un predisponente monopolista sino por el otro

ineficacia de los mecanismos de información del mercado así como la imposibilidad de equiparar el contenido ordinario de las condiciones generales a las estipulaciones respecto del precio y la calidad. En cuanto a las causas subjetivas, el autor señala la insuficiente e inadecuada formación cultural e intelectual del adherente medio y, en la misma línea, la falta de formación jurídica y empresarial, que conlleva un gran esfuerzo intentar superar.

⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 70 y ss.

⁴⁵ Desde un punto de vista del análisis económico, KATZ, A., *RJE*, pp. 518 y ss., en especial, p. 536, llega a la conclusión de que en los contratos predispuestos la regla tradicional que impone al adherente el «deber» de leer y entender todos los términos es Pareto inferior –es decir, *grosso modo*, ineficiente– a la regla que aboga por proporcionar cláusulas razonables cuando las partes no negocian expresamente.

⁴⁶ CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 773. Partiendo de esto, llama poderosamente la atención la última reforma del TRLC (Ley 3/2014, de 28 de marzo) que afecta al art. 80.1.b del texto legal y según la cual se exige, para que se tenga por cumplido el requisito de accesibilidad y legibilidad de las cláusulas no negociadas individualmente, que el tamaño de la letra sea igual o superior al milímetro y medio y que haya el suficiente contraste con el fondo de tal forma que no se dificulte la lectura.

⁴⁷ Habla PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 129, de la incorrección del modelo de mercado de control de condiciones generales de la contratación. El autor se manifiesta en análogo sentido en PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, *op. cit.*, p. 1308. Señalando también la insuficiencia del Derecho de la competencia, referido en este caso a la protección de los consumidores, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *AC*, pp. 316-317.

fallo posible del mercado⁴⁸: la información imperfecta. Una suerte de información imperfecta que, en el caso de los contratos mediante condiciones generales es costosa de paliar hasta el punto de que no es eficiente hacerlo⁴⁹ y que, por ello, conlleva que los predponentes no tengan incentivos para mejorar sus condiciones pues no van a obtener más clientes con ello.

Una postura contraria defiende Gondra, para quien las condiciones generales sí son un factor relevante en la competencia puesto que hay pactos incluidos en las mismas que juegan un papel importante en la decisión del adherente de contratar (por ejemplo, garantías por vicios ocultos u obligaciones de mantenimiento). Además, puntualiza, este proceso irreflexivo de adquisición y consumo podría extenderse a todos los contratos dada la celeridad de la vida moderna o la complejidad técnica de los productos y servicios en la actualidad, sin que parezca que sea algo exclusivo de la contratación en masa⁵⁰. Estamos de acuerdo con Pagador cuando matiza la reflexión del autor en el sentido de que, si bien puede haber condiciones generales que sean un factor relevante para la competencia, no pueden ser éstas equiparadas a los elementos esenciales en cuanto a la posibilidad de ser controladas por la libre competencia⁵¹.

Siguiendo en este punto a Gondra, Giner Parreño no cree que haya un mercado específico de clausulados de condiciones generales distinto y separado del de los elementos esenciales del contrato puesto que todo ello integra un contrato único y no tienen razón de ser las primeras sin los segundos. No es correcto afirmar, por tanto, que el adherente no otorga su consentimiento a la globalidad de la prestación ofrecida por las compañías y, en consecuencia, concluye que las condiciones generales representan un factor más de competencia empresarial⁵². No podemos compartir este argumento. Es evidente que las condiciones generales no tienen sentido sin los elementos esenciales del contrato. Ahora bien, esto no quiere decir que, aun conformando un único negocio jurídico, no sean diferentes y no muestren los sujetos contratantes un comportamiento dispar hacia ellos, bien a la hora de determinar el contenido del contrato, el predisponente, bien a la hora de tomar la decisión de contratar, el adherente. El propio Código civil, de hecho, distingue entre los elementos esenciales —«el objeto principal del contrato», según el art. 1289 Cc, por ejemplo— y los elementos accesorios —o «circunstancias

⁴⁸ EPSTEIN, R. A., *MLR*, pp. 804-805, señala dos circunstancias en las que la teoría neoclásica reconoce que tiene sentido alguna intervención del gobierno en el mercado: el monopolio y la información imperfecta.

⁴⁹ Una cosa es el control de incorporación —posibilidad de acceso y comprensión del contenido— y otra es garantizar al adherente una completa información acerca del contenido de tal manera que llegara a influir en su comportamiento. Cuestionan la eficiencia —en términos de costes invertidos/obtención de resultados— de un aumento de este tipo de información, bien a costa del adherente, bien imponiendo deberes legales al predisponente, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 70, 71, y PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 119.

⁵⁰ GONDRA, J. M., 1992, pp. 202-203.

⁵¹ PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 122.

⁵² GINER PARREÑO, C. A., *EC*, pp. 23-24.

accidentales del contrato»—, sin que reciban en ocasiones el mismo tratamiento⁵³. La diferente conducta del adherente hacia las condiciones generales explicada en líneas anteriores es la que justifica el desigual trato. Y también por lo expuesto con anterioridad, no estamos de acuerdo en la negativa del autor a presumir la ausencia de libertad contractual en el mercado del conjunto de la prestación ofrecida por un empresario-predisponente. Sí que hay presunción de una autodeterminación no plena del adherente, a la vista del especial procedimiento que conlleva la contratación mediante condiciones generales⁵⁴.

Dado que no existe competencia real en materia de condiciones generales y tampoco incentivos para que los predisponentes no incluyan cláusulas abusivas en sus contratos predispuestos, el mercado no puede controlar que no se cometan abusos a través de la contratación mediante condiciones generales. Teniendo en cuenta que la existencia de estas cláusulas abusivas en el tráfico jurídico no es deseable en absoluto, el Derecho tendrá que resolver este problema interviniendo a través de un control que garantice la justicia de aquellos contenidos contractuales que no son producto de la autonomía contractual sino de la heteronomía del predisponente. Y esto porque, como decíamos, no son deseables las cláusulas abusivas ni desde el punto de vista económico⁵⁵, ni desde el punto de vista de la Justicia.

⁵³ Un argumento similar es el utilizado por PAGADOR LÓPEZ (1999, pp. 650 y ss.) para justificar el carácter vinculante de las condiciones generales de la contratación.

⁵⁴ Tampoco compartimos, por lo tanto, la idea de que las anomalías que se produzcan en el funcionamiento del mercado pueden ser solventadas por la tutela proporcionada por las normas de Derecho antitrust (referido esta afirmación a las relaciones entre profesionales), GINER PARREÑO, C. A., *EC*, p. 24.

⁵⁵ La ignorancia de un sujeto racional genera la posibilidad de que las cláusulas en contratos predispuestos sean ineficientes, siendo posible que la intervención judicial o legal mejore la solución, GOLDBERG, V. P., 1989, p. 167. Es cierto también que el autor reconoce en un momento posterior una evolución de su pensamiento en cuanto a la oportunidad de la intervención judicial o legal, pero motivada por la poca confianza en que ambas puedan hacer bien su trabajo (1989, p. 167).

En cuanto a la no deseabilidad desde el punto de vista económico, es ampliamente conocido en el ámbito del Análisis Económico del Derecho el Teorema de Coase, que nos parece interesante poner en relación con los contratos mediante condiciones generales (COASE, R. H., *J. Law Econ.*, pp. 1-44; en español, COASE, R. H., 1994, pp. 121-164 y 165-186). El autor parte de la idea de que celebrar un contrato conlleva unos costes que denomina «costes de transacción». Estos costes serían los asociados a descubrir con quién se quiere negociar, conducir las negociaciones, elaborar los contratos o realizar las inspecciones para asegurarse de que se cumplen los términos de los mismos (*J. Law Econ.*, p. 15; 1994, pp. 134-135). Teniendo en cuenta esto, solo se realizarán transacciones cuando el valor que se alcance con ellas sea superior a los costes implicados en realizarlas (*J. Law Econ.*, pp. 178-179). Una solución alternativa sería la regulación legal. La idea de Coase es que el resultado de las transacciones mercantiles que maximiza el valor de la producción es independiente de la decisión legal siempre que los costes de transacción sean nulos. Nos parece interesante detenernos en las dos formulaciones que hace BULLARD (2006, pp. 108 y ss.) del Teorema de Coase. Por una parte: «Si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal que se adopte, pues siempre las partes involucradas, a través de transacciones en el mercado, llegarán a la solución más eficiente». Por otra: «Si los costos de transacción son significativamente superiores a cero, sí importa la solución legal que se adopte para llegar a la solución más eficiente». El primer caso representaría una situación en la que las partes contractuales pueden sentarse y negociar fácilmente el contrato llegando, así, a la solución más eficiente para ambas, lo que podría venir a representar una idea

Como señaló De Castro, los poderes públicos no pueden ser neutrales y prestar su colaboración al cumplimiento del contrato cualquiera que sea su contenido porque el contrato no es solo cosa de los contratantes⁵⁶. La relación entre Derecho y Justicia es connatural a ambas instituciones siendo el primero una forma de realización de la segunda, a la que está subordinado⁵⁷. El contrato, en particular, representa en esencia esa idea de alteridad entre Derecho y

cercana a nuestra noción tradicional de contrato. El mejor remedio que asocia el Teorema a este escenario es dejar que el mercado actúe sin intervención legal, respuesta que asimismo es la proporcionada por nuestra regulación (solo con los límites del Derecho imperativo). Si, por el contrario, los costes de transacción son muy elevados puede ser posible que la transacción no se realice o no de la manera eficiente. En estos casos, podría tener sentido que una norma simulara la solución a la que habrían llegado las partes en el caso de que no existieran costes de transacción (*ibidem*, p. 109). Pues bien, es sabido que el problema que da lugar al origen de las condiciones generales es la necesidad de realizar una contratación en masa dada la inviabilidad de que los empresarios se pudieran reunir con cada uno de sus clientes para negociar el contenido del contrato, explicar los riesgos, tener en cuenta los intereses de ambas partes y llegar a un acuerdo, todo ello en situación de igualdad. De hecho, los contratos mediante condiciones generales no son sino una forma de reducir los costes de transacción pues reducen la necesidad de negociación entre las partes (en este sentido, *ibidem*, p. 117). Esto ya lo vimos como una explicación de la proliferación de los contratos predispuestos y una de sus ventajas. Sin embargo, aunque las condiciones generales disminuyan los costes de transacción, cuestionamos que en este caso la solución adecuada sea la mera actuación del mercado y no intervención legislativa. Y ello porque la reducción de costes de transacción se produce a cargo de una de las partes y a expensas, probablemente, de la otra. Por un lado, porque al determinar el contenido del clausulado, el predisponente no contribuye a una fórmula neutral de reducción de costes sino que posiblemente aprovecha para trasladar esos costes al adherente en forma de cláusulas perjudiciales. Cláusulas que en la contratación mediante condiciones generales, como sabemos, no son controladas por el mercado. Por otro, porque también puede verse la reducción de costes generales de contratar como un trasvase en forma de costes de información para el adherente que, por elevados, hacen ineficiente la inversión de tiempo y esfuerzo en leer los clausulados (hace esta asociación entre costes de transacción y costes de información, PAZ-ARES, C., 1995, p. 2883, nota al pie núm. 78). Por lo tanto, en la contratación mediante condiciones generales los costes de transacción para el predisponente son mínimos pero no así para el adherente, que se enfrenta a unos costes tan elevados que, aplicando el teorema de COASE, pueden dar lugar a una transacción no eficiente. Esto justifica la necesidad de una intervención del legislador que proporcione la situación a la que habrían llegado las partes de haber podido negociar y ordenar sus intereses de forma eficiente. Y, a su vez, si estamos diciendo que el resultado económicamente eficiente es aquel que alcanzarían las partes negociando libremente, está claro que en ese resultado no tienen cabida las cláusulas abusivas pues en una transacción así, ninguna parte aceptaría una cláusula que le perjudicara desproporcionadamente, *sin compensación o justificación alguna para ello*. Las cláusulas abusivas no pueden formar parte de una ordenación económicamente eficiente de los intereses de las partes. En este razonamiento recalamos la importancia del matiz «sin compensación o justificación alguna». Un contratante, negociando en condiciones de igualdad, puede libremente aceptar una cláusula que le sea perjudicial y no por ello ser abusiva ni ineficiente. Sin embargo, partiendo de la idea de que nadie contrata para perder, hay que entender que esa desventaja tiene una justificación o compensación (por ejemplo, con otra cláusula en el contrato o por la obtención de otra ventaja en el marco de una relación contractual prolongada).

⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1982, p. 989.

⁵⁷ MARÍN PÉREZ, P., *RGLJ*, p. 692. Y además da entrada la Justicia a un tercer elemento porque «como constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo, ya lleva ínsita una noción de igualdad» (p. 694). Entiende DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, p. 320, que es tarea obligada encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de Justicia, como ha hecho la jurisprudencia rechazando algunas de las cláusulas más escandalosas o la doctrina cuando abogan por una legislación adecuada que limite los excesos.

Justicia⁵⁸, sin que pueda por tanto renunciar ningún ordenamiento jurídico a la justicia contractual⁵⁹. Justicia contractual que tiene un valor especial en materia de condiciones generales de la contratación en tanto en cuanto una parte está utilizando su poder para desequilibrar los derechos y obligaciones de la contraparte en beneficio suyo, situación a la que habría que poner coto⁶⁰ aunque haya que limitar la libertad contractual⁶¹ (libertad que, por otra parte, como sabemos, más que verse limitada, se está realmente garantizando desde un punto de vista material y no solo formal⁶²). En este sentido, como se ha señalado en el ámbito europeo, frente a los sistemas legales nacionales del siglo XIX que acogían invariablemente las ideas del *laissez faire*, en la actualidad «la libertad contractual o la autonomía privada no representan más una posición suprema en los sistemas nacionales de Derecho privado» sino que «la moderna preocupación por encontrar el equilibrio entre la autonomía privada y la Justicia es la que caracteriza ahora el centro de las discusiones acerca de los principios adecuados de Derecho de contratos»⁶³.

Es de observar que todo lo que hasta aquí hemos dicho ha sido en referencia a los adherentes en general, sin discriminar su cualidad de consumidor o profesional. Y ello porque la argumentación no lo requería pues lo que caracteriza a la contratación mediante condiciones generales es el procedimiento peculiar por el que se concluyen estos contratos y los riesgos que conlleva para la parte débil de la relación, que puede ser también un empresario. Es más, un sector de la doctrina ha criticado que el Derecho de condiciones generales parezca confundirse e identificarse con el Derecho de consumo en lo que a la figura de las cláusulas abusivas se refiere, cuando deberían mantener su identidad propia y construirse a partir del Derecho de las condiciones generales y no limitándose a los consumidores⁶⁴. Evidentemente, no estamos hablando de

⁵⁸ MARÍN PÉREZ, P., *RGLJ*, p. 671.

⁵⁹ MIQUEL, J. M., 2002, p. 437.

⁶⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2004, p. 257.

⁶¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, p. 687.

⁶² De hecho, para SCHWARTZ (*Harvard JLPP*, pp. 107-108), por Justicia se entienden dos cosas: por un lado, el resultado que surge cuando se permite a cada uno hacer lo mejor que puede, decidir lo mejor para él, dadas sus circunstancias, permitiendo que lo haga libre de ataduras; pero, por otro, Justicia también es la justicia distributiva, de tal modo que el Estado tiene la obligación de asegurar que las circunstancias en las que la gente trata de hacer lo mejor que puede no son terriblemente abusivas para ellos.

⁶³ Study Group on Social Justice in European Private Law, *ELJ*, p. 10.

⁶⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 236-237; 2011, pp. 212-213. En similar sentido, *vide* BATTLE SALES, G., *RDM*, pp. 467; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 885-886. En general, abogando por una generalización de los criterios aplicados en la contratación con consumidores al conjunto del Derecho privado, VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2009, pp. 414-415. Proponiendo una cierta generalización de las normas de la Directiva 1999/44, sobre venta y garantías de los bienes de consumo, a través de una reforma del Código civil, MORALES MORENO, A. M., 2003, pp. 125 y ss., en especial, p. 146.

que las necesidades de protección sean las mismas para un consumidor o para un empresario adherente, pues son muchas las cuestiones que hay que tener en cuenta. No podemos olvidar que, mientras que el consumidor lleva a cabo un acto para su uso personal, el empresario adherente está contratando por razón de su negocio, con ánimo de lucro y con una repercusión –más o menos directa– sobre su actividad empresarial⁶⁵.

En rigor, la autorresponsabilidad que se le debe exigir a este perfil de adherente en cuanto a diligencia es mayor, obviamente, que la que le puede ser requerida a un consumidor, especialmente *cuando contrata en el ámbito de su negocio*. Por otra parte, es común en el ámbito de la contratación mercantil que las relaciones sean duraderas en el tiempo, con una pluralidad de contratos que permiten configurar los derechos y obligaciones de las partes de una manera más flexible. Es necesario tener en cuenta, por tanto, las peculiaridades y necesidades del tráfico mercantil así como el contrato concreto y el ámbito –vinculado o no al objeto propio de su actividad empresarial– en que se inserta⁶⁶, para valorar el grado de protección adecuado en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Pero sí necesitan algún tipo de protección especial y diferente a las reglas de contratación general, pues el problema que se pretende solucionar –déficit de la autonomía de la voluntad– es específico y no compartido con los contratos negociados, para los que fueron diseñadas esas normas prohibitivas e imperativas generales⁶⁷. La existencia de un procedimiento que garantiza una libertad contractual formal pero no material es común a todos los contratos

⁶⁵ Nos referimos a una repercusión «más o menos directa» porque, en algunos casos, el empresario adherente está realizando un contrato que, aunque incorporado a su actividad empresarial, no está directamente vinculado con el objeto principal de ésta –ejemplos típicos son el contrato del suministro de la luz, teléfono, mensajería– con lo que el conocimiento que se le puede presuponer del sector en el que se inscribe el contrato no es el mismo que cuando está contratando en el suyo. En todo caso, a nuestro juicio, debe seguir siendo considerado como profesional a los efectos del régimen a aplicar al contrato mediante condiciones generales.

⁶⁶ *Vid.* Nota a pie anterior.

⁶⁷ A favor de la regulación de un control de contenido que incluyera los contratos entre empresarios, entre otros, BATLLE SALES, G., *RDM*, p. 466; VATTIER FUENZALIDA, C., *RCDI*, p. 1533; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, *op. cit.*, pp. 174 y ss.; *AJR*, pp. 57; MIQUEL, J. M., 2002, pp. 434 y ss.; *RES*, pp. 4 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., *RdP*, p. 51 y 66 y ss.; POLO, E., *EC*; PASTOR VITA, F. J., *La Ley*, pp. 1217 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2006, p. 198; PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, *op. cit.*, p. 1309; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 252 y ss.; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (*et al.*), *ADC*, p. 119; RUIZ MUÑOZ, M., 2010, pp. 358, 412 y ss.; HESSELINK, M. W., 2011, pp. 131-147.

Desde un punto de vista económico y al hilo del análisis del «deber» de leer del adherente en los contratos mediante condiciones generales, KATZ, A., *RJE*, pp. 520, 521 (nota al pie, núm. 4), equipara la posición del adherente consumidor a la del profesional frente al clausulado predispuesto. Pueden darse situaciones en el caso de adherentes profesionales en las que tampoco sea eficiente gastar tiempo y esfuerzo en leer los formularios.

mediante condiciones generales⁶⁸. El hecho de que sea una de las partes la que predetermine el contenido del clausulado sin que la otra tenga prácticamente poder de negociación –si es que tiene alguno– afecta también, por consiguiente, a los contratos mercantiles. Siendo éste el fundamento del control de los excesos que pueden derivarse de un déficit de la autonomía contractual, no parece que exista razón para que se limite exclusivamente a los contratos con consumidores. Es más, el ámbito en el que más presencia hay de cláusulas abusivas es, precisamente, la contratación entre profesionales y veremos ejemplos de ello a lo largo del trabajo⁶⁹.

Por otro lado, como ha hecho notar Miquel, la adhesión a un contrato predispuesto implica confianza por parte del adherente, confianza que debe ser protegida en tanto en cuanto simplifica la complejidad de la negociación⁷⁰. En el ámbito del consumo esta protección, que realmente lo es del consumo como función económica, se ve reforzada por el principio de tutela al consumidor refrendado en la propia Constitución Española (art. 51)⁷¹.

Pues bien, también los empresarios son agentes económicos que participan en el tráfico y, como tales y a modo de garantía del propio sistema económico, deben ser también objeto de protección, aunque con diverso grado de intensidad respecto de los consumidores (no solo porque la Constitución no

⁶⁸ MIQUEL, J. M., 2002, pp. 434-435. También refiriéndose a las dos dimensiones de la libertad contractual, LEUSCHNER, L., «AGB-Kontrolle im unternehmersichen Verkehr –Zu den Grundlagen einer Reformdebatte–», *JZ*, p. 880, señalando que la libertad formal significa la capacidad de los sujetos privados para emitir declaraciones de voluntad concordantes a las que se les reconozca validez y se les asocie una consecuencia jurídica, mientras que la libertad material describe la libertad real de decidir, debiéndose garantizar que el individuo solo se obligue ante declaraciones que son expresión de su propia determinación y no de una determinación ajena.

⁶⁹ Ante esta composición de lugar, resulta acertada la crítica que plantea ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 256-257, respecto de los argumentos tradicionales para negar la necesidad de protección de los empresarios adherentes, tales como la autorresponsabilidad del profesional, el poder de decisión autónomo para aceptar las cláusulas o la posibilidad de recurrir a asesoramiento o de utilizar sus propias cláusulas frente a la otra parte: las partes en las relaciones empresariales no están siempre en posición de igualdad y ocurre con frecuencia que la empresa que requiere la colaboración de otras empresas y domina el sector prefiera, al igual que hace con los consumidores, utilizar sus formularios, dejando poco o ningún margen de negociación a la contraparte, aunque sea empresario también.

⁷⁰ MIQUEL, J. M., 2002, pp. 439-440. También señalando la confianza como un elemento clave en determinados escenarios de contratación en los que no hay una información suficiente, AKERLOF, G. A., 1989, p. 28.

⁷¹ MIQUEL, J. M., 2011, p. 718. También en *RES*, pp. 10 y ss. Con un argumento más vinculado a la ética, HESSELINK, M. W., 2011, pp. 142-143, expone como una posible razón, entre otras, para el control judicial de los contratos entre empresarios «*the ethos of the market*»: si una sociedad es mejor cuando la gente que realiza transacciones de mercado no es engañada o confundida, entonces, con independencia de cuestiones de distribución, eficiencia o paternalismo (otros argumentos que también aporta el autor), esto posiblemente proporciona una distinta reacción ante el control de las cláusulas abusivas. «*Good faith and fair dealing among citizens is an aim in itself*» (p. 142), sin que esto pueda limitarse solo a los contratos con consumidores sino que, por el contrario, debe extenderse a todos los actores que participan del mercado.

contiene un mandato similar al referido a los consumidores sino porque su posición en el mercado es distinta). Aun así, el art. 38 de la Norma fundamental reconoce explícitamente la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», imponiendo a los poderes públicos la obligación de garantizar y proteger su ejercicio. Para un efectivo ejercicio de esta libertad es necesario garantizar, entre otras, la libertad de las empresas para actuar en el mercado y la libertad de contratación⁷². Y, en íntima conexión con otro mandato del legislador constitucional –la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10)⁷³–, la libertad de contratar no solo se compone de la libertad de decidir si contratar o no, sino también de la libertad de determinar el contenido del negocio jurídico. Ahora bien, asegurar estas condiciones no significa siempre la no injerencia sobre la actividad privada ya que a veces la forma de garantizar la libertad en un ámbito, es, precisamente, estableciendo límites en el mismo. Éste es el caso, por ejemplo, de la legislación sobre defensa de la competencia o la legislación de consumo respecto de la libertad de empresa⁷⁴. Y en la misma línea se enmarcarían las restricciones en la contratación mediante condiciones generales que, lejos de ser un obstáculo a la libertad de contratación –que, en última instancia, repetimos, redundaría en la libertad de empresa, garantizada constitucionalmente–, supondrían una garantía y refuerzo de la misma. Si es esencial que el contenido de un contrato sea resultado de la autodeterminación bilateral de las partes, habrá que asegurar que se den todas las condiciones para que efectivamente así sea. Sin embargo, tal y como hemos visto, la propia configuración del proceso de contratación mediante condiciones generales impide que el adherente participe de la determinación de un clausulado que le va a vincular jurídicamente. De ahí que, ante la imposibilidad de garantizar la libertad en el propio proceso de contratación, haya que *garantizar que el resultado sea similar al que se hubiera alcanzado de haber habido esa autodeterminación*, resultado que viene representado por una cierta regulación equilibrada de las obligaciones y derechos de los contratantes. En este sentido, ya habíamos dejado apuntada la idea de Derecho dispositivo como ejemplo de equilibrio y reciprocidad y su vinculación con el propio sinalagma del contrato. De hecho, este planteamiento de

⁷² Sobre los derechos incluidos dentro de la libertad de empresa, PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, p. 378. Asimismo, GOIG MARTÍNEZ, J. M., 1998, pp. 737 y ss.

⁷³ Díez-PICAZO, L., *Diario La Ley*, p. 11; SANTOS BRIZ, J., 1992, p. 4; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 67; PAZ-ARES, J. C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, pp. 359 y ss.; PAZ-ARES, J. C., 2003, pp. 5973 y ss. En el mismo sentido relaciona PFLUG, H. J., 1986, pp. 63 y 70, la libertad contractual como un principio del Derecho civil y en conexión con el postulado de la autonomía de la voluntad y esta autonomía de la voluntad como parte del principio de autodeterminación de los sujetos.

⁷⁴ Vide GOIG MARTÍNEZ, J. M., 1989, pp. 740-744; PAZ-ARES, J. C., 2003, pp. 6020 y ss.

regulación equilibrada o proporcionada como modelo que debe ser garantizado en condiciones generales de la contratación en los casos susceptibles de ser controlados o protegidos, estará presente a lo largo de todo el trabajo y, especialmente, en la última parte, al hilo del control de contenido a través de la buena fe.

Por todo lo hasta aquí dicho, concluyendo, bien configurado el control de contenido en la contratación mediante condiciones generales, en ningún caso representa un ataque hacia la autonomía privada sino que, por el contrario, se trata de una garantía de la misma dado el déficit que caracteriza a este procedimiento contractual.

En contraposición con este planteamiento, como tendremos ocasión de analizar, el ordenamiento jurídico español no contempla un control general de contenido en contratos predispuestos para todo adherente sino que lo relega a los contratos con consumidores (Primera parte, Capítulo II). Ante esta ausencia, solo resultarían de aplicación para controlar los posibles abusos de los predisponentes frente a adherentes empresarios, los límites que representa para cualquier contrato el Derecho imperativo, solución insatisfactoria a nuestro juicio (Segunda parte). Es por eso –por la ausencia de un control específico junto a la insuficiencia de los límites generales– que nos planteamos, en última instancia, el recurso a la figura de la buena fe objetiva contenida en el art. 1258 Cc, como una cláusula general con la que hacer frente a los excesos que pudiera cometer el predisponente frente a un adherente no consumidor (Tercera parte).

Esto no quiere decir, no obstante, que todo adherente empresario sea para nosotros un sujeto susceptible de ser protegido frente a un contenido contractual desproporcionado en su perjuicio. Si antes decíamos que está claro que la posición del empresario es distinta que la de consumidor, puesto que el primero está contratando con un ánimo de lucro, con una finalidad integrada en su negocio y no para satisfacer sus necesidades personales o familiares, también se pueden establecer diferencias entre las situaciones de los distintos empresarios adherentes en función de su necesidad de protección frente al predisponente. No se puede tratar igual a un pequeño empresario con escaso poder de negociación que a otro que, a pesar de ser adherente, puede estar ostentando una posición similar a la del predisponente. Del mismo modo, hay que diferenciar entre aquel empresario que contrata dentro de su sector y aquel otro al que le es ajeno el ámbito en el que está contratando, puesto que la diligencia que se le puede exigir, por carecer de experiencia, es menor.

Los dos criterios que vamos a tener en cuenta para delimitar el grado de protección que merece un empresario adherente son, precisamente:

— *Posición relativa del predisponente-adherente.* Posición con dos orientaciones que están relacionadas entre sí. Por una parte, posición del adherente, que puede ser intrínsecamente débil en función de su tamaño, experiencia y posibilidad de recibir asesoramiento. Por otra parte, posición del predisponente, según la estructura del mercado. En este último sentido, es cierto que hemos desechado en líneas anteriores el planteamiento de que el monopolio del predisponente fuera la única situación en la que el adherente era susceptible de ser protegido porque la competencia no garantiza la expulsión de las cláusulas abusivas. Además, al hilo del análisis de la normativa de defensa de la competencia y competencia desleal, concluiremos que no es un mecanismo protector suficiente⁷⁵. Pero también se apuntará –y consideramos que no es excluyente– que la dependencia económica puede ser una circunstancia relevante en la valoración de la necesidad de protección. Esta idea se manifiesta y se incluye en la operación a través del criterio de la posición de dominio del predisponente respecto del adherente.

— *Ajenidad del sector de contratación del adherente.* Si el empresario adherente se mueve en su sector, la autorresponsabilidad que se le debe exigir es mayor pues al sujeto se le presupone una experiencia profesional y un conocimiento de las cláusulas típicas o los usos del ramo. Por el contrario, si el contrato está desvinculado del objeto social de su actividad empresarial puede llegar a estar en un estado de ignorancia incluso similar al de un consumidor.

Este criterio complementa y matiza al anterior que, pensamos, es el principal. Efectivamente, un empresario adherente de pequeño tamaño no pierde totalmente su condición de debilidad frente a un empresario con una posición fuerte en el mercado por el hecho de que se esté contratando dentro de su sector habitual. Por el contrario, un empresario adherente de un cierto tamaño, con recursos y una posición fuerte, tampoco pasa automáticamente a estar en una situación de desamparo frente al predisponente por ser parte en un contrato cuyo objeto está fuera de su actividad empresarial.

De este modo, podemos trazar una línea a modo de escala que midiera la necesidad de protección del adherente frente a contenidos desproporcionados, estando ocupado el extremo que representa la mayor necesidad de protección –uniforme– por la figura del consumidor, como sabemos. Pero, y siguiendo los

⁷⁵ Nos remitimos a la Segunda Parte, Capítulo I.

criterios anteriormente mencionados, muy próximo a él habría que situar a los adherentes pequeños empresarios, sin capacidad de asesoramiento y con una posición muy débil frente al predisponente, y más si están contratando en un ámbito distinto al habitual de su negocio.

Así, un pequeño empresario dedicado, por ejemplo, a los servicios de limpieza, que contrata el servicio telefónico y de internet mediante condiciones generales con una operadora de telefonía o una pequeña clínica de fisioterapia que contrata la alarma de seguridad para su local ocuparían, a nuestro juicio, una posición muy cercana a la del consumidor: se trata de empresarios que actuarían casi como un consumidor pues no tienen una posición fuerte respecto de la entidad telefónica y de seguridad, respectivamente, y, a la vez, que están contratando un servicio totalmente ajeno a su actividad principal empresarial, con lo que se les presupone escaso conocimiento del tipo de cláusulas que se suelen incluir.

En el extremo opuesto estaría la necesidad de protección de un empresario adherente con un tamaño o un poder similar al del predisponente y que está contratando dentro de su sector, es decir que el objeto del contrato está directamente relacionado con su actividad en el tráfico mercantil.

Un ejemplo podría venir representado por un contrato que se tratará al hilo de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad, el contrato de *handling* o de prestación de servicios de asistencia en tierra. En este contrato, aun existiendo una parte predisponente y otra adherente, en la mayor parte de los casos se trata, ambas, de compañías aéreas, empresas de una gran envergadura económica, debidamente asesoradas, y que están contratando dentro del ámbito de su objeto social⁷⁶. Algo parecido podemos decir, por ejemplo, de un contrato de financiación entre una entidad financiera y una constructora de una cierta envergadura. Aunque la entidad financiera-predisponente es la parte que está contratando estrictamente en su sector, por razones del negocio la constructora-adherente debe recurrir habitualmente a productos de financiación bancaria con lo que su conocimiento de estos contratos –por no hablar de su posición o posibilidades de asesoramiento– será mayor que la de un empresario que solicite financiación para una cuestión puntual. Y yéndonos al contrato de seguro, al que haremos alusión de forma específica, este razonamiento es el que estaría en la base del diferente régimen respecto del general de los contratos de reaseguro –siempre celebrados entre grandes empresas– y de seguro por grandes riesgos –*v. gr.*, vehículos ferroviarios, aéreos, marítimos–: por mucho que una de las dos partes sea la que aporte el modelo de clausulado que constituye la base de la negociación, la capacidad económica del adherente en este tipo de contratos –de reaseguro y de seguro por grandes riesgos– así como la solvencia y prestigio de los asesores que generalmente le asisten profesionalmente hacen dudar de la necesidad real de protección⁷⁷.

⁷⁶ *Vide infra* Segunda parte. Capítulo III.I., epígrafe 1.1.4.c).

⁷⁷ *Vide infra* Primera parte. Capítulo II.II., 4.1.

Aun así, como hemos matizado antes, nos parece más relevante la posición relativa de las partes que el conocimiento por parte del adherente del sector en el que se contrata.

Un contraejemplo al de la entidad financiera y la constructora sería algún caso de contratos de transporte de mercancías. Como veremos, en estos sectores hay una tendencia a proteger en ciertos aspectos (especialmente en el régimen de responsabilidad) al cargador –adherente– frente al transportista o porteador –predisponente–, con independencia de que el cargador utilice de manera habitual los servicios del transporte y de que, por tanto, no le sea completamente ajeno el tipo de contratación. En estos casos, para el legislador pesa más la diferencia de poder que suele haber entre ambos contratantes que el posible (des)conocimiento del adherente del contenido de los contratos de transporte (sigue sin ser su ámbito de actividad principal pero forma parte de él en algún sentido por lo frecuente). En el ejemplo del párrafo anterior de la constructora, a la habitualidad con la que debía recurrir a productos de financiación se sumaba el hecho de que se tratara de una empresa de un cierto tamaño.

Por lo tanto, no defendemos que todo adherente, consumidor o empresario, sin matices, se vea protegido por un control material frente a contenidos desproporcionados en los negocios jurídicos predispuestos. El sistema para determinar esa necesidad de protección en el caso de los contratos entre empresarios es un sistema basado en el análisis del caso por caso, a la vista de la posición del empresario adherente, del predisponente, el tipo de contrato, etc. En todo caso, con este intento de delimitación del sujeto adherente necesitado de protección tampoco queremos reducir a una cuestión de tamaño la pertinencia de un control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios. Lo que tienen en común los contratos de consumo y los contratos mediante condiciones generales entre empresarios es la *imposición*. La falta de una verdadera libertad contractual es, como se ha argumentado, la razón fundamental para la protección frente a abusos y en torno a dicha imposición es donde debe girar el control material. En este sentido, los criterios delimitadores que hemos señalado representan un intento de identificar un grupo de sujetos al que es más probable que le sean impuestos contenidos contractuales, pero que no tienen por qué ser los únicos. Como apuntábamos, será una valoración caso por caso la que permita determinar si ha existido o no esa imposición contractual. Este método, como veremos, es el mismo que sigue el Derecho alemán –y, con ciertas salvedades, el portugués–. Sin embargo, no es el único posible, como demuestra el caso del ordenamiento holandés o el inglés, con una propuesta de reforma que incluiría el control de determinados contratos entre empresarios, pero delimitando éstos por criterios precisos, en función del tamaño y la facturación.

Precisamente con ánimo de tener una visión panorámica de las diferentes posturas que han adoptado algunos de nuestros ordenamientos vecinos frente a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, nos detendremos brevemente a continuación en el Derecho comparado y en los Textos Europeos de Derecho de los contratos. Todo ello, con carácter previo y para confrontarlo con la protección otorgada por el ordenamiento jurídico vigente en España al adherente empresario, tanto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) como en leyes sectoriales, cuestiones con las que cerraremos esta Primera parte.

CAPÍTULO II

EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

I. LOS REGÍMENES DE CONTROL DE CONTENIDO EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS EN EL DERECHO EUROPEO Y COMPARADO

Dado el enorme desarrollo de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales y el proceso unificador de las reglas del mercado y del contrato en el que está inmersa Europa, no es posible abordar, desde una perspectiva meramente nacional, la problemática que genera la cuestión de la tutela de este tipo de sujetos cuando se sitúan en la parte débil de la relación contractual.

La unificación de regímenes que pretendió en su momento la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se queda reducida a la contratación entre un profesional y un consumidor, excluyendo de su ámbito de aplicación la contratación entre sujetos que actúan dentro de su esfera comercial o de negocios. El sistema elegido por cada ordenamiento jurídico para la regulación de esta última materia presenta sus propias peculiaridades. De ahí que resulte interesante, a nuestro juicio, identificar estas diferentes soluciones adoptadas por algunos ordenamientos vecinos en lo que a protección del empresario adherente respecta, con especial referencia al caso alemán. Del mismo modo, la tendencia mayoritaria de los diferentes Textos Europeos de Derecho de los contratos en la cuestión

será otro argumento de contraposición con la regulación de nuestro ordenamiento jurídico y de refuerzo para la postura defendida en este trabajo ⁷⁸.

1. Una visión de Derecho comparado. En especial, el Ordenamiento Jurídico alemán

El ordenamiento jurídico francés ha carecido hasta hace poco de regulación acerca del control de las cláusulas predisuestas desproporcionadas en contratos entre empresarios. La jurisprudencia había recurrido tradicionalmente a figuras del Derecho general de las obligaciones para intentar cubrir esta carencia normativa, adquiriendo una especial relevancia la *cause*, en especial en lo que respecta a las limitaciones de responsabilidad. Por otra parte, la Ley para la Modernización de la Economía de 2008 introdujo en el Código de comercio un mecanismo en las relaciones entre los profesionales que guarda ciertos parecidos con la protección frente a las cláusulas abusivas en sede de consumidores, en tanto en cuanto se habla de «desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes» (art. L. 442-6 I 2.º). Sin embargo, ni el supuesto de hecho ni las consecuencias jurídicas de la norma coinciden plenamente con los de un régimen de control de contenido en contratos predisuestos, tratándose de una norma situada entre el Derecho de contratos y el Derecho de la competencia pero más vinculada con este último. En todo caso, esta situación ha cambiado con la aprobación en febrero de 2016 de la *Ordonnance n.º 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Con esta norma se culmina un proceso de reforma que, en lo que aquí interesa, supone una modificación notable en tanto en cuanto introduce en el Código civil la figura del *contrat d'adhésion* así como un control de incorporación y reglas de interpretación y colisión entre formularios (arts. 1110 y 1119). Y, en especial, porque contempla un control de contenido en estos contratos no negociados respecto de las cláusulas que creen un desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones de las partes, y lo hace sin limitarlo a los contratos de consumo (art. 1171) ⁷⁹.

⁷⁸ Para un estudio en profundidad de las distintas posiciones que han adoptado los ordenamientos jurídicos vecinos acerca de la protección de los empresarios adherentes nos remitimos al trabajo MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 216-282. También ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 20 y ss; 2009, pp. 93-187.

⁷⁹ Acerca del control de contenido en contratos entre empresarios, ver el trabajo MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 219 y ss. Sin perjuicio de la bibliografía allí citada, se puede señalar JAMIN, C.; MAZEAUD, D., 1998; GUESTIN, J., 2004, 944 p.; SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., «Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud», *LPA*, pp. 54-61; CALAIS-AULOY, J., 2008, pp. 81-90; MAZEAUD, D., 2008, pp. 325-352; BUY, F., *LPA*, pp. 3-5; GUILLEMIN, J. F., *RC*, pp. 362-363; LEVENEUR, L., *CCC*, pp. 18-19; ROCHFELD, J.,

Por su parte, si bien el *Codice de consumo italiano* se aplica solo a los contratos de consumo, incluye una figura especial, el «*diritto di regresso*» del vendedor minorista frente a su proveedor. Aunque no se trate estrictamente de un control de contenido sí que denota una necesidad de protección contractual de algunos empresarios, en este caso por su posición en la cadena interna de la distribución comercial. Y la vía por la que se ha intentado reconducir la protección frente a excesivos desequilibrios de derechos y obligaciones en contratos entre empresarios –a falta de una normativa *ad hoc* para las condiciones generales–, de nuevo vuelve a ser una norma vinculada con el Derecho de la competencia y, en este caso, con la figura del abuso de dependencia económica en el contrato de subministro (Ley n.º 192, de 18 de julio de 1998). Es de señalar, no obstante, que esta norma tiene un potencial de control contractual mayor que el de una norma estrictamente de Derecho de la competencia. En todo caso, la importancia, características propias y necesidad de control de las relaciones jurídicas entre dos empresarios en las que uno de ellos está en posición de dependencia respecto del otro ha dado lugar incluso a que la doctrina italiana se refiera a ellas como el *terzo contratto*⁸⁰.

Los contratos entre empresarios están excluidos en el Derecho inglés de la *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* (UTCCR) (derogada por la Consumer Rights Act 2014) pero no así de la *Unfair Contract Terms Act* de 1977 (UTCA), que no tiene como ámbito objetivo toda *unfair term*, pero sí aquellas referidas a la exclusión o limitación de responsabilidad. La declaración de una cláusula de este tipo como *unfair* depende de que se encuentre dentro del grupo de cláusulas enteramente privadas de efectos –de forma directa es nula– o de aquellas que pueden tener efectos si superan el denominado «*reasonableness test*». Además de esta protección material parcial vigente en la actualidad para contratos entre empresarios, existe desde 2005 un proyecto que, aunque no ha sido aprobado hasta la fecha, pretendía, entre otras propuestas, ampliar la protección otorgada por la antigua UTCCR fuera del ámbito de consumo, incluyendo la tutela de otros contratantes vulnerables como los «*small businesses*»⁸¹.

2009, pp. 73-100; RIERA-THIEBAULT, K.; COVILLARD, A., *GP*, pp. 205-208; STOFFEL-MUNCK, P., *DP*, pp. 53-56; DISSAUX, N., *DP*, pp. 56-59.

⁸⁰ Para un estudio en profundidad, ver MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 324 y ss. Algunos de los trabajos relevantes en la materia: PATTI, S., 1996, pp. 1-12; *Riv.dir.civ.*, pp. 205-213; PROSPERI, F., *RaDC*, pp. 639-687; VALLE, L., 2005, pp. 121-161; MACARIO, F., *Riv.dir.civ.*, pp. 663-708; PASSAGNOLI, G., 2007, pp. 371-390; GITTI, G.; VILA, G. (a cura di), 2008, 352 p.; FALCO, G., 2010, 534 p.; RUSSO, E., *Cel*, pp. 120-150; SCOTTI, A., *Riv. dir. comm.*, pp. 135-163; BARCELONA, E., *Riv. dir. comm.*, pp. 165-216; PARDOLESI, R., *DR*, pp. 1165-1177.

⁸¹ Un desarrollo de la aplicación práctica de la UCTA como mecanismo de control y de las propuestas de protección en MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp.243 y ss. Una selección de la bibliografía allí reseñada: ROGERS, W. V. H.; CLARKE, M. G., 1978, 45 p.; THOMPSON, P. K. J., 1978, 97 p.; MACDONALD, E., 1999,

Coincide con esta idea de tener en cuenta el tamaño de la parte contratante adherente para otorgar la tutela el ordenamiento **holandés**, aunque no de *lege ferenda* sino como norma de Derecho positivo: el Código civil holandés incluye una cláusula general de nulidad para aquellas cláusulas «irrazonablemente onerosas» en contratos mediante condiciones generales, de aplicación también a adherentes profesionales que no superan un determinado volumen de negocio y número de trabajadores⁸².

Pero si existe un ordenamiento que presenta un especial interés en la regulación del control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, ése es el **alemán**⁸³. La regulación de las condiciones generales de la contratación, recogida en la *AGB-Gesetz* de 1976, pasa a integrarse en 2002 con pocas modificaciones en el Código civil alemán, dando lugar a los §§ 305 a 310 BGB, en los que nos detendremos de forma breve para delimitar la protección material que el ordenamiento alemán proporciona a los empresarios adherentes⁸⁴. Si bien estos contratos quedan fuera del control de incorporación (§ 310.1 BGB), no ocurre lo mismo con el de contenido. Este control se estructura, por una lado, en torno a una cláusula general de la buena fe, recogida en el § 307 BGB (antiguo § 9 AGBG) y que protege a todo tipo de adherente, sea consumidor o no. Esta disposición general se complementa con dos listados de cláusulas que son de aplicación en exclusiva a contratos de consumo: se dividen en cláusulas relativamente prohibidas, en la medida en que están sujetas a valoración (§ 308 BGB, antiguo § 10 AGBG), y cláusulas absolutamente prohibidas, al ser ineficaces sin posibilidad de valoración «incluso cuando esté permitida una desviación de las disposiciones legales» (§ 309 BGB, antiguo § 11 AGBG).

297 p.; LAWSON, R., 2005, 270 p.; The Law Commission and the Scottish Law Commission, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N.º 292) (SCOT LAW COM N.º 199), 2005, 242 pp.; NEBBIA P., 2007, 225 p.; PEEL, E., 2007, 1210 p.; FLETCHER, A.; KARATZAS, A.; KREUTZMANN-GALLASCH, A., 2014, 53 p.

⁸² Ver MATO PACÍN, M. N., *CDT*, nota a pie núm. 262. También, VAN REIGERSBERG, J. G., 1996; HESSELINK, M. W., 2006, pp. 39-70; HARTKAMP, A. S., 2006, pp. 135-162.

⁸³ Se puede encontrar un análisis más detallado de la protección del empresario adherente en el ordenamiento jurídico alemán en MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 251 y ss. Sin perjuicio de los autores citados en las siguientes notas a pie, ver comentarios a los §§ 305 a 310 *BGB*: entre otros, BASEDOW (§ 305) y KIENINGER (§ 307), 2007, pp. 1013-1115; 1116-1251, respectivamente; HELLWEGE, P. (§§ 305-310), 2007, pp. 1441-1474; COESTER, M. (§ 307) y SCHLOSSER, P. (§ 310), 2006, pp. 181-488; 721-770, respectivamente; PFEIFFER, T. («Einleitung»), WOLF, M. (§§ 307, 310 Abs. 1) y DAMMANN (§§ 308-309), 2009, pp. 1-48; 288-412; 909-918; 413-419, respectivamente.

⁸⁴ Acerca de la situación previa a la codificación, ver RAISER, L., 1935, pp. 277 y ss. Respecto de la inclusión en el *BGB*, ver PFEIFFER, T., 2009, pp. 4-5; ZIMMERMANN, R., 2006, pp. 71-87; CRISTOFARO, G., *Riv.dir.civ.*, 2004, pp. 667-693. En español, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *ADC*, pp. 1147-1149.

También, sobre condiciones generales, vide OHLENDORF B., 1988, 149 p.; LUTZ, R., 1991, 219 p.; KOLLMANN, A., *NJW*, pp. 1324-1325.

Del § 307.1 BGB se desprende que una cláusula será abusiva –y, por tanto, ineficaz– cuando sea contraria a la buena fe («*entgegen den Geboten von Treu und Glauben*») y genere un perjuicio indebido al adherente («*unangemessenen Benachteiligung*»). Dado que estos términos son generales, el legislador alemán, a modo aclaratorio, añade tres criterios que ayudan a interpretar cuándo, en caso de duda, se presume un perjuicio indebido. En virtud del § 307.2 BGB, será, por una parte, cuando la cláusula no sea compatible con los principios esenciales de la regulación legal de la que difiere o cuando se limiten derechos y obligaciones esenciales inherentes a la naturaleza del contrato, de tal manera que se ponga en peligro la consecución de la finalidad del mismo⁸⁵.

Pero además, el § 307.1 BGB codifica como novedad respecto de la AGBG la práctica jurisprudencial según la cual otro supuesto de ineficacia contrario a la buena fe es la falta de transparencia, es decir, cuando una cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible. Como hemos señalado, este mandato de transparencia («*Transparenzgebot*») junto con las otras pautas de la cláusula general de buena fe, también se aplica a los contratos entre empresarios aunque sin olvidar las particularidades propias de este tipo de contratos respecto de la contratación con consumidores e incluso siendo necesaria una aplicación diferenciada dentro del amplio grupo de sujetos que se dedican a la actividad empresarial. De ahí que el § 310 I *in fine* BGB obligue a tener en consideración los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial («*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*») en este tipo de contratos, para garantizar tener en cuenta las distintas necesidades de protección de los diferentes tipos de clientes⁸⁶.

Si bien los empresarios adherentes se ven protegidos por un control de contenido frente a abusos de los predisponentes, no lo hacen con la misma intensidad que en los contratos de consumo. Los catálogos de cláusulas relativa y absolutamente prohibidas contenidos en los §§ 308 y 309 BGB están expresamente excluidos de aplicación a los contratos entre empresarios. Esto, no obstante, no ha sido impedimento para que doctrina y jurisprudencia hayan mantenido un amplio acuerdo acerca de una posible valoración de estas cláusulas fuera de los contratos con consumidores pues parecería lógico pensar que ciertos acuerdos prohibidos en ese ámbito lo pudieran estar también en el seno de un contrato entre empresarios. Elabora así el BGH la denominada

⁸⁵ Entre otros, BERGER, K. P.; KLEINE, L., *BB*, pp. 2137-2139.

⁸⁶ Entre otros, ver LOCHER, H., 1997, pp. 143 y ss.; BERGER, K. P.; KLEINE, L., *NJW*, pp. 3526 y ss. Acerca del deber de transparencia, también, KOLLER, I., 1990, pp. 666-686; SCHÄFER, J., 1992, 197 p.

«Teoría de los Indicios» (*Indiztheorie*), según la cual las listas de cláusulas abusivas podrían servir de base para una valoración paralela en la esfera comercial de tal modo que, por ser los supuestos de estos párrafos una concreción de la cláusula general de la buena fe, aumentaría la claridad y seguridad jurídica⁸⁷. Sin embargo, como contraste a estas ventajas, parte de la doctrina alemana ha señalado que un abuso de este efecto indiciario podría conllevar una excesiva equiparación en el control de las condiciones generales de la contratación entre los dos tipos de adherentes. Esta postura se alinea con algunas voces en la doctrina que, desde hace algunos años, critican la aplicación que hacen los Tribunales alemanes del control de contenido en los contratos mercantiles, saltándose a veces, a su juicio, el mandato jurídico de diferenciación del § 310 I BGB basado en los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial y que supone el reconocimiento de unas necesidades de protección diferentes respecto de los contratos de consumidores e incluso de unos adherentes empresarios respecto de otros⁸⁸.

Precisamente por una clara influencia de la AGB-Gesetz se dicta en Portugal el Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de octubre, regulador del «*regime das cláusulas contratuais gerais*», que hace del ordenamiento **portugués** el de máxima protección para el empresario adherente. Y esto, porque no solo los contratos entre empresarios se incluyen dentro de un control de incorporación sino porque también se ven afectados por un control de contenido que combina un principio general de la *boa-fé* (art. 15) junto con dos elencos de cláusulas absoluta y relativamente prohibidas (arts. 18 y 19, respectivamente), previstas de forma específica para los contratos entre empresarios (y diferentes de otros dos catálogos aplicables a los contratos de consumo). Mientras que el hecho de que una cláusula esté recogida dentro del catálogo del art. 18 provoca, sin más, la ineficacia de la cláusula sin que sea factible la valoración judicial de la misma, para la ineficacia de las cláusulas relativamente prohibidas hay que tener en cuenta el llamado «*quadro negocial padronizado*» en un proceso de valoración judicial⁸⁹.

⁸⁷ Acerca de la «*Indiztheorie*», entre otros, RABE, D., *NJW*, pp. 1980 y ss.; BERGER, K. P.; KLEINE, L., *EWiR*, pp. 169-170; MERKEL, H., 2009, pp. 142 y ss.

⁸⁸ BERGER, K. P., *NJW*, pp. 465-470; LEUSCHNER, L., *JZ*, 875-884; BECKER, F., *JZ*, pp. 1098-1106.

⁸⁹ Para un estudio más en profundidad, ver MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 263 y ss. Entre la bibliografía, se puede señalar, entre otros, MOTA PINTO, C. A., *Rev. dir. est. soc.*, pp. 119-148; ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., 1986; PEDROSA MACHADO, M. N., *RFDUL*, 1988, pp. 77-153; SOUSA RIBEIRO, J., 1990; 1992, 95 p.; PINTO MONTEIRO, A., *RDM*, 1996, pp. 79-115; SÁ, A., *DE*, 2001, 294 p.

2. La protección al adherente empresario en los Textos Europeos de Derecho de los contratos

Y en la misma línea de inclusión al adherente empresario como sujeto a proteger mediante un control de contenido en los contratos predispuestos se sitúan la práctica totalidad de los textos de Derecho uniforme europeo. Así lo hacen, con distintas configuraciones, tanto los PECL, como el DCFR y los Principios Acquis. Los PECL recogen un control material único para todo adherente basado en la «buena fe» y el «desequilibrio notable de derechos y obligaciones de las partes». Por su parte, el DCFR aborda estas reglas de forma distinta pues, si bien protege a consumidores y no consumidores, no lo hace desde un control único sino diferenciando los criterios a aplicar para determinar la abusividad en función de las partes contratantes. En el caso de los contratos entre empresarios, se recurre a «las buenas prácticas comerciales, en contra de las exigencias de la buena fe y la honradez en los tratos». De la misma forma, en los Principios Acquis se introduce una regla específica similar con la que modular la buena fe en las relaciones entre empresarios: el «apartamiento notorio de la buena práctica comercial». El único texto que se aparta claramente de esta tendencia es el Proyecto de Pavía en la medida en que excluye a los empresarios como sujetos a tutelar frente a las cláusulas abusivas⁹⁰.

II. EL CONTROL EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONDICIONES GENERALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Evolución normativa

En nuestro ordenamiento jurídico, la primera regulación legal de las condiciones generales, con carácter general y sin referirse a un tipo concreto de contrato⁹¹, es la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consu-

⁹⁰ Una visión ampliada sobre las tendencias de los textos europeos de Derecho de contratos en lo que a control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios se refiere se encuentra en MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 269 y ss. Comentarios a los distintos textos en Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., 2002; VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.; CABALLERO, J. M. (dirs.), 2003; BARRES BENLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., 2007; BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), 2009; DE CRISTOFARO, G. (dir.), 2009; Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *RabelsZ*, pp. 371-438; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), 2012; Research Group on the Existing Ec Private Law, 2009, 311 p.

⁹¹ Precedente en el tiempo es la Ley del Contrato de seguro de 1980, de la que nos ocuparemos más tarde.

midores y usuarios, norma que pretende dar cumplimiento al mandato del legislador constitucional del art. 51 de la Constitución española que carga sobre los poderes públicos la tarea de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. Uno de los ámbitos en los que se centra, es, precisamente, las cláusulas no negociadas individualmente aunque, como ha manifestado la doctrina, con una técnica legislativa no muy lograda y algo confusa⁹². Aun así, en los arts. 10 y 10 bis se concentran una serie de precisiones que recuerdan desordenadamente a lo que en el futuro serán los controles de incorporación, de contenido y alguna otra norma específica en contratación mediante condiciones generales⁹³. En todo caso, su ámbito de aplicación estaba limitado a los contratos con consumidores, de tal modo que la contratación entre profesionales mediante condiciones generales seguía careciendo de regulación específica.

Así las cosas, se aprueba en 1993 la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el propósito, entre otros, de homogeneizar las legislaciones de consumo de los distintos Estados, para garantizar una mínima y uniforme protección a todos los consumidores del mercado común europeo. Con un control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente (art. 5) y un control de contenido basado de forma principal en una cláusula general de abusividad (art. 3), se completa el régimen con una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas (anexo). Régimen cuyo ámbito de aplicación vuelve a estar restringido a los contratos entre un empresario y un consumidor (art. 1).

De las diferentes formas de transponer la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, se opta por su incorporación en una nueva Ley de condiciones generales de la contratación⁹⁴. Se publica así, para cumplir con el mandato de la norma comunitaria, la Ley 1/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación. Este texto, sin embargo, no surge de la noche a la mañana sino que es el

⁹² MENÉNDEZ, A., 2002, p. 50; Díez-PICAZO, L., 2002, p. 68.

⁹³ A tal efecto, el art. 10.1.a) exige «concreción, claridad y sencillez en la redacción» respecto de determinadas cláusulas, con la obligación de incluir en el texto referencias expresas a ellas. A la vez, estas cláusulas han de cumplir con el requisito de «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas» (art. 10.1.c)). La definición de estas «cláusulas abusivas» es un tanto similar, entendiéndose por tales «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (art. 10 bis.1). A estas pinceladas sobre la norma podemos sumar la incorporación de la regla de interpretación *contra proferentem*, contenida en el art. 10.2 del texto: «cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor».

⁹⁴ Se argumenta la elección en el Dictamen del Consejo de Estado 2939/1996, de 31 de octubre, sobre el Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para defensa de los consumidores y usuarios.

resultado de un largo *iter* legislativo en el que se pueden identificar varios Borradores y Anteproyectos –aunque, paradójicamente, en la fase final la Ley se acabara aprobando por un procedimiento de urgencia–⁹⁵. De hecho, el primer Borrador de la norma data de 1979 apareciendo, tras un segundo Borrador en 1982, el primer Anteproyecto de la Ley en 1983, elaborado por la Comisión General de la Codificación y publicado un año después, en 1984, por el Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Se redacta en 1987 una nueva versión de este Anteproyecto (pretendiendo adaptarlo a la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, ya publicada por aquel entonces), que se difunde como «Propuesta de Anteproyecto» en 1988. Hubo que esperar a 1992 para ver publicado un tercer Anteproyecto⁹⁶ que, sin embargo, no tuvo mejor suerte que los anteriores, aunque sí que fue influyente para la preparación del Anteproyecto de la Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1997, que daría lugar, finalmente, a la Ley tal y como la conocemos hoy. Sin embargo, antes de este texto de 1997 hubo todavía otro Anteproyecto de Ley más, el de 1996, elaborado directamente por el Ministerio de Justicia y que tuvo que ser retirado por las críticas que recibió⁹⁷.

Pues bien, después de todos estos textos preparatorios de diferente corte y acometidos por diferentes órganos, como decíamos, presenta el Ministerio de Justicia un nuevo Anteproyecto en enero de 1997, al margen de la Comisión General de Codificación, que se convertirá en el Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación, aprobado por el Gobierno el 29 de agosto y publicado el 5 de septiembre del mismo año⁹⁸. Tramitada por el procedimiento de urgencia, se aprueba definitivamente por el Pleno del Congreso de los Diputados la Ley de condiciones generales de la contratación el 26 de marzo de 1998⁹⁹.

En lo que al ámbito de aplicación del control de contenido se refiere, y sin perjuicio de que posteriormente profundicemos en el contenido de los Anteproyectos así como en las enmiendas y tramitación del Proyecto, podemos adelantar que los tres textos prelegislativos de 1984, 1988 y 1992, concuerdan

⁹⁵ Una visión más profunda de los antecedentes y tramitación de la Ley de condiciones generales de la contratación en ALFARO AGUILA-REAL, J., *RDBB*, pp. 859 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *DN*, pp. 1-16; 2000, pp. 75-107; POLO, E., *EC*, pp. 261-348; MENÉNDEZ, A., 2002, pp. 49-59; Díez-PICAZO, L., 2002, pp. 61-73; PARDO GATO, J. R., 2004, pp. 44 y ss.

⁹⁶ De autor desconocido, por unos (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., 2000, p. 82); de la DGRRNN, por otros (MENÉNDEZ, A., 2002, p. 52; PARDO GATO, J. R., 2004, p. 52).

⁹⁷ Críticas a las que se suma un informe desfavorable del Consejo de Estado, de fecha 16 de mayo de 1997.

⁹⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-1, pp. 1-12.

⁹⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 78-11, pp. 121-133.

en sujetar a tutela a todos los adherentes, con independencia de su calidad de consumidores o empresarios. No es hasta el Anteproyecto de 1997 cuando, sorprendentemente, se da un giro a esta cuestión y se limita la protección frente a las cláusulas abusivas en la contratación mediante condiciones generales a los consumidores, dejando fuera del ámbito a los contratos entre empresarios, situación ésta que se mantiene en la LCGC de 1998. Aunque la EM de forma confusa parece admitir la posibilidad de que existan cláusulas que se consideren abusivas en estos últimos contratos (párrafos 6, 7 y 8), la realidad es que para ellos se mitiga el rigor del control material puesto que solo se ven sometidos a las leyes imperativas (art. 8.1), es decir, a los controles generales de la autonomía de la voluntad, aplicables a todo tipo de contratos (art. 1255 Cc). Habrá oportunidad de profundizar en las motivaciones y argumentos que llevaron al legislador a este cambio respecto de los Anteproyectos iniciales. Para ello, nos remitimos al epígrafe en el que se razona la imposibilidad –a nuestro juicio– de aplicación analógica a los contratos entre empresarios del control de contenido previsto para los consumidores¹⁰⁰.

Pese a las críticas que la LCGC recibe por parte de la doctrina en cuanto al ámbito de aplicación subjetivo –así como en otros muchos aspectos–¹⁰¹, cualquier duda que pudiera sembrar la redacción de la EM acerca de los contratos entre empresarios y el control de contenido queda despejada con la publicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, norma que, de forma explícita, se centra en el control de contenido a las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores.

Como se aprecia, el legislador español se aparta de otros sistemas nacionales y opta por una regulación doble de la materia: por una parte, la referente a las condiciones generales de la contratación, mediante la LCGC; por otra, la regulación de las cláusulas no negociadas individualmente, limitada solo a los consumidores por el TRLC. Nos centraremos en la primera puesto que es la que afecta a los contratos entre empresarios.

2. La Ley de condiciones generales de la contratación 7/1998 y los contratos entre empresarios

De una primera lectura de la EM de la LCGC, queda claro que su objetivo es proteger los legítimos intereses, no solo de los consumidores y usuarios,

¹⁰⁰ *Vide infra*, Segunda parte. Capítulo II.

¹⁰¹ Véase nota al pie núm. 95 así como el Capítulo II. Epígrafe II de la Segunda parte.

sino «también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual». Todo ello, por la necesidad de proteger la igualdad de los contratantes como «presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales» e imperativo de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica¹⁰². En las líneas siguientes veremos en qué sentido y en qué supuestos se establece dicha protección.

El texto legislativo tiene la misma estructura que se espera de una ley de condiciones generales: delimitación del ámbito objetivo con la definición del concepto «condiciones generales de la contratación» (art. 1), requisitos para la incorporación de esas condiciones generales (arts. 5 y 7), control de contenido mediante la nulidad de aquellas cláusulas abusivas (art. 8) y reglas de interpretación específicas (art. 6). Ciertamente, con carácter previo a una visión global del régimen de las condiciones generales de la contratación, es obligado hacer referencia al concepto en sí mismo. El art. 1 de la norma las define del siguiente modo:

«Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.»

Los rasgos que se pueden deducir de esta definición de las condiciones generales son la contractualidad, la predisposición, la imposición por una de las partes y la generalidad, es decir, que tengan como destino una pluralidad de contratos¹⁰³. Recordamos que, a los efectos de este trabajo, nos referiremos a contratos mediante condiciones generales también como contratos predispues-

¹⁰² EM, párr. 3.º

¹⁰³ Acerca del concepto de condiciones generales de la contratación en la actualidad y de cada uno de los elementos, *vide* DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, p. 297; Díez-PICAZO, L., 2007, pp. 445 y ss.; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, pp. 670 y ss.; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *RDBB*, pp. 1061 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 1121 y ss.; 2002, pp. 100 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 230 y ss.; 2011, pp. 1337 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, pp. 25 y ss.; MARÍN LÓPEZ, J. J., 2000, pp. 124 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2004, pp. 82 y ss.; SERRANO ALONSO, E., 2004, pp. 4694 y ss.; VICENT CHULIÁ, F., 2004, pp. 77 y ss.; *RdP*, pp. 56 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 884 y ss.

Se ha tildado en ocasiones de irrelevante la distinción que se hace entre condición general y cláusula no negociada individualmente (de aplicación esta última en los contratos con consumidores) pues en la práctica los predisponentes suelen redactar los clausulados para utilizarlos en varios contratos y no en uno concreto con un solo consumidor, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, p. 30; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, pp. 104-105; EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (*et al.*), *ADC*, p. 125.

tos o contratos de adhesión, siendo conscientes, sin embargo, de los matices que pueden presentar los diferentes conceptos.

De forma expresa el legislador evidencia el hecho de que la contratación mediante condiciones generales no es exclusiva de los contratos con consumidores, sino que puede darse también en las relaciones de profesionales entre sí. Muestra clara de ello es la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación general de la Ley: el art. 2 señala que abarcará «los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional –predisponente– y cualquier persona física o jurídica –adherente–», entendiendo por «profesional» toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, pública o privada y pudiendo ser «adherente» también un profesional, actúe o no en el marco de su actividad.

Prima facie, se trata de proteger a todo adherente de los riesgos que conlleva este proceso de formación contractual carente de una verdadera negociación. Sin embargo, como ya sabemos, esta afirmación no es del todo exacta pues la posición del adherente consumidor es distinta de la del adherente empresario. La protección específica que dispensa la LCGC a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios se puede resumir en el sometimiento a un control de incorporación y a una serie de reglas hermenéuticas especiales para este tipo de contratación pues el contenido de las cláusulas solo tiene relevancia si contraría una norma imperativa o prohibitiva general. Vayamos por partes.

2.1 EL CONTROL DE INCORPORACIÓN RECOGIDO EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 LCGC

Para que las condiciones generales del contrato –sea de consumo, sea entre empresarios– formen parte del mismo, la norma exige que pasen un primer control que, precisamente, se denomina control de incorporación o de inclusión¹⁰⁴. En la LCGC se regulan los elementos de esta pieza clave de todo

¹⁰⁴ Las funciones que se han atribuido a este control son variadas. Se ha considerado el control como condiciones para que la adhesión se convierta en consentimiento (PASQUAU LIAÑO, M., 2000, pp. 281-282). También se ha justificado con una función de publicidad de las condiciones generales, en el sentido de que el adherente pueda conocer que el contrato está regulado por condiciones generales y cuáles son en el momento de celebración del contrato, y de poder tener acceso al contenido de esas cláusulas en la fase de ejecución del mismo (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 192 y ss.; DURANY PICH, S., 2002, pp. 274-275). Para PAGADOR LÓPEZ, J., 2000, p. 226; 2011, pp. 1349-1350, sin embargo, su función es simplemente «preservar el último reducto de contractualidad» de las condiciones generales al garantizar al menos que el adherente pueda conocer el contenido del contrato que le vincula.

sistema de condiciones generales en los arts. 5 y 7, generando alguna duplicidad e incoherencia¹⁰⁵ aunque, básicamente, se pueden identificar dos requisitos: el requisito de cognoscibilidad y el de transparencia en la redacción.

El primero persigue que el adherente haya tenido la oportunidad de conocer las condiciones generales y por eso exige, por una parte, una referencia expresa a ellas en el texto del contrato y, por otra, que el predisponente facilite un ejemplar de las condiciones generales al adherente así como su aceptación por este último (arts. 5.1 y 7.b), exigencias que se relajan en el caso de contratos orales (art. 5.3)¹⁰⁶.

Por su parte, el legislador exige también que las cláusulas sean transparentes. Lo hace de forma positiva, a través del art. 5.5 haciendo alusión a una redacción que se ajuste a los criterios de «transparencia, claridad, concreción y sencillez» y de forma negativa, en el art. 7.b al entender no incorporadas aquellas cláusulas «ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles», salvo aceptación expresa y por escrito del adherente¹⁰⁷. Resulta indubitado que la posibilidad formal de conocer el contenido de las condiciones generales vendría inútil si el adherente no puede realmente comprenderlas por estar redactadas de una manera totalmente confusa o abigarrada.

Como hemos señalado en las líneas anteriores, los requisitos de inclusión son de aplicación a los contratos mediante condiciones generales, con independencia de la naturaleza del adherente. Consumidores y empresarios se ven protegidos por este filtro obligatorio para que las cláusulas formen parte del contrato. Y lo hacen sin diferencias en la regulación, es decir, sin que el nivel

¹⁰⁵ Por todos, DURANY PICH, S., 2002, pp. 269-270.

¹⁰⁶ La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se reforma el TRLC, en virtud de su Disposición Derogatoria Única, apartado segundo, derogó, sin embargo, el art. 5.4, referido a las especialidades en el caso de la contratación telefónica o electrónica.

¹⁰⁷ El artículo reza del siguiente modo: «No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: b) las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato». El sinsentido que supone que la aceptación por el adherente de una cláusula predispuesta que sea incomprensible corrija esta imposibilidad de interpretar y que una cláusula así pueda ser compatible con la normativa específica y, finalmente, incorporarse al contrato, es explicado por DÍAZ ALABART, S., 2000, pp. 225-226. Según la autora, esta situación se debe a un error material en la tramitación parlamentaria del Proyecto. Así, parece que inicialmente la posibilidad de ratificación de las cláusulas era referida a las oscuras y fue un cambio de orden en la enumeración lo que altera el tipo de cláusulas a las que se refiere la excepción del art. 7.b LCGC (por otra parte, esto encajaría con la interpretación de «oscuridad» que defiende esta autora respecto de la «oscuridad» del criterio *contra proferentem*, para lo que nos remitimos al pie de página núm. 143).

de tutela sea más intenso para los consumidores que para los empresarios adherentes¹⁰⁸.

La valoración que ha hecho parte de la doctrina de esta equiparación del control de incorporación en contratos con consumidores y contratos entre empresarios en la LCGC no ha sido favorable¹⁰⁹. Para empezar, porque la contribución real del control de incorporación para garantizar un contenido contractual razonable es reducida. Solo hay que pensar que, casi por definición y como se razonó en la primera parte de este trabajo, el adherente no se fija en las condiciones generales al contratar ante la imposibilidad de poder influir en su contenido. Sabiendo esto, que no se leen, que no influyen en la decisión de contratar o no hacerlo, es cuestionable pensar que se trate de un control real el hecho de obligar al predisponente a entregar un formulario al adherente, que debe firmarlo. Lo importante es el control de contenido. Pues bien, así conceptualizado, la contratación entre empresarios se ve en la peor de las composiciones de lugar posibles: sujeta a una serie de estrictos requisitos de incorporación con la misma intensidad de protección que en el caso de que el adherente fuera un consumidor –y con poca repercusión práctica– pero sin incluirse en el ámbito de aplicación de un control material que es el único que realmente puede garantizar la justicia del contrato¹¹⁰.

¹⁰⁸ Ahora bien, esta no es la única solución posible. Encontramos un ejemplo en los propios antecedentes de la LCGC, concretamente en el Anteproyecto de 1984. Intentando tener en cuenta las peculiaridades del tráfico entre empresarios, este texto prelegislativo establecía que se presumirían incluidas en los contratos entre empresarios, aunque no existiera una referencia expresa, aquellas condiciones generales de la contratación utilizadas habitualmente en el ámbito de la actividad a que aquellos se dedicaran (RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., 2002, p. 87). También presentan un régimen diferenciado los Principios Acquis y, en menos medida, el DCFR así como, en Derecho comparado –y más allá del ejemplo de la normativa alemana que excluye directamente del control de incorporación a los contratos entre empresarios–, la Lei de cláusulas contratuais gerais portuguesa (acerca del control de incorporación en los textos de Derecho europeo de contratos y en el ordenamiento jurídico portugués, véase Mato Pacín, M. N., *CDT*, pp. 272 y ss. y 263 y ss., respectivamente).

¹⁰⁹ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2000, pp. 145-146; DURANY PICH, S., 2002, *op. cit.*, pp. 273-274, 293, 299; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 120 y ss.

¹¹⁰ Coincidimos con ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 122, al afirmar que es erróneo pensar que a mayor control de incorporación, menor control de contenido. A nuestro entender, la relación entre ambos controles quizás pueda plantearse así en el sentido inverso, es decir, si existe un control de contenido que asegure la nulidad de las cláusulas que sean abusivas, tendrá menos relevancia el de incorporación porque, aun superando una cláusula abusiva este último, podría declararse su ineficacia en una fase posterior por su carácter desequilibrado. Sin embargo, pensamos que no ocurre lo mismo al contrario: en general, por mucho que exista un control de incorporación riguroso, dado que la conducta eficiente en las condiciones generales para el adherente es su no lectura, el hecho de que el legislador obligue a que las cláusulas sean cognoscibles no garantiza que no se incorporen y, por tanto, que no exista un contenido abusivo. Ambos controles tienen funciones distintas y nos parece claro que, en las situaciones en las que está justificado un control, el realmente relevante es el de contenido. Cuestión distinta es que se trate de un elemento no susceptible de ser controlado, como los elementos esenciales. En ese caso, evidentemente, cobra importancia la posibilidad de conocer y entender las cláusulas (al respecto de lo afirmado por MIQUEL, J. M., 2002, pp. 449, nota al pie núm. 56, y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 122, nota al pie núm. 168).

Hubiera sido preferible unos requisitos de inclusión que tuvieran en cuenta las peculiaridades del tráfico mercantil, caracterizado por la necesidad de una cierta celeridad en la contratación, la existencia de usos y costumbres o la abundancia de vínculos empresariales duraderos que destacan por la ausencia de formalismos. Es sabido que, en la práctica, no se cumple con muchos de estos pasos por ser la forma de negociar y concluir los contratos entre empresarios poco conciliable, en cierta medida, con entregar formularios de condiciones generales, advertir sobre ellos o conseguir la aceptación expresa mediante firma del adherente. Máxime cuando en muchos casos el vínculo contractual entre ambos profesionales se va ampliando en el tiempo y está basado en una relación de confianza. Tener en cuenta todas estas exigencias sin flexibilidad alguna conllevaría un aumento de costes ¹¹¹. Y también de litigiosidad, aunque no precisamente con el propósito de defender la postura del adherente parte débil de la relación sino intentando invalidar contratos que no interesan, recurriendo a defectos meramente formales como la falta de una firma o que no se hizo referencia expresa a una cláusula en el contrato ¹¹².

¹¹¹ Este tipo de prácticas y la laxitud documental que preside las relaciones comerciales en aras de una mayor agilidad en la contratación es puesta de relieve con frecuencia por la jurisprudencia (SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de octubre de 2005 [JUR\2005\273951]; SAP Córdoba de 21 de enero de 2003 [AC\2003\179]). Incluso la SAP Soria de 13 de enero de 2003 [JUR\2003\75414], ante un contrato de obra con suministro de materiales, da por válida la aceptación tácita de las condiciones generales. Esta informalidad documental de las relaciones comerciales, especialmente las duraderas, no ha pasado desapercibida en otros ámbitos normativos, como puede ser el art. 812 LEC, que reconoce la aptitud de determinados instrumentos que documentan habitualmente los créditos y deudas en las relaciones comerciales (facturas, albaranes, etc.) sean tenidos en cuenta para poder reclamar deudas a través del proceso monitorio (respecto del citado artículo, GÓMEZ MARTÍNEZ, C., 2000, pp. 3797-3820; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., 2001, pp. 1353-1359; ARMENTA DEU, T., 2001, pp. 911-932)

¹¹² Y siendo difícil el arreglo para corregir esta desviación, según ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2002, p. 139. Este mismo autor, en el estudio del control de incorporación en las relaciones entre empresarios, recoge una serie de prácticas comerciales que pueden entrar en colisión, de alguna forma, con las exigencias de la LCGC. Entre otras, hace alusión a la inclusión de la cláusula de conformidad en algunos contratos, cláusula con la que se pretende dejar constancia de la confirmación de las condiciones generales por parte del adherente, sin que esté claro que asegure el conocimiento de las mismas. También alude a la remisión en la factura u hoja de suministro a unas condiciones generales del contrato que no aparecen en estos documentos que se firman o a la remisión en el contrato a condiciones generales elaboradas por la asociación de empresarios de la que forman parte los dos contratantes, como formas de agilización en el tráfico jurídico, especialmente en el caso de relaciones duraderas (pp. 128 y ss.).

En este último sentido, un ejemplo puede ser la práctica habitual en el caso del contrato de *handling*, negocio jurídico mercantil, generalmente de adhesión, en el que el predisponente recurre a un modelo de condiciones generales estandarizado a nivel internacional (*Standard Ground Handling Agreement, SGHA*) y elaborado por la IATA. El contenido del contrato se fija en su mayor parte por remisión a estas condiciones generales lo que no ha obstado para que se encuentren incluidas las distintas cláusulas dada la referencia clara y terminante a esta regulación y el potencial económico de las compañías aéreas contratantes (SSAP Madrid, de 30 de septiembre de 2002 [JUR\2003\23128] y de 14 de mayo de 2004 [AC\2004\1720]). Señalando el carácter profesional de las partes y su especialización en un mercado concreto, ARIAS VARONA, F. J., *RDM*, pp. 162-163.

Dada esta situación, Durany Pich plantea una forma de conseguir esa flexibilización necesaria de las reglas de incorporación en los contratos mediante condiciones generales, que pasa por «llevar el máximo posible de contratos entre profesionales al supuesto de la contratación oral» para evitarles la rigidez de los requisitos del art. 5.1 LCGC y situarlos en el art. 5.3 LCGC, que no exige la entrega y firma del adherente sino solo garantizarle la posibilidad efectiva de conocer la existencia y contenido del clausulado. De este modo, cuando el apartado 3 del art. 5, regula el supuesto de hecho «cuando el contrato no deba formalizarse por escrito», el citado autor aboga por entender que se refiere a todos los contratos en los que la forma no es un elemento esencial, ampliando enormemente de este modo el campo de actuación del art. 5.3 y reduciendo considerablemente el del 5.1, que quedaría restringido a los contratos en los que la forma es requisito de validez –pocos, dado el principio espiritualista de nuestro ordenamiento jurídico–¹¹³.

En contra de esta posición se sitúa Albiez Dohrmann, que no ve la posibilidad de diferenciar, con el texto legal vigente en mano y mediante una interpretación del art. 5 LCGC, reglas aplicables a los contratos entre empresarios respecto del régimen general de incorporación. Atribuyéndole al art. 5.3 el sentido anteriormente explicado, pasaría a ser la regla general y el art. 5.1 la especial, en el sentido de que la mayoría de los supuestos encajarían en el tercer apartado, quedando limitado el primero a poco más que la contratación con consumidores. Sin embargo, la norma general respecto al control de incorporación es el art. 5.1 y no al revés. Además, tradicionalmente se ha entendido que la referencia a la no formalización del contrato por escrito del art. 5.3 está hecha en alusión a los contratos orales. En este sentido, el autor califica de *contra legem* la interpretación del art. 5.3 LCGC que permitiría diferenciar el régimen de control de incorporación entre adherente profesional y adherente consumidor¹¹⁴.

Por nuestra parte, y aunque es cierto que entender de aplicación el tercer punto del art. 5 a todos los contratos que no requieren la forma escrita como requisito *ad solemnitatem*, sean orales o no, permitiría flexibilizar las normas de inclusión en el caso de la mayor parte de los contratos entre empresarios, la

¹¹³ DURANY PICH, S., 2002, pp. 274, 293, 299. En este sentido, PAGADOR LÓPEZ, J., 2000, pp. 243-244, entiende de aplicación este apartado cuando los requisitos establecidos por el apartado 1.º resulten desproporcionados en consideración a la forma o circunstancias del contrato. Por su parte, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2000, pp. 152-153, aboga por entender de aplicación el actual 5.3 a los contratos que no deben formalizarse por escrito por ser supuestos de forma escrita *ad solemnitatem* así como a aquellos en los que la buena fe no exige la documentación del contrato, según interpretación de los arts. 1279 y 1280 Cc.

¹¹⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 138.

lectura conjunta de ese artículo y la EM de la LCGC nos hace inclinarnos más en contra de esa solución. Así, el párrafo 6.º resulta meridiano en este sentido:

«En uno y en otro caso [en las relaciones entre profesionales así como en las de éstos con consumidores] se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas o –en ciertos casos de contratación no escrita– exista posibilidad real de ser conocidas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.»

De aquí se desprenden dos ideas. Por una parte, que la intención del legislador ha sido claramente estipular un régimen único para todos los contratos sin tener en cuenta la naturaleza del adherente («en uno y en otro caso»). Por otra, que, efectivamente, la contratación a la que se refiere el art. 5.3 es la contratación oral puesto que el requisito simplificado de la mera posibilidad real de conocimiento (el del art. 5.3), se vincula con los contratos no escritos («en ciertos casos de contratación no escrita», reza la EEMM). Por lo tanto, el argumento de Durany Pich a favor de entender que muchos de los contratos documentados por escrito podrían evitar las reglas de inclusión del art. 5.1 y pasarse a las de 5.3 alegando que «el contrato fue documentado por escrito pero que no existía ninguna obligación de hacerlo así (no debía formalizarse por escrito)»¹¹⁵, nos parece que no cuadra con que el legislador asocie la regla de la mera posibilidad de ser conocidas con la contratación no escrita. Esa regla simplificada podrá ser de aplicación, efectivamente, a una buena parte de los contratos: todos los que *de facto* sean orales, que realmente serán todos aquellos que, respetando el límite de forma escrita como elemento esencial, tradicionalmente se celebren de manera oral pero también aquellos que las partes quieran celebrar oralmente aunque no sea lo habitual. Sin embargo, un contrato celebrado por escrito –aun pudiéndose haber celebrado oralmente porque la forma escrita no *es ad solemnitatem*– tendrá que regularse por los requisitos del art. 5.1 LCGC.

Cambiando de tema, no podemos cerrar este epígrafe sin hacer referencia a las denominadas cláusulas sorprendentes¹¹⁶. Tomando la redacción que se utilizó en el Proyecto de LCGC para recoger esta figura –que llevaba asociada la sanción de no incorporación–, las cláusulas sorprendentes serían aquellas que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (art. 5.c del Proyecto). Contra todo pronóstico, en la tramitación parlamentaria se eliminó la mención a las cláusulas sorpren-

¹¹⁵ DURANY PICH, S., 2002, p. 299.

¹¹⁶ Sobre su origen, ver la protección en la contratación mediante condiciones generales en el ordenamiento jurídico alemán (Primera parte. Capítulo II. I. 1).

denes, que habían formado parte también de los Anteproyectos, alegando la inseguridad jurídica que podía acarrear esta figura¹¹⁷.

Las cláusulas sorprendentes, como ha puesto en evidencia la doctrina, no dejan de ser un reconocimiento legal a la idea de que el comportamiento típico del adherente es el de no leerse las cláusulas; de ahí que se le proteja frente a aquellas que puedan resultar inesperadas, en un contrato y unas circunstancias concretas¹¹⁸. Porque no hay un catálogo cerrado de cláusulas sorprendentes sino que su calificación como tales depende de diversos factores. Así, por ejemplo, una cláusula puede causar sorpresa en un contrato concreto y ser habitual, sin embargo, en otro. Los acuerdos particulares de las partes pueden convertir en inesperada una cláusula por no responder a las expectativas que el adherente se había legítimamente formado tras ellos y generar el efecto contrario en otro caso¹¹⁹. Aun así, se pueden identificar ciertas cláusulas que podrán ser calificadas de sorprendentes en casi todas las ocasiones, como aquellas que no obliguen a respetar los acuerdos alcanzados por los representantes o mandatarios o aquellas que supediten los compromisos adquiridos al cumplimiento de determinadas formalidades¹²⁰.

La protección que otorga la regla de las cláusulas sorprendentes frente a aquellos pactos que un «adherente medio», según el contexto, no podría razonablemente esperar que estuvieran incluidos en el contrato, si bien no está expresamente sancionada por el legislador, está vinculada con el fundamento de ciertas normas puntuales en diversas sedes. Es el caso del art. 3 Ley de contrato de seguro (LCS) y el régimen de las cláusulas limitativas y lesivas. A tal efecto, la ley impone con carácter imperativo la obligación de resaltar especialmente las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, que tienen que ser expresamente aceptadas por el adherente. La idea que subyace no es otra que garantizar que el asegurado conoce el contenido de estas limitaciones que le perjudican. Pero todavía más representado está el concepto de cláusulas

¹¹⁷ Críticas ante esta supresión, véase DURANY PICH, S., 2002, p. 321; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2000, p. 256; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 1364. Sobre la tramitación, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2004, pp. 61 y ss.

¹¹⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 243; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 493.

¹¹⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 258 y ss., clasifica en dos los criterios para determinar el carácter insólito de una cláusula: las circunstancias que rodean la celebración del contrato y su naturaleza. Dentro de las primeras incluye la publicidad y oferta contractuales, los tratos previos y la configuración y presentación del documento contractual. Como factores relevantes en relación con el tipo legal, la alteración de un elemento sustancial del tipo de contrato, cláusulas que atentan contra el carácter recíproco de las prestaciones o la autonomía del contrato, que sean extrañas al mismo o que alteren el precio pactado. Asimismo, PAGADOR LÓPEZ, J., 2000, pp. 260 y ss.

¹²⁰ Estas cláusulas serán objeto un estudio individualizado en el Capítulo III de la Segunda parte, como un ejemplo de cláusulas que pueden ser contrarias al art. 1256 Cc (concretamente, I.1.1.8 y 9) y también mencionadas en el siguiente epígrafe dedicado a las normas de interpretación de los contratos mediante condiciones generales.

sorprendentes en la figura de las cláusulas lesivas. Así lo pone de manifiesto la STS de 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275], que vincula la lesividad de una cláusula que altera el concepto habitual de una de las partidas contables a tener en cuenta para calcular indemnizaciones con su carácter sorpresivo y, de ahí, declara su nulidad.

Por lo tanto, a pesar de la falta de acogida explícita en la LCGC y la LGDCU –y, ahora, en el TRLC– de la regla de las cláusulas sorpresivas, se trata de una figura presente y a la que, a pesar de todo, se han encontrado apoyos en nuestro ordenamiento positivo. Así lo afirma el órgano jurisdiccional en esta última sentencia citada, identificando algunas «señales» en «la Disposición Adicional primera de la Ley primeramente indicada», por una parte, y, por otra, en el hecho de que «en el ámbito de la LCS dicha pauta late en la prohibición de las cláusulas lesivas para los asegurados, y la doctrina las ha configurado exclusiva y genéricamente dentro de dicho espacio»¹²¹.

El propio Tribunal Supremo parece recientemente apuntar la posibilidad de que el principio de buena fe de los arts. 1258 Cc y 57 Ccom pueda ser invocado para «blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato» y, de esta forma, se puedan expulsar del negocio jurídico determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (STS de 3 de junio de 2016 [RJ\2016\2306]).

Por otra parte, se ha asociado también la regla de las cláusulas sorprendentes con la regla de la prevalencia. A juicio de algún autor¹²², de hecho, la norma interpretativa no es sino una concreción del principio general que representa las cláusulas sorprendentes. Lo veremos a continuación en el epígrafe correspondiente a las normas interpretativas en la LCGC.

¹²¹ También PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, pp. 1365-1369, señala como indicios normativos de la acogida implícita de la figura de las cláusulas sorprendentes en nuestro ordenamiento jurídico, por una parte, algunos de los supuestos de la lista de cláusulas abusivas del TRLC –véase las cláusulas a estudiar que limitan la vinculación de los pactos adquiridos con representantes o que exigen determinadas formalidades, las que permiten al predisponente modificar el precio final sin justificación objetiva y sin darle la posibilidad a la contraparte de actuar en consecuencia o las que imponen bienes o servicios complementarios no solicitados– u otras normas del mismo texto legal, como sería la integración de la publicidad en las obligaciones del predisponente. El art. 3 LCS es, además de un control de contenido, una prohibición de cláusulas sorprendentes, del mismo modo que la exigencia de transparencia respecto a los elementos esenciales del contrato se vincula con esta idea de mantener las expectativas razonables del adherente (asimismo, en PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 494-498; 2000, pp. 257-259). También, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 245-249, concluyendo la viabilidad de incluir la regla de las cláusulas sorprendentes en el ordenamiento jurídico español «sin fricciones» (p. 249). Por su parte, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2016, p. 13, apunta al art. 5.5 LCGC como base legal para negar su incorporación al contrato.

¹²² Por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 245, 253.

2.2 REGLAS DE INTERPRETACIÓN: REGLA DE LA PREVALENCIA DE LAS CONDICIONES PARTICULARES SOBRE LAS GENERALES Y *CONTRA PROFERENTEM*

La tarea de la interpretación del contrato tiene como objetivo precisar el sentido de la declaración contractual común de las partes y atribuirle un alcance y unos efectos jurídicos. Sin embargo, en el caso de la contratación mediante condiciones generales hay que tener en cuenta una peculiaridad: en este tipo de contratos no existe, al menos estrictamente hablando, una voluntad común que averiguar en tanto en cuanto el clausulado es predispuesto por uno de los contratantes. Es por eso que, aunque son de aplicación supletoria los criterios generales de interpretación de los contratos recogidos en los arts. 1281 a 1289 Cc (a los que remite, a su vez, el art. 50 Ccom¹²³)¹²⁴, el art. 6 LCGC señala dos reglas especiales: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la regla de interpretación *contra proferentem* de las cláusulas oscuras¹²⁵.

De forma muy simplista, podría decirse que la interpretación se lleva a cabo sobre cláusulas que forman parte del contrato por lo que la hermenéutica es una tarea a realizar una vez que aquéllas han superado el control de incorporación. Por el otro lado, se trata de una fase previa al control material pues para determinar si una cláusula es abusiva o no, primero hay que saber a qué contenido hay que atender. A pesar de que puede parecer bastante lógica esta secuencia, no está exenta de dificultades y puntos en los que no es tan evidente la delimitación entre una etapa y otra¹²⁶. No nos detendremos en ello pero basta esta breve mención para entender un problema que se tratará al hilo de la interpretación de los contratos mediante condiciones generales y que es el uso de la regla *contra proferentem* como una especie de control de contenido, más allá de su función originaria.

¹²³ Además de esta remisión a las normas del Código civil, el Código de comercio no tiene prácticamente menciones a reglas de interpretación más allá de hacer referencia al sentido recto, propio y usual de las palabras y a los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (art. 57) y a una interpretación a favor del deudor, como cláusula de cierre (art. 59).

¹²⁴ La jurisprudencia ha señalado reiteradamente la aplicación de las normas generales de los contratos a los contratos de adhesión, SSTS 8 de marzo de 2000 [RJ\2000\1510], 20 noviembre 2003 [RJ\2003\8084], 17 octubre de 2007 [RJ\2008\11], SAP de A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480].

¹²⁵ De hecho, el propio art. 6 LCGC remite a las disposiciones del Código civil sobre interpretación de los contratos (apartado 3.º). Pero, aunque no fuera así, serían igualmente de aplicación, con matices (EGEA FERNÁNDEZ, J., 2002, p. 416).

¹²⁶ Por todos, vide ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 285 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 452 y ss., 469-471.

2.2.1 *La regla de la prevalencia*

El art. 6.1 LCGC recoge el primero de los criterios interpretativos en contratos mediante condiciones generales, desarrollando lo que se conoce como la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. El fundamento de esta regla es dar primacía a la autonomía de la voluntad. Como sabemos, la peculiar formación de los contratos mediante condiciones generales hace que el clausulado no sea una verdadera manifestación de la voluntad de los contratantes sino simplemente de la del predisponente. Por el contrario, se entiende que en un pacto particular hay una participación de ambas voluntades. De ahí que, en el caso de contradicción entre una condición general y una particular, tenga preferencia aquella que refleje de forma más fidedigna la autonomía privada, es decir, la condición particular¹²⁷.

Requisito es, por una parte, la existencia de una contradicción entre dos cláusulas, contradicción que no es necesario que sea total pero sí que haga incompatible la aplicación de las dos condiciones en el contrato¹²⁸. Por otra parte, las cláusulas en conflicto deben tener distinta naturaleza, esto es, no cabe aplicar esta regla a una incoherencia entre dos condiciones generales o entre dos condiciones particulares, pues estaríamos ante supuestos diferentes que se resolverían por otros cauces¹²⁹.

¹²⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, p. 30; *Las condiciones...*, *op. cit.*, pp. 299 y ss.; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 460, 515-517; FERRER RIBA, J., 2002, pp. 361-362; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 444.

Mucho antes de la positivización de esta regla en nuestro ordenamiento es expresiva en este sentido la STS 18 de enero de 1909, acerca de la interpretación de una contradicción entre cláusulas impresas y otras manuscritas en una póliza, abogando ante la oposición por las de carácter especial que se adicionan a las de carácter general: «Que esta cláusula, como singular y particularmente concertada para contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta voluntad de las partes, derogando o anulando de esta manera la consignada en las condiciones generales» (texto de la sentencia en Jurisprudencia civil, Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, tomo 118, núm. 1, enero y febrero 1909, pp. 210-221; también citada por GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 200 y MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., *RCDI*, p. 1094). En el mismo sentido resuelve la STS 24 de febrero de 1944 (citada por GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 200).

¹²⁸ Por ejemplo, no se encontró contradicción alguna entre la condición general de un contrato de franquicia por el que se establecía un pacto de no competencia y una particular en la se fijaban una serie de penalizaciones específicas para el caso de que el franquiciado deseara resolver el contrato antes del plazo pactado, sin hacer ninguna referencia al pacto de no competencia (SAP Barcelona de 28 de marzo de 2007 [AC\2007\796]). Parece que tampoco hay contradicción entre las condiciones particulares y las generales en el contrato de seguro de maquinaria del que conoce la STS 11 de abril de 1991 [RJ\1991\2684].

¹²⁹ El caso de contradicción entre condiciones generales se puede subsumir dentro de lo que hemos denominado «batalla de formularios», si se produce porque ambas partes han utilizado sus propios formularios predispuestos. Se puede dar, asimismo, una incoherencia entre dos condiciones generales en el mismo clausulado, optando algunos autores por la condición general que objetivamente tuviera más importancia (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 313-317), por la condición más favorable para el adherente (DÍAZ ALABART, S., 2000, p. 208) o por la aplicación de las reglas generales de interpretación contractual, atendiendo a la que mejor recoja la intención común de los contratantes, criterios objetivos o, en su

A diferencia de la regla de la interpretación *contra proferentem*, la regla de la prevalencia no es utilizada habitualmente por la jurisprudencia como criterio principal para fundamentar sus resoluciones, ni antes¹³⁰ ni después de entrar en vigor la LCGC. Es citada normalmente junto con el criterio *contra proferentem* –que es el que acaba teniendo más relevancia– y/o el de incorporación, sin aplicarlo después de forma expresa o sin aclarar de forma exacta cuál ha sido el argumento principal¹³¹.

Una vez apuntada su aplicación práctica –de la mano de otros criterios en la mayoría de los casos–, pasamos a analizar la posible relación del principio de prevalencia con otra regla ya mencionada. Y es que ya habíamos citado este principio al hablar de las cláusulas sorprendentes por ser considerado el principio interpretativo una manifestación concreta de esta regla¹³². Se ha planteado, en este sentido, si la ausencia de normativa que controle las cláusulas sorprendentes no podría ser paliada mediante la aplicación de la regla de la prevalencia. La ecuación sería algo así como equiparar las expectativas que razonablemente puede tener un adherente respecto del contenido de las condiciones generales a unos hipotéticos pactos particulares. Con la primacía de las condiciones particulares (expectativas razonables del adhe-

defecto, el recurso a la regla *contra proferentem* como cierre (FERRER RIBA, J., 2002, p. 377; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 445). Si las cláusulas que se contradicen son ambas particulares, habrá que recurrir a los criterios generales de interpretación de los contratos para intentar eliminar la incoherencia.

¹³⁰ Por ejemplo, ninguna importancia se le da a la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales en la SAP Castellón de 27 de octubre de 1997 [AC\1997\2086] aunque, a nuestro juicio, sería lo más correcto. Si bien es cierto que todavía no estaba en vigor la LCGC en el momento de la resolución, como hemos visto al inicio del epígrafe, la regla de la prevalencia de lo especial frente a lo particular ha sido utilizada por la jurisprudencia de forma previa a su positivización (recordemos las sentencias puestas como ejemplo fechadas en 1909 y 1944). En este caso estamos ante un contrato de arrendamiento de local de negocio para una hamburguesería (negocio jurídico ya entre empresarios, por tanto) en el que está inserta una cláusula general que especifica que el contrato no implica beneficio o reserva de exclusividad para el arrendatario, pudiendo el arrendador (el centro comercial) destinar otros locales a una similar o la misma actividad. Sin embargo, en una de las dos cláusulas adicionales al contrato se pacta, por el contrario, que el propietario «se compromete a no destinar a bar, cafetería o restaurante ningún otro local del Centro Comercial o de sus partes comunes (Moll, aparcamiento, etc.), a excepción del de el (*sic*) presente contrato». Estamos ante una evidente contradicción entre una cláusula general y una particular que encontraría su solución a través de la regla de la prevalencia a favor del adherente (y no del criterio *contra proferentem* utilizado) en el sentido de que primaría la regla particular que impide al predisponente arrendar otros espacios para una actividad que supusiera una competencia.

¹³¹ Es el caso, por ejemplo, de un contrato de seguro para una explotación de huertos solares (SAP Zaragoza de 15 de abril de 2011 [JUR\2011\240753]). Así ocurre también, por ejemplo, en el caso de un contrato de servicios de un arquitecto donde parece que se mezclan en la argumentación cuestiones de incorporación, prevalencia e interpretación contra el predisponente (SAP Segovia de 18 de febrero de 1999 [AC\1999\3862]).

¹³² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 245, 253. Señalando, no que la regla de la prevalencia sea una manifestación concreta de la regla general de las cláusulas sorprendentes sino que ambas son complementarias y manifestación, en pie de igualdad, del principio de autonomía de voluntad de las partes, PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 455-456.

rente) sobre las generales, se podrían eliminar estas últimas sorprendentes. La doctrina no se ha mostrado muy favorable a esta extensión de la regla de la prevalencia del art. 6.1 LCGC dada su naturaleza de norma interpretativa y no de control de contenido. Así, Ferrer Riba¹³³, concluye que el razonamiento para la aplicación analógica del art. 6.1 LCGC a las cláusulas sorprendentes no dejaría de ser un control de contenido encubierto que desvirtuaría su carácter real. Estamos de acuerdo con el autor en que quizás se trate de un salto muy grande en la aplicación de la norma, postura que también mantendremos respecto de ciertas aplicaciones generalmente consideradas como extralimitadas de la regla *contra proferentem* como instrumento de control material. Sin embargo, y a diferencia de esta última norma citada, cabría realizarse una matización y es que la naturaleza interpretativa de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales ha sido cuestionada en alguna ocasión. Efectivamente, a pesar de su clara ubicación en la Ley en el ámbito de las normas interpretativas, no es tanto una regla que busque averiguar el sentido de la declaración contractual como determinar qué cláusula queda incorporada al contrato y cuál no¹³⁴. En cualquier caso, con naturaleza estrictamente interpretativa o no, seguiríamos alejados de la función de una norma de control de contenido a lo que se suma el hecho de que el legislador haya borrado cualquier intención expresa de impugnar las cláusulas sorprendentes.

Si bien es dudosa su aplicación como sede del control de cláusulas sorprendentes, esto no implica que no haya condiciones que puedan ser declaradas nulas por contravenir la regla de la prevalencia. En definitiva, se trata de una norma de Derecho imperativo y que, por tanto, supone un claro límite a la autonomía de la voluntad de las partes. Un supuesto que no admite lugar a dudas sería aquel en el que una cláusula general afirmara que las condiciones generales tendrán preferencia respecto de las particulares en caso de contradicción entre ambas. Es evidente la contraposición frontal entre esta cláusula y la norma imperativa del art. 6.1 LGC que tiene que conducir, obviamente, a la nulidad de la primera. Pero incluso en supuestos no tan incuestionables puede tener aplicación la regla de la prevalencia para declarar la ineficacia de cláusulas contractuales predispuestas. Es el caso de aquellas cláusulas que imponen determinadas formalidades para que los acuerdos particulares puedan tener validez (cláusulas de forma escrita), aquellas que afirman que no

¹³³ FERRER RIBA, J., 2002, *op. cit.*, p. 369.

¹³⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, 1987, pp. 30-31; 1991, p. 300; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 452, 520-521; DÍAZ ALABART, S., 2000, p. 202; LEYVA SAAVEDRA, J., *AFDUE*, p. 467.

existen otros pactos distintos a los que figuran en el contrato (cláusulas de completitud o *merger clauses*¹³⁵) o aquellas que supeditan la validez de los acuerdos adquiridos por representantes a la conformidad del empresario (cláusulas con reserva de confirmación). Estas cláusulas serían válidas y eficaces si son condiciones particulares negociadas pero no así si son impuestas. Sin perjuicio de que veamos con más detalle estos supuestos en el capítulo siguiente, al cual nos remitimos, podemos adelantar que, en general, este tipo de cláusulas podrían ser declaradas nulas en la medida en que lo que subyace en todas ellas es la intención del predisponente de dificultar la prueba –ya de por sí complicada– y la validez de pactos particulares, limitando así las posibilidades de que las condiciones generales –impuestas– se vean desplazadas por acuerdos negociados. Este propósito es opuesto al espíritu de la norma imperativa de la prevalencia que no tiene como finalidad otra sino la primacía de la autonomía de la voluntad.

Para cerrar el epígrafe, hay que apuntar que el art. 6.1 *in fine* LCGC introduce una excepción a esta regla de la prevalencia: se trata del caso en que, existiendo un conflicto entre una condición particular y una general, la segunda sea más beneficiosa para el adherente que la primera. En este caso, en lugar de darle preferencia a la cláusula particular, se le da a la general. Aunque está clara la intención del legislador de favorecer al adherente por ser el contratante que ostenta la posición débil en la relación, la doctrina ha puesto de manifiesto sus dudas respecto de la pertinencia de aplicar estrictamente esta excepción. Al fin y al cabo, parece que no tiene mucho sentido dejar a un lado el principio de la primacía de la autonomía de la voluntad y aplicar una cláusula impuesta con preferencia a una negociada. Es por eso que, más que un criterio autónomo de interpretación, se considera un límite negativo a la regla de la prevalencia, a aplicar con precaución y en aquellos casos en los que la contradicción se dé entre una condición general y una particular pero predispuesta, no frente a una cláusula particular negociada entre las partes¹³⁶.

¹³⁵ Las *merger clauses* pretenden que un contrato no pueda ser interpretado, suplementado o contradicho mediante declaraciones o acuerdos anteriores, de tal forma que, incorporada como condición negocial predispuesta e impuesta, tendría como efecto dificultar la posibilidad de que posibles pactos particulares negociados entre las partes pudieran formar parte del contrato.

¹³⁶ Se parte de que, en el ámbito del art. 6.1 LCGC, dentro de las «condiciones particulares» se pueden diferenciar aquellas que han sido negociadas por las partes y aquellas que, siendo impuestas, también se consideran particulares porque solo se van a incorporar a ese contrato concreto y no a una pluralidad indistinta de ellos (PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 517-518). Según estos autores (*ibidem*, *op. cit.*, pp. 519-520; FERRER RIBA, J., 2002, p. 382), la regla de la condición más beneficiosa solo tiene su ámbito de aplicación en el caso de contradicción entre una condición general y una particular predispuesta. Con posterioridad, pero en el fondo siguiendo con la misma idea, CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 445, pone de manifiesto el resultado absurdo al que podría llegarse si se aplicara esta norma hasta sus últimas consecuencias, adjudicándole una función residual en aquellos casos de incertidumbre acerca de la realidad de la negociación de la cláusula particular que es menos beneficiosa que la general (el autor propone partir de

2.2.2 *La regla contra proferentem*

Los criterios de interpretación específicos de la LCGC se completan con la denominada regla *contra proferentem*. Nos detendremos un poco más en ella por la relación especial que tiene –y, en algunos casos, la jurisprudencia ha querido que tenga– con el control de contenido y, por lo tanto, con el objeto principal de este trabajo. El art. 6.2 LCGC, en lo que a nosotros nos interesa, establece que «las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente»¹³⁷. Se trata de una regla clásica¹³⁸ recogida en el brocardo «*interpretatio contra stipulatorem*» y que no supone realmente una novedad pues, con matices, aparecía ya recogida en el art. 1288 Cc. para todo tipo de contratos, fueran de adhesión o no («La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad»)¹³⁹. Es indudable, no obstante, que, al ser uno de los presupuestos de aplicación que la oscuridad haya sido

la presunción de que, si esto ocurre, no se trata en verdad de una cláusula negociada o, al menos, no sin poder impugnarla por error o dolo).

¹³⁷ Se completa el artículo con una mención *in fine* en relación con los contratos con consumidores, restringiendo la aplicación de la norma a los supuestos en los que se ejerzan acciones individuales. Este último inciso (así como uno equivalente en la LGDCU) se introduce a través de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la protección de los consumidores y usuarios después de que la STJCE 9 de septiembre de 2004 [TJCE\2004\227] entendiera que el legislador español no había transpuesto correctamente la Directiva de 1993 en la medida en que no había señalado que la regla *contra proferentem* no es de aplicación en el caso del control abstracto. Al respecto, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 935; PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, p. 1371.

¹³⁸ En GARCÍA GOYENA, F., 1832, pp. 56-57, tenemos acceso al texto del artículo equivalente en el Proyecto de Código civil. Se trata del art. 1021, primer párrafo: «En caso de duda, la interpretación de cualquiera cláusula se hará contra la parte que, por su falta de explicación, hubiere ocasionado la oscuridad». El autor alude a sus orígenes en el Digesto (Ley 21, Título 1, Libro 8, y Ley 39, Título 14, Libro 2), que dispone la interpretación contra el vendedor y el que da la cosa en arriendo, bajo la razón de que «*in eorum potestate fuit, legem apertius conscribere*; en mano de ellos estuvo el hablar más claramente». Señala como más clara la posterior Ley 2, Título 3, Partida 7: «Deve (el juez) interpretar la dubda contra aquel que dixo la palabra, ó el pleito escuramente, á daño del é á pro de la otra parte». Sobre el origen y evolución de la norma, con cita de jurisprudencia de la primera mitad del siglo XX, ROYO MARTÍNEZ, M., *ADC*, pp. 66-69.

Con estos orígenes no sorprende, por lo tanto, que la regla *contra proferentem* esté presente en los ordenamientos jurídicos vecinos. Es el caso francés, en el que aparece en el Código civil dentro de la interpretación de contratos en general (art. 1162) así como en sede de compraventa (art. 1602). También el Código civil italiano hace referencia a este criterio dentro de la normativa de interpretación de contratos (art. 1370) mientras que el Código civil alemán, por su parte, sitúa esta regla específica dentro de la regulación de los contratos mediante condiciones generales (§ 305.c. II) y lo propio hace el art. 11 de la Ley de cláusulas contractuales generales portuguesa. La misma regla es aplicada por los tribunales ingleses (en el ámbito de las cláusulas de exclusión, ver TREITEL, G. H., 1995, pp. 202-203, que señala que se aplica con distinto rigor en función de la naturaleza de la exclusión de la responsabilidad, limitada o total).

¹³⁹ Acerca de los matices que diferencian ambas normas, *vide* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 319-320; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 555; DÍAZ ALABART, S., 2000, pp. 211-213; SALVADOR CODERCH, P.; RUIZ GARCÍA, J. A., 2002, p. 388; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 447; DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., 2009, p. 887.

causada por una de las partes, su ámbito por excelencia serán los contratos predispuestos.

El fundamento último de esta norma no es otro que el principio general de buena fe que se concreta en este caso, a su vez, en el principio de autorresponsabilidad: la parte a la que se le atribuye el clausulado tiene la obligación de expresarse con claridad y procurar que no exista ninguna ambigüedad¹⁴⁰. En el caso de existir, no parecería lógico que fuera el adherente, que nada ha tenido que ver en la redacción del contenido predispuesto, quien tuviera que soportar las consecuencias negativas de una oscura formulación. El incumplimiento de esta obligación de hablar claro se castiga, de este modo, con la atribución de los riesgos al responsable, esto es, al predisponente (STS 21 abril 1998 [RJ\1998\2510]). Así conceptualizada, la regla presenta una naturaleza sancionadora que tiene, en palabras de Alfaro, dos funciones: la distribución equitativa de los riesgos de la ambigüedad y generar incentivos al predisponente para expresarse claramente¹⁴¹.

La existencia de esta regla específica para la contratación mediante condiciones generales no implica que los criterios generales de interpretación de los contratos contenidos en los arts. 1281 a 1289 Cc no sean de aplicación. De hecho, se ha dicho que la regla *contra proferentem* es un criterio subsidiario en el sentido de que para que entre en juego es necesario que la duda no haya podido ser aclarada recurriendo al resto de criterios hermenéuticos. Está claro, en todo caso, que al no existir estrictamente una voluntad común de las partes, las reglas de interpretación subjetivas tendrán poco alcance en los contratos de adhesión¹⁴².

En principio, por lógica y por la estructura de la LCGC, la tarea interpretativa es una labor a realizar una vez que las cláusulas han superado el control de inclusión y antes de analizar la posible abusividad del contenido de las mismas. Esta idea, que ya había sido apuntada en el epígrafe anterior y que tenía sus objeciones con la regla de la prevalencia, todavía presenta más pro-

¹⁴⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985, p. 88; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, 1987, pp. 50-51; 1991, p. 318; JORDANO BAREA, J. B., 1991, p. 518; ROJO AJURIA, L., 1995, p. 3696; DÍAZ ALABART, S., 2000, p. 212; FERRER RIBA, J., 2002, p. 384; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 936; DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., 2009, p. 885; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 446 y ss.

¹⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, 1987, p. 51; 1991, p. 319.

¹⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, 1987, p. 56; 1991, p. 325; PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, p. 565; ROCA GUILLAMÓN, J., 2000, pp. 340-341; DÍAZ ALABART, S., 2000, p. 219; FERRER RIBA, J., 2002, p. 396; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 933, 936. Esta idea de subsidiariedad se puede observar en la argumentación de la STS 23 de enero de 2003 [RJ\2003\567], en la que se recurre a una interpretación previa literal y lógica de las cláusulas en un contrato de seguro terrestre de mercancías. En el mismo sentido, la STS 13 de abril de 1982 [RJ\1982\1947] (conducta de las partes) y la SAP A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480] (interpretación literal y canon de la totalidad).

blemas en el caso de la interpretación *contra proferentem*¹⁴³. En todo caso, si bien la relación con el control de incorporación puede generar alguna dificultad, en lo que realmente nos interesa centrarnos es en el solapamiento que se puede producir entre el criterio *contra proferentem* y el control de contenido. Una cláusula en exceso perjudicial para el adherente en un contrato predispuerto podría ser declarada nula por abusiva aplicando el control de contenido. No hay tanto problema para esto en la actualidad si el adherente es un consumidor puesto que está legalmente reconocida y desarrollada la posibilidad de dicho control material. No podemos decir lo mismo en el caso de un adherente empresario, que solo se verá beneficiado con la nulidad de la cláusula si ésta se subsume, en principio, dentro de alguno de los supuestos que desarrollaremos en el capítulo siguiente y que tienen en común representar límites a la autonomía de la voluntad por ser contrarios a la moral, orden público o la ley imperativa. De ahí que otra opción diferente a la aplicación del control de contenido a esta cláusula predispuerta claramente perjudicial para el adherente, sea la regla *contra proferentem*, de aplicación a todos los contratos mediante condiciones generales con independencia de la naturaleza del adherente. Como sabemos, este criterio imperativo hermenéutico ordena interpretar la cláusula de la forma más favorable para la parte que no causó la oscuridad. De este modo, se podría salvar la posición del contratante débil a pesar de la inexistencia de control de contenido. El problema de este razonamiento es que la regla

¹⁴³ La aplicación de esta norma presupone la existencia de una oscuridad en el clausulado. La duda surge cuando, como sabemos, el art. 7 LCGC prevé la no incorporación de aquellas cláusulas, entre otros adjetivos, «oscuras». ¿Qué sentido tiene la existencia de un criterio interpretativo para las cláusulas oscuras si éstas no deberían formar parte del contrato por no superar el control de inclusión? Las soluciones que se han dado para cuadrar la aparente incoherencia de ambas reglas son varias. La más acertada a nuestro juicio, aunque no siempre fácil de aplicar en la práctica, es la que sostuvieron ALFARO (1991, pp. 286-287) y PAGADOR (CDC, p. 211; 1999, pp. 472-473), seguidos por la mayoría de la doctrina, diferenciando entre casos de falta de claridad más graves —cuando no se puedan conocer por un adherente medio sin esfuerzos extraordinarios— y aquellos otros en los que la oscuridad tiene menor trascendencia —por resultar dudosas las cláusulas en algún punto concreto—. A los primeros supuestos les sería de aplicación el control de inclusión con lo que no se incorporarían al contrato, en correspondencia con la finalidad de estas normas, que persiguen asegurar al adherente la posibilidad de conocer la existencia y contenido de las condiciones generales. Para el caso de ambigüedades más concretas, resultaría de aplicación el criterio interpretativo pues no en vano el objetivo de estas normas es averiguar el sentido de una cláusula. El problema, como decíamos, sigue residiendo en los supuestos en los que no sea tan fácil delimitar el grado de oscuridad (FERRER RIBA, J., 2002, pp. 391-392; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 450-451, afirman que este criterio no es practicable ni de hecho es practicado por nuestra jurisprudencia, que nunca maneja tonalidades diversas de lo oscuro como criterio de clasificación, haciendo uso de una u otra regla según su prudente arbitrio).

Por el contrario, COCA PAYERAS, M., 1992, pp. 326-327, basado la diferencia en una falta de claridad en la formulación para el caso del control de inclusión (por ejemplo, en los caracteres, ubicación, giros gramaticales enrevesados), distinta de una oscuridad derivada de la propia redacción e imprecisión de la cláusula. Conforme con este criterio, DÍAZ ALABART, S., 2000, pp. 215-216.

contenida en el art. 6.2 LCGC (así como en el art. 1288 Cc) exige para que pueda entrar en juego que exista una oscuridad que interpretar. Si el texto de la cláusula no presenta ninguna duda, no podría recurrirse a la interpretación más favorable pues no habría diversas visiones posibles, más o menos favorables, de la cláusula, sino una única a aplicar.

Se ha puesto de manifiesto abiertamente por la doctrina el uso por parte de la jurisprudencia de la regla de interpretación *contra proferentem* fuera de su ratio, es decir, como una especie de regla de control de contenido mediante la que se busca el enfoque favorable para el adherente de una cláusula que le es perjudicial, a pesar de que dicha cláusula no esté afectada de oscuridad y que, por tanto, no sería susceptible de interpretación alguna. A los jueces, se ha dicho, les resulta más cómodo acudir a las normas de interpretación del contrato ante la ausencia de una regla clara de control de contenido que a las cláusulas generales del Derecho privado¹⁴⁴. Esto no hace sino poner de relieve en la práctica una de las ideas aquí defendidas: la necesidad que se aprecia de que exista un control de contenido también en ciertos contratos predisuestos entre empresarios.

Como punto de partida cabe subrayar, efectivamente, el amplio uso que los tribunales han hecho de la regla *contra proferentem*. Sobre todo en el ámbito de los contratos de seguro¹⁴⁵. Por ejemplo, es el caso de una cláusula inserta en un contrato de seguro «multirriesgo transportistas» por la que se define el concepto de conductor cubierto por la póliza como la «persona legalmente habilitada para ello y con autorización del asegurado, propietario o usuario del vehículo asegurado, que conduzca el mismo o lo tenga bajo su custodia o responsabilidad en el momento del accidente». El Tribunal interpreta dicha cláusula a favor del adherente en aplicación del art. 1288 Cc, entendiendo que no es necesario que el conductor esté designado expresamente para que el siniestro esté cubierto por la póliza (STS 14 de febrero de 2002 [RJ\2002\1444])¹⁴⁶. Pero también fuera del

¹⁴⁴ Manifestando esta situación y su contrariedad, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 288-291. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., 2007, *op. cit.*, p. 513; PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, pp. 474-475; ROCA GUILLAMÓN, J., 2000, p. 331; FERRER RIBA, J., 2002, pp. 392 y ss.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 195 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 446 y ss., 783. Señalándolo, en su momento, como «paliativo» de gran importancia a la ausencia de control de contenido, DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, p. 323, quien, aunque señala que los tribunales han podido evitar que se aplicasen determinadas cláusulas abusivas, también ve que el «remedio es limitado y falible». A favor de este uso, también en aquel momento, SANTOS BRIZ, J., 1966, p. 224.

¹⁴⁵ Esto no parece ser exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico pues LANGHEID, T.; MÜLLER-FRANK, C., *NJW*, p. 354, también señalan que los supuestos de hecho resueltos por los Tribunales alemanes en materia de contratos de seguro mediante condiciones generales están vinculados en general con la interpretación de las mismas y los problemas con conceptos que no están correctamente perfilados.

¹⁴⁶ Del mismo modo, respecto de un contrato de seguro de maquinaria, SSTS 27 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6644] y 12 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6561]; en un contrato de seguro de responsabilidad profesional contratado por un abogado, SAP León de 17 de junio de 2002 [JUR\2002\211812];

ámbito de los contratos de seguro se da, por supuesto, la aplicación práctica por los Tribunales de la regla *contra proferentem*. Así lo señala, por ejemplo, la STS 25 de enero de 2007 [RJ\2007\591]: conociendo de un contrato de auditoría, el Tribunal niega la nulidad de una cláusula de duración del negocio jurídico porque no puede ser alegada por la parte que la ha provocado (parte que pretende obtener mayores beneficios de la cláusula que los declarados en la sentencia) y aplica, por el contrario, la regla *contra proferentem* para resolver la oscuridad de dicha cláusula respecto de las prórrogas del contrato a favor de la empresa adherente¹⁴⁷.

La interpretación a favor del adherente es un criterio de recurso sencillo que en muchas ocasiones también se entremezcla con otros argumentos para llegar a la solución final. Un ejemplo es la SAP Vizcaya de 24 de enero de 2000 [AC\2000\68], resolución que conoce de un contrato de seguro concertado por un empresario cuya actividad era un criadero de pescado y marisco, y en la que se debate si la cobertura del seguro se extendía al marisco vivo o no, dado que se había suprimido recientemente la mención expresa a este tipo de mercancía y, por otra parte, se hablaba de «cámara frigorífica» y no de «vivero». De la intención de las partes y el argumento gramatical se concluye que el marisco vivo entra dentro de la póliza. A ello se une el hecho de que, de lo contrario, el riesgo asegurado se quedaría sin cobertura alguna puesto que no existían descripciones específicamente dispuestas para los viveros. «Si la compañía aseguradora tenía alguna objeción que hacer o alguna precisión que introducir a la póliza tipo que utilizó», señala el Tribunal, «debía haberlo hecho constar así»¹⁴⁸.

En otros casos, se recurre a la regla *contra proferentem* incluso aunque no se den los presupuestos de aplicación en una especie de –entendemos– «argumento de refuerzo». Así ocurre en la SAP Pontevedra de 11 de junio de 2012 [JUR\2012\235397] en un litigio, de nuevo, respecto de un contrato de seguro de transporte de mercancías. La cláusula controvertida («el presente contrato se extiende para garantizar todos los transportes que efectúe la entidad asegurada, por cuenta de terceros, de las mercancías que más abajo se detalla») no ofrece problemas para el Tribunal al afirmar que evidentemente no parece nos encontremos ante una cláusula oscura» puesto que del texto se deduce que el transportista es tomador y asegurado de un seguro referido a mercancías propiedad de terceros, siendo el riesgo cubierto la destrucción o daños materiales, precisamente, de dichas mercancías. Sin embargo, finaliza señalando que «desde luego, para el caso de que se considerare nos hallamos ante una cláusula oscura, tal exégesis, vendría

en contratos de seguro de transporte de mercancías, SAP Ourense de 15 de octubre de 2009 [AC\2010\213] y SAP Barcelona de 28 de abril de 2010 [JUR\2010\277739]; en un seguro «top multirriesgo empresas» de una minicentral, SAP Zaragoza de 23 de junio de 2011 [JUR\2001\264674].

¹⁴⁷ En análogo sentido: respecto de un contrato de gestión de cobros, SAP Navarra de 1 de octubre de 2003 [JUR\2003\270307]; de una contraventa de un reproductor MP4, SAP Madrid de 17 de mayo de 2013 [AC\2013\1150]; en un contrato de franquicia, SAP Asturias de 30 de mayo de 2013 [JUR\2013\212570].

¹⁴⁸ Igualmente concurre el criterio de interpretación *contra proferentem* con otros (finalidad del negocio jurídico, justo equilibrio de las prestaciones y buena fe contractual) en la SAP Lérida de 13 de diciembre de 1995 [AC\1996\19], al hilo de un contrato de cebo de pollos para carne.

amparada en el art. 1.288 del Código Civil que, cual es sabido, consagra la regla *contra proferentem* o *stipulatoremen* cuya virtud la parte contratante –la compañía aseguradora– que redacta una cláusula oscura no puede aprovecharse de la misma en su beneficio y motivar la total falta de pago de la suma asegurada». «En definitiva», concluye, «hay que entender aceptado por la demandada el objeto y valor del interés asegurado que la póliza, de modo expreso y en el epígrafe a ello destinado, proclama»¹⁴⁹.

Aunque en estas resoluciones puede que la alusión a la regla *contra proferentem* no tenga mucho sentido o sea superflua y no aporte nada puesto que no se dan los presupuestos para que entre en juego y se ha resuelto con base en otros argumentos, los razonamientos que realmente podrían merecer una crítica son aquellos en los que, sin darse el supuesto de hecho de la norma, sí que se ha aplicado como criterio de fondo para resolver a favor del adherente. Esta utilización incorrecta de la regla *contra proferentem*, excediendo del ámbito meramente interpretativo y entrando a revisar el contenido de unas cláusulas transparentes, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina, como decíamos al inicio. Aunque no todos los autores están de acuerdo en que los Tribunales hayan hecho este uso incorrecto de la regla contenida en los arts. 1288 Cc y 6.2 LCGC de una forma manifiesta y evidente¹⁵⁰, sí que es cierto que se pueden encontrar algunos comentarios o resoluciones en las que se podría haber forzado el ámbito de aplicación y finalidad de la regla de interpretación a favor del adherente.

Conocida es al respecto la STS 12 de marzo de 1957, que reconoce en los contratos de adhesión un poder de revisión al Juez para modificar el contrato en la parte injusta y que tiene amparo en el Derecho positivo, a juicio del órgano jurisdiccional, en la regla especial de interpretación consagrada en el art. 1288 Cc¹⁵¹. Bastante más reciente, la SAP Córdoba de 5 de octubre de 2012 [JUR\2014\11967] conoce de un contrato de seguro sobre una casa de labranza y una controversia acerca de la cobertura del seguro respecto de desperfectos sufridos por la fuerza del viento y la limitación para aportar de pruebas que acrediten la intensidad real de los fenómenos atmosféricos. En su razonamiento, la Audiencia recurre al art. 1288 Cc para admitir otros datos probatorios a pesar de que expresamente dice que «sí podemos convenir que en el puro terreno interpretativo la tan discutida cláusula goza de aparente claridad, su conjugación con la finalidad negocial del asegurado, desde la óptica interpretativa que nos impone el cuerpo doctrinal

¹⁴⁹ De modo parecido razona la SAP Zaragoza de 20 de septiembre de 2012 [JUR\2012\373224], que resuelve la controversia recurriendo a una interpretación literal y sistemática de una cláusula de revisión de precios en un contrato de suministro de ferralla pero aludiendo, al final, al art. 1288 Cc.

¹⁵⁰ Al respecto, crítica ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 199-200, aquellos comentarios de autores que aluden a práctica abierta por parte de los Tribunales. También, el mismo autor en 2016, p. 18.

¹⁵¹ GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 196.

antes mencionado [*principio pro asegurado e interpretación contra proferentem*], la convierten si no en oscura, sí en injusta por privar al asegurado, o, cuando menos, para demostrar qué velocidad alcanzó el viento en el lugar del siniestro»¹⁵².

Es indudable que la regla que nos ocupa, como habíamos señalado al inicio, es de naturaleza sancionadora, lo que la acerca, en este sentido, a un control de las condiciones generales. Asimismo, es verdad que, junto con el control de contenido, tiene su fundamento último en el principio de la buena fe. Por otra parte, la regla *contra proferentem* no persigue averiguar la voluntad real de los contratantes sino que representa un criterio de interpretación objetivo y, como tal, se sale un poco de la función estrictamente interpretativa. Por último, como señala Albiez, los arts. 6.2 LCGC y 1288 Cc encierran una regla de justicia contractual¹⁵³. A la vista de estos razonamientos, la finalidad entre ambas normativas –interpretación *contra proferentem* y control de contenido– pudiera parecer próxima. En ambos casos se evidencia el planteamiento de reequilibrar las posiciones de las partes dado el tipo de contrato. Sin embargo, una cosa es interpretar una cláusula porque es oscura y otra muy distinta es revisar su contenido y anularla¹⁵⁴. Como expone la SAP A Coruña de 1 de diciembre de 2011 [JUR\2012\8480], con cita de jurisprudencia, «el hecho de que la interpretación no deba favorecer al causante de la oscuridad no implica que se deje de aplicar la cláusula que adolece de esa falta de claridad (SSTS de 27 de septiembre de 1996, 8 de octubre de 2001 y 26 de junio de 2003)».

Y es que, si bien la regla *contra proferentem* y el control de contenido comparten naturaleza sancionadora y origen en la buena fe, también es verdad que los motivos son diferentes: la sanción que conlleva la regla interpretativa es consecuencia del incumplimiento de «hablar claro» del predisponente, mientras que, en el caso de la nulidad de la cláusula abusiva, se trata de penalizar al contratante que ha introducido una grave desproporción entre los derechos y obligaciones de las partes aprovechando el proceso peculiar de forma-

¹⁵² También la SAP Alicante de 24 de julio de 2012 [JUR\2013\312811], que conoce de un contrato de adhesión de licencia de reproducción reprográfica, podría ser un ejemplo de dudoso recurso –a nuestro juicio– a la regla *contra proferentem* para resolver un litigio.

¹⁵³ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 195.

¹⁵⁴ En palabras de GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 196, al hilo de la ya citada en el texto principal sentencia del Tribunal Supremo de 1957, «los Tribunales españoles carecen en absoluto de poder de revisión de los contratos, cuando una ley especial no lo autorice expresamente». El art. 1281 Cc, prosigue el autor, es «norma primera y principal, excluyente de cualquier otra mientras sea aplicable», de tal forma que habrá que estar al sentido literal de las cláusulas si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes.

ción de los contratos mediante condiciones generales. En todo caso, no hay más que leer el supuesto de hecho de la norma de interpretación para darnos cuenta de que el presupuesto esencial que tiene que darse para que pueda ser de aplicación es la existencia de una oscuridad, una duda, una ambigüedad¹⁵⁵. Sin esto, el órgano juzgador no está legitimado por la ley para favorecer al adherente por mucho que ambas normas tengan en común equilibrar las posiciones de predisponente y adherente para contrarrestar abusos del primero (objetivo, por otra parte, común en cierto modo a toda la normativa sobre condiciones generales): cada norma lo hace en su ámbito de aplicación y de una manera. Lo contrario implica deformar la *voluntas legis*¹⁵⁶, es perjudicial para la seguridad jurídica (curiosamente, se justifica el carácter vinculante de las reglas de interpretación por ser remedio frente a la arbitrariedad judicial¹⁵⁷) y por supuesto no tan eficaz como un control de contenido puesto que el empresario simplemente volverá a utilizar la cláusula pero con otra redacción¹⁵⁸.

2.3 EL CONTROL DE CONTENIDO: EL ARTÍCULO 8 LCGC Y LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El tercer componente del régimen de las condiciones generales de la contratación en la Ley de 1998 es también el que más nos importa a los efectos de

¹⁵⁵ Obviamente, también que la oscuridad haya sido causada por una de las partes. Así se aprecia en la STS 4 de abril de 2012 [TOL2.546.549], en la que se rechaza que sea de aplicación el art. 1288 Cc a una cláusula reguladora de la extinción de un contrato de suministro de energía eléctrica. Los tribunales alemanes hacen hincapié, además, en que la oscuridad debe ser real sin que sea suficiente que el significado sea controvertido para los contratantes, MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, p. 174.

¹⁵⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, p. 676.

¹⁵⁷ Por todos, DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985, p. 80.

¹⁵⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, 1987, pp. 18-19; 1991, pp. 290-291. Y en alguna ocasión así lo ha puesto de manifiesto también la jurisprudencia. Ejemplo de ello es la SAP Barcelona de 27 de junio de 2013 [JUR\2013\341485]. La Audiencia, al hilo de un contrato de adhesión de arrendamiento de bienes muebles (una máquina destinada a industrias gráficas), identifica como una especie de control a aplicar, ante la ausencia de control de contenido, las normas de interpretación recogidas en el art. 1288 Cc y la LCGC, pues es de aplicación a cualquier adherente, sea consumidor o usuario. Sin embargo, matiza que «estas normas de hermenéutica contractual conducirían, por vía interpretativa, a dejar sin efecto la cláusula o cláusulas solo en el caso de que las mismas pudieran considerarse oscuras, de difícil comprensión o de sentido equívoco», situación que no se da en el caso concreto. Aunque no nos parece exacta la afirmación de que el resultado de recurrir a la regla *contra proferentem* sea dejar sin efecto las cláusulas (porque es buscar el sentido más favorable al adherente, que no es lo mismo), nos parece acertado que no se utilice esta norma para intentar reequilibrar posiciones en el contrato si no se da el presupuesto de aplicación. La misma argumentación, para terminar, se da en la SAP Barcelona de 13 de septiembre de 2012 [JUR\2012\394661], en este caso respecto de una cláusula penal en un contrato de asesoría laboral. Dicha cláusula no admite la aplicación del art. 1288 Cc «pues la redacción del contrato es clara, de fácil comprensión y el sentido de la cláusula denunciada resulta evidente a partir de su literalidad».

este trabajo: el control de contenido. Ya hemos adelantado en las páginas precedentes al hilo de la evolución normativa las notas esenciales de este control que, en lo que a contratos mercantiles se refiere, reside en el art. 8 LCGC, concretamente, en su apartado primero, que reza como sigue:

«Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.»

Como sabemos, este control se limita a declarar la nulidad de aquellas condiciones generales que sean contrarias al Derecho imperativo, dejando la nulidad por abusividad limitada a los contratos en los que intervenga un adherente consumidor. Sin embargo, situaciones en las que una de las partes hace uso de su situación de preeminencia respecto de la otra para introducir un contenido contractual desequilibrado claramente a su favor y respecto del que la otra parte, el adherente, no ha tenido la más mínima posibilidad de participación, se pueden dar también en contratos entre empresarios. Por eso la norma da realmente una solución parcial que no es satisfactoria puesto que no se prevé ninguna especialidad para los contratos predispuestos en general respecto del régimen que sería aplicable a cualquier contrato negociado. Y ello, a pesar del peculiar procedimiento de formación de los negocios jurídicos mediante condiciones generales, caracterizado por un déficit de autonomía de la voluntad. Como se argumentó en el Capítulo I de la Primera parte, al que nos remitimos, la contratación adhesiva garantiza la libertad contractual formal pero no la material, y esto es común a los contratos de consumo y a los contratos entre empresarios –con salvedades–. Por lo tanto, repetimos, bien configurado el control de contenido en la contratación mediante condiciones generales, en ningún caso representa un ataque hacia la autonomía privada sino que, por el contrario, se trata de una garantía de la misma dado el déficit que caracteriza a este procedimiento contractual.

De hecho, por su parte, la redacción de la EM, reconociendo la existencia de cláusulas abusivas también en la contratación entre empresarios, incluso ha dado lugar a que en ocasiones se haya considerado la posibilidad de aplicar extensivamente el juicio de abusividad concebido para los consumidores a los adherentes empresarios.

De todo ello nos ocupamos en los capítulos siguientes, en los que procederemos a analizar la posibilidad de aplicación analógica en este punto del régimen jurídico previsto en el Derecho de consumo así como las consecuencias y amplitud reales del único control de contenido al que se someten los

contratos entre profesionales que, básicamente, se corresponde con los límites generales a la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc: ley imperativa, orden público y moral. Del mismo modo, se valoran las opciones de construir un control material a través de otros cauces ya existentes, como es la consabida regla de la buena fe.

De manera previa, y para tener una visión panorámica lo más completa posible de la normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico acerca de las condiciones generales de la contratación, no queremos cerrar este bloque sin hacer dos alusiones que ocuparán las siguientes líneas. Por una parte, a las propuestas de reforma de dos textos fundamentales como son el Código civil y el Código de comercio y que se están discutiendo a nivel nacional. En ambos casos se prevé una regulación expresa, más o menos amplia, del régimen de las condiciones generales de la contratación aunque, eso sí, en un sentido muy diverso. Por otra parte y de forma muy breve, a la Ley de Contrato de seguro, la Ley de lucha contra la morosidad, diversas leyes de transporte y al sector de la distribución. La regulación de los contratos predispuestos no se ciñe a la LCGC sino que existen otras normas sectoriales que, por su relevancia en la práctica, también incluyen referencias a este tipo de contratación y que conviene tener en cuenta pues están íntimamente vinculadas, precisamente, con los contratos entre empresarios.

3. La Comisión General de Codificación: propuestas de reforma

3.1 LA PROPUESTA DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE LA SECCIÓN DE DERECHO CIVIL

La comunidad jurídica española es consciente de la necesidad de mejorar ciertos aspectos del Derecho de condiciones generales de la contratación. Teniendo en cuenta la experiencia observable desde su entrada en vigor y las tendencias europeas y de los ordenamientos jurídicos vecinos se puede intentar elaborar una regulación más adecuada de las condiciones generales que la contenida en la Ley 7/1998. Esto tendría, especialmente, consecuencias para la contratación empresarial en la medida en que los consumidores tienen ya su propia norma, el TRLC, por el que se regula el régimen de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente. Este pensamiento ha estado presente en la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación y muestra de ello es la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* (PM), texto publicado por el Ministerio de Justicia en 2009

y cuya Sección 4.^a del Título II se ocupa de las condiciones generales de la contratación (arts. 1261 a 264)¹⁵⁹. Se trata de un bloque normativo que regula las cuestiones básicas del régimen de las condiciones generales, situado en sede de contratos y, concretamente, de formación de los mismos¹⁶⁰.

La definición que contiene la PM varía en algunos aspectos de la consensuada por la doctrina y recogida en los diversos textos. Con una redacción que se separa en parte de la LCGC y los Textos de Derecho europeo de contratos, las condiciones generales se caracterizan por su predisposición, su uso en pluralidad de contratos y la ausencia de negociación individual (en la LCGC se hablaba de imposición, pero este elemento ha desaparecido). Esto es lo que se deduce del art. 1261.1: «Son condiciones generales las cláusulas preparadas por una de las partes para su uso general y repetido en los contratos y, de hecho, utilizadas en ellos sin haber sido negociadas individualmente». Se trata de una definición tomada de los Principios Unidroit (art. 2.1.19(2)) que altera términos utilizados tradicionalmente en este concepto y que han sido aceptados tras un cierto debate. Así ocurre con el requisito de que las cláusulas hayan sido «preparadas» por una de las partes, que puede llevar a equívocos en aquellos casos en que no hayan sido redactadas por la parte que las utiliza (supuesto de inclusión indiscutida en la actualidad en el ámbito de las condiciones generales, hecho que sí queda claro en la definición del art. 1 LCGC). Tampoco es común que se hable de un «uso general y repetido» sino de su inserción en una pluralidad de contratos, y mucho menos que se exija su utilización «*de hecho*»¹⁶¹.

Este mismo precepto (art. 1261.1) se destina a introducir las dos reglas de interpretación en materia de condiciones generales por antonomasia: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares y la regla de interpretación *contra proferentem* –también incluida en el art. 1280.2 PM–, ambas concebidas en los términos usuales.

¹⁵⁹ La recepción que hace la Propuesta de las tendencias europeas queda puesta de manifiesto por ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2011, pp. 15-25. Por una cuestión cronológica, el texto que ha podido influir es realmente el de los PECL pues es en la parte final de la redacción de la PM cuando aparecen los Principios Acquis y el DCFR (*Ibidem*, p. 18; 2011, p. 200).

¹⁶⁰ Sobre las virtudes y defectos de la incorporación del régimen de las condiciones generales en el Código civil; las opciones de regulación –régimen completo en bloque, cuestiones básicas compatibles con la LCGC, inserción desmembrada en la regulación del contrato–; y su ubicación, véase *ibidem*, pp. 212-216.

¹⁶¹ En este sentido y criticando el concepto de condiciones generales de la PM, *ibidem*, pp. 217-218. Una idea que es especialmente reprobada por el citado autor es la presunción de no negociación en todos los contratos que introduce el art. 1261.1, párr. 2.º, presunción que califica de excesiva en el tráfico mercantil (pp. 218-219).

El control de incorporación de las condiciones generales también consta de los dos elementos tradicionales: la cognoscibilidad y la transparencia en la redacción. Sin embargo, se hace en términos mucho más flexibles que en la normativa actual de la LCGC, hecho que hay que aplaudir. Por una parte, se especifica que las condiciones generales quedarán incorporadas al contrato siempre que el predisponente haya adoptado, en tiempo oportuno, las medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido de las que estén destinadas a incorporarse al contrato, sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes (art. 1261.2). Dicha configuración de este requisito nos recuerda inevitablemente a los PECL, Principios Acquis y DCFR. Hacer alusión a una regla general como podrían ser las «medidas adecuadas para facilitar al adherente el pleno conocimiento de la identidad y contenido» permite adaptar este control de incorporación único –para todo adherente– a las peculiaridades de los distintos sujetos que pueden contratar. Por ejemplo, situaciones como la referida en el Anteproyecto de 1984, que sí contemplaba un diferente control para los contratos entre empresarios, podrían implícitamente verse incluidas: recordamos que en tal texto prelegislativo se presumían incorporadas en los contratos entre empresarios, aunque no existiera una referencia expresa, aquellas condiciones generales de la contratación utilizadas habitualmente en el ámbito de la actividad a que aquellos se dediquen. Pues bien, mediante el criterio de la adecuación de las medidas tomadas por el adherente para entender superado el control formal, se podrá tener en cuenta las características de la contratación mercantil.

Por otra parte, se eliminan los requisitos de referencia expresa a las condiciones generales, facilitación de un ejemplar de las mismas y obtención de la aceptación del adherente mediante firma. Por el contrario, la referencia a las condiciones generales y la firma del adherente cambian de significado. Lejos de ser el requisito para que se entiendan incorporadas las condiciones generales al contrato, el art. 1261.2 deja claro que no garantizan, por sí solas, el cumplimiento del control de inclusión («sin que baste la mera referencia a ellas en un documento aunque esté firmado por las partes»). La ya criticada rigidez de los requisitos del art. 5.1 LCGC desaparece pues no sería necesaria siempre la entrega material de los clausulados o la firma del adherente, sino que habrá que estar a lo adecuado de las medidas tomadas por el predisponente. De nuevo, esto permite dar entrada a formas de contratación entre empresarios que, por una relación de confianza o la duración en el tiempo, no se amoldan fácilmente a esos estrictos patrones.

Complemento de la posibilidad de conocer los clausulados predispuestos es la garantía de poder entenderlos mediante el requisito de una redacción transparente. El art. 1261.3 PM mantiene este elemento del control de incorporación señalando que no quedarán incorporadas aquellas condiciones generales cuya redacción «sea de tal modo oscura o confusa que pueda suponer que resultarán incomprensibles por el adherente medio en contratos de las características del contrato que se trate». Con esta configuración, por una parte, se elimina la duda planteada al hilo del estudio de la LCGC de cuándo la «oscuridad» en una cláusula era objeto del control de contenido y cuándo de interpretación *contra proferentem*¹⁶². Por otra, y de nuevo, se introduce un factor de flexibilidad al remitir al «adherente medio» y a las características del concreto contrato en la valoración de la oscuridad¹⁶³.

Se rescata, como novedad, una alusión expresa a las llamadas cláusulas sorprendentes que habían figurado en la regulación de los Anteproyectos y Proyecto de Ley y que, sin embargo, se eliminó en la tramitación parlamentaria. Así, con el art. 1261.3 PM en la mano, tampoco quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales «que resultaran tan sorprendentes o desacostumbradas que el adherente no pudiera razonablemente contar con ellas en contratos de las características del celebrado». Y también es una novedad la figura de las «batallas de formularios», que no quiere dejar sin resolver la Propuesta de Modernización. Se incluye, así, en el art. 1252 PM la solución a aquellos casos en los que ambas partes contratan utilizando sus propias condiciones generales, situación que se da en especial en la contratación entre empresas. El resultado será la existencia de un contrato si se llega a un acuerdo sobre los elementos esenciales, formando parte del mismo las condiciones particulares y las generales que sean sustancialmente comunes, salvo comunicación sin demora en contra. Esta solución está claramente inspirada en los PECL y ratificada por los DCFR.

Hasta aquí, lo que se refiere al control de incorporación. Aunque hemos visto cambios, el régimen que sufre una verdadera transformación es el del control material. Contenido en el art. 1262 PM, se estructura alrededor de una cláusula general de la buena fe que es de aplicación a las cláusulas no negociadas individualmente (por lo tanto, no solo a las condiciones que se crean para

¹⁶² Nos remitimos a lo dicho en las pp. 48 y ss.

¹⁶³ Siendo justos, esta modulación también podría tenerse en cuenta en la aplicación del art. 7.b) LCGC aunque no hable de un adherente medio sino que exija, en general, que las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras ni incomprensibles, salvo aceptación expresa.

una pluralidad de contratos sino también para aquellas cláusulas pensadas para un contrato en particular) y protege a todo adherente ¹⁶⁴:

No nos es una redacción ajena pues recuerda a la de los arts. 3 y 4 de la Directiva 1993, el art. 82 TRLC o el art. 4:110 PECL. La buena fe y el equilibrio de prestaciones serán los elementos a tener en cuenta, interpretados a la vista de los criterios que se proporcionan para valorar la abusividad de la cláusula y excluyendo los elementos esenciales de este control de contenido. Y, repetimos, aplicable a todo adherente, ya sea consumidor, ya sea empresario. En cuanto a estos últimos, ha sido objeto de crítica la no inclusión explícita de una referencia a los usos y costumbres comerciales entre los criterios a valorar ¹⁶⁵.

Aunque a través de la alusión a las «circunstancias concurrentes» en el momento de celebración del contrato del art. 1262.2 PM se podrían llegar a tener en cuenta las especialidades del tráfico jurídico empresarial, no deja de ser una referencia en exceso genérica. Contrasta con ello, recordemos, la importancia que tienen en el Derecho alemán los «*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*», precisamente para tener en consideración estas particularidades en la aplicación de su control de contenido basado también en una cláusula general de la buena fe, tal y como expresamente dispone el § 310.1 BGB ¹⁶⁶. Los usos y costumbres vigentes en el comercio servirían, así, como criterio de diferenciación respecto de los contratos con consumidores pero también entre tipos de empresarios adherentes, en función de su necesidad de protección. Es más, como señalamos respecto al sistema alemán, algunos autores recientemente, en defensa de una diferenciación todavía más marcada, han abogado por incluir una última frase en la que se incida de nuevo en la diferencia que supone el tráfico jurídico entre empresarios ¹⁶⁷.

Para concretar esta cláusula general el apartado 3.º del art. 1262 PM enumera una serie de cláusulas que, en todo caso, son abusivas ¹⁶⁸. Nótese que no es una lista exhaustiva por cuanto dice el precepto «entre otras». Esta lista de

¹⁶⁴ Art. 1262 PM: «1. Las cláusulas no negociadas individualmente serán nulas por abusivas cuando causen, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes que deriven del contrato. 2. El carácter abusivo no alcanzará a las prestaciones que sean objeto principal del contrato y se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto de éste, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y las demás cláusulas de dicho contrato o de otro del que dependa».

¹⁶⁵ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2011, p. 227.

¹⁶⁶ *Vide supra* Primera parte. Capítulo II. I. 1.

¹⁶⁷ Ante lo que algunos autores han entendido como un progresivo exceso de aplicación del control de contenido en contratos entre empresarios por parte de los tribunales (Primera parte. Capítulo II. I. 1).

¹⁶⁸ Poniendo de manifiesto su abierto desacuerdo con esta lista de cláusulas no susceptible de valoración, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2011, pp. 229-230: se trata de una medida en exceso protectora que limita que los jueces puedan valorar las circunstancias concretas del contrato, las partes y el sector concreto en el que se enmarca el clausulado predispuesto, algo necesario en la contratación mercantil.

cláusulas abusivas, que vendría a ser una lista negra, recoge una serie de casos en los que se cumple el supuesto contemplado en la cláusula general pues el desequilibrio que generan entre los derechos y obligaciones de las partes es tal que no puede ser sino contrario a la buena fe. De hecho, la mayoría de ellas (que también figuran en la legislación de consumo) podrían ser declaradas nulas por contravenir una norma imperativa, tal y como tendremos ocasión de analizar en este trabajo ¹⁶⁹.

Esta lista de cláusulas abusivas sin margen para valoración se completa con el apartado 4.º del art. 1262 PM, que supone la gran novedad –tanto nacional como en el panorama comparado– de erigir al Derecho dispositivo como límite expreso a la autonomía de la voluntad. Según reza el texto, «se presumen abusivas las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables». Se trata de dar expresamente entrada en nuestro ordenamiento jurídico a la idea que manifestó en su momento De Castro: aunque el Derecho

¹⁶⁹ Art. 1262.3 PM: «a) Las que excluyan o limiten la responsabilidad legal del predisponente en caso de muerte o daños en la persona del adherente debidos a una acción u omisión de aquel; b) Las que excluyan o limiten la responsabilidad por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente, en caso de dolo o de culpa grave; c) Las que excluyan o limiten la responsabilidad del predisponente por actos de sus representantes y auxiliares, en caso de dolo o de culpa grave; d) Las que priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento; e) Las que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente; f) Las que excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley; g) Las que concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato; h) Las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada; i) Las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual.» Sin perjuicio de la Parte siguiente, se puede sin mucha dificultad identificar una contravención a la moral en la letra a), una vulneración del art. 1102 Cc en las letras b) y c) o una contradicción con el art. 1476 Cc respecto a la consignación [letra f)] y con los arts. 1281 y siguientes y art. 6 LCGC, en cuanto a las facultades de interpretación de la letra g).

Aunque esta lista negra de cláusulas abusivas se aplica tanto a contratos con consumidores como entre empresarios, podemos establecer una comparación con la lista de cláusulas en todo caso prohibidas que el art. 18 de la Ley portuguesa de cláusulas generales establece para los contratos mercantiles (al final, y existiendo una norma que protege especialmente a los consumidores, parece que la lista del art. 1262 PM donde puede tener mayor relevancia es en el ámbito de los contratos entre empresarios). No hay excesivas diferencias entre ambos listados, pues también en la norma portuguesa se prevé la nulidad de las cláusulas de limitación o exclusión de responsabilidad por «daños a la vida, integridad moral o física o a la salud de las personas»; de responsabilidad por «no cumplimiento definitivo, mora o cumplimiento defectuoso» o «por actos de representantes o auxiliares», en el caso de dolo o culpa grave; cláusulas que atribuyan «facultades exclusivas de interpretar cualquier cláusula del contrato», o que excluyan o limiten la «excepción de no cumplimiento o la resolución por incumplimiento», las facultades de compensación admitidas en la ley o las de consignación, así como aquellas que «consagren la posibilidad de cesión de la posición contractual, transmisión de deudas o de subcontratar» en determinados casos. Entre las no citadas en el proyecto español se pueden señalar la exclusión o limitación de responsabilidad por daños patrimoniales extracontractuales, del derecho de retención o las que establezcan obligaciones con duración perpetua o cuyo tiempo de vigencia dependa solo de la voluntad del predisponente.

dispositivo se diferencia del imperativo en que, en principio, puede ser derogado mediante pacto de las partes, representa la regulación normal, la mejor composición de intereses ponderada por el legislador, por lo que tiene un cierto carácter imperativo y no puede ser desplazado sin razón suficiente¹⁷⁰. De esta forma, la cláusula general de la buena fe se ve apoyada por una lista de cláusulas automáticamente abusivas y por una presunción de abusividad, no referida a un listado concreto de cláusulas «grises» –susceptibles de valoración– sino directamente al Derecho dispositivo como parámetro respecto del que evaluar la desviación de las cláusulas.

La postura del adherente profesional queda, en resumen, muy protegida con este marco normativo, ya no solo por la incorporación de un control de contenido sino porque éste, además, está concebido en términos muy amplios¹⁷¹. La enumeración de las cláusulas «negras», aunque representan, de forma más o menos concluyente, una concreción de vulneraciones de normas imperativas, ayuda a dejar clara su abusividad. Por otra parte, cualquier desviación del Derecho dispositivo deberá estar justificada para que la cláusula no se presuma abusiva, es decir, para que el desequilibrio que genera –en tanto en cuanto se aparta de la ecuanimidad que representan las normas dispositivas– no se entienda que es contrario a la buena fe (interpretando esta presunción de forma conjunta con la cláusula general de la buena fe).

Pues bien, cabe plantearse si la intensidad y configuración de este control es la adecuada en contratos en el ámbito mercantil. Al fin y al cabo, el mayor impacto de esta normativa sería para los contratos entre empresarios, en la medida en que los contratos de consumo ya tienen su propia regulación especial –sin perjuicio de que esta también le sea de aplicación–. Tal y como queda configurado sería un control de contenido más intenso incluso que el previsto en el ordenamiento portugués, puesto que aquí se incluye un mandato de presunción de abusividad, no de una serie de cláusulas susceptibles de valoración en función del «quadro negocial padronizado», sino, en general, de cualquier desviación respecto del Derecho dispositivo. En el fondo, esta idea es la que late en la cláusula general de la buena fe y su exigencia de un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes. Si el Derecho dispositivo es la mejor composición de intereses y la representación de la regulación equilibrada, un alejamiento de ese Derecho dispositivo supondrá un desequilibrio. Lo primero que hay que señalar es que, del texto literal de los dos artícu-

¹⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, pp. 333-334.

¹⁷¹ En cuanto al adherente consumidor o usuario, el art. 1262.5 PM expresamente remite a la legislación especial de consumo, que será aplicable en todo caso a este tipo de contratos.

los y antes de recurrir a ningún criterio hermenéutico, la diferencia que hay entre el art. 1262.1 y el 1262.4 PM es que, mientras que en el primer caso se habla de un desequilibrio significativo, en el caso del apartado cuarto se hace una referencia abierta a cualquier desequilibrio. Es decir, aunque luego pudiera ser objeto de prueba en contra y no ser considerada finalmente abusiva una cláusula que suponga una desviación leve respecto del Derecho dispositivo –esto es, lo que vendría a ser un desequilibrio leve–, se impondría de primeras su presunción de abusividad. Esto, en un escenario como el del tráfico mercantil, del que siempre se ha predicado la necesidad de una cierta flexibilidad y en el que la existencia de un pequeño desequilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes podría incluso llegar a entenderse como un ingrediente más de la propia actuación de los agentes en el mercado. Es cierto, podría alegarse, que en la contratación mediante condiciones generales la protección al adherente se justifica, precisamente, por la ausencia de autonomía de la voluntad y de ahí que el contenido pueda ser controlado porque no es el resultado de una autodeterminación bilateral. Es decir, no se trata estrictamente de que una parte negocie mejor que otra sus intereses porque el problema es que aquí no ha habido tal negociación. Sin embargo, puede resultar exagerada esta presunción en el ámbito empresarial porque leves desviaciones pueden ser comunes en la contratación entre empresarios (por ejemplo, por los usos y costumbres mercantiles) y, aunque luego evidentemente éstos supondrían una justificación para el contenido de la cláusula, de primeras, es cuestionada. La solución tendría que pasar por una interpretación sistemática de los dos artículos, poniendo en conexión el desequilibrio del art. 1262.4 PM con el de la cláusula general de buena fe (art. 1262.2 PM), que exige para la nulidad que el desequilibrio sea *significativo* y que lleva a concluir que no bastaría una leve asimetría para hacer entrar en juego la presunción de abusividad¹⁷².

¿Qué implica el art. 1262.4 PM? En primer lugar, vincular al juez al Derecho dispositivo como modelo respecto del que tiene que valorar el equilibrio del contrato, excluyendo cualquier otra composición particular del operador jurídico. Sin embargo, la Propuesta no se limita a establecer la identificación

¹⁷² Nótese que el TRLC (que sería también de aplicación con la PM, en su caso, en virtud de la remisión del art. 1262.5) señala una lista de cláusulas –presumiblemente o de forma directa– abusivas que no es exhaustiva, es decir, cualquier otra desviación puede ser abusiva pero, eso sí, pasando por la aplicación de la cláusula general de la buena fe, que exige un desequilibrio, en este caso, «importante» (art. 82.1 TRLC, paralelo al 1262.1 PM). De otra forma, podría darse el caso de que una cláusula fuera abusiva por el art. 1262.4 PM y no por la legislación especial de consumo.

Hay quien ha puesto de relieve que, a la vista del art. 1262.4 PM, y si bien el consumidor tiene su propio régimen, en teoría, más beneficioso, podrían darse situaciones en las que los criterios de la norma general le fueran más favorables (CARBALLO FIDALGO, M., 2011).

entre el «equilibrio de derechos y obligaciones» y el «Derecho dispositivo» en el caso de las condiciones generales sino que tiene una consecuencia más allá: todo lo que se aparte significativamente de este Derecho no de *ius cogens* es nulo de partida por abusivo. Se facilita de esta forma la declaración de abusividad de una cláusula (es lo que se presume) y se impone al predisponente la carga de la prueba para la defensa de su validez. Por ejemplo, ante una condición general que limita un derecho del adherente –reconocido por la normativa dispositiva– pero que se ve compensada posteriormente con la atribución de otro, la cláusula sería abusiva a menos que el predisponente logre destruir la presunción legal.

En este sentido, es de notar que el ámbito de aplicación del apartado referido al Derecho dispositivo es el de las condiciones generales (art. 1262.4 PM: «se presumen abusivas las condiciones generales...»), mientras que el control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe está pensado para todas las cláusulas no negociadas individualmente, con independencia de que su destino sea un contrato en particular o una pluralidad de contratos. La razón de que el ámbito objetivo de aplicación de la presunción de abusividad por contravenir el Derecho dispositivo sea menor que el del control general, entendemos que puede estar relacionada con intentar limitar de algún modo la aplicación de esta presunción de abusividad tan protectora para el adherente. Al fin y al cabo, aun cuando suele coincidir que una cláusula no negociada individualmente es una cláusula prevista para la contratación en masa, el concepto de condición general es más restringido que el de cláusula no negociada individualmente y, como sabemos, el requisito de previsión para una pluralidad de contratos no deja de ser un claro indicio o garantía de una verdadera ausencia de negociación.

En este trabajo se ha defendido indudablemente desde el inicio la necesidad de un control de contenido específico también en el tráfico mercantil cuando se contrata mediante condiciones generales. Esta protección residiría ya realmente en el art. 1262.1 PM, con la cláusula general de la buena fe y en la lista negra de cláusulas que, en todo caso, se consideran abusivas. Ambas piezas de control le son de aplicación a cualquier adherente y, por tanto, también al empresario. A través de esa exigencia de equilibrio ya está representada la idea del Derecho dispositivo, parámetro con el que hay que medir la desviación o proporcionalidad de una cláusula predispuesta. Sin embargo, también se ha dicho que el control a favor del adherente empresario tiene que tener en cuenta las diferentes necesidades de protección. En todo caso, si se va a introducir una previsión de esta naturaleza –la presunción de abusividad del aparta-

do 4.º – para todo adherente en general¹⁷³, no solo complementaria al control de la cláusula de la buena fe sino también de mayor intensidad que aquélla –pues no sirve simplemente para indicarle al juez el modelo con el que comparar–, nos parece que aquélla debería ir acompañada de otras acotaciones que guiaran y/o vincularan al juez a la hora de determinar qué separación del Derecho dispositivo se puede considerar como significativa o qué compensación al desvío realmente está justificada, a la vista de las características del adherente concreto. La posición y particularidades de las partes se dejan fuera de la definición de condiciones generales de la contratación pero no de la valoración de la necesidad de protección. A este respecto, no se pone en duda que dentro de las operaciones que el operador jurídico tiene que llevar a cabo para valorar la abusividad de una cláusula, está también la naturaleza del adherente y las peculiaridades del tráfico mercantil. Esto garantizaría, *a priori*, mantener las necesarias diferencias entre la contratación de consumo y la contratación empresarial así como dentro de la propia contratación empresarial¹⁷⁴. Sin embargo, repetimos, se echa en falta la inclusión de alguna mención más específica que las meras «*circunstancias concurrentes en el momento de su celebración*» y que supusiera una vinculación al operador jurídico para llevar a cabo esta tarea de delimitar las distintas situaciones, como existe («*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*») –y se propone incluso intensificar (v. gr. «*die Gegebenheiten des unternehmerischen Geschäftsverkehrs*»¹⁷⁵)– en el Derecho alemán. Es más, venimos de ver cómo en la doctrina alemana se empieza a criticar de forma creciente a una jurisprudencia que, con unos mimbres mucho más limitados que los que tendrían los Tribunales españoles con el art. 1262 PM, han construido una tendencia a la equiparación entre ambos tipos de contratos. El modelo alemán de condiciones generales de la contratación ha sido siempre un ejemplo y su desarrollo con éxito durante tantos años es un hecho que sirve para refutar los argumentos alguna vez esgrimidos y que vinculaban al control material con un perjuicio para la economía. Pero, eso sí, parecen decir los críticos, aplicado sin perder de vista el mandato del legislador de diferenciación

¹⁷³ Un nivel tan elevado de protección no se ha pensado antes ni siquiera para el consumidor: el TRLC recoge la presunción de abusividad de una serie de cláusulas concretas que conforman la lista gris pero que, aun siendo muchos los supuestos, no abarcan tanto como todo el Derecho dispositivo en su conjunto.

¹⁷⁴ De hecho, la única normativa sectorial en contratos entre empresarios en la que se ha adoptado, en el caso de contratos mediante condiciones generales, una solución similar a la de la PM (imposibilidad de pacto en contrario de la norma salvo que resulte un beneficio para el adherente), es la Ley 15/2009, de contrato de transporte terrestre, y lo hace porque se trata de un ámbito de constatada gran desigualdad entre las partes.

¹⁷⁵ BERGER, K. P., *NJW*, pp. 469. Nos remitimos, en todo caso, al estudio del ordenamiento jurídico alemán.

entre consumidores y empresarios adherentes. Por eso sorprende el indudable aumento de protección que supone la presunción de abusividad del art. 1262.4 PM para todo adherente –y, por motivos obvios, con una especial repercusión en el caso del adherente no consumidor–, que, parece, va en sentido contrario, pues no solo incluye un control de mayor intensidad sino que lo hace sin vincularlo con algún criterio delimitador¹⁷⁶.

Un último apunte. Aunque ya fuera del ámbito de las condiciones generales de la contratación, antes de terminar nos parece interesante destacar el art. 1301 PM que introduce expresamente la anulación del contrato por ventaja excesiva (los PECL –art. 4:109– y el Proyecto de Pavía –art. 30–, recogen una figura similar). A tal efecto, una de las partes puede anular el contrato si en el momento de celebración del mismo se ha producido una ventaja excesiva para una de las partes por haberse aprovechado de una situación de dependencia, de extraordinarias dificultades económicas o de necesidad apremiante, de ignorancia, inexperiencia o falta de previsión de la otra parte. Como alternativa a la nulidad está la posibilidad de adaptación del contrato por el Juez de tal manera que se ajuste a las exigencias de la buena fe y lo usual en el tráfico jurídico. No se trata de una norma pensada para las condiciones generales puesto que se aplica a todo contrato pero sí que se esconde en su fundamento la idea de que los contratos no se pueden construir sobre un desequilibrio excesivo y un abuso de la parte débil de la relación jurídica¹⁷⁷.

Una nueva *Propuesta de los Libros Quinto y Sexto del Código civil* por parte de la Asociación de Profesores de Derecho civil (2015) continúa, en líneas generales, con el sentido de la regulación de la Propuesta de 2009. Se mantiene, para todo adherente, la referencia en los mismos términos a las cláusulas sorprendentes (art. 525-6.2) y una cláusula general de la buena fe y equilibrio significativo de derechos y obligaciones de las partes. También se prevé expresamente el Derecho dispositivo como parámetro de contraste aunque, en este caso, se matiza que el desequilibrio significativo podrá estimarse, en caso de duda y entre otros, cuando la cláusula «sea incompatible con los principios esenciales de la norma dispositiva» (art. 525-7.1, párr. 2.º). Por otra parte, la regulación del control de contenido se ciñe a esta cláusula general de la buena fe, desapareciendo los supuestos específicos de la lista negra de cláusulas abusivas que sí se detallaban en la Propuesta de 2009. Este será el régimen a aplicar a todas las cláusulas no negociadas individualmente sin perjuicio de la regulación *ad hoc* para el caso de contratos de consumo.

¹⁷⁶ Respecto de esta presunción, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2011, p. 227, apunta que supondría un exceso de protección no necesaria del adherente; CARBALLO FIDALGO, M., 2011, por su parte, la califica de «una auténtica bomba de relojería», concebida así, para todo adherente.

¹⁷⁷ Recordamos, en este punto, a nuestra Ley de Usura de 1908, sustentada sobre los mismos principios.

3.2 LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL DE LA SECCIÓN DE DERECHO MERCANTIL

De forma paralela a la Sección de Derecho Civil, la de Derecho Mercantil ha estado trabajando en un ambicioso texto que vio la luz en julio de 2013 bajo el título *Propuesta de Código Mercantil*¹⁷⁸. Con una vocación claramente expansiva, se introducen materias que hasta ahora carecían de regulación legal o cuya regulación legal se encontraba en el Código civil, como norma de Derecho general supletorio, o en leyes especiales. La delimitación de la materia mercantil se realiza a partir de un concepto clave que es el de «mercado», de tal forma que todo lo que actúa o interactúa en el mercado, se considera mercantil. El proyecto, con cerca de 1900 artículos, causó un revuelo en la comunidad científica, tanto para los detractores como para los partidarios del mismo¹⁷⁹.

En lo que a la materia objeto de este trabajo respecta, no vamos a profundizar en la poca conveniencia de incluir en la legislación mercantil la regulación de las condiciones generales de la contratación, materia que constituye una parte de la teoría general de las relaciones contractuales y que, por tanto, de unificarse su régimen en un único texto, el más adecuado sería el Código civil. Para ello nos remitimos al trabajo de Albiez Dohrmann, cuyas palabras suscribimos punto por punto¹⁸⁰. Pasando por alto esta cuestión y entrando en la regulación concreta que se previó en la propuesta y que pasó a formar parte sin modificaciones del texto del Anteproyecto de Ley del Código mercantil aprobado por el Consejo de Ministros¹⁸¹, no podemos por menos que ser críticos con el planteamiento que en ella se hace de las condiciones generales de la contratación.

Conviene recordar lo expuesto en los epígrafes anteriores y traer a colación las críticas que ha cosechado la LCGC por parte de la doctrina desde su publicación en 1998. También la tendencia de nuestros ordenamientos jurídicos vecinos en la materia así como la de los textos europeos de Derecho de contratos, todos en la misma dirección y, con matices, bajo unos mismos parámetros. Parámetros que, como hemos visto y como no podía ser de otra manera, se tienen en cuenta en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos de la Sección de Derecho civil en su regulación de las

¹⁷⁸ Acceso al texto en la página del Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215197775106/Medios/1288780618794/Detalle.html>

¹⁷⁹ Algunas críticas, a las que, aunque que excede del ámbito de este trabajo, nos sumamos, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Diario La Ley*; ACTUALIZA. Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, 2013; GARCÍA RUBIO, M. P., *RDC*, 7-27. Trabajos más descriptivos, ANAYA, G., *RAD*; SALAS CARCELLER, A., *RAD*.

¹⁸⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Diario La Ley*.

¹⁸¹ Aprobado el 30 de mayo de 2014.

condiciones generales de la contratación. Pues bien, siendo éste el estado de la cuestión, nacional y europeo, resulta sorprendente la ruptura con esta tendencia que supone el Libro Cuarto, «De las obligaciones y de los contratos mercantiles en general», Título III, «De las condiciones generales de la contratación», arts. 430-1 a 430.4 (y, repetimos, dejando a un lado el propio asunto de la inclusión de esta materia en la legislación mercantil).

La definición del concepto «condiciones generales de la contratación» ocupa los dos apartados del art. 430-1 del Anteproyecto. En el primero, se señala que son condiciones generales «las predisuestas por una de las partes para su utilización inalteradas en una o varias categorías de contratos», explicación que se complementa con el segundo apartado, según el cual dejan de ser generales las condiciones «cuando durante la formación o modificación de un contrato se someten a negociación individualizada o negociación competitiva». Además de lo extraño de la configuración del concepto en dos apartados, cuando tradicionalmente se ha venido redactando la definición de forma unificada y con un resultado bastante más claro, ciertos términos utilizados llaman la atención por no ser usuales y, aquí viene el problema, confusos. Así, que las condiciones que se utilicen en una pluralidad de contratos tengan que estar «inalteradas» parece que es un requisito que cae por su propio peso. Si por condiciones generales inalteradas hay que entender que el contenido final de los contratos no modifique el texto impuesto por el predisponente, es obvio porque, de lo contrario, como apunta Albiez Dohrmann, habría negociación¹⁸². Si con «inalteradas» se ha querido indicar que el texto predispuesto que se impone en la pluralidad de contratos tiene que ser el mismo en todos ellos, también es de cajón: si no, no estaríamos ante condiciones generales de la contratación sino ante cláusulas predisuestas para un contrato en particular, es decir, cláusulas no negociadas individualmente. Del mismo modo, es confusa la sustitución de la referencia a la pluralidad de contratos por la expresión «una o varias categorías de contratos». Desconocemos si pretende incluir alguna connotación pero no acaba de ser clara la mención a las categorías de contratos pues un texto de condiciones generales puede tener distinto sentido en función del tipo de contrato (objeto, destinatario) en el que se insertan¹⁸³. Por último, si bien es sabido que la «negociación individualizada» excluye la aplicación del régimen de condiciones generales, nos es totalmente ajeno el nuevo concepto de «negociación competitiva». Como es conocido, la existencia de un mercado competitivo no excluye, *per se*, los problemas que están en la base

¹⁸² *Ibidem*, p. 4.

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 4-5.

de la contratación mediante condiciones generales porque la diferencia de fuerza entre las posiciones de predisponente y adherente puede seguir siendo sustancial y, de hecho lo es, en general, cuando el adherente es un pequeño o mediano empresario ¹⁸⁴.

Todavía una valoración más negativa nos merece el control de incorporación que se configura en el art. 430-2 de la Propuesta. «Las condiciones generales únicamente forman parte de un contrato cuando se produce su incorporación voluntaria al mismo», reza el primer apartado del precepto. No es que sea técnicamente incorrecto como tal, pero hablar de incorporación «voluntaria» en un ámbito como el de la contratación mediante condiciones generales, en el que la participación de la voluntad del adherente no es precisamente lo característico (más allá de que, obviamente, existe consentimiento para contratar porque, de otra forma, no habría negocio jurídico), rechina un poco. Y el caso es que, después de esta primera afirmación, no nos queda muy claro cómo se entiende que se produce dicha incorporación «voluntaria».

Los apartados segundo y tercero del art. 430-2 nos dicen que «2. La incorporación voluntaria de las condiciones generales puede producirse mediante su firma por las partes o mediante remisión explícita a ellas en el contrato o en otra documentación contractual. 3. Cuando la incorporación voluntaria de las condiciones generales tenga lugar por remisión, cualesquiera de las partes deberá tener previamente la posibilidad de acceder a su contenido bien por disponer de un soporte en el que figuren las condiciones generales bien por tener acceso al sistema de información en el que se encuentren accesibles y recuperables en soporte duradero». Se regula, de esta forma, el conocido por nosotros requisito de la cognoscibilidad de las condiciones generales. Sin embargo, surgen ciertas dudas. Se dice que la incorporación *puede* (no *debe*) producirse por la firma de las partes o remisión explícita a ellas. ¿Significa que son las únicas dos posibilidades de entender que las condiciones generales se han incorporado «voluntariamente» al contrato? ¿Hay alguna otra forma para entender cumplido el requisito? En el caso de la incorporación de las condiciones generales mediante su firma, ¿deben estar incluidas en el documento contractual o cabe la posibilidad de que formen parte de uno independiente? ¹⁸⁵. Es cierto que el hecho de no imponer la firma y permitir la remisión explícita a

¹⁸⁴ Como certeramente señala ALBIEZ DOHRMANN (*ibidem*, p. 5), «no sé si con ello se quiere decir que la competitividad en el mercado no siempre impide la negociación cuando quienes compiten entre sí son empresas, pero las pequeñas y medianas empresas poco margen de negociación tienen frente a las grandes empresas, por muy competitivas que sean». En todo caso, nos remitimos al primer Capítulo acerca del fenómeno de la contratación mediante condiciones generales y el efecto de la competencia.

¹⁸⁵ Entendemos que, si es posible directamente la remisión sin firma a otro documento, con mayor razón también su firma en ese otro documento separado del contrato.

ellas supone reducir la rigidez del régimen contenido en el art. 5.1 LCGC, ya criticado en líneas anteriores, precisamente en la contratación entre empresarios, y permitir, para todo contrato y no solo en los no formalizados por escrito, una solución flexible más próxima a lo que podría ser el art. 5.3 LCGC. Sin embargo, un elemento clave del control de las condiciones generales como es el de incorporación –que, además, en concreto en este Anteproyecto es el único pues no se prevé control de contenido– debería ser más claro¹⁸⁶.

El art. 430-3 se cierra con un segundo apartado del que cabe señalar dos cuestiones. Por una parte, la inclusión en el texto de lo que pudieran ser las cláusulas sorprendentes y, por otra, una somera referencia a la redacción de las condiciones generales. La Propuesta declara sin eficacia «aquella cláusula integrada en condiciones generales cuyo contenido o redacción, material o formal, carezca de razonable previsibilidad para la otra parte del contrato, salvo que ésta la acepte expresamente»¹⁸⁷. Es la referencia a la redacción la única vinculada a lo que podría ser un deber de transparencia que, como hemos visto, no se ha incluido junto con el de cognoscibilidad. Por otra parte, el hecho de que la ineficacia venga generada por la falta razonable de previsibilidad, nos hace recordar la regulación de las cláusulas sorprendentes. Albiez Dohrmann hila más fino y apunta que se ha creado una nueva categoría de cláusulas distinta a las sorprendentes: las imprevisibles. En este sentido señala que una cláusula oscura o escondida solo será ineficaz si no es previsible, del mismo modo que una cláusula que sea usual en el mercado –y, por tanto, no razonablemente imprevisible– tendría validez aunque fuera abusiva¹⁸⁸.

Y el control de incorporación termina con un conflicto que normalmente se incluye dentro de los problemas de la incorporación, del que ya nos hemos

¹⁸⁶ ALBIEZ DOHRMANN, *ibidem*, pp. 5-6, llega a afirmar que «la lectura del art. 430-2 de la Propuesta mercantil debe sorprender a cualquiera que sea conocedor del Derecho de las condiciones generales de la contratación».

¹⁸⁷ No está muy claro a qué se refieren los criterios que tienen que ser previsibles. Parece que el contenido de este artículo proviene de los Principios UNIDROIT. En este sentido, PERALES VISCASILLAS (*Diario La Ley*) asocia la misma redacción al art. 2.20 de los Principios en su versión de 1994. La literalidad del principio, referido a las cláusulas sorpresivas, es: «(1) Una cláusula estándar no tiene eficacia si es de tal carácter que la otra parte no hubiera podido preverla razonablemente, salvo que dicha parte la hubiera aceptado expresamente. (2) Para determinar si una cláusula estándar es de tal carácter, se tendrá en cuenta su contenido, lenguaje y presentación». Si partimos de esta asociación, entendemos que cuando se habla en la Propuesta actual de «redacción material», es en referencia al «lenguaje», de igual modo que la «redacción formal» lo hace a la «presentación». Es decir, que tanto el contenido, como el lenguaje y la terminología, así como la presentación y formulación, tienen que ser previsibles (UNIDROIT, Comment on 2.20 Article, 1994, pp. 58-60. Disponible en <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>).

¹⁸⁸ ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, pp. 6-7.

ocupado en otros textos y que es la llamada batalla de formularios. Es decir, cuando ambas partes contratan con sus propias condiciones generales sin que sean del todo compatibles entre sí. Al ser un problema típicamente mercantil, el art. 430-5 no ha querido que siguiera sin solución expresa y plantea una regla. Pero, a pesar de lo acertado de tener en cuenta esta cuestión, de nuevo la pauta a seguir difiere de las que se han venido adoptando en los textos de Derecho europeo de contratos. Y es que mientras que, como hemos visto, tanto los textos de Derecho europeo como la Propuesta de Modernización del Código civil tienden por un criterio de incorporación de las condiciones generales al contrato en la medida en que sean coincidentes, la Propuesta de Código mercantil opta por la regla de la última palabra, de tal forma que el contrato quedará formado por los términos de la oferta y las condiciones generales contenidas en la aceptación, que pasarán a formar parte del contrato a menos que el oferente, sin demora justificada, objete verbalmente la discrepancia o envíe una comunicación en tal sentido.

No cabe decir mucho respecto de las reglas especiales de interpretación previstas para los contratos mediante condiciones generales pues el art. 430-4 recoge los dos criterios tradicionales: la regla de la prevalencia y la regla *contra proferentem* («las dudas que susciten las condiciones generales se resolverán conforme a las reglas de interpretación establecidas por el presente Código. En su defecto, se resolverán a favor de la parte que aceptó las condiciones»). Aunque en todas las definiciones normalmente se habla del «adherente» y no de «la parte que aceptó», no debe sorprender pues en ningún momento de la regulación de las condiciones generales se habla de «predisponente» y «adherente» sino de «partes» en general.

Y hasta aquí llega la regulación de la contratación mediante condiciones generales pues, más allá de lo apuntado respecto de la incorporación y las reglas de interpretación, no encontramos otro control más. De nuevo, al igual que en el caso de la Ley de 1998, los contratos entre empresarios se quedan fuera del control material o de contenido sin que puedan ser declaradas abusivas aquellas cláusulas contrarias a la buena fe, prácticas comerciales o criterio similar. Como hemos visto, el único avance sería la protección frente a aquellas cláusulas cuyo contenido fuera imprevisible, pero no por el contenido en sí sino por el factor sorpresa, factor que con la simple «aceptación» se elimina pasando la cláusula a formar parte del contrato con independencia de que su contenido sea abusivo. Es decir, aquellos empresarios adherentes que nosotros consideramos necesitados de una protección material –pequeños empresarios parte débil de la relación– se quedan, realmente, sin la protección que es de verdad eficiente: difícilmente garantice su libertad de contratación la acepta-

ción «voluntaria» de un clausulado predispuerto o la aceptación expresa de una cláusula imprevisible si su contenido es desproporcionado.

Se puede fácilmente comprobar que la dirección del texto mercantil, en lo que a control de condiciones generales entre empresarios se refiere, discrepa totalmente de la mantenida, no solo por la propuesta civil sino también por los distintos textos de Derecho europeo, que son indicativos de la tendencia actual.

4. Legislación sectorial

Hasta aquí, el marco normativo general de los contratos por predisposición. Sin embargo, no podemos obviar la existencia de ciertos sectores en los que se contrata de forma habitual y en su mayoría mediante condiciones generales (según los ámbitos, los adherentes pueden ser consumidores o empresarios o bien solo empresarios). No es de extrañar, por lo tanto, que existan leyes sectoriales que también contemplen este fenómeno e incorporen normas concretas que suponen límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes –más bien, del predisponente–. Algunos de estos ámbitos se han mencionado ya en líneas anteriores por su íntima y tradicional vinculación con los contratos en masa, como es el caso del contrato de seguro o el contrato de transporte, especialmente, el marítimo. La Ley de lucha contra la morosidad, por su parte, es una más reciente transposición de una Directiva europea e incluye medidas que suponen un control de contenido en determinadas relaciones en las que puede haber un desequilibrio, aunque no limitado a los contratos sin negociación, como veremos. Por último, nos detendremos brevemente en el sector de la distribución, un sector en el que de forma típica se utilizan contratos predispuertos y en el que es frecuente que entre las distintas partes de la cadena distributiva exista una gran diferencia de poder de negociación. Comenzamos por el primero citado, el contrato de seguro.

4.1 LA LEY 50/1980, DE CONTRATO DE SEGURO

Un contrato que no nos es desconocido es el contrato de seguro. Ha sido mencionado en diversas ocasiones, en especial al citar jurisprudencia en materia de interpretación de contratos. No en vano, se trata de uno de los sectores en los que mayor volumen de litigios se producen en relación con la contratación mediante condiciones generales. La Ley 50/1980, de 8 de octubre (en

adelante, LCS), presenta un perfil claramente protector de la figura del asegurado, lo que viene justificado por la propia estructura del contrato de seguro (pago anticipado de las primas por parte del asegurado frente a una promesa futura del asegurador)¹⁸⁹, así como por el hecho de que se trata de un contrato que típicamente se formaliza mediante condiciones generales.

La íntima vinculación existente entre el contrato de seguro y la contratación en masa ha sido puesta de manifiesto por doctrina y jurisprudencia y, de hecho, el ser un contrato de adhesión es una de las características que se enumera tradicionalmente al definir este negocio jurídico¹⁹⁰. En realidad, la razón viene dada por la propia técnica aseguradora pues la explotación del seguro va unida a la asunción por parte del asegurador de los riesgos de una pluralidad de personas. Esto solo es posible si existe una cierta homogeneidad de los supuestos, los riesgos y las primas, homogeneidad para la que son precisas las condiciones generales¹⁹¹. La existencia de condiciones generales es, pues, connatural a la propia noción de contrato de seguro¹⁹², al menos en la mayor parte de los casos pues, como veremos, existen supuestos concretos en los que se da algún tipo de negociación entre los contratantes por la igualdad de posiciones entre ambos (contrato de reaseguro y contrato de seguro de «grandes riesgos»).

Como en todo contrato mediante condiciones generales, nos encontramos con un predisponente, el asegurador, empresario especializado¹⁹³, y con un adherente, el asegurado, que, por la forma abierta en la que se recoge en la LCS, podría ser tanto consumidor como empresario. Esta desigualdad, que podría encajar en cualquier tipo de contrato mediante condiciones generales, posiblemente se acentúa más todavía en el ámbito del sector del seguro, pues el asegurador se encuentra normalmente en una situación singularmente superior en cuanto al conocimiento técnico de los avatares de la relación jurídica, lo cual tiene especial relevancia en un contrato como el de seguro, particular-

¹⁸⁹ TIRADO SUÁREZ, F. J., *DN*, p. 1.

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.; MARTÍN REYES, M. A., 1999, <http://vlex.com/vid/contrato-seguro-235363>, p. 4; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., 2001, p. 580; Díez-PICAZO, L., 2010, p. 641; EMBID IRUJO, J. M., 2002, p. 58; CABAÑAS GARCÍA, J. C., *RRCCS*, p. 10; VEIGA COPO, A. B., 2009, pp. 5518-5519.

¹⁹¹ GARRIGUES, J., 1973, pp. 9, 13-14, señaló la importancia de la uniformidad de los contratos de seguro a través de las condiciones generales. En el mismo sentido, SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, pp. 90-91.

¹⁹² No es de extrañar, por lo tanto, que en las primeras regulaciones del contrato de seguro –el marítimo– se incluyesen formularios de pólizas (SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, p. 91) o que el hecho de que las sociedades de seguro actuaran a través de la producción en masa de contratos análogos, a finales del siglo XIX, se haya visto como uno de los orígenes de la aparición de las condiciones generales de la contratación (*Vid.* URÍA, R., *RDM*, p. 224; PUJOL, F., 1994, pp. 558 y ss.).

¹⁹³ Señalan la necesidad de ser un empresario experto en la industria del seguro, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., 2001, p. 566; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 288-299.

mente complejo y en el que, como hemos dicho, la prestación del predisponente depende de un evento futuro e incierto¹⁹⁴. Se comprenderá, por tanto, la preocupación que se observa a lo largo de la LCS por proteger al asegurado. Esta tutela se articula a través de dos vías. Por una parte, el carácter imperativo de la norma (art. 2 LCS) –salvo las excepciones de los llamados «grandes riesgos» y el reaseguro, en los que expresamente la ley tiene carácter dispositivo–, que viene romper con la tradición eminentemente dispositiva que había regido en el Derecho contractual hasta ese momento¹⁹⁵. Pero de la LCS se ha dicho de forma unánime, por otra parte, que ha sido una norma pionera también por incluir en el ordenamiento jurídico español la primera regulación sobre condiciones generales y, concretamente, una serie de controles frente a posibles abusos del predisponente. Así, el art. 3 LCS, que recuerda mucho a la regulación vigente que hoy conocemos sobre condiciones generales, introduce dos controles, uno de incorporación y otro material.

El control de incorporación común para todas las condiciones generales pasa por la necesaria inclusión de las mismas en la proposición de seguro y en la póliza (o un documento complementario) a lo que se suma la obligación de entrega de un ejemplar y de suscripción del asegurado. Estas formalidades se completan, también en el caso de condiciones particulares, con un requisito de comprensibilidad ya que se exige que la redacción de las condiciones sea «clara y precisa». Nada muy alejado, como vemos, del control de inclusión que hemos manejado en la LCGC y en el TRLC. En el supuesto de cláusulas limitativas de derechos de los asegurados, este control formal se refuerza con la obligación de ser destacadas de modo especial y que sean específicamente aceptadas.

El control de contenido, por su parte, se articula a través del concepto de cláusulas lesivas para el asegurado. Aunque nada más se añade a este concepto, se ha aproximado su contenido a la noción actual de cláusulas abusivas que conocemos. Así, una cláusula lesiva será aquella que, sin contrariar los preceptos de la LCS –porque, en este caso, no sería lesiva sino directamente ilegal, dada la imperatividad de la norma que nos ocupa–¹⁹⁶, coloca al asegurado en una situación de manifiesto e injusto desequilibrio entre los derechos y obliga-

¹⁹⁴ SÁNCHEZ CALERO, F., 1996, p. 2990.

¹⁹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F., 1996, p. 2990.

¹⁹⁶ A favor, SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, p. 99; VEIGA COPO, A. B., 2009, pp. 5596; BARRÓN DE BENITO, J. L., 1999, p. 89. En contra, CABALLERO SÁNCHEZ, E., 1997, p. 137, quien entiende que también las cláusulas ilegales son lesivas.

ciones de las partes contratantes o contra la buena fe^{197 198}. La sanción que prevén los arts. 2 y 3 LCS para las cláusulas que contravengan sus estipulaciones, será la nulidad (de la cláusula en cuestión, conservando el resto del contrato si éste puede subsistir¹⁹⁹)²⁰⁰.

¹⁹⁷ SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, p. 99. En el mismo sentido, aludiendo a la idea de desproporción, desequilibrio, situación contraria a la buena fe, y a su equivalencia con el concepto de cláusula abusiva, *vide* también Díez-PICAZO, L., 2010, p. 641; PAGADOR LÓPEZ, J., *RES*, p. 92; 2011, pp. 1329-1330; CABBALLERO SÁNCHEZ, E., 1997, pp. 140 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., 2000, p. 3; CABAÑAS GARCÍA, J. C., *RRCCS*, pp. 6, 14; EMBID IRUJO, J. M., 2002, p. 79; TIRADO SUÁREZ, F. J., 2009, p. 684; VEIGA COPO, A. B., 2009, pp. 5594 y ss.

¹⁹⁸ Es de resaltar la importancia de la buena fe en el contrato de seguro. No en vano se ha dicho del mismo que se trata de un «contrato bienhechor» o «*uberrimae fidei contractus*» (GARRIGUES, J., 1973, pp. 57, 59). El deber de colaboración entre los contratantes común a todos los negocios jurídicos se acentúa en el caso del contrato de seguro de tal modo que, entre otras, el asegurador tiene una especial obligación de proporcionar toda la información relevante para la determinación del riesgo al asegurador y éste, por su parte, ha de redactar con claridad y precisión el condicionado del contrato sin intentar aprovecharse de su situación de superioridad. Al respecto, por todos, GARRIGUES, J., 1973, pp. 57 y ss.; TIRADO SUÁREZ, F. J., 2009, p. 580; VEIGA COPO, A. B., 2009, pp. 5520 y ss.

¹⁹⁹ Llama la atención VEIGA COPO, A. B., 2009, pp. 5598 y ss., en especial, 5601, sobre la necesidad de intentar evitar que la nulidad se extienda a todo el contrato.

²⁰⁰ Para entender un poco mejor la configuración de ambos controles, es necesario tener en cuenta una cuestión ha ocupado arduas discusiones doctrinales y buena parte de las argumentaciones de los tribunales en materia de contratos de seguro: el deslinde entre cláusulas delimitativas del riesgo, cláusulas limitativas de derechos y cláusulas lesivas. Sin pretender profundizar en la materia, para lo que nos remitimos a los múltiples trabajos publicados al respecto, el funcionamiento de los controles de incorporación y contenido, teniendo en cuenta los distintos tipos de cláusulas, quedaría de la siguiente manera. Las condiciones generales delimitadoras del riesgo están sujetas al control formal que podríamos llamar «básico» (claridad de las condiciones, entrega del ejemplar y suscripción de las mismas por el asegurado), pero no así al control de contenido pues están referidas a la prestación, elemento esencial cuyo equilibrio no es controlable. Las condiciones limitativas de derechos, por su parte, están sujetas a un control de incorporación reforzado. Es decir, además de las obligaciones anteriores, existe el doble deber de ser destacadas de manera especial (por ejemplo, en la práctica, mediante una letra diferente, de mayor tamaño, en negrita o subrayado, TIRADO SUÁREZ, F. J., 2009, p. 684; PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, p. 1334; Servicio de Reclamaciones de La Dirección General de Seguros y Planes y Fondos de Pensiones, <http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriterioscg.asp>) y la específica aceptación (acerca de la necesidad o no de una «doble firma», la general de todas las cláusulas contractuales y la específica, relativa a las limitativas, SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, pp. 108-109 (es suficiente una firma); PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, p. 1335 (son necesarias las dos; en el mismo sentido, SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394]). Y, aun superando este control de inclusión, deben pasar un segundo control de contenido, siendo declaradas nulas si se entiende que son lesivas. PAGADOR, por su parte, ha incorporado un elemento más al control del art. 3 LCS: las cláusulas delimitadoras-limitativas deben sujetarse al control de incorporación reforzado, dada su naturaleza limitativa, pero, además, si bien no cabe un control de contenido respecto de ellas, han de superar la regla de la prohibición de cláusulas lesivas, entendida en el sentido de prohibición de cláusulas sorprendentes, es decir, no deberán considerarse incorporadas al contrato cuando delimiten el riesgo objeto de cobertura de una manera tan insólita o sorprendente que éste no hubiera podido contar razonablemente con su existencia (2011, p. 1330). Ilustrativa de la teoría de PAGADOR acerca de cómo el control de lesividad en las cláusulas delimitativas puede existir en el sentido de control de cláusulas sorprendentes, SAP Barcelona de 19 de enero de 2006 [JUR\2006\238147].

Existe una abundante jurisprudencia en este campo, de la que podemos señalar una muestra: respecto de precisiones terminológicas, SSTS 27 de noviembre de 2003 [RJ\2003\295], 11 de septiembre de 2006 [RJ\2006\6576], 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275], 15 de julio de 2009 [RJ\2009\4707] y 20 de abril de 2011 [RJ\2011\3595]; declarando nulas cláusulas limitativas por no cumplir los requisitos formales del

En definitiva, la LCS viene a adelantar un régimen que será objeto de regulación en un momento posterior a través de la LCGC y de la normativa de consumidores, normas que, como sabemos, estructuran el control de las condiciones generales también en torno a sendos controles de incorporación y contenido. La pregunta que surge inmediatamente es si el art. 3 LCS sigue vigente en la actualidad. De la respuesta que se le dé a este interrogante depende una cuestión de cierta envergadura para nuestro trabajo. Efectivamente, la LCS, cuando se refiere al adherente, lo hace como «asegurado», sin limitar que éste sea consumidor y, por lo tanto, incluyendo dentro de su ámbito de aplicación subjetivo tanto a los consumidores como a los empresarios adherentes. La vigencia del art. 3 LCS no tiene tanta importancia en cuanto al control de incorporación puesto que la LCGC también prevé que los contratos entre profesionales se vean sujetos a él. No podemos decir lo mismo del control de contenido: aunque limitado a los contratos de seguro, el hecho de que el art. 3 estuviera en vigor implicaría la existencia de una norma que permitiera al juez entrar a valorar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

Sin entrar en pormenores, la doctrina ha entendido que el art. 3 LCS no está derogado en lo que respecta al control de incorporación puesto que los requerimientos son similares –en general– a los que puede contener la LCGC y el TRLC y, en todo caso, la concepción político-legislativa que ha guiado estos dos textos legales no difiere de la contenida en la LCS²⁰¹.

La cuestión se plantea de modo diverso o, al menos, con mayor complejidad, acerca del control material y los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El legislador de 1998 quiso dejar fuera del control de contenido a los contratos mercantiles bajo la idea de que no era necesaria tal protección específica y que con la aplicación de las reglas generales de los

art. 3 LCS (aunque en los dos primeros casos confundiendo control de incorporación con el de lesividad), STS 23 de octubre de 2002 [Tol225566], SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394], STS 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275], SAP Burgos de 12 de febrero de 2002 [JUR\2002\114394], SAP Castellón de 23 de febrero de 2007 [La Ley 2711631/2007], SAP Islas Baleares de 24 de octubre de 2013 [JUR\2013\348265]; haciendo uso asimismo de la regla *contra proferentem* (nos remitimos al apartado de interpretación en el que vimos cómo una buena parte de los contratos en los que se aplicaba la regla *contra stipulatorem* era, precisamente, en el ámbito del contrato de seguro), SSTS 27 de julio de 1996 [TOL217573], 14 de febrero de 2002 [RJ\2002\1444], 20 de noviembre de 2003 [RJ\2003\8084], 5 de julio de 2010 [RJ\2010\5699], 9 de julio de 2012 [RJ\2012\8605], SSAP Valencia de 26 de noviembre de 1999 [TOL247529], Asturias de 29 de mayo de 2001 [JUR\2001\245770], Málaga de 20 de abril de 2006 [TOL1191482], Salamanca de 7 de febrero de 2012 [JUR\2012\66350], Las Palmas de 26 de septiembre de 2013 [JUR\2013\349230]; aludiendo a la lesividad de la cláusula (aunque los tribunales han estado más por la labor de recurrir mayoritariamente, de nuevo, a la regla hermenéutica de interpretación a favor del adherente, como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «Comentario al artículo 1...», *op. cit.*, p. 50), STS 17 de octubre de 2007 [RJ\2007\6275].

²⁰¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, p. 140; PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, p. 1324.

contratos sería suficiente para reequilibrar posiciones, si así fuera necesario. Esta misma idea de que no siempre existe una desigualdad entre asegurador y asegurado aparece de forma expresa en la LCS. Ya hemos dejado anotado líneas arriba que el carácter imperativo de la norma que se desprende del art. 2 tiene excepciones, entre las que se encuentran los llamados «grandes riesgos» (art. 44.2) y el contrato de reaseguro (art. 79)²⁰².

Sin embargo, no todos los contratos de seguro en los que el asegurado sea un empresario presentan el mismo perfil. ¿Qué ocurre con el resto de contratos en los que el adherente no es consumidor y, sin embargo, ostenta una posición débil respecto de la aseguradora-predisponente? Al respecto hay opiniones diversas. Hay autores que entienden que el art. 3 LCS sigue vigente y es de aplicación en general a todo asegurado, sea consumidor, sea empresario²⁰³, mientras que otros restringen la aplicación del control de contenido que suponen las cláusulas lesivas a los contratos concertados con consumidores²⁰⁴. A nuestro juicio, la desigualdad entre asegurador y asegurado es manifiesta también en el contrato de seguro en este tipo de supuestos por lo que, en línea con lo mantenido respecto a los contratos mediante condiciones generales y el empresario adherente, afirmamos la necesidad de un control de contenido para aquellos casos en los que esta disparidad de posiciones conlleva abusos por parte del predisponente. Dicho esto, no podemos desconocer el hecho de que una ley posterior, la LCGC, ha querido dejar fuera del ámbito de aplicación subjetivo de una cláusula general de control de contenido a los contratos entre empresarios. Este es el argumento que aporta Alfaro para negar la aplicación del control de cláusulas lesivas en los contratos de seguro concluidos con un asegurado profesional²⁰⁵. Como quedó apuntado al hilo de los requisitos de incorporación (que, por el contrario, sí que seguirían vigentes), el conflicto que se presenta

²⁰² La envergadura económica de las empresas o del objeto del seguro en estos supuestos hace presuponer que no hay una parte débil que necesite ser protegida por la Ley pues los dos contratantes son profesionales que conocen el sector asegurado —en el caso del reaseguro— o que tienen los medios suficientes para defender su posición. En estos supuestos concretos, por lo tanto, no siempre se contrata a través de condiciones generales y la negociación entre ambos contratantes es frecuente. Así las cosas, está justificada la derogación del carácter imperativo de la LCS y la correlativa ampliación del margen de autonomía de la voluntad.

²⁰³ Así lo pone de manifiesto MIQUEL, J. M., 2002, p. 436; PAGADOR LÓPEZ, J., 2007, pp. 470, 475-476; EMBID IRUJO, J. M., 2002, pp. 70-72; RUIZ MUÑOZ, M., 2010, pp. 391-392; VARGAS VASSEROT, C., 2007, p. 1344; CABAÑAS GARCÍA, J. C., *RRCCS*, pp. 6 y 14. Aunque no de forma expresa, indirectamente parece dejarlo intuir SÁNCHEZ CALERO, F., 2005, p. 103; TIRADO SUÁREZ, F. J., 2009, p. 693. De interés nos resulta SALELLES, J. R., *RDM*, pp. 1150 y ss. (en especial, 1158 y 1159), respecto de las cláusulas lesivas en los contratos de seguro de responsabilidad civil profesional.

²⁰⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, p. 141; BARRÓN DE BENITO, J. L., 1999, pp. 46-52, en especial, p. 52; VEIGA COPO, A. B., *La Ley*, p. 8; Ponencia 2013.

²⁰⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, pp. 140-141.

entre dos criterios para resolver antinomias legales —«ley posterior deroga a ley anterior» y «ley especial deroga a ley general»— queda resuelto de la siguiente manera: prevalece la ley general posterior en la medida en que de su interpretación se deduzca un cambio en la política de la ley, pero debe prevalecer la ley especial anterior en la medida en que la nueva ley no modifique sus principios regulatorios de la institución²⁰⁶. Aplicando este razonamiento a nuestro supuesto, concluye el autor que sí que existe una contradicción entre el art. 8 LCGC y el art. 3 LCS, debiendo interpretar el ámbito de aplicación de la legislación especial de conformidad con este cambio de política legislativa. Además, apunta, sería una discriminación hacia los profesionales del seguro que solo estos contratos quedaran sometidos a un control de contenido y no el resto.

Aunque ante estos argumentos puede parecer difícil sostener, a la vista de la LCGC, la posibilidad de un control de contenido específico para los contratos de seguro entre profesionales, no queremos dejar de hacer algunas precisiones por las que en la actualidad nos parece cuestionable la derogación del art. 3 LCS en este sentido. En primer lugar, la posición legislativa contraria a un control material fuera de los contratos de consumo, en cierto modo, hace aguas. Es sabido que existen diversas normas que de forma expresa introducen límites a la autonomía de la voluntad respecto de algunos aspectos en contratos mercantiles en determinados sectores. Es decir, el legislador en la actualidad sí que aboga por actuar en algunos casos en los que pueden darse situaciones susceptibles de protección, aunque el adherente no ostente la cualidad de consumidor. Por otro lado, si bien es cierto que de la lectura conjunta de los dos apartados del art. 8 LCGC se desprende que la cláusula general de buena fe queda excluida de aplicación para determinar la nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios, también lo es que el legislador reconoció en el mismo texto legal que en los contratos mercantiles también podían darse abusos de una posición dominante (ver al respecto la confusa EEMM) que tendrán que ser asimismo controlados, aunque por las normas generales de la contratación. Evidentemente, a pesar de que la posición de las aseguradoras predisponentes encaja en muchos casos en ese esquema de superioridad —y cuando no lo hace, como en los grandes riesgos o el reaseguro, ya se ha encargado la LCS de señalarlo—, este argumento tendría un recorrido muy corto pues, en cualquier caso, la LCS no puede entenderse incluida dentro de esas «normas generales» al tratarse de una ley especial. Pero donde sí puede subsumirse es en el art. 8.1 LCGC, que recalca la vinculación de los contratos entre empresarios a «cualquier otra norma imperativa o prohibitiva», pues es indu-

²⁰⁶ *Ibidem*, pp. 139.

dable que la LCS lo es²⁰⁷. Por otra parte, no es tan irrelevante el hecho de que la LCGC no se refiera a la LCS en su Disposición derogatoria única como sí hace con otras normas.

Del mismo modo, hay razones para pensar que no existe una potencial discriminación arbitraria de los contratos de seguros respecto del resto de sectores, en los que no existiría la posibilidad del control de contenido específico. Cuando se habló del contrato de seguro y de su indiscutible vocación de norma de protección del asegurado, se hizo sobre la justificación de ser un contrato típicamente de adhesión, sí, pero también por su especial y compleja configuración. Mientras que el asegurado cumple con el pago efectivo de las primas, la prestación del asegurador depende de un evento incierto. El mejor situado para afrontar y «controlar» ese carácter aleatorio del contrato del modo que le sea más favorable es, sin duda, el predisponente, que tendrá, en una buena parte de los casos, unos medios y un conocimiento de la situación y de la relación jurídica mayor que el adherente, por muy profesional que éste sea²⁰⁸. Esta complejidad que separa tanto las posiciones de una y otra parte de la relación jurídica no es exclusiva del sector del seguro, pero sí que es un rasgo que la doctrina ha señalado como, en parte, justificativo de protección del asegurado y que no concurre en todos los contratos mediante condiciones generales²⁰⁹.

Por consiguiente, en función de que se apostara por una u otra tesis así estaría cubierto el asegurado empresario por una «cláusula general» de lesividad próxima al concepto de cláusula abusiva o no. Cabe preguntarse, asimismo, si todo asegurado empresario en cualquier caso estaría afectado por el carácter imperativo de la norma. Esto garantizaría a todo adherente la aplicación del régimen recogido en la LCS en el sentido de que no podría verse privado de derechos que allí se le reconocen ni verse gravado con nuevas obligaciones. Estas cláusulas serían no lesivas sino, directamente, ilegales. Por ejemplo, condiciones generales sobre duración, prórroga o plazo de preaviso que contradigan lo dispuesto en el art. 22 LCS, fijación de un plazo más breve que los siete días del art. 16 LCS para comunicar el siniestro al asegurador o pérdida total de indemnización en casos más gravosos que los recogidos en el mismo precepto (*v.gr.* vulneración negligente del deber de información en lu-

²⁰⁷ MIQUEL, J. M., 2002, p. 436, señala que «en la medida en que la LCS contiene una regulación imperativa, el artículo 8.1 reitera la nulidad de las condiciones generales contrarias a ella».

²⁰⁸ En este sentido, TIRADO SUÁREZ, F. J., 2000, p. 1; SÁNCHEZ CALERO, F., 1996, p. 2990.

²⁰⁹ Esta postura, además, es la mantenida en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil como apuntaremos al final: el sector de los contratos de seguro recibe un tratamiento especial pues, a diferencia de la regulación general de las condiciones generales, en la que no se prevé un control de contenido en contratos entre empresarios, las condiciones generales y particulares en los contratos de seguro deben superar un control de la buena fe y el justo equilibrio.

gar de restringirlo solo a los supuestos de dolo o culpa grave). En este sentido, no nos parece que sea cuestionable el carácter imperativo de la LCS en todos los contratos, también con empresarios adherentes (solo se excluye el carácter imperativo en los casos en los que así se diga de forma expresa y éstos se reducen a dos supuestos: reaseguro y grandes riesgos, por las razones ya apuntadas y que van más allá de que el asegurado sea un empresario).

El ya conocido por nosotros Anteproyecto de Ley de Código mercantil incluye dentro del Libro Quinto, «De los contratos mercantiles en particular», el contrato de seguro (Título VIII)²¹⁰. En lo que aquí interesa podemos señalar que se mantiene el carácter imperativo de las disposiciones de la norma con las mismas excepciones que las vigentes, manteniendo también, *grosso modo*, la regulación de la LCS: tras una remisión a las normas sobre condiciones generales (art. 581-3.1), recoge un control de incorporación [art. 581-3.a) y 4)] y otro de contenido, que sustituye el concepto de «cláusula lesiva» por el de cláusula ajustada «a la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes» [art. 581-3.3.b)]. Por lo tanto, como decíamos, no supone grandes cambios en cuanto al control actual en los contratos de seguro mediante condiciones generales (salvo dejar claro que el control de contenido cabe respecto de ellos con independencia de que no esté reconocido de forma general para los contratos entre empresarios y ampliar aquél a las «condiciones particulares»)²¹¹.

4.2 LA LEY 3/2004, DE LUCHA CONTRA LA MOROSIDAD (REMISIÓN)

La Ley 3/2004, de 29 de diciembre, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, representó una novedad en nuestro ordenamiento jurídico ya que supuso la inclusión, de forma expresa y después de la regulación de la LCGC, de un control de contenido a través de una cláusula

²¹⁰ Parte de la doctrina ya había puesto de manifiesto la necesidad de una reforma de la LCS que, aunque técnicamente de mucha calidad y puntera en su momento, había quedado desfasada en otros aspectos. Así, TIRADO SUÁREZ, F. J., 2000, pp. 1 y ss.; VEIGA COPO, A. B., *La Ley*, pp. 1 y ss. Recientemente, sobre la reforma en manos de la Comisión General de la Codificación, VÉRGEZ, M., *RES*, pp. 293-313; TAPIA HERMIDA, A., J., *RES*, pp. 311-336.

²¹¹ También en el ámbito europeo existen iniciativas por parte de las instituciones comunitarias para armonizar la regulación material del contrato de seguro, pensando en que es necesaria una estandarización para que circule libremente en el mercado, dadas las diferencias existentes entre los estados miembros. Así surgen los Principios de Derecho Europeo del Contrato de Seguro (PEDCS), estando la última versión fechada en 2009 (entre otros, *vide* BATALLER GRAU, J., *RES*, pp. 669-685; TAPIA HERMIDA, A., J., *RES*, pp. 325 y ss.). Encontramos en este texto –de corte claramente protector para el asegurado– un control material a través de una noción de cláusula abusiva muy apegada a los criterios de la Directiva de 1993 –buena fe, significativo desequilibrio en detrimento de los derechos y obligaciones del tomador, asegurado o beneficiario, etc.– y, lo más interesante, no restringida a los contratos con consumidores (art. 2:304). En la misma línea que los otros textos analizados, los PEDCS exceptúan el carácter imperativo de la normativa para los casos de reaseguro y otros que se pueden asimilar con nuestros grandes riesgos.

general de buena fe en la contratación entre empresarios. Como transposición de la Directiva 2000/35/CE –modificada en 2011 en virtud de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero–, en 2004 se promulga esta norma que ha sufrido diversas y recientes modificaciones²¹² y que, en todo caso, pretende dar solución a los problemas de morosidad en las operaciones comerciales. Efectivamente, el crédito comercial, aquel por el que las empresas obtienen una suerte de financiación a través del aplazamiento del pago de una compraventa o suministro de bienes o de una prestación de servicios, puede dar lugar a abusos (un plazo de pago excesivo, unos intereses de demora desmesurados) por parte del comerciante que ostenta una posición más fuerte frente a la parte débil de la relación, normalmente una pequeña y mediana empresa.

En todo caso, para el estudio de la normativa y de los límites a la autonomía de la voluntad en contratos entre empresarios que implica la LMOC, nos remitimos al apartado correspondiente (Segunda parte. Capítulo III. I. 10)

4.3 EL TRANSPORTE DE MERCANCÍAS

Es indudable que el transporte, en cualquiera de sus medios (tierra, mar o aire) y tanto de mercancías como de personas, tiene una gran importancia social y económica en cualquier país²¹³. También se trata de un ámbito muy vinculado con la formalización del contrato mediante condiciones generales dada la necesidad del transportista de contratar en masa en idénticas condiciones con muchos cargadores, sin que sea posible en la práctica y en la mayor parte de los casos llevar a cabo una negociación individual²¹⁴. Se trata, también en este caso, de uno de los ejemplos más característicos en la actualidad de un contrato de adhesión, en el que es frecuente que el cargador se limite a aceptar las condiciones que en bloque le impone el transportista o porteador, dada la desigualdad existente entre las partes, en general –aunque hay que matizar que no siempre se corresponde el transportista con el predisponente y el cargador con la parte débil–.

No es raro, por ello, que en las diferentes normas que regulan la materia encontremos partes imperativas que pretenden precisamente proteger al contratante débil en determinados aspectos, en especial, respecto a las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad. De este modo, y sin perjuicio del

²¹² Ley 15/2010, de 5 de julio; Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero; Ley 11/2013, de 26 de junio; Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo.

²¹³ MAPELLI, E., 1987, p. 76; QUINTANA CARLO, I., 2009, p. 5087; DÍAZ MORENO, A., 2009, p. 632.

²¹⁴ GARCÍA AMIGO, M., 1965, p. 198.

desarrollo de estas normas que se lleve a cabo al hilo del estudio de dicho tipo de cláusulas, podemos dejar apuntadas una serie de cuestiones que refrendan la presencia de la contratación mediante condiciones generales en este sector así como la idea de la necesidad de una cierta protección de la parte débil-adherente, aunque se trate de un empresario contratando en el ámbito de su profesión.

La normativa existente en el ámbito del transporte terrestre es un ejemplo de ello. La EM de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, de contrato de transporte terrestre de mercancías (en adelante, LCTTM), aplicable a todos los contratos que tengan lugar en territorio nacional, señala como aspecto básico de la regulación, su «índole dispositiva general», aunque se incluye una especialidad en cuanto a los contratos formalizados mediante condiciones generales: en estos casos, solo cabrá pacto en contrario de las estipulaciones de la norma cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente (art. 3). A esto se le suma, como tendremos ocasión de ver, la existencia de ciertos ámbitos imperativos que no pueden ser alterados por las partes, ni siquiera mediando negociación²¹⁵.

Así, la LCTTM se conforma como una norma de «imperatividad relativa»²¹⁶, permitiendo que los contratantes puedan determinar el contenido de su relación negocial con el límite de los preceptos imperativos, en todo caso, y también del propio derecho dispositivo en el caso de las condiciones generales, pues solo si la desviación es a favor del adherente serán válidas²¹⁷. Se reconoce de este modo una práctica habitual en el sector, como es la utilización de condiciones generales de la contratación, e intenta evitar los posibles abusos por parte del contratante negocialmente más fuerte.

De hecho, los contratos mediante condiciones generales están tan presentes que la propia norma, en su Disposición Final 3.^a, habilita a la Administración pública para aprobar contratos-tipo o condiciones generales de la contratación que contengan el régimen jurídico privado del contrato de transporte de mercancías por carretera o por ferrocarril y que desarrollen, precisen o aclaren lo previsto en la LCTTM, sin favorecer en especial la posición de ninguna de las dos partes (en la

²¹⁵ El más relevante es el régimen de responsabilidad del porteador (arts. 46 y ss.) [profundizaremos en la Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv.c.1)]. Junto a éste, también mencionar el art. 38.4 LCTTM, que declara nulo aquel pacto en contrario de la revisión del precio del transporte en función de la variación del precio del gasóleo, contenido en condiciones generales y que tenga un contenido claramente abusivo en perjuicio del porteador. En la misma línea, el art. 41 LCTTM, respecto de los plazos de pago, entiende nulo aquel pacto que tenga un contenido abusivo en perjuicio del porteador, atendiendo a los criterios de la LMOC.

²¹⁶ QUINTANA CARLO, I., 2009, p. 5104.

²¹⁷ Hay que llamar la atención sobre la similitud de esta regla con la de la Propuesta de Modernización que presume «abusiva» la desviación respecto del Derecho dispositivo. Por otra parte, como decíamos, y aunque normalmente será el cargador o transportista el predisponente, puede darse el caso de que el contrato sea impuesto por el cargador si se trata de una gran empresa. De ahí que se utilice el término «adherente» en general (MARTÍNEZ SANZ, F., 2010, p. 72)

actualidad, a través de la Orden del mismo Ministerio 2012/1882, de 5 de septiembre)²¹⁸.

Y, además de contratos-tipo provenientes de la Administración pública, también existen formularios creados por asociaciones del sector. Es el caso, en el ámbito internacional, de las condiciones elaboradas como complemento de la CMR (Convenio de Transporte internacional de mercancías por carretera) por la Asociación Internacional de Empresarios del Transporte (IRU, *International Road Transport Union*) para su utilización en los contratos de transporte que celebran sus asociados. Como entidad de carácter privado que es y tratándose de una asociación de transportistas, no debe sorprender sin embargo que, dentro del margen que la normativa deja, las condiciones generales sean más favorables a este sector profesional²¹⁹.

Por tanto, la contratación generalmente en masa en el sector y este riesgo de abuso por parte del predisponente es lo que permite entender la necesidad de ciertas disposiciones especiales, bien mediante Derecho imperativo no derogable por la autonomía de la voluntad, bien mediante un control de abusividad, bien limitando las posibles desviaciones del Derecho dispositivo solo a las que sean favorables a la parte débil de la relación, que es el adherente en general.

Lo mismo ocurre en el caso del transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque. Se trata de un ámbito en el que suele existir un desequilibrio entre ambos contratantes, el porteador –propietario del buque o fletador– y el cargador. Es común, por ello, que se trate de un sector del tráfico jurídico en el que se utilicen los contratos de adhesión con cláusulas impresas al dorso del documento impuestas –normalmente– por el porteador o transportista y aceptadas por el cargador²²⁰. La regulación de este contrato en

²¹⁸ Se dan unas pautas objetivas para determinar, por ejemplo, el precio cuando nada se haya pactado al respecto (cláusula 3.1), para concretar el lugar y el tiempo de la obligación de puesta a disposición del vehículo para su carga (cláusula 4.3) o el plazo para realizar la carga a bordo del mismo (cláusula 4.16). Acerca de las condiciones aprobadas por el Ministerio de Fomento, *vide*, entre otros, QUINTANA CARLO, I., 2009, pp. 5106 y ss.; DÍAZ MORENO, A., 2009, pp. 634-636; MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGUET MONFORT, J., *RDT*, pp. 32-33; EMPARANZA SOBEJANO, A., *RDM*, pp. 40 y ss.; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., *RDT*, pp. 39 y ss.

²¹⁹ De hecho, se ha cuestionado la ecuanimidad de algunas cláusulas. En un repaso de los aspectos más relevantes de las condiciones IRU, EMPARANZA (*RDM*, pp. 36 y ss.) señala, por ejemplo, que puede resultar desproporcionado conceder al transportista el derecho a depositar las mercancías en un almacén cuando así resulte preciso, sin necesidad de consentimiento del cargador (cláusula 12.1), ya que éste es el que tiene el derecho de disposición sobre las mercancías. Asimismo, de dudosa legalidad califica la cláusula que permite al transportista negarse a efectuar el envío si el cargador no acepta las reservas del remitente –pues no es equiparable la función de las reservas al contenido de la carta de porte con el derecho de resolución del contrato– o la facultad del porteador de retener las mercancías extendiéndola a supuestos muy distintos a los que señala la normativa.

²²⁰ Aunque ya se verá más adelante, como señala GÓRRIZ LÓPEZ, C., *ADM*, p. 26, si bien durante el s. XIX el principio que regía el transporte marítimo era el de libertad contractual, la superioridad económica de la industria naviera sobre la cargadora en el tráfico de línea regular permitió a los porteadores configurar la relación conforme a sus intereses.

el ámbito nacional estaba limitada hasta hace relativamente poco –pues en 2014 se publica la Ley de Navegación Marítima, vigente en la actualidad– al régimen recogido en el Código de Comercio para el contrato de fletamento (arts. 652 y ss.), régimen eminentemente dispositivo dada la igualdad de fuerzas que existen entre ambas partes en este contrato²²¹.

El hecho de que no existiera una regulación específica para los contratos nacionales y que la existente no acabara de encajar con el perfil del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, llevó a la aparición de multitud de formularios-tipo elaborados por asociaciones de armadores o que remitían directamente a la regulación internacional que tenía –y tiene–, por tanto, influencia también en el ámbito nacional²²².

Con la aprobación de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, se pretende homogeneizar la regulación del transporte marítimo nacional con la del internacional. De este modo, tal y como reconoce la norma en su EM, se mantiene básicamente el mismo régimen de Derecho necesario de la responsabilidad del porteador en los transportes contratados en régimen de

²²¹ Hay que tener en cuenta que el contrato de fletamento se configura, en este supuesto, como aquel contrato en el que una de las partes, el fletante, se obliga a cambio del pago de un flete, a poner a disposición de la otra un buque para trasladar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto de destino. Aunque el objetivo es el traslado de las mercancías, el objeto del contrato es el buque. El cargador, en estos casos, suele tener un similar peso económico que el fletante (EMPARANZA SOBEJANO, A., 2009, pp. 5263-5264). Por el contrario, en el transporte en régimen de conocimiento de embarque, el porteador es único pero los cargadores son varios de tal forma que el primero tiene una posición de superioridad respecto a los segundos y un mayor poder de negociación para imponerle por separado las condiciones generales.

²²² Al respecto, *ibidem*, pp. 5320-5321. En esta regulación internacional del transporte de mercancías por mar en régimen de conocimiento de embarque nos encontramos con una realidad normativa múltiple: en España es de aplicación el Convenio Internacional para la Unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 1924 («Convenio de Bruselas» o «Reglas de La Haya-Visby»), introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley de 22 de diciembre de 1949, de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque (derogada hoy en día por la Ley de Navegación Marítima de 2014). Dicha ley presentaba algunas diferencias con el primer acto legislativo, lo que generó multitud de debates doctrinales acerca de su aplicación: si la Ley o el Convenio y, en ese caso, qué versión del mismo pues ha habido varias modificaciones (es cierto, sin embargo, que al ser derogada esta Ley de 1949 por la vigente de 2014, las contradicciones desaparecen y se hace más sencilla la aplicación del Convenio internacional). A esto hay que sumarle, por otro lado, la existencia del Convenio sobre transporte de mercancías por mar de Hamburgo, en 1978 («Reglas de Hamburgo») que, si bien nunca ha sido ratificado por España, tiene una gran influencia en el sector. En la actualidad, además, España es uno de los pocos países (3) que ha ratificado las denominadas «Reglas de Rotterdam» (Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo adoptado en Rotterdam el 11 de diciembre de 2008) que, cuando alcancen el número de ratificaciones necesario –20–, entrarían en vigor, en perjuicio de las actualmente vigentes Reglas de La Haya-Visby (improbable que suceda, no obstante, a corto plazo).

Acerca de la normativa aplicable, *vide* ARROYO MARTÍNEZ, I., 2001, pp. 1338-1343; GÓRRIZ LÓPEZ, C., *ADM*, pp. 26 y ss.; PADILLA GONZÁLEZ, R., 2009, pp. 1136-1139; EMPARANZA SOBEJANO, A., 2009, pp. 5320 y ss. Acerca de las Reglas de Rotterdam, LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., *CDT*, pp. 165-185; RUIZ SOROA, J. M., *RDT*, pp. 13-38; MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *RDT*, pp. 11-35.

conocimiento de embarque (es decir, Convenio de Bruselas o Reglas de La Haya Visby). Se trata de un régimen inderogable para las partes en beneficio del titular del derecho sobre las mercancías, dada la limitada capacidad de negociación de los usuarios de estos servicios (EM, apartado VI). Así se ratifica en el art. 277 de la Ley, al eliminar los efectos de aquellas cláusulas contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías. Solo cuando las cláusulas estén pactadas en la póliza de fletamento –es decir, cuando se presupone una igualdad de posiciones y no una imposición por parte de una de ellas– tendrán validez las modificaciones de responsabilidad en ese sentido, siempre que respeten el límite del dolo o culpa grave del porteador. En el apartado referente a las cláusulas limitativas o exoneradoras de responsabilidad volveremos sobre este régimen ²²³.

Por aludir a todos los tipos de transporte, y aunque sea de forma sucinta, también el contrato de transporte aéreo de mercancías ²²⁴ se trata de un contra-

²²³ En este sentido y respecto del transporte internacional, nos parece de interés señalar una peculiaridad que introducen las Reglas de Rotterdam, ratificadas por España. Al igual que sus predecesores, son conscientes de los posibles abusos que pueden producirse por parte del transportista en el ámbito del transporte marítimo de mercancías y, en este sentido, entre otros, blindan el régimen de responsabilidad del porteador dotándole de un carácter imperativo de tal forma que no sean válidas aquellas cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad por debajo de los límites establecidos (art. 3.8 Convenio Bruselas y art. 79 Reglas de Rotterdam). No obstante, también es de reseñar que las Reglas de Rotterdam pueden dar una mayor entrada a la autonomía de la voluntad respecto de regulaciones anteriores a través de la figura de los denominados «contratos de volumen» [«todo contrato de transporte que prevea el transporte de una determinada cantidad de mercancías en sucesivas remesas durante el período en él convenido. Para la determinación de la cantidad, el contrato podrá prever un mínimo, un máximo o cierto margen cuantitativo» (art. 1 RR)]. En estos contratos, bajo el argumento de que existe una igualdad de posiciones entre las partes –pues los cargadores lo son de una cantidad, en principio, relevante de mercancías–, se concluye que no necesitan la tutela legal característica de este tipo de relaciones y que, por tanto, debe existir libertad contractual para negociar límites de responsabilidad más flexibles a cambio de menores fletes (art. 80). Son interesantes, en este sentido, los requisitos exigidos en el art. 80.2 para que las condiciones que se aparten del Convenio sean vinculantes. Requisitos que, en algunos casos, nos recuerdan a los requisitos de incorporación de la LCGC (inclusión de manera visible de las condiciones, no remisión a otros documentos...) y que pretenden asegurar el conocimiento y libertad contractual de ambas partes. Sin embargo, no está tan claro que estos requisitos, llegado el momento, puedan funcionar como verdaderos garantes de un equilibrio de posiciones entre porteador y cargador. Sobre todo cuando en la definición de contrato de volumen pueden entrar cargadores de pequeño tamaño –se habla de algo tan ambiguo como el «transporte de una determinada cantidad de mercancías» (y como señala RUIZ SOROA, J. M., *RDT*, p. 33, un contrato para transportar dos contenedores en viajes distintos a lo largo de un año encajaría ya en la definición)– que se vean obligados a aceptar, por ejemplo, cualquier limitación de responsabilidad del porteador por mucho que éste le haya tenido que ofrecer la oportunidad de concertar un contrato de transporte cuyo régimen sea el más favorable de las Reglas de Rotterdam –requisito curioso, por otra parte–. Se plantea al respecto TETTENBORN, A., 2010, p. 73 (citado por MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., *RDT*, p. 18), si se cumple con el requisito de ofrecer un contrato conforme a las condiciones del Convenio si el precio correlativo es inalcanzable. Entendemos que, para cumplir con el requisito, la alternativa tendría que entrar dentro de lo razonable.

²²⁴ Regulado en el ámbito nacional por la Ley 48/1960, de 21 de junio, de Navegación Aérea y, en el ámbito internacional, por el Sistema de Varsovia y el Convenio de Montreal, en función del ámbito del transporte y del país del otro contratante. *Vid.* PETIT LAVALL, M. V., 2009, pp. 5431-5462.

to mercantil concluido normalmente mediante condiciones generales, estando la autonomía de la voluntad limitada en lo relativo al régimen de responsabilidad del transportista por los mismos argumentos analizados líneas arriba. Así, toda cláusula que pretenda exonerar o limitar la responsabilidad del transportista por debajo del mínimo señalado en la normativa será nula (arts. 23 Convenio de Varsovia y 26 Convenio de Montreal).

4.4 EL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN

La distribución comercial, entendida como aquellas técnicas, procedimientos y contratos dirigidos a hacer llegar un producto o servicio desde la empresa fabricante o proveedora hasta el consumidor final²²⁵, tiene una incuestionable importancia económica en la actualidad. Además de dicha repercusión, en lo que a este trabajo respecta, es de señalar que la estructura del sector conlleva habitualmente desequilibrios de poder entre las partes que lo componen, siendo frecuente la ausencia real de negociación entre los contratantes y la conclusión de las relaciones negociales a través de contratos de adhesión²²⁶. Tradicionalmente se ha entendido como parte débil de la relación contractual a los distribuidores en relación con los fabricantes o proveedores²²⁷. Este sería el caso de una marca notoria que tuviera un gran poder frente a los distribuidores, que no se pueden permitir por ello prescindir de esos productos. Evidentemente, puede suceder lo contrario si nos encontramos ante un pequeño productor que necesita de un distribuidor de relieve para comercializar su producto (*v. gr.*, grandes superficies comerciales): en este supuesto, dado que el gran distribuidor tiene la posibilidad de elegir entre distintos productos que compiten entre sí, su

²²⁵ ALONSO SOTO, R., 2010, pp. 57-73. (p. 59). Acerca del sector de la distribución y su evolución, *vid.* DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *RDM*, pp. 420 y ss.; GINER PARREÑO, C. A., 1994, pp. 53-58; ALONSO SOTO, R., 2001, pp. 167-169; TORRUBIA CHALMETA, B., 2001, pp. 359-362; GALÁN CORONA, E., 2010, pp. 21 y ss.

²²⁶ No es de extrañar, por lo tanto, que ordenamientos jurídicos como el italiano o el holandés incluyan en su Código de consumo y Código civil, respectivamente, una previsión específica para este tipo de relaciones con la intención de proteger a la parte débil: así, el «*diritto di regresso*» italiano a favor del vendedor minorista y la posibilidad de que la parte débil en un contrato de distribución pueda obtener la nulidad de determinadas cláusulas que le han sido impuestas en el holandés (MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 237 y ss. y nota a pie núm. 262, respectivamente).

Señalan la importancia de la contratación mediante condiciones generales en el sector de la distribución, DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *RDM*, pp. 431-436; ALONSO SOTO, R., 2001, p. 181; BAREA NAVAMUEL, J., 2010, p. 902; BRIGANTY ARENCIBIA, A., 2010, p. 832; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., 2010, p. 132; RDCCD, p. 12; ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., 2010, p. 545; GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2010, pp. 259-260; MARÍN CASTÁN, F., 2010, p. 56; GONZÁLEZ LEÓN, C., 2015, pp. 217 y ss.

²²⁷ GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., 2010, p. 247.

poder es mayor que el del productor²²⁸. En cualquier caso, se ha señalado la importancia de la distribución comercial para el tejido social por ser sector «refugio» de autónomos y desarrollo de la pequeña y mediana empresa²²⁹.

En contraposición con este escenario, es opinión generalizada en la doctrina la escasa preocupación del legislador por el sector de la distribución. La única disciplina que se ha ocupado de él es la del Derecho de la competencia²³⁰. Los límites a la autonomía de la voluntad que se derivan de la regulación del Derecho de la competencia se centran, sin embargo, en unos aspectos concretos pero no alcanzan a cubrir todos los excesos que pueden llegar a producirse en los contratos de distribución y que, de hecho, habitualmente se manifiestan en la práctica a través de cláusulas que se revelan «abusivas» en contratos carentes de negociación entre las partes. A modo de ejemplo, la doctrina ha identificado como frecuentes en este sector cláusulas en relación con la duración del contrato, la modificación unilateral de condiciones contractuales, causas cuestionables de resolución del contrato, exigencias de inversiones o garantías desproporcionadas, cláusulas penales excesivas, cláusulas de control y supervisión extralimitadas, cláusulas de sumisión expresa o renuncia a determinados derechos, entre otras²³¹.

Sin embargo, y más allá de las normas específicas de Derecho de la competencia, las únicas menciones en la legislación contractual vigente al respecto en el sector de la distribución –un sector, como hemos ya señalado, con con-

²²⁸ CASARES RIPOL, J., 2010, p. 88.

²²⁹ *Ibidem*, p. 78. Es cuestionable, por eso, la afirmación que realiza la Comisión Nacional de la Competencia en su informe IPN 58/11, de 15 de junio de 2011, manteniendo que el contenido del contrato de distribución «debe ser el establecido libremente por las partes ya que son operadores económicos independientes y deben estar libres de imposiciones normativas en la mayor medida posible» (p. 12).

²³⁰ Los ahora vigentes Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas y Reglamento (UE) núm. 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, con la misma finalidad que el primero en el sector de los vehículos a motor. Ambas normas fijan una serie de requisitos que tienen que cumplir los acuerdos verticales para no caer en la prohibición del art. 101.1 TFUE –que veta los acuerdos que puedan afectar al comercio entre los países de la Unión Europea y que impidan, restrinjan o falseen la competencia– (acerca de los Reglamentos, BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Marcial Pons, Madrid, 2014, 383 p.). A la normativa comunitaria cabe sumar la regulación nacional del Derecho de la competencia a través, principalmente, de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (modificada en profundidad por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre). A ellas dedicamos un apartado específico (ver Segunda parte. Capítulo I), al que nos remitimos para la valoración del Derecho de la competencia y su aptitud para suplir al control de contenido en contratos mediante condiciones generales –aptitud que, adelantamos, no pensamos que exista–.

²³¹ Al respecto, *vide* CORDERO LOBATO, E., *ARC*; ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *RDCD*, pp. 12 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M., 2010, p. 417. En el sector de los vehículos a motor, aunque extrapolable en buena parte a los contratos de distribución en otros sectores, BRIGANTY ARENCIBIA, A., 2010, pp. 853 y ss.

tratos caracterizados en su mayoría por fuertes desequilibrios entre las partes y por ser de adhesión— las encontramos en la Ley del Contrato de agencia (porque se ha planteado la aplicación analógica de algunos de sus preceptos a supuestos distintos) y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (cuyo art. 62 contiene una referencia al contrato de franquicia y a una serie de deberes precontractuales de información, deberes desarrollados en la actualidad por el Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero).

No obstante, son de observar en los últimos años iniciativas para la creación de una regulación de los contratos de distribución que desembocaron en junio de 2011 en un Proyecto de Ley²³², cuya EM daba buena cuenta de la necesidad de normativa en la materia. Y, efectivamente, la idea de amparar a la parte débil en los supuestos necesitados de tutela aparece a lo largo del texto normativo con relativa frecuencia, por ejemplo, a través de la figura de la buena fe en la ejecución e interpretación, el abuso de dependencia (art. 4), deberes de información y garantía precontractual (art. 6), límites en relación con la fijación de objetivos comerciales (art. 11), de la obligación de compras mínimas (art. 12) o de adquisición de productos no pedidos, así como previsiones respecto a la duración y plazos de preaviso para evitar desequilibrios.

Los supuestos extraídos del articulado del Proyecto a modo de ejemplo de regulación protectora de la parte débil son de aplicación a todo contrato de distribución, con independencia de si ha existido negociación o no, ya que lo dispuesto en el texto normativo se entiende sin perjuicio de la LCGC, a la que remite el art. 9 «*cuando se utilicen en un contrato condiciones generales de la contratación*»²³³. En cualquier caso, como sabemos, esta remisión a la LCGC solo supone un «plus» de protección al adherente respecto del control de inclusión pero no así al de contenido, por lo que, desde un punto de vista general y sin que profundicemos ahora en cada una de ellas, nos parecen pertinentes las normas del Proyecto que pretenden controlar abusos contractuales típicos en el sector en la medida en que suponen una nueva vía de protección.

Este Proyecto de Ley de contratos de distribución (PLCD), a pesar de tramitarse de urgencia, se quedó sin aprobar por convocatoria anticipada de elecciones, siguiendo el sector, por tanto, huérfano de legislación. Este pano-

²³² Proyecto de Ley de contratos de distribución, de 29 de junio de 2011, Serie A, núm. 138-1.

Los antecedentes del Proyecto de Ley, comenzando por una propuesta de la sección de Derecho Mercantil de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia en 2006, son narrados por ECHEBARRÍA SÁENZ, J. A., *RDCD*, pp. 1-2.

²³³ Las motivaciones de extender una normativa protectora de este tipo tanto a contratos negociados como a los no negociados posiblemente tengan distintas motivaciones en el ámbito de la morosidad y en el de la distribución: en el primer caso, por la importancia para la economía de controlar los retrasos en los pagos; por la desigualdad estructural que suele haber en el sector, en el caso de la distribución.

rama parecía que iba a cambiar con la Propuesta de Código Mercantil, pues dentro de los contratos que regulaba se habían incluido, en un primer momento, los contratos de distribución (arts. 543-1 a 543-24)²³⁴, inclusión que fue suprimida sin embargo con posterioridad en la transformación de la Propuesta en Anteproyecto de Ley. De este modo, aún en el supuesto de que hubiera entrado en vigor la nueva norma mercantil, este sector habría seguido careciendo de regulación *ad hoc*. Esta ausencia no sería tan relevante, sin embargo, si contáramos con una norma que permitiera un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, que garantizaría que los abusos pudieran ser atajados, también en los contratos de distribución. Y, por lo expuesto, se podría decir que *de forma especial* en los contratos de distribución, dados los desequilibrios estructurales que existen y el uso habitual de contratos de adhesión en este sector.

²³⁴ Es de resaltar el carácter eminentemente dispositivo que tenía la normativa, a diferencia de los textos anteriores, dando peso a la autonomía de la voluntad de las partes y su pretensión de ser una regulación neutra, en el sentido de que «procura un justo equilibrio de las relaciones contractuales entre las partes sin perseguir la tutela del distribuidor por influjo de la consideración de que es la parte débil de la relación contractual» (ALONSO SOTO, R., *RDCD*, pp. 2-4). Señala el autor que la Propuesta, «en lugar de establecer un catálogo de obligaciones y derechos de las partes, establece unas pautas de comportamiento contractual de las mismas con base en la buena fe, que es la que debe regir la relación entre ellas, y deja a la autonomía de la voluntad la regulación del resto de las cuestiones atendiendo al caso concreto, con los límites marcados por la legislación en materia de condiciones generales de los contratos». La pregunta que inmediatamente nos surge es cuáles son realmente esos límites para la autonomía de la voluntad que comporta la legislación en materia de condiciones generales –más allá de unos meros requisitos formales– pues, como sabemos, la LCGC, única norma aplicable a contratos mercantiles, remite a las reglas generales del Derecho de obligaciones y contratos y la propia Propuesta de Código Mercantil no preveía tampoco un control de contenido para estos contratos. Quizás por esta pretensión de regulación neutra, no se observa un paralelismo total con el Proyecto de 2011, pues previsiones que parecen responder a prácticas negativas habituales en el sector –como la exigencia de garantías desproporcionadas–, desaparecerían, o bien no se recogían de forma tan clara en la Propuesta –como las limitaciones a la determinación de objetivos comerciales u obligaciones de compra mínima excesivos–. Sí se recogía en términos similares la obligación del preaviso (tanto en plazo como en limitación de carácter imperativo de la autonomía de las partes para pactar plazos menores a los señalados en la ley) y también se le daba relevancia a la necesidad de pactar un plazo de duración del contrato que permitiera la amortización de inversiones específicas.

Acerca de la Propuesta del Código Mercantil y los contratos de distribución, ver *ibidem*. También hace una referencia PERALES VISCASILLAS, P., 2010, pp. 306-308.

RECAPITULACIÓN

LA NECESIDAD DE PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE Y SU REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO Y NACIONAL

La idea esencial defendida al comienzo de esta Primera parte es la afirmación del empresario adherente como posible sujeto necesitado de la protección que supone el control de contenido. El proceso de formación de los contratos predispuestos difiere del de los contratos negociados en un aspecto básico: la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral. En el momento en el que una de las partes –el adherente– no ha tenido oportunidad de participar en la determinación del contenido del contrato sino que éste le viene impuesto por su posición débil frente al predisponente, no se puede decir que dicho contrato es expresión de la libertad e igualdad de los contratantes. Libertad, la de determinar el contenido de un contrato, que forma parte de la libertad de contratar y que no es preservada por la existencia de un mercado competitivo. Si, como suele ser habitual en este tipo de contratos –dado que una de las partes está regulando tanto sus intereses como los ajenos–, la regulación de las obligaciones y derechos de las partes resulta desequilibrada en perjuicio del adherente, es necesario, en aras de garantizar dicha libertad, asegurar un cierto equilibrio en la composición, equilibrio que sería el presumiblemente alcanzado si ambos contratantes hubieran podido negociar en relativas condiciones de igualdad. Si en los contratos negociados libertad implica la no intromisión en el contenido del contrato –resultado de la autonomía de la voluntad de los contratantes–, en los contratos predispuestos, libertad significa control del contenido del contrato si éste contiene abusos.

Este déficit de autonomía privada, pieza clave de la argumentación anterior, no es exclusivo de los contratos de consumo. Por tanto, teniendo en cuenta la necesaria diferenciación entre un adherente consumidor y un adhe-

rente empresario –mayor autorresponsabilidad exigible al empresario por contratar en el marco de su negocio con ánimo de lucro– y, asimismo, entre distintos tipos de empresarios –no todos necesitados de protección–, el control de contenido está justificado también en ciertos contratos no negociados entre empresarios. Será la posición de fuerza relativa entre ambos contratantes –posición dominante del predisponente y correlativa posición de debilidad del adherente– la que, principalmente, determine la necesidad de protección del segundo.

Este presupuesto de partida –la necesidad de protección mediante control de contenido de ciertos empresarios adherentes– se refuerza al mirar hacia algunos ordenamientos jurídicos vecinos y a las tendencias de Derecho privado europeas. Así, en algunos de los países –Alemania, Portugal, Holanda y, recientemente, Francia– se contempla un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, aludiendo a los mismos argumentos que han sido señalados arriba: distinto poder de negociación entre las partes, que impide que exista libertad para determinar el contenido del contrato; dependencia del adherente; situación de vulnerabilidad por falta de recursos para el asesoramiento o falta de experiencia, que conlleva el desconocimiento del verdadero alcance del clausulado. Se suele diferenciar, eso sí, la protección del consumidor de la del empresario adherente y también entre distintos tipos de empresarios adherentes. Se recurre para ello, por ejemplo, a fórmulas como los usos y costumbres vigentes en el comercio («*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*») o los intereses típicos del círculo de personas normalmente implicadas en negocios de la misma especie («*quadro negocial padronizado*») o bien a un criterio más concreto, como el tamaño de los «*small business*» (Holanda y Reino Unido en su propuesta de reforma). Incluso en países en los que no hay una previsión general de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios, han ido surgiendo ciertas regulaciones parciales para situaciones en las que ambas partes son empresarios y que están íntimamente asociadas con supuestos de desigualdad estructural entre los contratantes. Es el caso de Italia con el «*contratto di subfornitura*» o con el «*diritto di regresso*» a favor del minorista o era el de Francia –antes de la entrada en vigor de un control general en el Código civil– con su Ley para la Modernización de la economía y la protección frente a desequilibrios significativos en los derechos y obligaciones de las partes. Son normas de alcance limitado y en algunos casos concebidas más bien dentro del Derecho de la competencia que, aunque con distinta finalidad, comparte con el problema de la predisposición contractual en las condiciones generales la existencia de una posición de dominio de la parte fuerte. Sin embargo, tanto su propia promulgación como

la doctrina y jurisprudencia generadas a su alrededor, no dejan de ser indicadores de una voluntad de protección de determinados sujetos y en determinados supuestos en el ámbito empresarial.

Es más, en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplan expresamente un contenido de control general para el empresario adherente débil, es común denominador el intento de doctrina y jurisprudencia de recurrir a reglas de Derecho general de obligaciones y contratos para intentar paliar posibles abusos por parte de los predisponentes. En el caso francés ha sobresalido, como no podía ser de otra forma, el recurso a la «*cause*» en las cláusulas de limitación de responsabilidad a través del concepto de «obligaciones esenciales». Pero tanto en Francia –hasta hace poco– como en el resto de ordenamientos, las figuras son comunes: abuso de derecho, buena fe, culpa grave, dolo, orden público, moderación de las cláusulas penales, etc. Serán las mismas cuyas posibilidades como normas de control de contenido analizaremos en los siguientes capítulos, dado que en España tampoco existe control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios.

Y todavía más elocuente nos parece el hecho de que en todos los países analizados²³⁵ así como en el ámbito europeo estén en marcha, con mayor o menor recorrido, proyectos de reforma o de unificación que, en lo referente a la contratación predispuesta, tienen en común entender que el consumidor no es el único adherente digno de tutela. Así ocurre en Italia y en Reino Unido (y también en España). Y así ocurre, en línea con esta tendencia, con todas las propuestas de Derecho europeo de contratos, con la sola excepción del Proyecto de Pavía. Los PECL, DCFR y los Principios Acquis contemplan al empresario adherente como sujeto a proteger, con algunas diferencias en su configuración pero coincidiendo en la idea de base ya aquí repetida: la imposición contractual implica la necesidad de control si conlleva desequilibrios significativos en el contenido. En todo caso, el ejemplo más evidente de esta tendencia lo representa el ordenamiento jurídico francés, con una modificación del Derecho de obligaciones y contratos en este sentido y que ha entrado en vigor en febrero de 2016.

En España, decíamos, también hay un movimiento de reforma del Derecho de obligaciones y contratos que ha dado lugar a dos textos de Propuesta (2009, 2015) que amplían el ámbito subjetivo del control de contenido a todo adherente (contrasta éste con el otro proceso de reforma, el del Código de comercio, que sigue restringiéndolo a los contratos con consumidores). Pero,

²³⁵ Evidentemente, nos referimos a los países cuyos ordenamientos jurídicos no contemplan el control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios.

atendiendo al Derecho positivo vigente, nuestro país debe ser catalogado junto a aquellos otros que carecen de un control de contenido en los contratos predispuestos fuera del ámbito de consumo. Así, la LCGC, si bien configura un control de incorporación aplicable a todo adherente –cuestionado por su excesiva rigidez para el ámbito empresarial– y recoge las reglas clásicas de interpretación en este tipo de contratos –destacando el uso (¿y abuso?) por parte de la jurisprudencia de la regla *contra proferentem* para proteger a la parte débil–, deja fuera del control material a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Estos contratos, a pesar de la sustancial diferencia en el proceso de su formación, solo se verán afectados por las normas imperativas o prohibitivas generales, esto es, por los mismos límites que los contratos negociados: Ley, moral y orden público, según el art. 1255 Cc. La solución, a nuestro juicio, es insatisfactoria, pues el control verdaderamente relevante y que garantiza la libertad del adherente necesitado de protección no es el de incorporación –dado que la conducta eficiente es no leer las cláusulas– sino el de contenido.

Y este escenario no cambia a pesar de la existencia de ciertas normas sectoriales que, por la situación de debilidad en la que típicamente se encuentran algunos empresarios en esas relaciones contractuales, incluyen –o han intentado incluir– puntuales límites a la autonomía de la voluntad con la intención de elevar el nivel de protección. Esto ocurre en la Ley del contrato de seguro, que contempla la nulidad de las «cláusulas lesivas» para prácticamente todo asegurado²³⁶, en la idea de que la condición de empresario del adherente no excluye su posición de inferioridad respecto del asegurador. Otro ámbito tradicionalmente vinculado con los contratos de adhesión es el del transporte de mercancías –ya sea terrestre, marítimo o aéreo–, cuya regulación incluye previsiones especialmente encaminadas a evitar que la parte fuerte de la relación traspase de forma desproporcionada a la débil los riesgos del contrato mediante cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad. La primera norma en nuestro ordenamiento jurídico que introduce en la contratación entre empresarios una verdadera fórmula de control de contenido basado expresamente en la buena fe es la Ley de lucha contra la morosidad, eso sí, respecto de todo contrato –no solo predispuestos– y limitada a plazos de pago, intereses de demora e indemnización por costes de cobro en las operaciones comerciales. Por último, nos encontramos con el sector de la distribución, representativo donde los haya de los contratos predispuestos y entre partes claramente desequilibradas. En este caso, tras alguna tentativa fracasada de regu-

²³⁶ Salvo dos supuestos caracterizados por la igualdad entre asegurado y asegurador.

lación nacional general que permitiera corregir estos desequilibrios, la realidad es que los contratos de distribución tienen en la actualidad –con muy puntuales salvedades– como únicos límites los dispuestos para todo contrato en el Código de comercio y el Código civil.

No dejan de ser éstas regulaciones parciales, tanto en cuanto al tipo de contratos a los que se aplican como a las cláusulas que tienen por objeto. Y esto, en el mejor de los casos. Como acabamos de ver, sectores tan típicamente proclives a asimetrías entre los contratantes como el de la distribución, están carentes de una normativa adecuada. Además, y ya en general, fuera de estos sectores específicos, por supuesto que también es común la contratación mediante condiciones generales entre empresarios que, por el ámbito en el contratan, por su tamaño, capacidad o dependencia respecto del predisponente, están necesitados de una protección más elevada de la que pueden proporcionarles los tradicionales límites a la autonomía de la voluntad pensados para contratos en los que, a diferencia de éstos, existe una plena autonomía privada de ambos contratantes. Esta función del Derecho imperativo, la moral y el orden público como mecanismos de control de contenido en contratos predispuestos entre empresarios es la que nos va a ocupar el Capítulo III de la Segunda parte, si bien, como veremos, resultan insuficientes para proteger adecuadamente al empresario adherente en casos en que la regulación impuesta por la otra parte resulta claramente «desequilibrada».

SEGUNDA PARTE

**LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO
ADHERENTE POR CAUCES
NO ESPECÍFICAMENTE PREVISTOS
PARA CONDICIONES GENERALES
DE LA CONTRATACIÓN**

CAPÍTULO I

LA PROTECCIÓN MEDIANTE EL DERECHO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

No es la primera vez que aparece el Derecho de la competencia en este trabajo. Lo hizo en la Parte primera, tanto en el Capítulo I como en el apartado del sector de la distribución, sector que, por su estructura, puede ser proclive a restringir la competencia. De ahí la existencia de ciertas normas dictadas *ad hoc* para evitar que determinados acuerdos en las relaciones empresariales verticales tengan efectos que perjudiquen a los mercados competitivos. Junto a la normativa comunitaria específica citada en ese momento²³⁷, encontramos en el ámbito nacional dos normas –la Ley de Defensa de la Competencia y la Ley de Competencia Desleal– que forman el núcleo del Derecho de la competencia y en las que nos detendremos brevemente para analizar su aptitud como mecanismo de protección de los empresarios débiles, postura que ha sido mantenida por algunos autores y razón que justifica que nos detengamos en este punto.

Efectivamente, tanto la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), como la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal²³⁸ (en adelante, LCD), albergan figuras que parece pueden tener una cierta finalidad tuitiva de la parte débil. Es el caso, por un lado, de la prohibición de «explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio», recogida en el art. 2 LDC y de los actos de competencia desleal «que por falsear la libre competencia afecten al interés público», según el art. 3 del mismo texto legal. Por otro, la cláusula general del art. 4.1 LCD, según la cual «se reputa desleal todo comportamiento que re-

²³⁷ Cfr. Nota a pie núm. 230.

²³⁸ Reformada en profundidad por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre.

sulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», así como una de las concreciones de ese comportamiento desleal que aporta el legislador, la explotación una «situación de dependencia económica», recogida en el art. 16.2 LCD.

El control que representan estas figuras en los contratos entre empresarios ha llevado a afirmar a algunos autores, decíamos, su suficiencia como mecanismo para proteger en todos los casos a la parte contractual débil –la parte que sufre el abuso de posición de dominio o la explotación de la situación de dependencia económica– sin que sea necesario, por tanto, articular una protección especial para los contratos entre empresarios mediante condiciones generales²³⁹. Aunque es cierto que ciertas situaciones de abuso pueden quedar cubiertas por el Derecho de la competencia, no hay buenas razones para pensar que éste por sí solo puede sustituir al control de contenido típico de los contratos de adhesión.

Para empezar, tras un análisis de la figura del abuso de posición dominante de la LDC, pronto comprobamos que se trata de un concepto que no tiene por finalidad principal tanto la protección de la parte débil del contrato como de la competencia en el mercado²⁴⁰. Las conductas que interesan a la LDC son conductas que van más allá de la mera relación particular de las partes contratantes, en la medida en que, junto a la existencia de una posición de dominio y su abuso, tiene que haber un resultado que afecte a la estructura del mercado, a la competencia²⁴¹. En este sentido, se dice, los intereses que defiende la LDC

²³⁹ GINER PARREÑO, C. A., *EC*, p. 24.

²⁴⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2006, p. 195: «[E]l objetivo del Derecho de la competencia en general y de la prohibición de abuso en particular es proteger la competencia y no proteger a los competidores [...]».

²⁴¹ Aunque el legislador no define la posición de dominio se ha entendido por tal aquella situación en la que el operador económico puede actuar de manera independiente en el mercado sin tener en cuenta a sus competidores, proveedores o clientes. Sobre la definición de posición de dominio, entre otros, *vide* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., 1996, pp. 996 y ss.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2006, pp. 197 y ss.; HERNÁNDEZ, F., 2009, pp. 119 y ss.; GUTIÉRREZ, A., 2010, pp. 129 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., 2013, pp. 342 y ss. En la famosa sentencia del caso *United Brands*, (STJCE de 14 de febrero de 1978, asunto núm. 27/76) el Tribunal de Justicia señala que la posición dominante «se refiere a la situación de poder económico que ostenta una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, permitiéndole actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores».

Para determinar la existencia de esta posición de dominio es necesario delimitar previamente el mercado relevante que se va a tener como referencia y atender a una serie de criterios como la cuota de mercado, la potencia económica y comercial de los competidores, el grado de integración vertical y dominancia en mercados conexos, la existencia de barreras de entrada, etc. (con detalle, GUTIÉRREZ, A., 2010, pp. 130 y ss.). En todo caso, lo que se prohíbe no es la posición dominante en sí misma –pueden existir monopolios o empresas con importantes cuotas como consecuencia de la estructura del mercado– sino la actuación abusiva que de ese poder puedan hacer (HERNÁNDEZ, F., 2009, pp. 115-116; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., 1996, p. 984). Como señala el TS (STS 29 de marzo de 2012 [RJ2012\8003]), «en principio la

son, principalmente, intereses públicos y no tanto los privados de los operadores económicos, que son los que presiden el Derecho de obligaciones y contratos²⁴². Aun cuando pueda en algunos casos desempeñar una función tuitiva, la necesidad de que concurren unos requisitos técnicos basados en elementos económicos –posición dominante según cuota de mercado y resultado que afecte al comercio– y la diversidad de finalidades –el Derecho de la competencia no pretende remediar el desequilibrio contractual sino que vela por la regulación de los mercados²⁴³–, separan a la figura del abuso de posición dominante de poder ser un sustituto real del control de contenido en la contratación empresarial mediante condiciones generales.

Más fino hay que hilar en el caso de la LCD. Esta norma evoluciona con la última reforma²⁴⁴ y «deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado» (EEMM, III.1)²⁴⁵. Pero, a diferencia de la LDC, tiene un enfoque más centrado en el punto de vista de los intereses de los particulares. Así lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo al afirmar que la Ley de Competencia Desleal «tiene por finalidad la protección de la competencia en interés de los participantes del mercado y no del propio mercado» (STS 27 de julio de 2003 [TOL307.999]).

existencia de una posición dominante no priva a la empresa que la ocupe del derecho a preservar sus propios intereses comerciales, cuando se encuentran amenazados». Se trata de un singular abuso del derecho «que con sustento en la privilegiada libertad económica de que goza la empresa dominante, sobrepasa los límites normales del ejercicio del derecho para obtener ventajas de las transacciones, carentes de justificación, que no habría podido obtener en caso de una competencia practicable y suficientemente eficaz, lesionando directamente los intereses de terceros o el interés general al que atiende el sistema de defensa de la competencia» (SSTS 8 de junio de 2010 [RJ2010\8069], 11 de noviembre de 2009 [RJ2010\1726], 15 de octubre de 2008 [RJ2008\5734]). A partir de la definición de la conocida sentencia de «*Hoffmann La Roche*» (Caso Hoffmann-La Roche & Co. AG contra la Comisión de las Comunidades Europeas, STJCE 13 de febrero de 1979, núm. 85/76), se delimitan una serie de requisitos que tienen que concurrir para que exista un abuso de posición de dominio, entre los que resaltamos que se trate de un comportamiento que pueda afectar a la estructura del mercado y que pueda impedir o dificultar el nivel de competencia existente o su incremento.

²⁴² ZABALETA DÍAZ, M., 2002, p. 45. Esto se evidencia también en el art. 3 LDC donde se sancionan los actos de competencia desleal «que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Dentro de este interés público, es conocido el hecho de que el objetivo de la legislación sobre competencia concuerda en parte con el de la legislación de consumo al pretender, de forma más mediata o inmediata, la promoción del bienestar de los consumidores (GÓMEZ POMAR, F., *InDret*, pp. 2-4). En todo caso, como señala RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008, pp. 177-178, al requerir que el acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y afecte al interés público se «reduce el campo aplicativo de la competencia en favor del Derecho contractual por dejar fuera de su ámbito los acuerdos de menor interés concurrencial».

²⁴³ IDOT, L., 1997, p. 63.

²⁴⁴ Alude a los sucesivos cambios en materia de competencia desleal, MAESTRE BENAVENTE, R., *RDCD*, p. 1.

²⁴⁵ Al respecto, RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008, p. 180; MARTÍNEZ SANZ, F., *RDCD*, p. 1.

Pues bien, los dos preceptos que nos interesan a los efectos de este trabajo son los señalados líneas arriba: por una parte, la cláusula general del art. 4, con remisión a la buena fe objetiva como criterio para determinar los actos desleales –un concepto que nos es muy familiar en el ámbito contractual–²⁴⁶; por otra, el art. 16.2 LCD, que precisa como uno de esos actos desleales en contratos entre empresarios la explotación de una situación de dependencia económica.

Se entiende que una empresa está en situación de dependencia económica respecto de otra cuando no tiene una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad, cuando «no puede prescindir de las relaciones comerciales que mantiene con la empresa con poder relativo de mercado fuerte sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada»²⁴⁷. Es decir, se entiende por «alternativa» «la posibilidad de sustituir, en la relación contractual que liga a ambas partes, a la empresa fuerte por otra empresa que esté en condiciones de suministrar o adquirir los bienes o servicios que suministraba o adquiriría la empresa fuerte»²⁴⁸; y por «equivalente», que ésta sea «suficiente y razonable»²⁴⁹, en función de la situación de la empresa presuntamente dependiente en el mercado relevante y las consecuencias que puede tener el uso de la alternativa sobre su capacidad competitiva.

Junto con la situación de dependencia económica, el ilícito del art. 16.2 LCD requiere una explotación o abuso de la misma, poniendo el legislador como ejemplos no exhaustivos la obligación por parte del sujeto dependiente de conceder ventajas adicionales y específicas a la parte fuerte, la no observancia de un preaviso escrito y de seis meses como mínimo en caso de ruptura y la obtención de condiciones beneficiosas como consecuencia de una amenaza a la empresa dependiente de ruptura de las relaciones comerciales²⁵⁰.

²⁴⁶ Acerca de la buena fe del art. 4, MARTÍNEZ SANZ, F., *RDCD*, pp. 5 y ss, señala que supuso una ruptura muy considerable con los planteamientos hasta entonces vigentes en la materia, pues era habitual, hasta ese momento, referir el juicio de deslealtad a la contravención a los buenos usos en materia comercial, buenas costumbres, usos honestos, o expresiones similares. Del mismo autor, también: 2009, pp. 61-77, apuntando la voluntad del legislador de buscar un parámetro objetivo y que no dependiera de los usos en la práctica del comercio (p. 61). Igualmente recoge la jurisprudencia la evolución de la cláusula general del actual art. 4 LCD, *vid.* STS 29 febrero de 2012 [TOL2.488.692].

²⁴⁷ ZABALETA DÍAZ, M., 2002, pp. 230-231. En general, sobre la situación de dependencia, pp. 230 y ss. Acerca de la situación de dependencia económica, también VIDAL MONFERRER, R. M., 2009, pp. 279-282.

²⁴⁸ ESTEVAN DE QUESADA, C., *ADIDA*, pp. 156-157.

²⁴⁹ Traído del Derecho alemán, *vid.* ESTEVAN DE QUESADA, C., *ADI*, pp. 160 y ss. Por su parte, ZABALETA DÍAZ, M., 2002, pp. 232-234, habla de una alternativa «suficiente y viable». La SAP Córdoba de 25 de enero de 2014 [JUR\2014\13006] puntualiza que la alternativa equivalente en el mercado no es viable cuando, a pesar de que existan otras fuentes de aprovisionamiento en el mercado, esta alternativa no es real sino meramente potencial o bien cuando la reorientación de la producción o del funcionamiento de la empresa afectada que necesariamente implica el cambio de actividad pone en peligro la subsistencia en el mercado de la empresa dependiente.

²⁵⁰ Explicando la conducta relevante de la explotación de la situación de dependencia económica, VIDAL MONFERRER, R. M., 2009, pp. 282-287. Una buena síntesis de los requisitos para que concurra la

Se ha resaltado del supuesto del art. 16.2 LCD su finalidad de protección al empresario dependiente o débil. Sumado al enfoque de la LCD, la pregunta que surge entonces es: ¿podrían ser estas figuras de los arts. 4 y 16.2 LCD suficiente mecanismo de tutela en los contratos entre empresarios haciendo innecesario, así, un control de contenido específico para los contratos mediante condiciones generales?

En este sentido, es cierto, que, a diferencia de la LDC –que, como vimos, perseguía la protección del interés público–, los citados ilícitos de competencia desleal se acercan más al Derecho de obligaciones y contratos pues tienen como finalidad proteger los intereses privados de los empresarios²⁵¹. Aun coincidiendo en alguno de los objetivos con la LDC –la propia EEMM de la LCD señala claramente que «la institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección» (III.1)–, éstos se abordan desde una perspectiva eminentemente privada²⁵². De hecho, se ha situado a la LCD como punto de encuentro entre el Derecho de la competencia y el Derecho de obligaciones y contratos²⁵³. Mientras que en la posición de dominio el poder de la entidad es absoluto, es decir, frente a competidores, clientes y consumidores, la posición de poder de la empresa fuerte en la figura de la situación de dependencia económica es relativa, esto es, en esa relación individual²⁵⁴.

Otra nota que separa a la competencia desleal del Derecho de defensa de la competencia y la acerca al Derecho de obligaciones y contratos es la naturaleza de los órganos encargados de velar por la aplicación de las normas. Efectivamente, mientras que son órganos administrativos, como la Comisión Nacional de la Competencia, los que mayoritariamente aplican la LDC²⁵⁵, la competencia para conocer de la LCD la ostentan los Juzgados de lo Mercan-

conducta tipificada en el art. 16.2 LCD la encontramos en la SAP Barcelona de 18 de junio de 2008 [JUR\2008\316876]. «Para determinar dicha situación de dependencia», señala el órgano jurisdiccional, «es necesario, en primer lugar, identificar el mercado relevante en términos subjetivos, para, a continuación, analizar si en ese mercado existen o no alternativas equivalentes para la actora, y, en tercer término, enjuiciar la acción de explotación de esa situación de dependencia económica, por cuanto dicha acción [...] constituirá un ilícito desleal en la medida en que carezca de justificación objetiva y ocasione un perjuicio a la posición competitiva de la actora».

²⁵¹ RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008, p. 180.

²⁵² MARTÍNEZ SANZ, F., 2009, p. 22.

²⁵³ RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008, p. 186.

²⁵⁴ Esta distinción entre posición de dominio absoluto o relativo la hacen MASSAGUER FUENTES, J., 1995, p. 2220; ZABALETA DÍAZ, M., 2002, p. 228; ESTEVAN DE QUESADA, C., *ADI*, pp. 149-150. También se recoge esta diferencia por la jurisprudencia (SAP Madrid de 28 de octubre de 2011 [AC\2011\2271]; SAP Barcelona de 14 de mayo de 2007 [JUR\2007\333292]).

²⁵⁵ Aunque esta diferencia se ha diluido un tanto ya que una de las mayores aportaciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, fue admitir expresamente la posibilidad de la denominada aplicación privada de las normas de competencia (arts. 1 y 2) por parte de los Juzgados de lo Mercantil (Disposición Adicional 1.^ª), ALONSO SOTO, R., *RDCD*, p. 7.

til²⁵⁶. Mientras que las resoluciones de los órganos administrativos contendrán, en su caso, multas, las relativas a actos de competencia desleal se traducirán en indemnizaciones de daños y perjuicios²⁵⁷.

Pero, a pesar de esta relativa aproximación al Derecho de contratos, estamos de acuerdo con los autores que niegan que el Derecho de la competencia supla un control material en los contratos mercantiles mediante condiciones generales. Así, siguiendo a Albiez, el control que se puede ejercer sobre las cláusulas abusivas por medio del Derecho de la competencia es mucho más reducido que el control de contenido del Derecho de las condiciones generales de la contratación²⁵⁸.

Es más, se ha hecho notar por algún autor la existencia de una especie de confusión por parte del legislador respecto al ámbito del Derecho de obligaciones y contratos y el Derecho de la competencia libre y desleal. Así, para Berenguer y Giner²⁵⁹, los supuestos específicos de abuso de posición dominante y competencia desleal suponen «claras intromisiones» en materias que «deben estar gobernadas por el Derecho de obligaciones y contratos o, en su caso, por las disposiciones de ordenación del comercio minorista», haciendo referencia, en concreto, al supuesto de dependencia económica, ya que es también un problema de equilibrio de las prestaciones en el contrato.

Incluso aunque el recurso a la buena fe objetiva del art. 4 LCD se haya visto como uno de los aspectos que acercan a ambos sectores porque se trata de un concepto que sale de la esfera estrictamente civil para extenderse a otros ámbitos²⁶⁰, también se ha dicho, en la misma línea de los comentarios anteriores, que no sería deseable una interpretación de la buena fe de ese artículo en clave excesivamente civilista. «No puede perderse de vista», señala Martínez Sanz, «que estamos hablando en esta LCD del derecho a desarrollar libremen-

²⁵⁶ Cfr. por ejemplo, la STS 27 de julio de 2003 [TOL307.999], que declara competentes a los Tribunales del orden civil en lugar del Tribunal de Defensa de la Competencia para conocer de los litigios en los que se ejercitan las acciones previstas en la LCD.

²⁵⁷ MARTÍNEZ SANZ., F., 2009, pp. 22-23. Como señala el autor, el sector de la competencia desleal descansa en nociones y categorías de Derecho privado. Cosa distinta es que mediante un acto de competencia desleal se falsee la competencia en el sentido de la LDC, en cuyo caso estaremos en este último ámbito (hay que tener en cuenta, al respecto, la previsión que en este sentido realiza el art. 3 LDC). Se debe matizar, en línea con lo apuntado con anterioridad, que el hecho de que se admitiera la competencia de los Juzgados de lo Mercantil hace que también ante ellos y con fundamento en la LDC puedan ejercitarse acciones de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por las conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia.

²⁵⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDCE*, p. 119; 2009, p. 299. A los argumentos teóricos sumamos la aplicación práctica. ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., *RDCD*, p. 4, afirma que la aplicación práctica del art. 16.2 LCD se ha reducido –indebidamente, matiza– a las relaciones entre competidores y no entre contratantes, siendo raramente concebido como un instrumento para el reequilibrio de la lealtad en las prestaciones.

²⁵⁹ BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A., *DN*, 2010, p. 28.

²⁶⁰ RUIZ-RICO RUIZ, C., 2008, pp. 179, 185.

te una actividad económica en el mercado, debiendo prevalecer el buen funcionamiento de éste y el principio de competencia efectiva»²⁶¹.

Cierto es que pueden existir puentes entre el ámbito contractual y el Derecho de la competencia²⁶². Especialmente, en el caso de la competencia desleal y la explotación de una situación de dependencia económica, pues ya hemos visto, entre otros aspectos, el enfoque de la norma hacia la protección de los intereses particulares de los agentes que actúan en el mercado. Esto hace que no sea tan evidente su descarte a modo de regla de control de contenido como en el caso del abuso de posición dominante. Pero, al fin y al cabo, no puede perderse de vista que se trata de un texto legal de defensa de la competencia, como bien claro deja su EM y el hecho de que la conducta relevante del ilícito trate de asegurar que el comportamiento de las empresas fuertes no sea diferente del que deberían tener en una situación de equilibrio o competencia²⁶³.

El tipo descrito en el art. 16.2 LCD no requiere para su comisión que los efectos del acto desleal alcancen una especial gravedad o trascendencia sobre el funcionamiento del mercado, a diferencia de la LDC, pues basta con que se demuestre el comportamiento abusivo de un participante en aquel en su relación con otro que se halle en situación de dependencia económica y carezca de alternativas semejantes. No obstante, esta figura se inspira en criterios que son propios de los sistemas antitrust y la finalidad con la que se ha tipificado es que el funcionamiento del sistema concurrencial no resulte influido por la interferencia de imposiciones derivadas de una desigualdad de posiciones que resulte excesiva a aquel fin. Se considera que deteriora el funcionamiento concurrencial del mercado la obtención por un operador de ventajas que no lograría si no fuera por la falta de

²⁶¹ MARTÍNEZ SANZ., F., 2009, p. 61. En este sentido también se ha expresado la jurisprudencia al separar la noción de exigencia ética que implica la buena fe del art. 4 LCD de la buena fe contractual y subordinarla a las exigencias directamente derivadas del principio de competencia económica (SAP Cáceres de 7 de febrero de 2012 [AC\2012\429]). Por lo tanto, la regla de conducta que resulta exigible en ese precepto tiene que ponerse en relación con las exigencias políticas y normativas de la Constitución española y su art. 38: libertad de empresa y represión de conductas que la supriman o restrinjan amenazando la estructura competitiva del mercado (SSAP Barcelona de 24 de julio de 2001 [JUR\2004\54724], de 26 de julio de 2003 [AC\2003\1911] y de 13 de marzo de 2006 [TOL1.009.921]).

²⁶² En el Derecho comparado tenemos dos ejemplos de ello: el ordenamiento francés, con su art. L. 442-6 I 2.º Com y el italiano, con la Ley del contrato de subsuministro y su art. 9. En ambos casos se trata de normas respecto de las que la doctrina ha puesto de manifiesto una naturaleza o posible interpretación híbrida, entre lo contractual y lo concurrencial. Resaltamos, sin embargo, una diferencia muy importante, a nuestro juicio, con la regulación española que nos ocupa y es que, tanto el mecanismo protector del Código de comercio francés como el de la Ley italiana del contrato de subsuministro, expresamente utilizan una fórmula inspirada en el Derecho de consumo como es el excesivo o significativo desequilibrio de derechos y obligaciones de las partes. En la LCD, por el contrario, no existe ninguna referencia a este patrón tan de Derecho de los contratos, basándose todos los criterios en cuestiones económicas y de mercado (ver MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 228 y ss.; 239 y ss., respectivamente).

²⁶³ MASSAGUER FUENTES, J., 1995, p. 2219; VIDAL MONFERRER, R. M., 2009, p. 278.

posibilidades de elección que ha de soportar quien se encuentra en una correlativa posición de dependencia (STS 29 de febrero de 2012 [TOL2.488.692]; SAP Orense de 4 de febrero de 2014 [TOL4.120.140]).

El ámbito de las condiciones generales de la contratación es otro. Si bien está claro que hay una parte fuerte y otra débil, pues este desequilibrio es el que posibilita que una parte pueda imponer su voluntad contractual a la otra, que la acepta sin negociación alguna, los términos son distintos. No es necesario cumplir con unos requisitos técnicos para determinar si la parte fuerte ostenta una posición de dominio o la débil una de dependencia económica, en función de criterios económicos y de mercado tasados. Es más, como vimos en el primer Capítulo, la existencia de competencia no afecta para nada el razonamiento de la necesidad de un control de contenido en los contratos mediante condiciones generales. El porqué de la necesidad de un control de contenido del contrato cuando éste se formaliza mediante condiciones generales no reside solo en que concurra un desequilibrio económico concreto tipificado. Este desequilibrio, entendido de una manera amplia, repetimos, está presente en cierta medida en el momento en el que una de las partes tiene la capacidad de imponer a la otra sus condiciones. Pero el porqué de la necesidad de un control de contenido del contrato en contratos predispuestos reside en que existe un déficit jurídico –pues el procedimiento de contratación se caracteriza por la ausencia de una plena autonomía de la voluntad bilateral–, unido a un desequilibrio de obligaciones y derechos, que hay que compensar. Por lo tanto, aunque ambos casos tengan en común la existencia de un desequilibrio, la cuestión en las condiciones generales no es que la parte débil «firme» porque no tiene otra alternativa equiparable, como se exige en la dependencia económica del art. 16.2 LCD –puede ser que la tenga, puede que no, no es requisito–. Esto dejaría fuera de la protección mediante la figura de la competencia desleal todos aquellos supuestos en los que existieran alternativas equiparables, hecho que, sin embargo, no elimina el elemento de imposición de la contratación predispuesta. Como sabemos, el especial procedimiento contractual y el hecho de que, como vimos en el Capítulo I, no exista competencia en el ámbito de las condiciones generales de tal forma que suelen ser similares todas, hace que no sea eficiente para el adherente leer el clausulado (ni compararlo con otros posibles), ni, por tanto, exigible, con matices para el caso de los adherentes empresarios respecto de los consumidores. Otra cosa es que, recogiendo esta última idea, pueda ser tenida en cuenta la concreta situación de dependencia económica del empresario adherente a los efectos de valorar la mayor o menor

autorresponsabilidad que le es exigible²⁶⁴. Así lo hicimos en el Capítulo I de la Primera parte, al intentar delimitar el empresario adherente susceptible de ser protegido por un control material. El criterio principal era, de hecho, la posición relativa de las partes, para la que habría que tener en cuenta el tamaño del adherente, su experiencia, recursos, nivel de dependencia del predisponente, posición de dominio de este último, etc.

Por último, aunque el Derecho de las condiciones generales también trabaja para el buen funcionamiento del mercado –y, de hecho, éste es un argumento que, a nuestro juicio, respalda la justificación del control material–, a diferencia del Derecho de la competencia, aquél no es sino un objetivo, una finalidad o consecuencia mediata. El control de contenido busca declarar la nulidad de una cláusula si es abusiva por el procedimiento contractual por el que se ha incluido en el contrato, con independencia de que afecte o no al mercado y a la competencia o de que exista o no esta última. Pueden ambas normativas solaparse en ciertos casos pero ni su *ratio* ni el ámbito de la «abusividad» y de la «deslealtad» coinciden, siendo muchos los supuestos de cláusulas «abusivas» entre empresarios que quedarían sin protección a través de la LCD.

²⁶⁴ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 280: «la dependencia económica puede y debe jugar un papel en la valoración de la buena fe en las relaciones entre empresarios más allá de consideraciones de mera competencia en el mercado».

CAPÍTULO II

LA NO POSIBILIDAD DE APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA NORMATIVA DE CONSUMO

El control de contenido de los contratos mediante condiciones generales aparece regulado en el art. 8 LCGC, diferenciando dos regímenes de protección dispares. De ahí que, como hemos visto, el apartado primero declare nulas de pleno derecho «las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva [...]» mientras que el apartado segundo, de aplicación restringida a los contratos con consumidores, sanciona con la nulidad las cláusulas abusivas, esto es, aquellas «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». Tras la entrada en vigor del TRLC, hay que entender que la remisión que realiza este artículo al artículo 10 bis hace referencia al art. 82 y siguientes de la citada norma.

De esta regulación se desprende, como ya sabemos, que mientras que respecto del control de incorporación no se distingue entre consumidores y no consumidores, el control de contenido queda reservado a los contratos celebrados con los primeros. Tal y como se ha argumentado en la Primera parte, también en contratos de adhesión concluidos entre empresarios pueden darse situaciones susceptibles de tutela por encontrarse una parte respecto de la otra en una situación de inferioridad similar a la de un consumidor, careciendo, sin embargo, de una norma expresa en sede de condiciones generales de la contratación que la proteja de posibles cláusulas «abusivas».

Es por ello que parte de la doctrina se ha planteado en algún momento la posibilidad de aplicar a los contratos de adhesión mercantiles la cláusula general que recoge el art. 8.2 LCGC, hoy art. 82.1 TRLC, recurriendo a la figu-

ra de la analogía²⁶⁵. De su definición, como mecanismo consistente en aplicar a un caso dado, que no aparece contemplado de manera directa y especial por ninguna norma jurídica, una norma prevista para el supuesto de hecho distinto, pero con el cual el caso dado guarda semejanza²⁶⁶, se desprenden los requisitos que la conforman: la existencia de una laguna legal y la apreciación de identidad de razón. Empezaremos con éste último, ya analizado en apartados anteriores y cuya concurrencia, como se ha visto, no nos presenta muchas dudas, para centrarnos en la controvertida presencia de una laguna jurídica, criterio que, adelantamos, será determinante para negar la posibilidad de ampliar la aplicación del control de contenido más allá de los contratos con consumidores.

I. ¿IDENTIDAD DE RAZÓN?

Este presupuesto implica la existencia de una igualdad jurídica esencial entre el caso por regular y el regulado. Igualdad que se predica, no de los supuestos de hecho, sino de la consecuencia jurídica, esto es, «que las razones de política legislativa que subyacen a la consecuencia jurídica de la norma a aplicar deben operar también en el caso planteado, por lo que procede extender esos mismos efectos»²⁶⁷.

En la actualidad hay un cierto consenso en la doctrina respecto a la necesidad de un tratamiento específico en la contratación entre empresarios mediante condiciones generales en lo que a control de contenido se refiere, idea central en este trabajo. De hecho, como hemos tenido ocasión de señalar, encontramos indicios en las tendencias legislativas que avalan esta inclinación proteccionista a favor de los empresarios que sean parte débil en determinados contratos. Un ejemplo es la ya conocida por nosotros LMOC y que, a pesar de las sucesivas reformas de las que sido objeto, conserva la misma finalidad²⁶⁸. Por otro lado, sin ánimo de ser repetitivos, hemos tenido ocasión de señalar cómo fuera del ámbito nacional, los distintos textos de Derecho europeo

²⁶⁵ Habida cuenta que, como indica ATIENZA (1986, pp. 36 y 180), la analogía permite introducir cambios en el sistema jurídico –siempre limitados en el sentido de ir dirigidos a preservar su unidad y coherencia–, se trataría de una figura que facilita resolver, en su caso, el problema de la innovación del ordenamiento jurídico pero conservando su estructura.

²⁶⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A., 2000, pp. 380 y 381.

²⁶⁷ COCA PAYERAS, M., 1994, p. 452. También ROCA TRÍAS, E., 1989, pp. 605-606; GULLÓN BALLESTEROS, A., 1991, p. 29; 2000, p. 381; LETE DEL RÍO, J. M., AC, pp. 109-110; PENA LÓPEZ, J. M., 2009, p. 52.

²⁶⁸ *Cfr.* Segunda parte. Capítulo III. I. 10.

revelan la disposición a proteger al empresario adherente débil y, por último, no podemos olvidar que en ciertos países de nuestro entorno el modelo por el que se ha optado protege también a los empresarios que se adhieren a condiciones generales, siendo los ejemplos más evidentes Alemania y Portugal, con sus peculiaridades propias.

Todos estos razonamientos nos conducen a pensar que, aunque la necesidad de protección no puede ser igual para consumidores y profesionales –e incluso tampoco entre todos los empresarios– por los motivos ya expuestos, los problemas de desigualdad en los contratos concluidos mediante condiciones generales se producen al margen de la presencia o no de un consumidor y que, por tanto, la justificación de base para la tutela de ambos «colectivos» es, en gran medida y salvando diferencias de intensidad, la misma.

Pues bien, para que concurra la «identidad de razón» es necesario que el elemento de identidad entre los supuestos de hecho sea el que el legislador tomó en consideración para establecer la norma que se quiere aplicar por analogía. El fundamento del control de contenido se basa en la diferente posición en que se encuentran las partes respecto de las condiciones generales por el peculiar proceso de formación de la autonomía de la voluntad, lo que propicia un posible abuso del predisponente frente al adherente. Si la «característica jurídicamente relevante», la *ratio legis*, es evitar estos potenciales abusos de una parte sobre la otra dada la configuración negocial de las condiciones generales y, por otra parte, los problemas derivados de un déficit de funcionamiento de la autonomía privada no son exclusivos del adherente consumidor, sería posible argumentar la aplicación analógica de esta norma para procurar la protección de todo tipo de adherente parte débil, ya sea consumidor o empresario.

Es decir, la finalidad que busca la ley al introducir un control de contenido no se vería alterada por la inclusión de los profesionales dentro del ámbito subjetivo de aplicación de esta norma. La razón que impulsó al legislador a regular en este sentido –procurar la protección del contratante que, por su posición en un negocio jurídico con un peculiar proceso de formación de la voluntad, es la parte débil–, no sólo se predica en la práctica del consumidor sino también del empresario.

II. INEXISTENCIA DE LAGUNA JURÍDICA

Si bien parece que podríamos encajar dentro del concepto «identidad de razón» la relación entre el fundamento del control de contenido existente en contratos concluidos con consumidores y el que se quiere aplicar en contratos

entre empresarios, el art. 4.1 Cc exige, además, que las normas cuya aplicación analógica se pretende «no contemplen un supuesto específico», esto es, la existencia de una laguna jurídica.

¿Se puede afirmar, ante el silencio de la LCGC respecto al control de contenido en contratos entre empresarios, que estamos ante una laguna jurídica? Hay autores en la doctrina que han entendido que el silencio del legislador debe ser cubierto con la analogía mientras que otros, por el contrario, interpretan que la clara voluntad del legislador reacia a extender el ámbito de aplicación del control de contenido impide recurrir al expediente de la analogía para proteger al empresario parte débil en un contrato mediante condiciones generales.

Para poder entender unos y otros razonamientos y llegar a una conclusión, puede resultar *a priori* interesante el *iter* legislativo de la LCGC y, en concreto, del art. 8, regulador del control de contenido. De hecho, aunque el Proyecto de Ley presentado en el Congreso de los Diputados el 5 de septiembre de 1997 contaba con una redacción de este precepto prácticamente en los mismos términos que el actual art. 8 LCGC, no había sido éste el sentido de todos los textos previos de la Ley. La decisión de no extender la protección a todos los adherentes mediante una cláusula general sobre condiciones abusivas (solución, como decíamos, mantenida por diversos Anteproyectos pero que no tuvo continuidad en el Proyecto y posterior LCGC) fue muy criticada por diversos sectores ²⁶⁹.

Sin embargo, el hecho de que se apruebe el texto final a través de un procedimiento de urgencia, impidió un debate profundo sobre las razones por las que se dejó fuera el control de contenido de las relaciones entre empresarios ²⁷⁰. Así, a la vista del texto de la Ley se deriva que a los contratos conclui-

²⁶⁹ Esta ausencia de mención tuvo entre sus detractores al Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio que, en su informe al Consejo de Estado durante la tramitación del Anteproyecto, muestra su disconformidad con el hecho de que se deje de proteger del abuso al pequeño y mediano empresario (Dictamen núm. 3194/97/MA, del Consejo de Estado, de 24 de julio de 1997, p. 6). El propio Consejo de Estado aboga por aplicar la sanción de la nulidad a las condiciones generales que sean abusivas de acuerdo con el concepto general recogido en el art. 10 bis 1 de la LCDCI también cuando se trata de contratos celebrados entre empresarios (pp. 15 y 20). También la doctrina se pronunció de forma negativa ante la solución dada en el Proyecto. Véase ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDBB*, pp. 869-870; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., *DN*, p. 12; POLO, E., *EC*, pp. 262 y 269; MIQUEL, J. M., 2002, p. 454; La nulidad de las condiciones generales, en DELGADO ECHEVARRÍA, J. (coord.), 2007, p. 195; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 151-153.

²⁷⁰ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 151-153. Realiza una recopilación bibliográfica VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2009, pp. 411-412. El texto del Proyecto de Ley se expone en el Congreso de los Diputados el día 5 de septiembre de 1997 para la presentación de enmiendas el 23 de octubre del mismo año. Las que nos atañen respecto del ámbito subjetivo del artículo dedicado a la nulidad (y en la línea de ampliarlo) son dos, una del Grupo Parlamentario Coalición Canaria (enmienda núm. 3, Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-6, 23 de octubre de 1997, p. 22) y otra del Grupo Socialista (enmienda núm. 28, p. 28;

dos entre empresarios tan sólo se les aplica el apartado primero del art. 8, siendo el parámetro para declarar la nulidad de una cláusula las normas imperativas o prohibitivas pero, en ningún caso, la cláusula general del art. 10 bis de la LGDCU, hoy art. 82 del TRLC, que queda reservada para los contratos en los que hay un consumidor. No obstante, si acudimos a la EM de la LCGC, nos encontramos con una serie de afirmaciones aparentemente contradictorias con esta idea, que han sido calificadas por la doctrina de forma negativa por la confusión que generan. Muy al contrario de negar un control de contenido a los contratos comerciales, de la literalidad de los párrafos 8.º y 9.º de la EM de la LCGC hay quien deriva la existencia de tal control²⁷¹. Y es son muchas las preguntas que se generan tras la lectura de estas líneas que parecen admitir la posibilidad de sometimiento a un control de contenido también de las condiciones generales utilizadas entre profesionales y empresarios, «afirmaciones insólitas que se ven posteriormente desmentidas en el texto articulado de la Ley», en palabras de Polo²⁷². ¿Se puede entender, a la luz de la EM y de la ausencia de mención en el art. 8.1 de la LCGC, que existe una laguna jurídica que debe ser suplida siguiendo una supuesta voluntad del legislador favorable

para la argumentación, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 10 de febrero de 1998, núm. 370, p. 10904). Estos planteamientos chocan con otras posiciones como la del Grupo Popular que se opone a ambas enmiendas por el perjuicio que podría causar al tráfico jurídico y mercantil del país la extensión del control de contenido a los contratos entre empresarios (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisiones, 10 de febrero de 1998, núm. 370, pp. 10907 y 10908). Ambas enmiendas son rechazadas, tanto en la votación como en el Informe de la Ponencia (Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-8, 10 de febrero de 1998, p. 66), con lo que, tras pasar por el Senado sin sufrir ninguna modificación en el aspecto que nos ocupa, se aprueba definitivamente el 6 de abril de 1998 (Proyectos de Ley, Serie A, núm. 78-11, 6 de abril de 1998).

²⁷¹ Sorprendentemente, tras centrar el ámbito de las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, la EM (párrafos 8.º y 9.º) pasa a referirse a la contratación entre empresarios en los siguientes términos: «Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas. En este sentido, sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley, en concreto en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ahora se introduce».

²⁷² POLO, E., *EC*, p. 269. En la misma línea, PAGADOR (1999, pp. 223-224; 2007, p. 471) y RUIZ MUÑOZ, M., 2010, p. 406. Algunos autores, sin embargo, han visto en la EM la vía para aplicar la cláusula general de la buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones prevista para los consumidores a los contratos entre empresarios. Es el caso de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, pp. 265-266, para quien del texto de la EM se deduce que la diferencia de tratamiento que el legislador ha querido en materia de control de contenido reside en la «no aplicación a los contratos entre profesionales de la lista de cláusulas abusivas recogida en la nueva disposición adicional primera LGDCU». Volveremos, en todo caso, sobre el valor de la EM y sus diversas interpretaciones.

a esta extensión? ¿Tiene más peso, por el contrario, la idea opuesta a la existencia de una laguna jurídica a la vista de los trabajos prelegislativos y la limitación en el texto legal del ámbito de las cláusulas abusivas a la contratación con consumidores?

La jurisprudencia ha evolucionado en su postura respecto de la analogía en este punto aunque mayoritariamente defiende la no posibilidad de aplicación analógica de la cláusula general dirigida a los consumidores a otras relaciones distintas. Aunque encontramos resoluciones en ambos sentidos²⁷³, en los últimos años parece que el Tribunal Supremo ha mantenido una postura bastante estable en sus fallos en contra de esta extensión del control de contenido basado en la cláusula general del art. 8.2 LCGC, hoy art. 82 TRLCU²⁷⁴.

²⁷³ En un primer momento, bien por aplicación directa de la legislación para consumidores sin entrar en ulteriores argumentaciones, bien por una mala clasificación del empresario como «consumidor», fueron abundantes las sentencias que resuelven supuestos de hecho relacionados con contratos entre empresarios con categorías reservadas a los contratos con consumidores. Aunque de fecha anterior a la promulgación de estas normas, así se hace en las SSTS 13 de noviembre de 1995 [RJ\1995\8601] (cláusulas de limitación de responsabilidad e inversión de la carga de la prueba en un contrato de arrendamiento financiero), 24 de febrero de 1998 [RJ\1998\1167] (préstamo con garantía hipotecaria entre empresarios), 27 de abril de 1998 [RJ\1998\2933] y 18 de septiembre de 1998 [RJ\1998\6398] (ambas sobre una cláusula de sumisión expresa en un contrato de publicidad). También en instancias inferiores se ha aplicado abundantemente la normativa destinada a regir las relaciones con consumidores a contratos entre empresarios: SAP Segovia de 15 de marzo de 1999 [AC\1999\8053] (contrato de autorización para la reproducción de obras musicales); SAP Santa Cruz de Tenerife de 19 de junio de 1999 [AC\1999\7501] y SAP Islas Baleares, de 16 de mayo de 2003 [AC\2003\1802] (cláusula limitativa de responsabilidad en un contrato de transporte); SAP Córdoba de 1 de marzo de 1999 [AC\1999\4795] (suministro de electricidad) aunque es casada por la STS 15 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1223]; SAP Barcelona de 12 de febrero de 2009 [AC\2009\1196] (contrato de prevención de impagados); SAP Madrid en su sentencia de 30 de diciembre de 2011 [JUR\2012\35521] (contrato de compraventa de un inmueble en el que está establecido un despacho profesional) aunque corregida posteriormente por la STS 28 de mayo de 2014 [RJ\2014\3354].

En otros casos, los tribunales son conscientes de que existen diferencias de control de contenido en función de la cualidad del adherente aunque en sus argumentaciones no queda claro si cabe aplicar a los contratos mercantiles un control derivado directamente de lo dispuesto por el legislador en la EEMM como una mera extensión –con algunos matices– del concepto de cláusula abusiva del consumidor y sin otros apoyos (vulneración de alguna norma imperativa, buena fe contenida en el art. 1258 Cc, etc.), argumentación con la que no coincidiríamos de forma plena pero que, posiblemente, provenga del conjunto de conceptos que reúne el Preámbulo en su párrafo 8.º de forma un tanto confusa (SAP Asturias, de 14 de mayo de 2001 [AC\2001\1676] (contrato de suministro de combustibles y carburantes); SAP León de 29 de abril de 2004 [JUR\2004\186010] (contrato de distribución y recogida de prensa)).

²⁷⁴ SSTS 17 de marzo de 1998 [RJ\1998\1351] (respecto de un contrato de arrendamiento financiero); 16 de octubre de 2000 [RJ\2000\9906] (compraventa mercantil de una máquina impresora); 31 de octubre de 2000 [RJ\2000\8490] (compraventa mercantil de artículos de joyería); 24 de junio 2002 [RJ\2002\8062] (contrato entre una superficie de mercado y una empresa de restauración); 15 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1223] (contrato de suministro de electricidad); 20 de diciembre de 2007 [RJ\2008\472] (contrato de abanderamiento, imagen, asistencia técnica y comercial y suministro con estaciones de servicios); 9 de junio de 2009 [RJ\2009\3386] (contrato de datáfono); 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786] (contrato de obra); 24 de septiembre de 2013 [RJ\2013\7431] (prestación de servicios de gestión); 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467] (contrato de mantenimiento de ascensores); 7 de abril de 2014 [RJ\2014\2184] (servicios de gestión y asesoramiento en aspectos urbanísticos); 28 de mayo de 2014 [RJ\2014\3354] (compraventa de un despacho profesional); 30 de abril de 2015 [RJ\2015\2019] (contrato

No obstante, ha habido autores que han defendido la existencia de una laguna normativa y, por tanto, el recurso a la analogía para solucionar las deficiencias de la regulación y proteger a los empresarios frente a las condiciones generales, cuando así lo requieran. Así, aunque antes de la entrada en vigor del TRLC, Pagador²⁷⁵ recalca que el legislador había sido consciente del problema de la ausencia de control de contenido en el LCGC. Este hecho, unido a que los problemas derivados del desarrollo de este tipo de cláusulas predispuestos afectan también a quienes actúan profesional o empresarialmente, le llevaba a concluir que «nada obsta a que reciba aplicación, por vía analógica, la cláusula general de control de contenido también en el caso de las cláusulas contractuales prerredactadas utilizadas entre profesionales y empresarios».

La EM, para este sector, respaldaría la idea de una voluntad tendente a someter a las condiciones generales empleadas en el tráfico interempresarial

de compraventa inmobiliaria entre profesionales); 3 de junio de 2016 [RJ\2016\2306] (contrato de préstamo hipotecario con la finalidad de financiar la adquisición de un local para instalar una farmacia).

También la jurisprudencia menor sigue la doctrina de descartar la aplicación por analogía de la normativa de consumidores a relaciones entre empresarios regidas mediante condiciones generales: antes de ser posible el recurso a la LCGC, SSAP Segovia de 20 de febrero de 1997 [AC\1997\373] (contrato de arrendamiento financiero) y Granada de 16 de marzo de 1999 [AC\1999\736] (contrato de construcción de un complejo hotelero). Con posterioridad, AAP Madrid de 17 de noviembre de 2000 [JUR\2001\106000] (contrato de publicidad de actividad profesional); SSAP Barcelona de 30 de julio de 2001 [AC\2001\1744] (contrato de formación de personal); Zaragoza de 16 de septiembre de 2003 [AC\2003\1507] (contrato de franquicia); Barcelona de 15 de mayo de 2006 [JUR\2007\187330] (contrato de transporte marítimo); Valencia de 22 de diciembre de 2005 [JUR\2006\101217] y AAP Madrid, de 10 de diciembre de 2008 [AC\2009\123] (contratos promocionales de terminales de telefonía móvil); SSAP Córdoba de 8 de febrero de 2007 [AC\2007\1002] (liquidación económica de derechos de autor de un empresario del espectáculo); Madrid de 6 de noviembre de 2007 [AC\2008\81] (contrato de franquicia); Valencia, de 4 de febrero de 2008 [AC\2008\832] (contrato de servicios de prevención de impagos); Badajoz, de 22 julio de 2009 [AC\2009\1510] (compraventa de unidades de telefonía móvil); Zaragoza, de 12 de febrero de 2010 [AC\2010\1098] (contrato de permuta financiera); Valencia de 27 de enero de 2010 [AC\2010\491] (contrato de seguro en un transporte de mercancías); Barcelona de 24 de noviembre de 2011 [JUR\2011\90038] (contrato de renting de maquinaria industrial), 12 de diciembre de 2011 [JUR\2012\22028] (contrato de permuta financiera) y 27 de junio de 2013 [JUR\2013\341485] (contrato de arrendamiento de bienes muebles); Salamanca de 8 de julio de 2013 [JUR\2013\267183] (contrato de mantenimiento de ascensores en una residencia de ancianos).

Encontramos también resoluciones que hacen referencia al ya mencionado párrafo 8.º de la EEMM de la LCGC que tanta incertidumbre introdujo en materia de control de contenido en contratos entre empresarios. Si bien para algunos autores, como analizaremos a continuación, estas palabras del legislador implican la posibilidad de extensión del régimen de los consumidores a los contratos entre empresarios, para otro sector de la doctrina –creemos, de forma acertada–, el significado de este párrafo tiene el efecto opuesto. Estas resoluciones siguen esta misma idea (SSAP Asturias de 12 de abril de 2000 [AC\2000\3408]; Pontevedra, de 14 de julio de 2000 [AC\2000\2044]; Madrid de 21 de julio de 2003 [JUR\2004\86397]; Málaga, de 13 de julio de 2005 [JUR\2005\240068]; AAP de Madrid de 21 de julio de 2009 [JUR\2009\362226]).

²⁷⁵ PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 223-224. También en defensa de la necesidad de recurrir a la aplicación analógica para cubrir la laguna normativa respecto de la contratación por medio de condiciones generales y empresarios adherentes, *vid.* 2000, pp. 470-471. En el mismo sentido, ya en un momento posterior, DE CASTRO VÍTORES, G., 2009, p. 569; RUIZ MUÑOZ, M., 2010, pp. 407-410.

a las normas en materia de control de contenido por medio de la analogía. Ruiz Muñoz así lo afirma, tras dudar de que se deba descartar la solución analógica «en todo caso» porque, aunque los textos prelegislativos pueden revelar un rechazo más o menos claro a su aplicación en las relaciones entre profesionales, la EM muestra una decidida voluntad de atajar el problema del que es consciente el legislador, sin que puedan los primeros ser elevados «de categoría hasta el extremo de hacer decir al legislador algo no dice, ni en el articulado ni mucho menos en la EM, al menos con la claridad que algunos pretender».

Según este último autor, la afirmación recogida en el párrafo 8.º de la EM, en la que se reconoce la posibilidad de que exista abuso de una posición dominante²⁷⁶ en las condiciones generales entre profesionales, se puede entender «con cierta claridad», interpretando que lo que quiere decir el legislador es, sencillamente, que en las relaciones entre empresarios también pueden darse las cláusulas abusivas. Si a esto le unimos que en el párrafo 9.º se afirma que «sólo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley», tenemos determinado el alcance posible de la aplicación analógica: lo que no se quiere que se aplique a las relaciones entre empresarios es la lista de cláusulas abusivas pero no así la cláusula general²⁷⁷.

Además de las posibles interpretaciones de la EM, la doctrina que respalda una aplicación analógica de la cláusula general de control de contenido alude a una serie de textos sectoriales en los que, de forma expresa, se protege al empresario parte débil en la relación. Así, por ejemplo, recordemos que la LMOC penaliza con la nulidad aquellas cláusulas entre empresarios que no cumplan ciertos requisitos en cuanto a fecha de pago o tipo de interés se refiere. En otro ámbito, el de los contratos de distribución, también hemos visto cómo la doctrina ha venido reclamando la necesidad de protección a la parte débil de un contrato que, normalmente, se articula mediante condiciones generales. Aunque al final en la actualidad el sector sigue huérfano de regulación, sí que han surgido en los años pasados diversos proyectos legislativos a través de los que el legislador pretendía articular el principio de libertad de empresa y la autonomía de la voluntad de las partes con la tutela de la parte débil del contrato a fin de corregir lo que se perciben como desequilibrios de poder entre

²⁷⁶ Expresión duramente criticada, ver PAGADOR LÓPEZ, J., 2000, *op. cit.*, p. 478; RUIZ MUÑOZ, M., 2010, p. 409.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 409. En el mismo sentido al respecto del párrafo 8.º de la EM, también BADENAS hace alusión a la incertidumbre que introduce por las diversas interpretaciones a las que, según este autor, se podría someter.

fabricantes y distribuidores e impedir posibles comportamientos abusivos de dichos fabricantes²⁷⁸.

El hecho de que sea un problema que esté presente en la práctica lleva a estos autores a concluir que será el desarrollo judicial del Derecho el que suplirá esa laguna: «O se cambia la Ley o los jueces tendrán que acudir a la analogía. Yo creo que hay un problema, hay una verdadera laguna, un problema para el que no hay solución jurídica», en palabras de Pagador²⁷⁹.

Pues bien, a fuer de ser sinceros, aun coincidiendo con estos autores en la existencia de un problema, de una necesidad de proteger al adherente empresario que también puede ser parte débil en la contratación con condiciones generales por el déficit de autonomía de la voluntad que implica, no estamos de acuerdo en que el mecanismo que se pueda utilizar para otorgar dicha tutela sea la analogía. La analogía requiere unos presupuestos y, aunque hemos visto que la identidad de razón entre ambos supuestos sí que se podría llegar a aceptar, no pasa lo mismo con la existencia de laguna jurídica. Todavía podía plantearse este mecanismo antes de la promulgación de la LCGC, pero nos parece que carece de sentido hablar de laguna jurídica cuando el legislador hizo patente en 1998 su deseo de un control de contenido diferenciado en función de la naturaleza del adherente: expresamente regulado, respecto de los consumidores; mediante una fórmula de cuestionable significado, en el ámbito mercantil. Se torna complicada, de este modo, cualquier aplicación de la cláusula general de la buena fe contenida en el art. 8.2 de la citada norma o del listado de cláusulas abusivas fuera del ámbito para el que habían sido previstos. Deseo que, por otra parte, no ha hecho sino afianzarse con la publicación del TRLC, norma con un campo de aplicación muy claro y del que se excluye, en todo caso, los contratos entre profesionales.

Cierto es que el legislador reconoce en el párrafo 8.º de la EM la existencia del problema en el ámbito mercantil y parece que intenta dar una solución. Pero las afirmaciones que realiza en este sentido no nos parecen de entidad suficiente como para concluir la aplicación del control de contenido protector del consumidor adherente fuera de este ámbito (al fin y al cabo, la EM tiene la trascendencia que tiene²⁸⁰) ni, por otro lado, nos parecen tan neutras como

²⁷⁸ Nos remitimos a la Primera parte. Capítulo II. II. 4.4.

²⁷⁹ PAGADOR LÓPEZ, J., 2007, pp. 477-478. También para RUIZ MUÑOZ el legislador cuenta con que la laguna se salvará por el Derecho judicial mediante la cláusula general, RUIZ MUÑOZ, M., 2010, p. 410.

²⁸⁰ Tal y como apunta DÍEZ-PICAZO, L., *ADC*, 1992, pp. 501-533 (en especial, p. 519) los preámbulos carecen de valor normativo como tal pero sí que tienen otras funciones, como la interpretativa. Acerca del valor no normativo de las Exposiciones de Motivos, *cf.* ROVIRA FLÓREZ, M. C., 1972, p. 29, negándoles valor vinculante; EZQUIAGA GANUZAS, F. J., *RVAP*, 1988, pp. 35 y ss., señalando que nadie parece partidario de considerar el preámbulo como un conjunto de normas con la misma fuerza o intensidad

para pensar que el legislador ha dejado un espacio sin regulación. Más bien, lo contrario: de dicho Preámbulo y de la letra del art. 8.1 LCGC nos parece que se puede deducir que el legislador sí concibe la existencia de un control para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios²⁸¹ pero no a través de la cláusula de buena fe y equilibrio de derechos y obligaciones contenida en el art. 8.2 LCGC (hoy, art. 82.1 TRLC), sino otro, el que dispone en la EM con la mezcla de diversos conceptos tales como «abuso de posición de dominio», «buena fe», «desequilibrio importante de derechos y obligaciones», etc., partiendo siempre de la normativa «imperativa o prohibitiva» y teniendo en cuenta «las características específicas de la contratación entre empresas». Parece bastante claro que se remite a las reglas generales en materia de contratación. En todo caso, nos detendremos en estos conceptos y su viabilidad como elementos de un control de contenido en la última parte del trabajo.

Puestas así las cosas, nos inclinamos por concluir la no posibilidad de aplicar analógicamente la cláusula general de buena fe prevista para consumidores a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Tal y como adelantábamos, no nos plantea problemas el presupuesto de identidad de razón —es más, esa necesidad de tutela por la estructura de la contratación adhesiva, es el fundamento de nuestro trabajo—. Sí, por el contrario, la existencia de laguna jurídica. Dentro de la poca claridad con la que el legislador ha pretendido resolver la cuestión, nos parece poco cuestionable su voluntad contraria a la aplicación de la citada cláusula general fuera del ámbito expresamente previsto.

prescriptiva que las que figuran en el articulado; SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *REDC*, p. 48, que también alude a la diferencia de valor respecto del texto articulado.

²⁸¹ MIQUEL, J. M., 2002, pp. 431-433, atribuye al artículo 8.1 LCGC un sentido muy claro que es, precisamente, disipar cualquier duda acerca de la aplicación de la regla general de la buena fe fuera de la contratación con consumidores.

CAPÍTULO III

PROTECCIÓN MEDIANTE REGLAS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El art. 1255 Cc contiene la regla fundamental sobre autonomía de la voluntad en Derecho privado. Sin ánimo de reiterar lo ya ampliamente expuesto acerca de la importancia del principio *pacta sunt servanda* en el ámbito contractual y, en lo que a nosotros nos interesa, respecto del encaje de los negocios jurídicos mercantiles mediante condiciones generales, pasamos a centrarnos aquí en los límites. Y es que esa libertad de los contratantes para «establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes» y que reconoce el art. 1255 Cc, encuentra su límite en el propio precepto: «siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público»²⁸².

Efectivamente, los términos literales de la segunda parte del art. 1255 son concluyentes y permiten despejar cualquier duda respecto al carácter no absoluto de la autonomía de la voluntad. Así lo ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, entre los que señalamos a De Castro, en su conocido trabajo de 1982, precisamente acerca de las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad, o Díez-Picazo, para quien resulta indubitado que la libertad contractual «no puede ser omnímoda»²⁸³. No es la única norma portadora de

²⁸² GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 242, señala como complemento del art. 1255 Cc en cuanto a límite de la libertad contractual, el 1271, el 1275 así como el art. 4, todos ellos del mismo texto legal.

²⁸³ DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, pp. 989, 994; Díez-Picazo, L., 1991, pp. 430-432; 2007, p. 155. Doctrina acerca del art. 1255 Cc, sin ánimo de exhaustividad, REVERTE NAVARRO, 1993, pp. 235 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., 2000, pp. 497-505; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, pp. 1478-1479; O'CALLAGHAN, X., 2006, pp. 1230 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, pp. 541 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2009, pp. 2255-2270.

la idea de la existencia de límites a la autonomía de la voluntad de los contratantes. Un precepto íntimamente relacionado pero con ubicación en el Código de comercio es el art. 53, cuyo texto reza de la siguiente manera: «Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio». Es interpretado, en palabras de Batlle²⁸⁴, «como la expresión de la máxima libertad en los contratos de comercio, con la única limitación de su ilicitud». No resulta forzado, pues, el paralelismo entre esta disposición de Derecho mercantil y el art. 1255 Cc.

Erigiéndose la ley, la moral y el orden público como límites a la autonomía de la voluntad en sede contractual, careciendo como carecemos de una norma que instaure un control de contenido para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, y sin que sea posible el recurso a la aplicación analógica de la normativa de consumo, se comprenderá el interés que representa el análisis de estos tres conceptos para nosotros. En un intento de determinar mecanismos de protección existentes para el empresario adherente en el marco normativo actual nacional, el primer paso lo tiene que constituir, forzosamente, el estudio de los límites más intrínsecos a la libertad contractual y la autonomía privada. Dada la especial forma en la que se relaciona «contrato» y «autonomía de la voluntad» en los negocios jurídicos de adhesión, se podría afirmar que lo que nos interesa del principio *pacta sunt servanda* son, precisamente, sus límites pues, en realidad, el trabajo que nos ocupa no es sino un trabajo de límites.

Así las cosas, haremos un repaso a estos tres cotos genéricos de la autonomía de la voluntad y a su posible incidencia como control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. No es tarea fácil. La regulación en materia contractual se caracteriza por la multitud de normas dispositivas²⁸⁵ de tal modo que las disposiciones que conforman lo que se considera ley –imperativa– no son muchas y, aunque representan un límite claro a posibles abusos del predisponente frente a cualquier adherente, no en todos los casos se ha aprovechado este rol o bien aportan solución para supuestos de hecho muy concretos, dejando sin respuesta espacios en los que son frecuentes las extralimitaciones de la parte mejor posicionada en la contratación. Por su parte, la moral y el orden público son dos conceptos jurídicos indeterminados, de difícil aprehensión y a los que, por ello, se puede recurrir en los casos de vulneración más flagrante, pero no representan un límite tan fiable o seguro como puede serlo una regla delimitada.

²⁸⁴ BATLLE SALES, G., *RDM*, p. 457. En el mismo sentido, VILA FLORENSA, P., 2002, pp. 492 y ss.

²⁸⁵ GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 244, quien señala la escasez de preceptos, tanto en el Código civil como en el de comercio que determinen de manera imperativa el contenido normativo de la relación contractual. En el mismo sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, p. 1478.

I. LA LEY COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Centrándonos en el primero de los tres límites –que, en correspondencia con su importancia para el análisis del tema del trabajo, ocupa una parte significativa del mismo–, la doctrina ha entendido de forma unánime que la referencia del art. 1255 Cc a la «ley» se asimila con la ley imperativa, entendiéndose por ésta, en palabras de Reverte²⁸⁶, «toda aquella que el acto no pueda alterar por contener un mandato o una prohibición legal que proteja un interés general o público o se trate de derechos o de obligaciones que no puedan ser renunciadas o aquellas en que se sanciona la nulidad del contrato»²⁸⁷.

Pasando por alto la dificultad de determinar qué es Derecho imperativo y qué dispositivo²⁸⁸ así como la posible función de este último como control de contenido, función que será analizada en el correspondiente apartado, nos centraremos en aquellas normas que se encuentran en el Código civil, Código de comercio y otras leyes y que, por tener naturaleza imperativa, no permiten el juego de la autonomía privada y obligan a declarar nulas las cláusulas que las contradicen. Obviamente, estas reglas se refieren a todo tipo de contratos y no sólo a los de adhesión pero, a falta de una norma que regule el control material de los concluidos entre empresarios, debemos recurrir a ellas. No olvidemos que el art. 8.1 LCGC reputa como nulas las condiciones generales que contradigan lo dispuesto en dicha Ley o «en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva», pareciendo, en principio, una redundancia respecto a lo prescrito en

²⁸⁶ Por todos, REVERTE NAVARRO, 1993, p. 244. Así lo había sostenido también, con anterioridad, GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 243.

²⁸⁷ Traemos a colación en este punto la clasificación normativa realizada en 1961 por DE CASTRO, ADC, 1961, pp. 334-335), en la que diferenciaba entre las disposiciones referidas a la sustancia misma de los contratos y aquellas otras que contienen facultades no esenciales pero con una peculiar relevancia por dimanar de la naturaleza misma de cada tipo de contrato. Dentro de las primeras, distingue las que se derivan de la esencia de todos los negocios jurídicos onerosos y conmutativos, de aquellas otras que quedan fuera de la disposición de las partes por constituir la esencia, en este caso, de cada uno de los diferentes contratos. Por otra parte, respecto de las obligaciones no esenciales pero sí íntimamente vinculadas con la naturaleza de cada tipo de negocio jurídico, considera el autor que en nuestro Derecho, si bien está permitida la modificación de los tipos contractuales, «el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato [...] no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley». En similar sentido, el autor en un estudio anterior sobre la Ley Uniforme sobre la venta (ADC, 1958, pp. 1025-1026), hace abundantes referencias a aspectos que se consideran esenciales en el negocio de compraventa y que, por tanto, deberán ser inderogables y «se exigirá que las cláusulas “extrañas” se sometan o adapten al esquema legal».

²⁸⁸ Ya DE CASTRO evidenció que las leyes nacionales no distinguen expresamente entre preceptos imperativos y dispositivos ADC, 1958, p. 1017). Acerca de los escollos para diferenciar entre ambos tipos de normas, REVERTE NAVARRO, 1993, p. 243; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2000, p. 1478. Como expone DÍEZ-PICAZO, en el Código civil no existe una regla favorable al carácter dispositivo de las normas ni a lo contrario (1991, p. 431; 2007, p. 155). Esta imprecisión –«posiblemente, querida por el legislador», apunta ALMAGRO NOSETTE, J., 2000, p. 499–, hace necesario recurrir a la interpretación de la norma.

los arts. 6.3 y 1255 Cc, que señalaban ya a las normas imperativas y prohibitivas como límites de la autonomía de la voluntad²⁸⁹.

Los preceptos que van a ocupar las siguientes líneas son muy diversos en cuanto a los aspectos a los que hacen referencia. El primero y, posiblemente, por la amplitud y generalidad de su supuesto de hecho, uno de los que más repercusiones podría tener en un papel de control de contenido, es el art. 1256 Cc, sede del principio de interdicción de la arbitrariedad. Para poder aproximarnos más a este precepto en su faceta de límite de la autonomía de la voluntad, será imprescindible desgranar los diferentes supuestos de hecho en los que se puede concretar esta idea de que lo dispuesto en el contrato no puede quedar a la voluntad de una de las partes. De este modo, tendremos ocasión de estudiar brevemente, entre otras, las facultades de modificación e interpretación unilateral del contrato, la limitación de los remedios frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso –aludiendo, al hilo de la indemnización por daños y perjuicios, a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad–, y otra serie de supuestos que, en definitiva, pueden implicar que se esté vulnerando la interdicción de la arbitrariedad. No hay que ser muy observador para darse cuenta de que muchas de las cuestiones están recogidas en la legislación de consumo como supuestos de cláusulas abusivas: no en balde, el art. 85 TRLC tiene como título aglutinador de los ejemplos que contiene «cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario», esto es, el supuesto de hecho del propio art. 1256 Cc. Nos han servido como una referencia clara para el análisis de cláusulas que pueden contenerse de forma habitual en contratos de adhesión entre profesionales y que pueden dar lugar también, por tanto, a una situación a tutelar por el ordenamiento jurídico.

Tras el art. 1256 Cc, serán objeto de estudio otras normas que se han considerado tradicionalmente de carácter imperativo, tales como el art. 1102 del mismo texto legal, que señala el dolo como límite en la atenuación de la responsabilidad, el art. 1485, segundo párrafo, respecto del saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe o la facultad de consignación contenida en el art. 1176. Se hará referencia a la regla de la interpretación *contra proferentem* del art. 1288 Cc, aunque con remisión al apartado donde se procede a su examen. La importancia de las cláusulas penales en los contratos mediante condiciones generales nos llevará a detenernos en el art. 1154 y examinar la posibilidad de moderar a través de él la cláusula penal. Por otra parte, fuera del

²⁸⁹ Decimos «en principio» porque, como tuvimos ocasión de ver, algún autor le ha atribuido al art. 8.1 LCGC un sentido muy claro y es, precisamente, disipar cualquier duda acerca de la no aplicación de la regla general de la buena fe fuera de la contratación con consumidores (MIQUEL, J. M., 2002, pp. 431-433).

Código civil y el Código de comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil es portadora de normas imperativas que nos interesan –tales como la regulación de la carga de la prueba (art. 217) o las limitaciones respecto de las cláusulas de sumisión expresa (art. 54)– del mismo modo que lo es la Ley de Usura y la Ley contra la Morosidad de las operaciones comerciales, normas con las que cerraremos el apartado referido a la Ley imperativa.

En todos estos casos, sin perjuicio de tener que recurrir puntualmente a sentencias relativas a Derecho de consumo, nos intentaremos servir de aquellas cuyo objeto sean contratos entre empresarios y que nos ayudarán a ilustrar, bien en general el estado de la cuestión, bien cómo la jurisprudencia en supuestos concretos, consciente de la necesidad de tutela en contratos cuyos adherentes tienen la cualidad de profesionales, ha procurado de hecho esa protección mediante normas imperativas, con mayor o menor acierto. Como tendremos ocasión de constatar, existen ciertos contratos habituales en el tráfico entre empresarios y que la mayor parte de las veces revisten la forma de contratos de adhesión, siendo éste un terreno abonado para la inclusión de cláusulas que pueden resultar «abusivas» para el contratante débil y, por ello, de referencia obligada. De este modo, abundarán resoluciones conociendo de contratos de *leasing*, transporte, franquicia o distribución, entre otros.

1. El artículo 1256 del Código civil y el principio de interdicción de arbitrariedad

Según dicta el art. 1256 Cc, ni la validez ni el cumplimiento de los contratos pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes. Este precepto recoge, por lo tanto, un principio básico del Derecho de obligaciones como es la sanción de la arbitrariedad en el contrato.

Como ha sido puesto de relieve por algunos autores, el art. 1256 Cc es un mecanismo que, en principio, podría servir para atacar cualquier tipo de actuación injusta en el marco del contrato²⁹⁰, pudiendo ser, así, un instrumento de control de la justicia material del mismo. A lo largo de este apartado y en el marco del trabajo que nos ocupa, la labor a llevar a cabo será determinar qué repercusión tiene la interdicción de la arbitrariedad en la jurisprudencia y si este precepto podría ocupar un lugar importante como instrumento a través del

²⁹⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, p. 352. En el mismo sentido y concretado en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 193-194.

que canalizar la protección al empresario adherente en la contratación mediante condiciones generales.

Empezando por la trascendencia actual del artículo, a pesar de estar ante un principio básico, la doctrina coincide en que se trata de una norma de cita frecuente por la jurisprudencia pero, a la vez, innecesario, en la medida en que es utilizada más como refuerzo de otros preceptos más concretos que como *ratio decidendi*²⁹¹. A un carácter abstracto o, quizás, fruto del mismo, se une el hecho de que no puede ser considerada como una norma en sentido técnico²⁹²: no está claramente determinado cuál es el supuesto que hecho que contempla y no se precisa la consecuencia jurídica. Efectivamente, la generalidad del enunciado no facilita la aplicación del mismo porque no permite saber ciertamente cuándo una situación queda al «arbitrio» de una de las partes. Además, aún cuando se consiguiera dotar de contenido concreto a este concepto jurídico indeterminado, tampoco encontramos ninguna referencia a los efectos derivados de una actuación arbitraria²⁹³.

Si hacemos referencia a la aplicación jurisprudencial de este precepto en general, y respecto a la contratación entre empresas mediante condiciones generales en particular, podemos apuntar que se trata de una norma ampliamente citada aunque con diverso interés, según las resoluciones. En muchas, se recurre al principio de prohibición de la arbitrariedad, no para declarar nulo un pacto sino para dotar al contenido del contrato de una interpretación más acorde con la legalidad, en un papel más bien interpretativo y con apoyo en otros preceptos como pueden ser el principio *contra proferentem*, el principio *in dubio pro asegurado* o el art. 1258 Cc. En otros casos –los que más nos pueden interesar aunque, a veces, sean difíciles de deslindar respecto de los prime-

²⁹¹ Así, PASQUAU (2009, p. 2270) habla de un «escaso valor normativo» (en la misma línea, BERCOVITZ, G., 2000, p. 1479) mientras que QUIÑONERO CERVANTES, E., 1993, p. 296, la tacha de «extraña», por evidente. Poco se ha dedicado la doctrina al estudio de esta norma demasiado general y que ha sido considerada, en ocasiones, como superflua pues parece que la cuestión que trata de resolver el art. 1256 ya está tratada en otros preceptos (*ibidem*, p. 297) a lo que se une la difícil delimitación respecto del art. 1115 Cc y su prohibición de las condiciones puramente potestativas.

²⁹² Una norma jurídica enlaza al hecho circunscrito de modo general, el «supuesto de hecho», una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general, LARENZ, K., 1994, pp. 243-244.

²⁹³ Se ha señalado como su precedente el art. 979 del Proyecto de 1851, de igual literalidad que el vigente en la actualidad. «Los motivos de este artículo y sus ejemplos», apuntaba GARCÍA GOYENA, «están bien claros en las leyes Romanas citadas: quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles» (GARCÍA GOYENA, F., 1852, pp. 10-11). El autor advierte como uno de los antecedentes, entre otros, el art. 1174 Cc francés («*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*»). La doctrina (QUIÑONERO CERVANTES, E., 1993, pp. 298 y ss.) ha puesto de manifiesto que el precepto galo es también el origen de nuestro art. 1115 Cc, precepto con el que, sin embargo, guarda mayor similitud que con el que se establece la interdicción de la arbitrariedad en los contratos y que no encuentra paralelo en el texto legal francés. El estudio de los precedentes, por tanto, no aporta mucha luz sobre el sentido del artículo.

ros²⁹⁴—, el art. 1256 se ha aplicado a la génesis del contrato, no tanto para delimitar positivamente el contenido del mismo en su ejecución como para hacerlo en un sentido negativo, representando la base sobre la que se determina la no validez de una cláusula que puede contener un abuso de una parte respecto de la otra.

La señalada generalidad del principio de interdicción de la arbitrariedad, muy positiva por un lado porque permite la subsunción de multitud de supuestos de hecho en la norma, puede, sin embargo, dificultar la aproximación al precepto y, por consiguiente, su aplicación. A fin de tener una idea más definida de conductas que podrían conculcar la interdicción de la arbitrariedad, nos serviremos en este punto del listado de cláusulas abusivas contenido en el TRLC, algunos de cuyos artículos recogen lo que no son sino ejemplos concretos de cláusulas que suponen dejar ciertos aspectos del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, en este caso, el profesional predisponente. El hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo de este texto legal esté limitado a los contratos con consumidores no es obstáculo para tomarlo como guía porque todas las conductas recogidas en estos artículos tienen como denominador común estar inspiradas en el art. 1256 Cc y, en mayor o menor medida y con ciertos correctores, podrían ser de interés también en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. En este sentido y respecto a la legislación anterior, señala Miquel²⁹⁵ que la disposición adicional primera, bajo el epígrafe «vinculación del contrato a la voluntad del profesional» no es sino un desarrollo del art. 1256 Cc y que «algunos de los números incluidos bajo este rótulo sí son de aplicación general a todos los contratos». Es más, Durany Pich²⁹⁶ incluso apunta que el hecho de que el art. 8.2 de la LCGC hubiera reducido el ámbito de aplicación subjetivo de la ley «resta fuerza al conjunto de cláusulas abusivas recogidas en el listado, pues limita su ámbito de aplicación únicamente a los contratos entre consumidores y en la práctica deja algunas de ellas sin posibilidad real de aplicación, al ser propias de la contratación entre profesionales».

Intentando seguir un tratamiento sistemático que suponga una mayor claridad expositiva, nos ocuparemos del estudio de una serie de supuestos que pueden vulnerar la interdicción de la arbitrariedad por dejar en manos del

²⁹⁴ Pone de relieve CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 783-784, que «es un rasgo de identidad histórica de la jurisprudencia española relativa a cláusulas abusivas la extrema dificultad del intérprete para discriminar si se está corrigiendo el contrato por vía de interpretación de una cláusula o si se está anulando esta misma cláusula, ya por ser abusiva, ya por la misma razón de ser oscura».

²⁹⁵ MIQUEL, J. M., 2002, p. 459.

²⁹⁶ DURANY PICH, S., 2002, p. 978.

predisponente la fijación de ciertos aspectos, como pueden ser los más generales de la reserva de facultades de modificación o interpretación unilaterales del contrato (arts. 85.3 y 85.10), la propia determinación de la prestación (arts. 85.11 y 85.5) o la duración del negocio jurídico (arts. 85.2 y 85.4). Junto a ellos, también se hará mención a supuestos más concretos, tales como plazos relacionados con el cumplimiento y formalización del contrato (artículos 85.1 y 85.8) o el requerimiento de determinadas formalidades (art. 86.9). El supuesto de cláusula que impone una indemnización desproporcionadamente alta (recogido en el apartado sexto del art. 85), si bien se entiende que puede llegar a contravenir el art. 1256, será objeto de un estudio más profundo en su propio apartado, al hilo de la cláusula penal y el art. 1154 Cc. Todos estos supuestos –con sus matices– son calificados expresamente por el legislador como abusivos –y, por tanto, nulos– en contratación con consumidores. Establecer el paralelismo con los contratos de adhesión entre empresarios nos permitirá perfilar supuestos que podrían ser tachados de «abusivos» en este último ámbito por dejar algún aspecto del contrato al arbitrio de una de las partes.

1.1 SUPUESTOS QUE PUEDEN SUPONER UNA CONTRAVENCIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

1.1.1 *Facultades unilaterales de modificación del contrato (con referencia a la determinación y modificación del precio)*

El ya aludido en reiteradas ocasiones art. 1091 Cc es expresión del principio general *pacta sunt servanda*, en virtud del cual, como sabemos, la partes deben cumplir el contrato según lo en él pactado. Esto implica la inalterabilidad del contenido del negocio jurídico al que las partes deben atenerse sin que quepa modificación alguna, salvo que medie una voluntad común entre ambas en ese sentido o, en determinados y muy restringidos supuestos, que concurren una serie de acontecimientos que alteren de forma relevante las circunstancias existentes en el momento de la conclusión del contrato y que fueron determinantes para el mismo. Consecuencia de ello es, por ejemplo, que el deudor no pueda pretender tener por cumplida su obligación entregando al acreedor una cosa diferente o prestándole un servicio diverso a lo pactado (art. 1166 Cc) o que no pueda obligar al acreedor a recibir la prestación de un tercero si la calidad de la persona del deudor fue tenida en cuenta al establecer la obligación (art. 1161 Cc). Obviamente, también implica que las partes no pueden desli-

garse de forma unilateral del vínculo existente a raíz de la celebración del contrato²⁹⁷.

La única excepción que se ha planteado a la regla de la fidelidad al contrato y, valga la redundancia, con una aplicación de carácter muy excepcional, son aquellos supuestos mencionados en el párrafo anterior en los que se produce una alteración de las circunstancias tal, que afecta al cumplimiento de la obligación y justifican que se modifique el régimen de la relación obligatoria²⁹⁸.

Prosiguiendo con esta idea del contrato como ley entre las partes, como conjunción de intereses comunes y particulares de los contratantes, la orientamos ahora hacia la cuestión que nos ocupa en este epígrafe: la inclusión de una cláusula que concediera a una de las partes la facultad de realizar modificaciones unilateralmente respecto de lo convenido en un momento inicial. Aunque se acepta la posibilidad de un pequeño desvío respecto de la identidad de la prestación —el llamado «margen de tolerancia»—, desvío que estará en función del sector, los usos y las circunstancias del contrato²⁹⁹, en esencia, se trata de cumplir con lo pactado en aras de satisfacer el interés de ambas partes. Se comprende fácilmente que permitir a uno de los contratantes la facultad de modificar sin trabas algún aspecto de la prestación unilateralmente podría dejar sin sentido el contrato, en cuanto acuerdo para la realización y consecución de los fines e intereses de las partes. Claramente revela una actuación contraria al art. 1256 Cc y su principio general de interdicción de la arbitrariedad.

²⁹⁷ A salvo quedan aquellos supuestos expresamente autorizados por la Ley o que pudieran ser contemplados en un pacto convencional —cumpliendo una serie de requisitos—. Recordamos, por ejemplo, el caso de los contratos de duración indefinida, en los cuales se entiende ínsita la posibilidad de apartarse del mismo sin una causa justificada [al respecto, ver el apartado acerca de la ineficacia unilateral del contrato, Segunda Parte. Capítulo III. I. 1.1.5.b)].

²⁹⁸ Acerca de las diversas teorías han sido elaboradas para dar fundamento jurídico a la facultad de resolución o revisión del contrato, sus consecuencias y presupuestos, ver Díez-Picazo, L., 2008, pp. 1057 y ss. (teorías), p. 1081 (consecuencias), pp. 1069-1070 (requisitos); Lacruz Berdejo, J. L., 2007, pp. 506 y ss. (teorías), p. 511 (consecuencias y requisitos); Castán Tobeñas, J., 2008, pp. 762-769 (en concreto, las consecuencias, p. 762); Cossío, M., 1994, pp. 17 y ss., pp. 54 y ss. (en concreto, los requisitos, pp. 75-78).

La jurisprudencia ha realizado siempre una aplicación muy restrictiva de la cláusula *rebus sic stantibus* aunque es de notar, no obstante, la existencia de algunas sentencias en los últimos años que parecen flexibilizar, con motivo del escenario de crisis económica, la tradicionalmente estricta configuración de la figura (SSTS 30 de junio de 2014 [RJ\2014\3526] y 15 de octubre de 2014 [RJ\2014\6129]).

²⁹⁹ Hacen alusión a este margen, entre otros, Ferrer Riba, J., 2002, pp. 1005-1006; Bercovitz Rodríguez-Cano, R., 2009, pp. 1388-1389. Son de referencia obligada las variaciones respecto a lo pactado inicialmente en el contrato de obra y su admitido *ius variandi* a favor del comitente, en virtud del cual se le reconoce la facultad de realizar ciertas modificaciones en la obra aunque no estuvieran acordadas (art. 1594 del Código civil). Díez-Picazo, L., 2010, pp. 383-384; Rodríguez Morata, F., 2009, pp. 1854-1855.

Entre los aspectos susceptibles de ser afectados y cuya alteración podría llegar a suponer tanto como dejar en manos de una de las partes el contrato, se encuentran elementos directamente vinculados a la prestación en sí misma –por ejemplo, cantidad o calidad del bien objeto del contrato– pero también circunstanciales –el tiempo o el lugar de la prestación, entre otros–³⁰⁰. Así, en otros epígrafes tendremos la ocasión de examinar supuestos en los que el predisponente pretende reservarse la facultad de decidir sobre el plazo para aceptar o rechazar la oferta o para el cumplimiento de la prestación. Por otra parte, la posibilidad de poder determinar si el bien o servicio se ajusta a lo convenido, además de estar vinculada con una merma de los derechos ante el incumplimiento, nos parece que puede esconder también una cláusula a través de la cual se pretenda modificar el bien a entregar o el servicio a prestar sin que ello tenga consecuencias puesto que la propia parte es la encargada de determinar esa conformidad con lo pactado. Nos remitimos a lo expuesto en cada uno de los respectivos epígrafes³⁰¹. Por último, obviamente, el precio es otro de los elementos aptos para ser objeto de una cláusula que lo haga depender de la voluntad de una de las partes. No en vano, en el TRLC el legislador ha incluido, aparte de la prohibición de modificación unilateral del predisponente, una referencia explícita a la posibilidad de declarar abusivas las cláusulas «que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado» (art. 85.10).

³⁰⁰ Así, por ejemplo, la SAP Alicante de 22 de febrero de 2006 ([AC\2006\381]) tiene por no válida («no por nulidad sino por ineficacia») una cláusula añadida a un primer contrato por introducir un supuesto de descuento de comisiones no previsto inicialmente en un contrato de comercialización y venta como minorista del servicio telefónico móvil a empresas, en virtud del cual también se considerarán bajas definitivas a efectos de comisiones las «líneas inactivas».

Hay múltiples supuestos en los que no existe una cláusula como tal en el negocio jurídico que reserve a una de las partes la facultad de poder modificar los distintos aspectos aludidos (sino que se trata de alteraciones en una fase posterior del contrato que dan lugar al incumplimiento del mismo) pero que sirven para ejemplificar diversas hipótesis que han sido consideradas contrarias al art. 1256 Cc: implantación unilateral de un nuevo sistema de facturación en un contrato mercantil mixto de transporte y agencia (SAP Pontevedra de 31 de marzo de 2005 [JUR\2006\22697]); establecimiento de un canon adicional de custodia de la LOPD para una de las partes de un contrato de depósito, almacenamiento y custodia de historias clínicas de pacientes (SAP Madrid de 19 de diciembre de 2011 [JUR\2012\24631]); alteración de la forma de pago establecida en un contrato de suministro mercantil (SAP Navarra de 28 de febrero de 2003 [JUR\2003\77024]); modificación de la política comercial en un contrato de distribución de recambios de automóvil (SAP Madrid de 5 de enero de 2005 [JUR\2005\38248]); variación de las comisiones bancarias por devolución de efectos por la sola voluntad de la entidad financiera en un contrato de descuento (SAP Córdoba de 26 de noviembre de 2002 [JUR\2003\19950]).

³⁰¹ Segunda parte. Capítulo III. I., 1.1.6 y 1.1.3, respectivamente.

Una vez vistos los aspectos sobre los que puede llegar a incidir la alteración, ¿dentro de qué parámetros podría autorizarse la reserva de facultades de modificación unilateral a favor de uno de los contratantes? El art. 85.3 TRLC exceptúa de la prohibición que recoge en este sentido el hecho de que «concurran motivos válidos especificados en el contrato»³⁰². Con carácter previo a examinar dentro de qué espacio podrían moverse esos motivos válidos (b), nos parece conveniente dedicar unas breves líneas a plantear algunas de las peculiaridades que presenta el último elemento señalado, el precio, en lo que a nosotros nos interesa ahora, esto es, en cuanto a determinación y modificación y su compatibilidad con la interdicción de la arbitrariedad (a).

a) Fijación y modificación unilateral del precio

De la lectura de los arts. 1261 y 1273 Cc se deriva la necesidad de que el precio –en cuanto a objeto del contrato– sea «cierto», esto es, no adolezca de una indeterminación tal que haya de realizarse un nuevo convenio entre los contratantes³⁰³. La idea sobre la que se basa tal exigencia es que no puede haber obligación contractual si no se ha determinado en qué consiste tal obligación³⁰⁴. Por su parte, en la misma línea, el art. 1445 Cc incluye como elemento de la definición del contrato de compraventa el «precio cierto» para lo cual, será suficiente que esté referido a cosa cierta o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada (art. 1447). Estas disposiciones se completan con el contenido del art. 1449 del mismo texto que, de forma rotunda, niega la posibilidad de que el precio se deje al arbitrio de uno de los contratantes³⁰⁵.

³⁰² Ello sin perjuicio de las disposiciones *ad hoc* para los contratos referidos a servicios financieros que, por sus especiales características, permiten un mayor margen de actuación por parte del empresario predisponente (art. 85.3, párrafos 2.º y 3.º).

³⁰³ Se admite, así, la formación del precio *per relationem* y la utilización de cualesquiera criterios de determinabilidad que las partes hayan podido utilizar (SAP Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920]).

³⁰⁴ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 251.

³⁰⁵ FAJARDO FERNÁNDEZ, J., 2001, pp. 45-46, extiende lo dispuesto para la compraventa u otros contratos, entendiendo incluidos la compraventa tanto mercantil como civil, contratos de suministro, derechos de adquisición preferente, compraventas especiales, permuta, compraventas sometidas a legislación especial, contratos de distribución, franquicia, agencia, entre otros. No obstante, como ha señalado la jurisprudencia, existen algunas diferencias entre el contrato de compraventa y el de suministro que pueden ser relevantes a estos efectos de determinación del precio, como el tracto sucesivo que caracteriza al segundo (SSTS 23 de enero de 2009 [RJ\2009\1270], 3 de abril de 2003 [RJ\2003\3002], 13 de junio de 2002 [RJ\2002\4897], 7 de febrero de 2002 [RJ\2002\2237]; así mismo, SSAP Madrid de 22 de marzo de 2004 [AC\2004\1534], 17 de mayo de 2004 [AC\2004\246277] y, en especial, 25 de enero de 2007 [JUR\2007\157078]).

Una valoración conjunta de estos preceptos nos lleva a enlazar las limitaciones –necesidad de que el precio esté determinado y que, en todo caso, no sea una de las partes contratantes a quien le corresponda determinarlo–, con la interdicción de la arbitrariedad recogida en el art. 1256 Cc³⁰⁶. Es más, se ha dicho que el art. 1449 Cc «constituye una aplicación particularizada de la prohibición del artículo 1256 al contrato de compraventa, por lo que su formulación legal resulta innecesaria»³⁰⁷. No parece haber problemas en que la concreción del precio pueda ser llevada a cabo por un tercero. Así, el art. 1447 Cc, como apuntábamos, acepta abiertamente el arbitrio de persona determinada para el señalamiento del precio³⁰⁸.

Como sabemos, la respuesta del legislador no es la misma cuando la cuestión se plantea respecto de una de las partes contratantes. La doctrina, sin embargo, ha coincidido en gran medida en señalar una tendencia a mitigar el rigor de la aplicación de este criterio por parte de la jurisprudencia. Fajardo³⁰⁹ resalta la escasa operatividad anuladora del art. 1449 Cc en la práctica en cuanto a fundamento para declarar la nulidad de un contrato porque el precio quedó al arbitrio de uno de los contratantes: «se interpreta de un modo muy flexible que apenas sirve de base para declarar la nulidad contractual y por ello un contrato que parezca contradecir los artículos 1256 y 1449 sigue siendo válido».

³⁰⁶ En la STS 27 de marzo de 2009 [RJ\2009\2805] el Tribunal conoce de un contrato de transporte marítimo de muebles con vigor hasta el 31 de diciembre de 2000 pero prorrogable tácitamente. Ante la ausencia de notificación por alguna de las partes, el contrato sigue ejecutándose sin llegar a acordarse nada sobre los precios y disponiendo respecto de los otros su validez hasta finales de 2002. Considera el Tribunal ante esta imprevisión de ambas partes contratantes, que tan contrario al art. 1256 Cc es que la transitaria aumentara unilateralmente los precios como pretender que los mismos del año 2000 tuvieran validez dos años más «pues entonces el cumplimiento del contrato habría quedado a su puro y exclusivo arbitrio en el sentido de mantener durante dos años más unos precios cuya vigencia solo alcanzaba hasta el 31 de diciembre de 2000» (en este caso se une que la parte afectada con la subida de precios ya tuvo noticia antes de la finalización del contrato de una posible revisión de los mismos).

³⁰⁷ RODRÍGUEZ MORATA, F., 2009, p. 1687. En el mismo sentido, SSAP Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920] y A Coruña de 14 de octubre de 2009 [JUR\2009\477739]. En esta última resolución se dice que el art. 1449 Cc «conuerda con el 1256 Cc».

³⁰⁸ La doctrina que se ha ocupado del estudio del arbitrio de un tercero parte de los arts. 1447 y 1690 Cc para afirmar la posibilidad de que se confíe a un sujeto ajeno a la relación jurídica la especificación de ciertas cuestiones. Además de la determinación del precio en la compraventa, el art. 1690 representa otro ejemplo de la aceptación del arbitrio de un tercero, esta vez referido al contrato de sociedad y la designación de la parte de cada uno de los socios en las ganancias y pérdidas. Como obra de referencia, *vid.* DÍEZ-PICAZO, L., 1957, 355 p. (en concreto, afirmando que los arts. 1690 y 1449 Cc son instituciones paralelas, p. 15). Además, respecto de la determinación del precio, *vide* FAJARDO FERNÁNDEZ, J., 2001, pp. 357-366; HERRERO GARCÍA, M. J., 1989, pp. 494 y ss.; MALO VALENZUELA, M. A., *RCDI*, pp. 2007-2009; RODRÍGUEZ MORATA, F., 2009, pp. 1685 a 1686. En contra de recurrir al art. 1690 para interpretar conjuntamente con él el art. 1447 Cc, CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 267-268.

³⁰⁹ FAJARDO FERNÁNDEZ, J., 2001, pp. 189 y ss., 367 y ss.

Esta visión menos restrictiva se aproxima a la postura adoptada al respecto por los textos europeos e internacionales. Así, el art. 5.7.2 de los Principios de UNIDROIT, el art. 6:105 PECL y el art. II.-9:105 DCFR, contemplan la posibilidad de que el precio se haya dejado en manos de una de las partes, con la limitación –de carácter imperativo, sin admitir pacto en contra– de que si el resultado de la determinación fuera manifiestamente irrazonable, debería sustituirse por otro «razonable»³¹⁰. Se entiende que el estándar de comportamiento de la parte a la que se faculta para determinar el precio es el de *arbitrium boni viri* y no de *arbitrium merum*³¹¹, lo que se complementa con la garantía que supone la existencia de un control que permite dejar sin efecto un precio que no se adecue al que parece es el criterio de referencia, esto es, el precio «razonable». Tanto en lo referente a la determinación del precio por una de las partes como, en general, en la regulación de los supuestos de falta de determinación del precio, los textos del Derecho uniforme ofrecen soluciones más flexibles y abiertas que el Derecho vigente español que, como hemos visto y aún con una atenuación del rigor en la práctica, sigue manteniendo una visión más estricta de la determinación del precio y, en concreto, de la posibilidad de que éste quede al arbitrio de una de las partes³¹².

En cambio, sí que podemos ver la influencia de esta postura a favor de lo que se ha denominado «*open price contract*» en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Efectivamente, este texto se aparta de la visión clásica del precio como algo necesariamente determinado por ser un elemento esencial del contrato y prima como relevante el hecho de que las partes quieran vincularse a la relación contractual. Esta idea es la que preside el art. 1277 de la Propuesta, que resta importancia al hecho de que las partes puedan no haber fijado el precio ni el modo para determinarlo «siempre que sea inequívoca la voluntad común de tenerlo por concluido y que se entienda implícitamente convenido un precio generalmente practicado»³¹³. Pero más relevante para la cuestión que nos ocupa es que el artículo contemple, en el segundo párrafo, la posibilidad de que la determinación del precio pueda haberse dejado a una de las partes³¹⁴.

³¹⁰ La Convención de Viena, por su parte, no hace referencia expresa a esta posibilidad en su art. 55.

³¹¹ Díez-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., 2002, pp. 280-281.

³¹² Acerca de la (in)determinación del precio y los sistemas en los distintos textos legales, vide CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 1998, pp. 467-473; MALO VALENZUELA, M. A., *RCDI*; FERRANTE, A., *InDret*; PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., 2012, pp. 551-561. A colación del comentario del art. 5.7 de los principios UNIDROIT, PULIDO BEGINES, J. L., 2003, pp. 278-280, crítica tanto la introducción del precio razonable como criterio en ausencia de pacto respecto del precio –dado lo vago del término podría generar una elevada litigiosidad–, como el hecho de que se permita la fijación unilateral del precio por uno de los contratantes –se abre una vía al desequilibrio de las prestaciones porque solo se sustituirá el precio así fijado por uno razonable cuando sea manifiestamente irrazonable, sin que, a su vez, sea fácil precisar este concepto–.

³¹³ Es expresiva al respecto la EM de la Propuesta (XII), en la que se especifica que «desaparece la expresión actual del Código civil, “precio cierto”, teniendo en cuenta que en el tráfico no es indispensable la determinación inicial del mismo».

³¹⁴ «Si la determinación del precio o la de otra circunstancia del contrato hubiese sido dejada a una de las partes, la declaración que ésta haga se integrará en el contrato siempre que, al efectuarla, se hubiera atendido a los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido o a los que resultarían del

Varias apreciaciones al respecto. En primer lugar, y aunque es un apunte obvio, se admite abiertamente la fijación del precio por una de las partes. Los elementos de «control» que se configuran son dos. Al igual que en el caso del Derecho uniforme, uno de ellos es la revisión judicial. Pero, como contraste, la propuesta española sí que introduce una serie de criterios a los que tendrá que atenerse la parte que debe fijar el precio. No habla de un precio razonable como resultado sino que aquél debe ser fijado teniendo en cuenta criterios implícitos queridos por las partes o criterios que deriven del tipo de contrato o de los usos, lo que permite un cierto nivel de objetivación. Respecto de la primera pauta –«criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido»–, ésta se configura como uno de los límites que delimita la actuación de la parte que ha de fijar unilateralmente el precio. Por otro lado, se deriva del art. 1277 en su párrafo primero que, en el caso de ausencia de precio cierto, el precio que se entiende que las partes implícitamente han querido acordar aunque no se haya expresado en el contrato, es el «precio generalmente practicado». No parece difícil, pues, establecer una relación entre ambos párrafos y acaso concluir que el precio que fije la parte unilateralmente no puede desviarse mucho de ese precio generalmente practicado, lo que podría estar próximo a una especie de «precio de mercado»³¹⁵.

En cuanto a las otras dos menciones del art. 1277 PM, el recurso a los «usos» y al «tipo de contrato» –elementos que no son algo ajeno a la cuestión que nos ocupa puesto que en la definición de lo que los PECL y el DCFR consideran como «razonable» se incluye una referencia a los usos y prácticas del comercio y a la naturaleza del contrato–, nos parece apropiado. En el primer caso, por la gran relevancia que presentan los usos en las relaciones entre empresarios³¹⁶. Respec-

tipo de contrato o de los usos; y será revisable por los Tribunales cuando no se hubiesen observado tales criterios».

³¹⁵ Alusiones a este criterio encontrábamos en el art. 57 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de comercio en la parte general sobre contratos mercantiles, cuya regla para determinar el precio cuando no se hubiera fijado era la del «precio generalmente establecido, al tiempo de la perfección del contrato, para tal prestación en circunstancias equiparables del tráfico correspondiente». Este criterio se mantiene en el Anteproyecto de Ley de Código mercantil para los casos en los que no se hubiera fijado precio ni los medios de determinarlo (art. 415-3.1). Por su parte, tampoco es ajeno a este tipo de criterios el art. 55 CV que, ante la falta de determinación del precio, considera que las partes han hecho referencia implícitamente «al precio generalmente cobrado en el momento de celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate». Desgrana CABANILLAS (1998, pp. 472-473) lo que quiere decir el referido precepto negando que se refiera al precio que generalmente es cobrado por el vendedor (después tendremos ocasión de mencionar este criterio), sino que debe ser determinado por criterios objetivos, siendo el primero el factor tiempo, seguido de la clase de mercaderías, las condiciones de los contratos y el tráfico mercantil de que se trate y señalando como más apropiado, en defecto de mercado común a las dos partes, el del país del vendedor. En similar sentido se pronuncian los Principios UNIDROIT (art. 5.1.7), remitiendo al «precio generalmente cobrado al momento de celebrarse el contrato en circunstancias semejantes dentro del respectivo ramo comercial» (y, subsidiariamente, al precio razonable). Mientras que los PECL no introducen un criterio aproximado al precio de mercado (el art. 6:104 sólo remite al precio razonable), el DCFR sigue la estela de los Principios UNIDROIT y alude como primer parámetro al precio normalmente cobrado en similares circunstancias en el momento de conclusión del contrato y, si no fuera posible determinarlo, al precio razonable.

³¹⁶ La importancia de los usos en la determinación del precio es refrendada también por la regulación de algunos contratos. Así, el art. 11.1 de la Ley sobre contrato de agencia establece que, en defecto

to al tipo de contrato, porque en algunos, por la naturaleza de la prestación, puede decirse que estaría relativamente justificada una indeterminación del precio *ab initio* así como la fijación del mismo por parte de uno de los contratantes.

Efectivamente, volviendo al Derecho vigente en la actualidad, no ha pasado desapercibido para doctrina y jurisprudencia que el criterio del precio cierto y en ningún caso al arbitrio de una de las partes no puede ser aplicado con igual intensidad en todo tipo de contratos. Partiendo de estas premisas, en los contratos de prestación de servicios es común la precisión del precio por una de las partes sin que se sepa en el momento inicial el coste que van a suponer tales servicios porque, por la propia naturaleza de los mismos, hay una cierta dificultad para ello. Ciertamente, cuando se contrae una obligación de hacer, la intangibilidad de la prestación conlleva la dificultad para calcular la retribución correspondiente, por cuanto que el prestador de servicios puede no tener conocimiento *a priori* de las diversas variables que van a influir en el precio³¹⁷. Es por ello que, según han apuntado algunos autores, aunque el modo usual de determinación del precio sea el arbitrio unilateral del prestador de los servicios, la jurisprudencia no ha estado muy por la labor de poner de relieve la infracción que, en principio, supondría respecto de los arts. 1449 y 1256 Cc, yendo su argumentación, por el contrario, hacia la elaboración de mecanismos que permitan flexibilizar las exigencias y salvar el requisito de precio cierto³¹⁸.

de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los «usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad». Es ya a falta de ellos cuando se atenderá a la retribución «razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación».

³¹⁷ Sobre la indeterminación inevitable de la prestación y el precio en el contrato de servicios, VAQUERO PINTO, M. J., 2005, pp. 58 y ss., 81 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 8-9; CORDERO LOBATO, E., *RDP*, p. 879. Algo similar se podría decir en los casos del contrato de obra cuando el bien no presenta un carácter estandarizado sino que se trata de un encargo muy específico (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *ADC*, pp. 684 y ss.).

³¹⁸ Así lo afirman GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., *DPC*, p. 71. En el mismo sentido, VAQUERO PINTO, M. J., 2005, p. 85, justifica la flexibilidad con la que el Tribunal Supremo aborda esta cuestión en la incertidumbre consustancial a casi toda prestación de servicios.

Se ha admitido la determinación del precio *a posteriori* por su fijación en base a *tarifas oficiales, dictamen pericial o informe del Colegio Profesional*, según la STS 25 de octubre de 2002 [RJ\2002\9911] (con la misma argumentación, SSTS 11 de septiembre de 1996 [RJ\1996\6560], 18 de noviembre de 2005 [RJ\2005\7641] y 16 de febrero de 2007 [RJ\2007\688] aunque en esta última se exige la existencia, al menos, de una referencia precisa y clara al Colegio y a las partidas para poder ser rebatida o aceptada). La utilidad de los baremos de honorarios de los Colegios Profesionales ha de ser matizada en la actualidad, toda vez que desde la entrada en vigor de la llamada Ley Ómnibus han dejado de tener carácter orientativo (tal y como establecía hasta ese momento la Ley 7/1997, de 14 de abril) por estar expresamente prohibidos, salvo excepciones (art. 14) (acerca de las reformas y la defensa de la competencia, Comisión Nacional de la Competencia, 2012, pp. 17 y ss., 32 y ss., 66 y ss.).

También se mitiga la idea del precio cierto si es conocido por la *costumbre o uso frecuente* en el lugar en el que se presten los servicios (STS 3 de febrero de 1998 [RJ\1998\614]; en el mismo sentido, SSAP Orense de 8 de octubre de 2001 [AC\2001\2005], La Coruña de 7 de febrero de 2008 [JUR\2008\131166],

Sin perjuicio de que la justificación del arbitrio de parte sea objeto de un tratamiento posterior en este mismo bloque –no ya solo referido al precio sino a la modificación de los distintos aspectos de la prestación y, en general, respecto del art. 1256 Cc–, podemos apuntar ciertos criterios acerca de los que la doctrina se ha planteado su valor como pautas que permitan la convivencia de la interdicción de la arbitrariedad y la determinación del precio por parte de uno de los contratantes, algunos de los cuales ya han aparecido a lo largo de la exposición.

Para nosotros no presenta muchas dudas la determinación del precio por una de las partes pero con referencia a un elemento objetivo, como podría ser un índice de referencia, un módulo oficial o el precio de mercado. Recordamos que, en este sentido, el art. 1448 Cc tiene por «precio cierto» para la compraventa de cosas fungibles el precio corriente o de mercado, con tal de que se señale un día determinado³¹⁹. Por su parte, aunque en contratación con consumidores, el art. 85.10 TRLC, en su segundo párrafo, establece la excepción a la abusividad de aquellas cláusulas que dejen en manos del empresario la fijación del precio de uno u otro, basándola en la existencia de referencia a «un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio». En todos estos casos, el hecho de que se trate de un precio fijado de forma ajena a las partes y, a la vez, que pueda ser conocido por ellas al ser público, es lo que eliminaría la arbitra-

Sevilla de 25 de marzo de 2011 [JUR\2011\216382]; si es determinable «incluso por *arbitrium boni viri* [juicio de un hombre bueno]» (STS 16 de febrero de 2007 [RJ\2007\688]); o si existe la posibilidad de realizar una *tasación pericial* y una *facultad de revisión objetiva* por parte del tribunal en función de las circunstancias del caso de plantearse oposición (STS 24 de junio de 2005 [RJ\2005\9685] así como SSAP Madrid de 25 de septiembre de 2009 [JUR\2014\5111] y 20 de octubre de 2010 [JUR\2011\36746] y SAP Málaga de 31 de marzo de 2014 [JUR\2014\176417]). Entre los criterios a los que han recurrido los tribunales de cara a esta determinación jurisprudencial *a posteriori* en el caso de prestación de servicios jurídicos se pueden señalar: cuantía de los asuntos, trabajo realizado, grado de complejidad, dedicación requerida y resultados obtenidos (STS 15 de marzo de 1994 [RJ\1994\1982]); naturaleza del asunto, valor económico, amplitud y complejidad de la labor desarrollada (STS 24 de febrero de 1998 [RJ\1998\976]); tiempo de dedicación, número de asuntos, complejidad de las cuestiones y resultados favorables (STS 16 de febrero de 2001 [RJ\2001\858]); costumbre o uso del lugar (STS 3 de febrero de 1998 [RJ\1998\614]); ponderación mediante un criterio de prudencia y equidad (STS 16 de septiembre de 1999 [RJ\1999\7846]).

³¹⁹ La SAP Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920] señala que «el precio de mercado es un criterio aceptado expresamente por el Código civil en el artículo 1448 y que debe ser interpretado no como mercado institucionalizado ni precios oficiales sino que es admisible el precio medio que resulte de una campaña en la zona (SSTS de 4 de julio de 2000 y 13 de julio de 1984), el precio al final de la campaña agrícola (STS 11 de octubre de 1967), el precio usual de mercado de las mercancías vendidas (STS 23 de noviembre de 1976) o cualquier otra fórmula que refleje de forma objetiva el valor del objeto». Por su parte, la SAP Madrid de 26 de noviembre de 2010 [AC\2011\11] admite una fórmula dependiente de las cotizaciones FOB de los productos en determinados mercados europeos mientras que la SAP de Madrid 25 de enero de 2007 [JUR\2007\157078] lo hace respecto de la remisión al B. O. E. más un factor de corrección.

riedad de la decisión. No podemos perder de vista, por supuesto, algunas dificultades a las que ha aludido la doctrina, como el hecho de poder conocer en cada momento el precio en un mercado o la vigencia de un uso³²⁰.

Otro ejemplo de fórmula que se pacta en el tráfico mercantil es el precio «a resultas de la comercialización», esto es, el precio de mercado del bien deducidos los gastos y la comisión, con la finalidad de que si el comprador es un exportador no tenga que pagar por la mercancía lo mismo que él recibe (el precio obtenido en el mercado) porque no es razonable entender que no haya un beneficio. Eso sí, tal y como se advierte en la SAP Murcia de 8 de julio de 2011 [JUR\2011\318920], al hilo de una compraventa mercantil de limones, para que la modalidad de determinación de precio en cuestión sea admisible y no conculque el art. 1449 Cc, «a resultas del mercado nunca puede ser a resultas de cómo el comprador quiera cobrar la mercancía a un tercero y mucho menos a cómo declare que la ha cobrado».

La validez de la remisión a la buena fe para la fijación del precio ha sido debatida al hilo de los contratos de abanderamiento con suministro de combustible. El Tribunal Supremo considera en un primer momento que una cláusula así («[Las] tarifas oficiales de precios no serán superiores a la media aritmética de las tarifas oficiales de precios que apliquen de buena fe a estaciones de servicio el resto de compañías operadoras en la misma zona geográfica y comercial») adolece de la indeterminación prohibida por el art. 1273 Cc. La argumentación del órgano judicial se apoya sobre la indeterminación que supone la expresión «aplicación de buena fe», dada la dificultad que existe en apreciar cuándo actúan así el resto de las compañías aseguradoras y sin que haya ningún criterio predeterminado sino que dependerá de la apreciación de cada parte en función de las circunstancias del mercado³²¹. Sin embargo, la postura del Tribunal Supremo sufre posteriormente un giro y esta referencia a los precios de otros operadores se ha considerado como lícita. En su sentencia de 20 de diciembre de 2007 [RJ\2008\472] razona que la citada cláusula no establece una forma de determinar el precio de venta de los carburantes sino que consti-

³²⁰ GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., DPC, pp. 99 y ss.; FERRANTE, A., *InDret*, p. 12. En este sentido, traemos a colación la SAP Barcelona de 24 de abril de 2008 [JUR\2008\170702], en cuya argumentación se pone en evidencia el problema de indeterminabilidad que generaba en un contrato de suministro de café el no haber señalado qué mercado había que tomar como referencia para las variaciones del precio del producto.

³²¹ STS 17 de octubre de 2005 [RJ\2005\7226]: «La estimación de si ha existido buena fe en el resto de compañías suministradoras no puede medirse con criterios exactos o automáticos, ni dejarse al arbitrio de BP Oil por prohibirlo el artículo 1449. En realidad, tal cláusula es una puerta abierta al pleito». El Tribunal, en este caso, no declara la nulidad del contrato por indeterminación de precio sino tan solo la de la cláusula concreta.

tuye un compromiso de precios competitivos. De este modo, no existe una indeterminación del precio sino que éste se ha ido determinando por acuerdos de las partes, de lo que es prueba la larga vigencia del contrato³²².

También se ha admitido por algunos autores la viabilidad de que se fijen por las partes *ab initio* unos valores máximo y mínimo dentro de los cuales el precio tenga que ser determinado con posterioridad por una de las partes. Al respecto, Carrasco³²³ argumenta que en realidad ambas partes, al acordar ese rango, está consintiendo contratar sea cual sea el precio al final. En consecuencia, afirma el autor, no existirá indeterminación si se ha precisado el contorno de la prestación posible aunque sea una parte la que ulteriormente tenga que precisar el precio que esté incluido en dicho contorno³²⁴.

Otros criterios cuya virtualidad como referencia objetiva se ha planteado son, como sabemos, los baremos de honorarios profesionales –con un valor que ha ido decayendo al compás de sucesivas reformas legislativas³²⁵– y la venta con precios del vendedor. El funcionamiento de estos últimos, frecuentes en la contratación mercantil, se basa en la aplicación del precio normalmente utilizado por la parte vendedora. No es un criterio que el legislador haya aceptado en nuestro ordenamiento jurídico³²⁶ a pesar de que hay voces a su

³²² Aplican esta doctrina la STS 13 de julio de 2009 [RJ\500\2009], respecto de un contrato de comisión; SSTS 18 de febrero de 2011 [RJ\2011\2360], 31 de marzo de 2011 [RJ\2011\3136] y 7 de junio de 2011 [RJ\2011\4398], respecto de contratos de abanderamiento con suministro en exclusiva de combustibles y carburantes. En el mismo sentido, SAP Valencia de 7 de abril de 2001 [AC\2001\1290] y SAP Madrid de 3 de diciembre de 2008 [JUR\2009\72143].

³²³ CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 237-238. De la misma idea se muestra PERALES VISCASILLAS, P., 1996, p. 329.

³²⁴ Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 2000 [RJ\2000\10135], aunque es cierto que al hilo de un contrato totalmente diferente a los que nos ocupan –contrato de compraventa de vivienda, bien de consumo–, se pronuncia en sentido diverso acerca de una cláusula en virtud de la cual la parte vendedora debe determinar el precio dentro de un abanico de máximo y mínimo que se pacta de mutuo acuerdo. El órgano jurisdiccional concluye que «en el presente caso, si bien no puede hablarse de una indeterminación total en cuanto se fijaron unos límites cuantitativos entre los que había de comprenderse el precio final y cierto, no se establecieron los criterios que, dentro de esos límites, llevarían a la exacta determinación del precio».

³²⁵ Al respecto, ver nota pie de página 318.

³²⁶ Contrasta esta solución con la adoptada por los ordenamientos portugués e italiano, en los que sí se señala esta posibilidad expresamente. En el primer caso, el art. 883.1 del Código civil luso remite al precio que el vendedor normalmente dispone a la fecha de la conclusión del contrato en el caso de que el mismo no estuviera fijado por una entidad pública ni por las partes y éstas tampoco hubieran determinado el modo de hacerlo. Por su parte, el Código civil italiano dedica el art. 1474 a los supuestos de falta de determinación expresa del precio. En las mismas circunstancias que la norma portuguesa –falta de determinación del precio ni de su forma de fijarlo– presume que las partes habían querido referirse al precio normalmente practicado por el vendedor, si el contrato tiene por objeto cosas que el vendedor vende habitualmente.

La SAP Asturias de 13 de junio de 2012 [JUR\2012\239657] señala también el contraste entre nuestra normativa y doctrina jurisprudencial y el Derecho anglosajón, como ejemplo de ordenamiento jurídico en el que se acepta (así como con la Convención de Viena, cuyo art. 55 lo prevé, circunstancia que es

favor por considerar que la habitualidad de los precios elimina la arbitrariedad y permite que la otra parte contrate en función de unas expectativas generadas: «la formación de los precios no es pública pero su fijación es objetiva y no arbitraria; la habitualidad del precio se remite al propio vendedor y es la fuente de su objetividad»³²⁷. En realidad no hay una gran diferencia entre este precio y el precio de mercado o el generalmente practicado por los comerciantes del sector, al menos en lo que a la posibilidad de ser relativamente conocido por el comprador se refiere³²⁸.

Antes de cerrar el epígrafe dedicado al precio –respecto del que, como hemos visto, es admisible una cierta indeterminación, según las circunstancias–, nos detendremos en una última cuestión. En los supuestos previos, se trataba de encontrar un elemento objetivo que pudiera desempeñar una función de referente que eliminara el potencial riesgo derivado de un precio indeterminado *ab initio* y cuya determinación quedara al arbitrio de una de las partes. Pero también en torno al precio y su fijación puede darse otra circunstancia: que inicialmente sí que reuniera los requisitos para ser considerado precio cierto pero que existiera una cláusula mediante la cual una de las partes se re-

fundamental para el supuesto de hecho que conoce pues se trata de una compraventa mercantil entre una entidad de nacionalidad italiana y una sociedad española.

³²⁷ GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., *DPC*, p. 106. Haciendo referencia a su frecuente aplicación en el ámbito mercantil y defendiendo su licitud, también RODRÍGUEZ MORATA, F., 2009, p. 1688; PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., 2012, p. 555. Aunque en otro ámbito, el de la contratación con consumidores, y respecto de una normativa específica, el art. 85.10 TRLC, podría encontrarse una cierta conexión entre esta idea de que el precio con el que normalmente participa la parte correspondiente en el tráfico jurídico no es un criterio subjetivo sino objetivo con la expuesta por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 826, al hilo de la declaración de abusividad de una cláusula que permite estipular el precio en el momento de la entrega del bien o servicio: en principio, la consecuencia lógica sería la ineficacia total del contrato por inexistencia del objeto, salvo que, de manera excepcional, el consumidor pudiera «haberse forjado una expectativa legítima sobre un precio concreto del bien o servicio a partir de la publicidad, relaciones precontractuales o de cualquier otra circunstancia, en cuyo caso la declaración de abusividad de la cláusula podría comportar solo su nulidad parcial y la subsistencia del contrato con el precio que el consumidor legítimamente podía esperar».

³²⁸ La SAP Madrid de 3 de diciembre de 2008 [JUR\2009\72143] nos da la pista con la postura de la jurisprudencia al respecto al afirmar que «en todo caso, la jurisprudencia no parece rechazar la denominada venta con precio del vendedor cuando exista un acuerdo contractual que tenga por finalidad señalar el precio, precisamente, conforme al criterio del vendedor, en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1982, citada por la de 30 de enero de 2007». En esta resolución de 1982 el Tribunal valora diversas cuestiones en torno a un contrato de suministro de botas de extracción, cuestiones entre las que se encuentra la relativa a la venta con precio del vendedor «hoy regulada en los Códigos italiano de 1942 (artículo 1474, párr. 1.º) y portugués de 1966 (artículo 833) y que requiere para su validez en primer lugar una norma legal que ordene su aplicación, norma inexistente en el ordenamiento jurídico patrio, o en todo caso un acuerdo contractual que tuviera por finalidad señalar el precio conforme al criterio del vendedor». Aunque en el supuesto de hecho no se aprecia la concurrencia de este último acuerdo, parece que, *a sensu contrario*, si existiese, sería apoyo suficiente para aceptar la venta con precio del vendedor en nuestro ordenamiento jurídico. De igual manera se expresa el Tribunal Supremo en su sentencia de 2007 [RJ\2007\1785].

servara la facultad de alterarlo unilateralmente. En este escenario el problema no sería una contravención del 1447 y 1449 Cc sino del art. 1256. Para esta cuestión nos remitimos al siguiente apartado («Motivos válidos para la modificación unilateral») así como al último de los dedicados al art. 1256, en el que se intenta una mayor delimitación del supuesto de hecho de la norma³²⁹. Como tendremos ocasión de ver, este tipo de cláusula solo podrá ser aceptada si se supedita la modificación a la concurrencia de una serie de circunstancias determinadas y cualificadas³³⁰.

En cualquier caso y a modo de ejemplo y anticipo de lo que puede ser una justa causa para aceptar una modificación, podemos apuntar que la Ley de contrato de transporte terrestre de mercancías expresamente contempla esta situación. Su art. 38 está destinado a regular una posible revisión del precio de transporte pero solo ante un determinado supuesto como es la variación del precio del gasóleo. Así, y en defecto de pacto en contra, se admite la posibilidad de que el porteador pueda incrementar el precio inicialmente pactado (o el obligado al pago, reducirlo) si el precio del gasóleo hubiese aumentado (o reducido, respectivamente) entre el día de la celebración del contrato y el momento de realizarse el transporte. La modificación del precio debe hacerse siguiendo los «criterios o fórmulas que tenga establecidos la Administración en las correspondientes condiciones generales de contratación del transporte de mercancías por carretera» y basándose en «la repercusión que la partida de gasóleo tenga sobre la estructura de costes de los vehículos de transporte de mercaderías». Nos puede dar una idea de que estamos ante una cuestión sensible a efectos de abusos el hecho de que el legislador haya previsto la nulidad de un pacto en contra de lo anteriormente dispuesto si tiene «un contenido claramente abusivo y en perjuicio del porteador» y la ausencia de efecto «cuando se contenga en unas condiciones generales respecto de las que la parte que no las ha propuesto solo pueda mostrar su aceptación o rechazo global» 331.

³²⁹ Cfr. Segunda parte. Capítulo III. I. 1.2.

³³⁰ No se considera una modificación sustancial de las condiciones de un contrato de seguro –respecto del precio– la aplicación del IPC al precio de la póliza (SAP Barcelona de 27 de julio de 2010 [JUR\2010\387690]). Por el contrario, sí lo es la reserva del derecho a modificar los valores de los *royalties* contraprestación a la utilización de la marca y servicios del franquiciado (SAP Barcelona de 16 de mayo de 2011 [JUR\2011\258674] y Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215]).

³³¹ También respecto a la variación de costes, aunque referido a un contrato distinto, no queríamos dejar sin mencionar la solución del Código civil en los contratos de obra con precio a tanto alzado. El art. 1593 dispone que el aumento de los jornales o materiales no autoriza al arquitecto o contratista a pedir un aumento del precio (sin perjuicio de la aplicación de la doctrina *rebus sic stantibus*, si se dieran los presupuestos). Se ha dicho que esta norma es de aplicación a los contratos entre contratistas y subcontratistas por la especial obligación de diligencia en la previsión de los costes de la prestación que se le exige a los profesionales: «con mayor razón deberá aplicarse en los casos de contratos de obra entre profesionales, que

b) Motivos válidos para la modificación unilateral

De estas primeras preguntas acerca de la determinación del precio y de cuándo podría ser aceptada una modificación unilateral del mismo, surge inmediatamente otra de mayor envergadura que ya habíamos dejado anotada: si existen circunstancias y, en su caso, cuáles, que permitan aceptar una cláusula que faculta a una de las partes para modificar unilateralmente algún aspecto del contrato. La doctrina, al hilo del estudio de la protección al consumidor, ha elaborado una serie de criterios que deben cumplirse para que una cláusula que contenga tal facultad no sea abusiva y que, desde nuestro punto de vista, serían extensibles a la contratación entre empresarios. Los requisitos que se han planteado que deben cumplir los motivos para ser «válidos» a efectos del art. 85.3 TRLC –que, recordamos, declara abusivas las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de modificación unilateral del contrato salvo que concurren motivos válidos especificados en el contrato– estarían relacionados, *grosso modo*, con la ajenidad, imprevisibilidad y gravedad³³². En primer lugar y para descartar que se esté dejando a la mera voluntad de una de las partes el transcurso del contrato, es necesario que el suceso sea ajeno al ámbito de control de la parte, a lo que se une que tampoco fuera previsible su concurrencia. Por último, como consecuencia de tal circunstancia el cumplimiento de lo originariamente pactado debe haberse convertido en algo excesivamente gravoso que no pueda ser exigible de buena fe. Lo que revelan estos criterios es la intención de llegar a un parámetro respecto del que valorar la validez de la cláusula lo más objetivo posible, para apartarnos, de este modo, de una conducta arbitraria, que es lo proscrito por el art. 1256 Cc. Así, se pretende que exista una justificación no «caprichosa, por mera comodidad del profesional»³³³ para que se altere alguna circunstancia del contrato de tal forma que el resultado que se obtenga con el reajuste sea eficiente, mejore la posición de las dos partes o, al menos, la de una sin perjudicar al otro contratante y no oculte una redistribución de riesgos a favor de la parte predisponente³³⁴.

Tampoco puede, claro está, ser una cláusula ambigua en cuanto a su funcionamiento: los motivos que pueden dar lugar al ejercicio de esa facultad de modificación unilateral deben constar de forma clara y específica en el contra-

deben conocer mejor que los consumidores finales los riesgos y vicisitudes propias de su tráfico», según SALVADOR CODERCH, P., 1991, p. 1201. Asimismo, RODRÍGUEZ MORATA, F., 2009, pp. 1853-1854.

³³² ALVAREZ OLALLA, P., 2000, pp. 858-860; FERRER RIBA, J., 2002, pp. 1002-1007; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 1014-1015; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 802-803.

³³³ ALVAREZ OLALLA, P., 2000, pp. 858.

³³⁴ FERRER RIBA, J., 2002, pp. 1002, 1004 y 1007. Asimismo, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1015.

to. Cuando examinamos la (in)determinación del precio, la conclusión a la que se llegó era que cabía una cierta flexibilidad en torno a este elemento con la justificación de que estuviera referido a un criterio del que se tenía que predicar la objetividad y la publicidad y claridad respecto de su funcionamiento. Pues bien, de forma análoga en el supuesto general de modificación unilateral, no solo es necesario que el criterio sea objetivo sino que tiene que ser preciso. Pertíñez hace hincapié en esta idea al señalar como abusivas aquellas cláusulas que formularan los motivos que autorizan una modificación unilateral con extrema vaguedad, poniendo ejemplos como la concurrencia de «motivos graves», «causas imprevistas» o «circunstancias sobrevenidas»³³⁵. Nos parece claro que, en la búsqueda de un límite al libre arbitrio, de nada serviría exigir la constancia de una causa en el contrato que, además, tiene que ser objetiva, si luego el predisponente, por una redacción equívoca, puede dotar del contenido que desee a dicha causa. Sería una forma evidente de que el arbitrio prohibido por el legislador y limitado por el requisito de la objetividad entrara por la vía de una ambigua redacción³³⁶.

La búsqueda de la objetividad que justifique una previsión de modificación unilateral del contrato por parte de uno de los contratantes se puede observar en la jurisprudencia.

A modo de ejemplo, en un contrato de producción televisiva, se considera alteración unilateral sin justificación el cambio de criterio en la medición de audiencia de un programa, de tal manera que da lugar a una *share* tan bajo que permite la resolución unilateral del contrato de forma arbitraria. La cadena se reservaba la facultad de poder dar por resuelto el acuerdo «en cualquier momento [...], en el supuesto de que la audiencia media obtenida por la emisión de cuatro episodios consecutivos del programa no alcanzase el share medio de la cadena en las mismas semanas de emisión», acordándose, igualmente, que el programa se realizaría conforme al plan de trabajo aprobado por la cadena de televisión, que podría ser modificado por ella. De esta manera, cobra una gran importancia qué programas se incluyan en el formato y en qué momento se tome la referencia de *share* medio (SAP Madrid de 26 de mayo de 2006 [AC\2006\1832]).

La AP de Barcelona (sentencia de 16 de mayo de 2011 [JUR\2011\258674]), por su parte, declara nula una cláusula contenida en un contrato de franquicia en virtud de la cual «se obliga al franquiciado a prestar en el establecimiento identificado con la marca UNIPOST únicamente los servicios objeto de la presente

³³⁵ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 803-804.

³³⁶ Es cierta, empero, la reflexión que realiza PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (*ibidem*, p. 804), acerca de hasta dónde se puede exigir esta especificación de los motivos válidos para que lo sean: si se les está pidiendo que su acontecimiento sea totalmente imprevisible, no se puede exigir a la par que ese mismo acontecimiento esté totalmente definido en el contrato; en muchos casos «solo podrá hacerse a partir de su pertenencia a categorías genéricas».

franquicia, lo cual no es objeto de controversia y resulta adecuado para preservar la homogeneidad de los establecimientos integrantes de la red de franquiciados, y los que sean facilitados por el franquiciador en el futuro». Este último inciso es el que, a juicio del juzgador, introduce una facultad omnímoda a favor del franquiciador de fijar el objeto del contrato sin ninguna posibilidad de la otra parte de conocer si las modificaciones que se puedan hacer —«sin limitación de ningún tipo»— le van a resultar rentables y quedando el objeto del contrato, por tanto, en manos de uno de los contratantes. A juicio de la SAP Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215]), sin embargo, no resulta contraria al art. 1256 y, por tanto, no se considera nula, una cláusula en un contrato de franquicia que faculta a la franquiciadora a realizar modificaciones o adaptaciones periódicas del manual de franquicia a fin de adaptar el concepto de negocio a las tendencias y circunstancias del mercado, dadas sus particularidades (mercado de la telefonía móvil)³³⁷.

Por otra parte, una cláusula que reserve al predisponente la facultad de modificar unilateralmente algún aspecto de la relación obligatoria puede ser también una cláusula mediante la que, de forma soterrada, busque eximirse de responsabilidad derivada de incumplimiento —por ejemplo, si el predisponente puede alterar el resultado convenido inicialmente puede manejar, a su vez, los supuestos de inobservancia de la obligación—. Como tendremos ocasión de ver en el estudio de las cláusulas que limiten o excluyan los remedios del acreedor frente al incumplimiento³³⁸, el art. 1105 Cc regula los supuestos en los que, en principio, no se deriva responsabilidad para el deudor puesto que se trata de acontecimientos que están fuera del ámbito de lo previsible e inevitable por el mismo. No es extraño establecer un paralelismo entre las características que hemos visto que se requieren para considerar a un motivo «válido» a efectos de la modificación unilateral del contrato y las causas de inimputabilidad del incumplimiento recogidas en el art. 1105. Como consecuencia de la identificación, se plantea Pertíñez³³⁹ por qué un predisponente tiene interés en incorporar al contrato una cláusula que le faculta para modificar su contenido en casos en los que el incumplimiento no le sería de todas maneras imputable. La argumentación que expone el autor, muy acertada e interesante a nuestro juicio, se centra en la diferencia de consecuencias. Así, además de que se asegura la facultad de modificación —no podemos olvidar que el art. 1105 es una norma de Derecho dispositivo con lo que cabe la existencia de una cláusula de agrava-

³³⁷ En el mismo sentido, SAP Barcelona de 18 de diciembre de 2002 [JUR\2003\107522].

³³⁸ Nos remitimos al apartado correspondiente, Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.4.

³³⁹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 803. El mismo autor, haciendo alusión a la modificación unilateral de la obligación como vía para excluir responsabilidades por parte del predisponente, en *ADC*, pp. 713-715.

ción de responsabilidad—, consigue evitar las consecuencias de que concurra fuerza mayor, esto es, bien una exoneración de responsabilidad por los daños pero manteniendo la obligación de cumplir en las mismas condiciones, bien una liberación del deber de prestación si como consecuencia del caso fortuito deviene imposible el cumplimiento (arts. 1182 y 1184 Cc). Por el contrario, advierte el citado autor, «la introducción de una cláusula que faculte al empresario a modificar el contenido de su prestación cuando exista un motivo de fuerza mayor inimputable, atribuye al empresario la posibilidad de mantener la vigencia del contrato, alterando las condiciones de su prestación, adecuándolas a las nuevas circunstancias».

Una última cuestión a la que debemos hacer alusión es si el hecho de que, ante una modificación unilateral de algún aspecto del contrato, se permita a la otra parte la facultad de desistir del mismo sin que exista penalización alguna, supone algún cambio en lo expuesto. En el caso de la legislación de consumo, se convierte en un requisito para que una cláusula que permite cierto margen de modificación del contrato al predisponente no sea abusiva, aunque no respecto de la modificación unilateral en general (apartado 3 del art. 85) sino solo respecto del precio (el art. 85.10 TRLC habla de «reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado»). Se ha dicho con cierto sentido que el hecho de reconocer al adherente la posibilidad de desligarse del contrato ante una modificación unilateral del predisponente, garantiza una vía para evitar sufrir las posibles consecuencias abusivas. Esto haría menos relevante el hecho de exigir la existencia de una justa causa o un motivo válido para poder llevar a cabo dichas alteraciones porque, con independencia de ello, podría desvincularse de la relación contractual. La valoración de la cláusula de modificación unilateral podría ser, en este caso, más flexible. Si bien esto es verdad, estamos de acuerdo con González Pacanowska en que ejercitar la facultad de desistimiento del contrato puede perjudicar al adherente al tener que elegir entre aceptar una modificación del mismo o sacrificar su interés en la prestación³⁴⁰.

1.1.2 *Facultades unilaterales de interpretación del contrato*

El art. 85.3 TRLC recoge, conjuntamente con el supuesto de modificación, aquel en el que el predisponente se reserva facultades de interpretación del contrato, cláusula que pasaremos a examinar a continuación. A nuestro

³⁴⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1016.

juicio, adelantamos, es clara su nulidad con independencia del sujeto adherente –consumidor o empresario– puesto que la normativa de consumo no es la única que conduce a esa conclusión.

Si la figura de la interpretación tiene como finalidad indagar en la voluntad de las partes y atribuir sentido a las declaraciones realizadas por los contratantes³⁴¹, parece que los sujetos llamados a realizar esta labor deben ser, en primer lugar, los autores del contrato de forma conjunta³⁴². El sentido de este precepto radica, pues, en evitar que las dudas o lagunas que pudieran derivarse del articulado del contrato puedan ser resueltas por una de las partes en función de sus intereses, más cuando estamos ante un tipo de contratación en la que la posición de ambos contratantes es muy diferente³⁴³.

Es de observar, no obstante, que la misma cautela que se introduce en contratación con consumidores realmente sería de obligado cumplimiento también cuando el adherente es un empresario. En primer lugar, porque dejar a la voluntad del predisponente la facultad de determinación de aquellos aspectos cuyo sentido es dudoso es tanto como dejar al arbitrio de una de las partes el poder redefinir ciertos parámetros del contenido del contrato, pudiendo implicar, por ejemplo, modificaciones de las obligaciones de las partes o, trayendo a colación un supuesto íntimamente vinculado con este y que será objeto de tratamiento específico, esto es, que el predisponente pueda determinar la conformidad de los bienes o servicios con lo estipulado. Pero junto a esta obvia vulneración de la interdicción de la arbitrariedad (art. 1256 Cc), también hay que tener en cuenta las reglas de interpretación contenidas en los distintos textos legales, reglas que no hacen sino reafirmar esta solución.

Los arts. 1281 a 1289 Cc regulan la interpretación de los contratos, recogiendo tanto criterios subjetivos como objetivos para llevar a cabo esta operación y fijando alguna regla que, con matices, ha sido incluida por el legislador como imperativa en la contratación mediante condiciones generales, tal y como es la interpretación *contra proferentem*. También en el ámbito mercantil tienen aplicación estos preceptos de la legislación común, aunque modulados por las reglas especiales que pudiera contener el Código de Comercio, que dedica, en los que a nosotros nos interesa, sus arts. 57 y 59 a señalar las pautas

³⁴¹ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 495.

³⁴² *Ibidem*, pp. 497-498, señala como posibles tipos de interpretación contractual según sus sujetos, la interpretación auténtica –llevada a cabo por las partes contratantes conjuntamente–, la interpretación judicial –en caso de litigio– y la interpretación doctrinal –en el caso de que un tercero desempeñe una función de asesoramiento–.

³⁴³ Acerca de este precepto, *vide* ÁLVAREZ OLALLA, P., 2000, pp. 853-856; FERRER RIBA, J., 2002, pp. 991-993.

por las que se rige la interpretación de los contratos mercantiles³⁴⁴. El primero de ellos, alude a la buena fe como criterio para ejecutar y cumplir los contratos siempre según los términos en que fueron redactados, para lo cual, entre otros, hay que estar al sentido recto, propio y usual de las palabras, esto es, el sentido habitual con el que son utilizadas por los comerciantes. De este modo se le da entrada a los usos del comercio, claves para llegar a una interpretación en sintonía con el sector comercial en el que se desenvuelven los contratantes³⁴⁵. Por su parte, el art. 59 Ccom sí que supone una variación respecto de lo dispuesto para los contratos civiles en la medida en que dispone que, en caso de dudas, se estará al criterio *favor debitoris*, separándose así del art. 1289 Cc que opta por atender a la mayor reciprocidad de intereses. No tienen mayor relevancia las disquisiciones acerca del criterio de cierre a aplicar a los contratos mercantiles en el caso que nos ocupa³⁴⁶ puesto que, ante todo, se trata de contratos mediante condiciones generales, cuya legislación contiene reglas de interpretación *ad hoc* contenidas en el art. 6 LCGC y que son de aplicación imperativa

³⁴⁴ Respecto de la interpretación de los contratos mercantiles, entre otros, *vide* VILA FLORENSA, P., 2002, pp. 502-511; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, p. 44; SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2012, pp. 200-201; PEINADO GRACIA, J. I., 2009, pp. 244-245. En el mismo ámbito mercantil pero con carácter internacional, cabe anotar que el art. 8.2 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías remite al criterio de lo razonable para interpretar las declaraciones y otros actos de una parte. Acerca del estándar de la razonabilidad, la norma de interpretación objetiva que contiene este apartado, ver LÓPEZ LÓPEZ, A., 1998, pp. 121 y ss., quien entiende que el art. 8.2 CV no apela tanto a un esperado entendimiento leal cuanto a un esperado entendimiento usual en personas de la misma condición. Por su parte, el capítulo 5 de los PECL regula el régimen de interpretación de los contratos, señalando el art. 5:101(3) que, a falta de poder averiguar la intención común de los contratantes, se estará al sentido «que normalmente le daría toda persona razonable de igual condición que las partes, en caso de encontrarse en idénticas circunstancias», atendiendo en especial, entre otros, al «sentido que se otorgue comúnmente en el sector a los términos y expresiones utilizados y la interpretación que hubieran podido recibir con anterioridad cláusulas similares» así como «a los usos» [art. 5:102 (e) y (f)]. También el DCFR alude a la interpretación según una persona razonable [II. 8:101 (3)], señalando que se tendrán en cuenta criterios como las circunstancias en las que se concluyó el negocio jurídico, entre otros, la conducta de las partes, el significado que comúnmente se le dé a las expresiones en cuestión en el sector concreto, la naturaleza y finalidad del contrato, los usos o la buena fe [II. 8:102 (1)].

³⁴⁵ En este sentido, puede tener relevancia en contratación entre empresarios el art. 1287 Cc, que alude precisamente al «uso o la costumbre del país» para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en éstos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse. En el mismo sentido, el art. 8.3 de la Convención sobre compraventa internacional de mercaderías, para concretar el concepto de la razonabilidad, remite, dentro de las circunstancias pertinentes al caso y además de las negociaciones y el comportamiento ulterior de las partes, a cualesquiera prácticas que éstas hubieran establecido entre ellas así como los usos correspondientes.

³⁴⁶ EGEA FERNÁNDEZ, J., 2002, p. 424, apunta que, dado que por el propio mandato del art. 59 Ccom (remisión al art. 2 del mismo texto), habría que acudir a las reglas contenidas en el Código Civil, el art. 1289 de esta norma dejaría sin efectividad a la norma de cierre del Código de Comercio. Por su parte, PEINADO GRACIA, J. I., 2009, p. 244, observa, por una parte, que, aunque la prelación normativa que establece el art. 50 Ccom invierte el orden de prelación de fuentes del art. 2 del mismo texto, el art. 59 supone una excepción al art. 50. Por otra, advierte acerca de la dificultad de aplicación del criterio *favor debitoris* en el supuesto de obligaciones recíprocas.

a todos los contratos, con independencia de la naturaleza del adherente. La norma de cierre contenida en el punto segundo del referido precepto establece que, en caso de duda en la interpretación, las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente, cerrando así, la cuestión acerca de la regla a aplicar.

Se comprenderá, por todo ello, que aún reconociéndole a las partes en base a su autonomía de la voluntad un margen de maniobra respecto de los pactos concernientes a las reglas hermenéuticas, las peculiaridades de la contratación mediante condiciones generales eliminan esta posibilidad: el esquema de igualdad de las partes que, de forma conjunta, optan por unos criterios para resolver las posibles oscuridades que existan en el contrato, desaparece. De ahí que el art. 6 LCGC tenga el carácter de imperativo y que deban declararse nulas por contravenir una norma de este carácter aquellas cláusulas que reserven a favor del predisponente facultades unilaterales de interpretación, en virtud de los arts. 8.1 LCGC y 6.3 Cc³⁴⁷.

En otro orden de cosas y antes de concluir, nos interesa apuntar, siquiera sucintamente, la diferencia entre la facultad unilateral de interpretación y la facultad de una de las partes de dar instrucciones en cuanto al cumplimiento del contrato³⁴⁸, toda vez que existen contratos –y más en el ámbito mercantil– en los que las obligaciones de una de las partes se ven afectadas por las directrices de la otra. La posibilidad de que la dirección facultativa de una obra lleve a cabo una interpretación técnica del proyecto que tenga que ser tenida en cuenta por el contratista para la ejecución del contrato³⁴⁹ o las instrucciones a las que tiene que atender el prestador de servicios para la prestación de los mismos³⁵⁰, son dos ejemplos de ello. También está dentro de los deberes de una de las partes en el contrato de mandato –el mandatario– observar las directrices que reciba del

³⁴⁷ En consonancia con esta idea de «esencialidad» de los criterios de interpretación en cláusulas no negociadas individualmente, el texto de la Propuesta para la Modernización recoge de forma expresa como uno de los supuestos de cláusulas abusivas aquellas que «concedan al predisponente facultades exclusivas de interpretación del contrato» [art. 1262.3.g)]. En la misma línea, respecto de Derecho vigente aunque sea de aplicación restringida a los consumidores, es significativo el cambio de redacción del art. 85.3 TRLC respecto del texto equivalente anterior y que no tiene otra intención más que aclarar que, en ningún caso, la interpretación del contrato puede quedar a la voluntad del predisponente. Efectivamente, la redacción del artículo equivalente en la LCGC, el apartado 2.º de la Disposición Adicional 1.ª, I, conducía a la confusión acerca de la posibilidad de que, existiendo «motivos válidos especificados» en el contrato, pudieran reservarse a favor del profesional facultades unilaterales, no sólo de modificación sino también de interpretación. Esta redacción se ha corregido favorablemente en el Texto Refundido, cuyo art. 85.1 especifica que los motivos válidos sólo hacen referencia a las facultades de modificación.

³⁴⁸ Señala esta idea FERRER RIBA, J., 2002, pp. 992-993.

³⁴⁹ Por ejemplo, las instrucciones que da el arquitecto a la Dirección de ejecución de la obra en las visitas de obra para interpretar un plano de estructura; la elección de acabados, como el suelo o alicatados, que aparecen reflejados de forma genérica en el proyecto pero que requieren una precisión ulterior.

³⁵⁰ Díez-PICAZO, L., 2010, p. 463.

principal para el desenvolvimiento de la actividad de gestión, dado que en el contrato no está predeterminada de modo absoluto la prestación objeto del mismo, pudiéndose realizar la misma afirmación respecto de la comisión mercantil o del contrato de mediación o corretaje³⁵¹. Del mismo modo es evidente en los llamados contratos de colaboración empresarial³⁵²: el art. 9 de la Ley de Contrato de agencia recoge como una de las obligaciones del agente «desarrollar su actividad con arreglo a las instrucciones razonables recibidas del empresario» y, por su parte, en el contrato de franquicia, existe una sumisión del franquiciado a las instrucciones del franquiciador³⁵³. En todos estos casos, no se trata estrictamente de una labor de interpretación a voluntad de una de las partes ya que, como evidencia Ferrer Riba³⁵⁴, «no se trata de desvelar y fijar el significado de las estipulaciones contractuales, sino de especificar las prestaciones o el modo de cumplirlas en la medida en que tales extremos no hayan quedado regulados en el acto de perfección del contrato».

1.1.3 *Reserva del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato*

El tipo de cláusulas que se incluirían en este supuesto serían aquellas mediante las cuales el predisponente se reservara el derecho a fijar el alcance de la prestación que se recoge en el contrato. Permitir esto sería tanto como dejar en manos de una de las partes el cumplimiento del contrato en cualquiera de los dos supuestos que caben: si el predisponente es el deudor, puesto que con cualquier prestación podría liberarse de su obligación; si el predisponente es el acreedor, puesto que puede decidir si el deudor se libera o no de su obligación. Este argumento es el manejado por los autores que, a nuestro juicio con acierto, consideran esta estipulación contraria al art. 1256 Cc y, por tanto, nula no sólo en contratos con consumidores sino también cuando la parte adherente fuera un profesional³⁵⁵.

Efectivamente, en la medida en que el cumplimiento de la prestación implica no sólo la ejecución de la misma por el deudor para su liberación sino

³⁵¹ ANGULO RODRÍGUEZ, L., 2009, p. 273; URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., 2001, pp. 158-159; Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 477-478; 524-525;

³⁵² Seguimos la clasificación hecha por Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 441 y ss., autor que incluye dentro de los contratos de colaboración empresarial el contrato de agencia, concesión y distribución.

³⁵³ *Ibidem*, pp. 454.

³⁵⁴ FERRER RIBA, J., 2002, p. 993. En similar sentido, PALAU RAMÍREZ, F., 2000, pp. 193-197.

³⁵⁵ ALVAREZ OLALLA, P., 2000, p. 989-990. En similar sentido, SEUBA TORREBLANCA, J. C., 2002, p. 1096; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 828.

también una carga de colaboración por parte del acreedor, que pretende ver satisfecho su interés, parece evidente que corresponde a ambas partes determinar si lo ejecutado por el primero es adecuado con el objeto de la prestación. Así lo manifiesta Díez-Picazo, para quien decidir en cada caso si se entiende cumplido el deber de prestación exige «un juicio de confrontación o de contraste entre la prefiguración ideal de la prestación (programa de prestación prometido) y la realización efectiva de la misma». Este juicio, prosigue el autor, «tiene que ser hecho por las propias partes interesadas»³⁵⁶. El Código civil nos proporciona una serie de requisitos para que el pago sea regular y que la doctrina ha resumido en identidad, integridad e indivisibilidad³⁵⁷. Sin embargo, dado que el acreedor puede aceptar algo diferente a lo convenido, estos criterios no le vinculan de un modo absoluto sino que, más bien, funcionan como un derecho del mismo a poder exigir al deudor que la prestación se acomode a lo determinado en el título constitutivo de la obligación³⁵⁸.

De lo expuesto se deduce claramente que, en el caso de que el predisponente fuera el deudor, dejarle la facultad de determinar si el bien entregado o el servicio prestado por él mismo es conforme con lo que se hubiera programado en la obligación supone saltarse las normas sobre regularidad del pago y, sobre todo, desprender al acreedor de su facultad de valorar la adecuación de la prestación, pudiendo aceptarla, aceptarla con reservas o incluso rechazarla, siendo un órgano jurisdiccional el que, en este caso, tendría que valorar la exactitud de la prestación ejecutada.

Y es que, una vez señalada la contravención del art. 1256 Cc, al quedar el cumplimiento del contrato a la voluntad de una de las partes puesto que el deudor –predisponente– podría liberarse de la obligación con cualquier prestación³⁵⁹, es de obligada referencia otra vulneración no menos importante y con-

³⁵⁶ Díez-Picazo, L., 2008, p. 572.

³⁵⁷ Respectivamente, según el art. 1166 Cc el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, mientras que en virtud del art. 1157 del mismo texto no se entenderá pagada la deuda sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación completamente. Por su parte, y tal y como dispone el art. 1169 del Código civil, no se podrá compeler al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones.

³⁵⁸ Así lo manifiesta Lacruz Berdejo, J. L., 2007, p. 138.

³⁵⁹ Dentro de los dos supuestos a los que hace referencia el art. 1256 Cc, validez y cumplimiento (aunque ya veremos cómo hay que entenderlos en un sentido amplio, respecto de cualquier arbitrariedad en el contrato), parece que la determinación unilateral de falta de conformidad se ubica más en la esfera del cumplimiento que de la validez. No obstante tratarse de la determinación del objeto de un contrato, el problema no es tanto que el mismo se encuentre indeterminado –en el sentido de generar una falta de uno de los elementos esenciales del contrato, en virtud del art. 1273 Cc– sino que, *a posteriori*, el predisponente pueda interpretar según sus intereses qué se estableció en el contrato y la adecuación de lo por él ejecutado a dicha interpretación. Acerca de esta idea, *vid.* Alvarez Olalla, P., 2000, pp. 985-986. Respecto a la determinación del objeto de un contrato, cabe señalar que Díez-Picazo, L., 2007, p. 254, admite en algunos casos el arbitrio de una de las partes por el uso de los negocios, poniendo como ejemplo los ho-

secuencia de la anterior: afirmar que cualquier prestación ejecutada por el predisponente tiene que ser aceptada por el adherente como adecuada equivale a decir que a éste último se le estaría limitando la posibilidad de ejercitar los derechos que le corresponden ante un cumplimiento defectuoso³⁶⁰. Si seguimos con el estudio paralelo de las cláusulas en contratación con consumidores que son consideradas abusivas por ser contrarias al art. 1256 Cc, este supuesto nos situaría en el art. 86.1 TR, cuya contrariedad a la norma vendría dada por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario respecto del «incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario así como las normas legales sobre conformidad». Del mismo modo, se puede establecer también una estrecha relación con otro tipo de cláusulas que, en el fondo, producen un efecto similar y que son aquellas que contengan declaraciones de recepción o de conformidad sobre hechos ficticios³⁶¹. Con la suscripción de estas cláusulas por parte del adherente, el predisponente-deudor persigue liberarse de su responsabilidad queriendo dejar constancia de una ejecución o entrega que realmente no se ha producido todavía o de la conformidad de lo entregado o ejecutado respecto del contrato, sin que exista de forma certera tal correspondencia en la prestación efectivamente llevada a cabo³⁶². En ambos casos la actuación está vinculada con la preconstitución de prueba (alterando, por tanto, la carga de la misma que pasaría de corresponder al predisponente como deudor a ser una obligación del consumidor)³⁶³ así como, en algunos casos, con la pretensión del predisponente-vendedor de liberarse de su responsabilidad por saneamiento por vicios ocultos recogida en los arts. 1484 y siguientes Cc³⁶⁴.

norarios en muchos contratos de arrendamiento de servicios, que quedan al *arbitrium boni viri* de la parte que presta el servicio (nos remitimos a lo expuesto al hilo de la indeterminación del precio).

³⁶⁰ Hacen referencia a ello ÁLVAREZ OLALLA, P., 2000, pp. 986; SEUBA TORREBLANCA, J. C., 2002, p. 1097; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 828.

³⁶¹ Dentro del elenco de cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, art. 89.1 TRLC. Aluden a la vinculación SEUBA TORREBLANCA, J. C., 2002, pp. 1094-1095; CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, p. 912.

³⁶² Son cláusulas del estilo de: «El comprador reconoce haber recibido la mercancía», «El cliente declara su conformidad con el producto», «El cliente manifiesta que el producto le ha sido entregado en perfectas condiciones», «El cliente manifiesta su plena conformidad con la reparación efectuada» (DURANY PICH, S., 2002, pp. 1232-1233).

³⁶³ *Ibidem*, p. 912, evidencia que el empresario «busca preconstituir una prueba del cumplimiento de sus obligaciones a partir de afirmaciones falsas que el consumidor o usuario suscribe al aceptar las condiciones generales o, en general, las cláusulas no negociadas a las que se adhiere».

³⁶⁴ En contratos entre empresarios el art. 1484 podría tener, quizás, un campo más restringido de aplicación protectora al comprador-adherente porque exonera de responsabilidad al vendedor no solo respecto de los vicios manifiestos o que estuvieran a la vista sino también respecto de los que no lo estén «si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos». No cabe duda de que el nivel de diligencia exigible a un profesional que actúa como tal debe ser más elevado que el que se requiere a un consumidor. Dicho esto, no nos parece que de esta afirmación se pueda derivar

En el supuesto de que el predisponente fuera el acreedor y se reservara la facultad de determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato, quedaría en sus manos también el cumplimiento de la obligación puesto que podría decidir si la otra parte se libera o no. Este escenario atentaría contra el legítimo interés de todo deudor de liberarse de su obligación mediante una prestación que cumpla con lo estipulado en el contrato³⁶⁵: la concreción de «lo estipulado» depende del acreedor.

Por último y en todo caso, otro argumento que supone un obstáculo igual de evidente que la interdicción de la arbitrariedad para la validez de este tipo de pactos es el de la obligatoriedad de las normas de interpretación en condiciones generales de la contratación. Al hilo del análisis de las cláusulas que reservan al predisponente facultades unilaterales de interpretación, hemos tenido ocasión de analizar el valor de estas normas como límite, dado su carácter imperativo. Serían aplicables a este supuesto los mismos razonamientos que se apuntaron en su momento. Al fin y al cabo, «determinar» la conformidad de los bienes con lo convenido en el contrato, no es sino realizar una doble labor hermenéutica: interpretación en cuanto a lo que las partes establecieron en el contrato e interpretación respecto de la identidad con el bien entregado o el servicio pactado. En definitiva, con la inclusión de una cláusula similar a la que nos ocupa, el predisponente antepondría sus criterios de interpretación a los imperativos de la LCGC recogidos en el art. 6.

Hemos visto cómo las cláusulas que suponen la concesión al predisponente del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato pueden ser consideradas contrarias a la interdicción de la arbitrariedad contenida en el art. 1256 Cc. Podrían presentar también problemas en lo que respecta al efecto de limitar el ejercicio de los derechos frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso y vulneran, así mismo, las reglas de interpretación de carácter imperativo para los contratos mediante condiciones ge-

automáticamente que en los contratos mercantiles todos los defectos que no estén a la vista sean tratados como manifiestos por el mero hecho de que el comprador sea un profesional: al empresario –adherente, en este caso– no se le tienen que presuponer conocimientos técnicos cualificados en todos los ámbitos en los que contrata en relación con su negocio (imaginemos un empresario ajeno al mundo de las telecomunicaciones que contrata el alta de una línea telefónica o de un servicio de Internet o un empresario cuando contrata con una entidad bancaria).

En todo caso y en última instancia, la liberación que pretende el predisponente mediante esta cláusula de declaración de conformidad chocaría con el límite de responsabilidad por vicios ocultos cuando concurre mala fe del vendedor (art. 1485 II Cc), que tiene carácter imperativo por encima de la naturaleza del comprador y que será objeto de un estudio aparte, *cfr.* Tercera Parte, Capítulo III, I, 3.

³⁶⁵ En general, acerca del legítimo interés del deudor de verse liberado, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 1988, pp. 72 y ss.; CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., *CEEM*, pp. 28; CANO HURTADO, M. D., 2005, pp. 154-158.

nerales. Si nos damos cuenta, llegamos a la misma conclusión de contravención del ordenamiento jurídico a través de argumentos aplicables fuera cual fuere la naturaleza del adherente, al margen de las normas de protección del consumidor. Tan solo haría falta establecer la conexión entre la norma y el supuesto de hecho concreto para articular la protección.

1.1.4 *Cláusulas que limiten los derechos por incumplimiento o cumplimiento defectuoso*

Justo a continuación del estudio de las cláusulas mediante las que el predisponente pretende arrogarse facultades en relación con la conformidad de los bienes o servicios, incluimos una referencia a un grupo de hipótesis que tienen en común limitar los remedios frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Aunque en la legislación protectora de consumidores estas cláusulas se encuentran recogidas en el art. 86 (cláusulas que son abusivas por limitar o privar al consumidor y usuario de los derechos básicos) y no en el art. 85 (el directamente vinculado con la interdicción de la arbitrariedad), tal y como se dejó apuntado en el epígrafe anterior, existe una conexión entre ambas: una de las consecuencias de poder decidir sobre la idoneidad de la prestación es, precisamente, que no puedan entrar en juego los mecanismos de defensa del derecho de crédito lesionado. No en balde se ha dicho de uno de esos mecanismos, la acción resolutoria contenida en el art. 1124 Cc, que representa el aspecto operativo del principio del art. 1256, interpretado en su sentido *a sensu contrario*³⁶⁶. Además, consideramos que esta idea está implícita en otro supuesto directamente relacionado con la interdicción de la arbitrariedad, como es el de las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aun cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones (en la legislación de consumo, art. 85.5).

En la normativa de consumo el legislador considera, en unos casos, abusivos sin discusión, en otros, presumiblemente abusivos, una serie de supuestos que están vinculados con los remedios de los que dispone el adherente ante un incumplimiento o cumplimiento defectuoso del predisponente y a los que, de forma general, hace referencia el apartado primero del art. 86 proscribiendo «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario».

³⁶⁶ SANTOS BRIZ, J., 2002, p. 212.

En lo que a nosotros nos interesa, los derechos legales de todo acreedor frente a lesiones del crédito, con independencia de que tenga la cualidad de consumidor o no, son de diversa índole. Por una parte, ante un pago inexacto, el acreedor tiene la facultad de rechazarlo o admitirlo pero con reservas. El Código Civil recoge en el art. 1096 y siguientes la posibilidad de que el acreedor haga valer su derecho ejercitando una acción de cumplimiento, ya sea *in natura*, ya sea, en su caso, por equivalente ³⁶⁷, así como la obligación de ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos (art. 1100 Cc) ³⁶⁸. Por su lado, las obligaciones sinalagmáticas, por ser ambas partes a la vez deudoras y acreedoras, presentan peculiaridades respecto a los mecanismos de protección del acreedor. Así, la parte a la que se le está reclamando el cumplimiento de su prestación puede alegar para no cumplir la llamada *exceptio non adimpleti contractus* (o *exceptio non rite adimpleti contractus*) si la otra parte no ha cumplido con la suya (o no ha cumplido de manera adecuada, respectivamente) ³⁶⁹. Además, el art. 1124 Cc contempla la posibilidad de que el acreedor pueda optar por ejercitar la acción de cumplimiento o bien, en determinados supuestos, la acción de resolución de la obligación ³⁷⁰. Por último, la regulación de ciertos contratos, como el de compraventa, presenta acciones específicas, entre las que se pueden destacar las acciones derivadas del saneamiento de vicios ocultos de las cosas vendidas (acción redhibitoria, estimatoria o *quantum minoris* e indemnizatoria) ³⁷¹.

³⁶⁷ Vid. Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 780-781.

³⁶⁸ Siguiendo a *ibidem*, pp. 771 y ss. en cuanto a la defensa del derecho de crédito lesionado, además de los señalados alude a las medidas de tutela preventiva del crédito –entre las que se puede señalar el vencimiento anticipado del crédito (art. 1129 Cc) o la adopción de medidas cautelares para asegurar una tutela judicial (arts. 721 y ss. LEC)– y que van dirigidas a proteger al acreedor frente a una probable, aunque todavía no materializada, insatisfacción de su crédito (pp. 772-775, concretamente). Asimismo, este autor también denomina como «vías de compensación de los acreedores» la cesión legal al acreedor de todas las acciones que correspondieran al deudor contra terceros por la pérdida de la cosa (*commodum representationis*) y la reducción de la contraprestación (acción *quantum minoris*, respecto de los casos de compraventa en los que el comprador recibe la cosa con vicios ocultos, y que el art. 9.401 PECL concibe como un remedio aplicable a todo tipo de contrato en el que una de las partes recibe una prestación defectuosa, pp. 794-799).

³⁶⁹ Justifica este mecanismo Díez-PICAZO (*ibidem*, pp. 803), en que «cada parte puede rehusar o rechazar el cumplimiento de la obligación prevista a su cargo, mientras la otra parte no cumpla con la suya. A la inversa, ninguna de las partes puede demandar el cumplimiento de la obligación contraria, sin cumplir u ofrecer el cumplimiento de la obligación propia». También, *vid.* CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 1054 y ss.

³⁷⁰ Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 810 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 1103 y ss.

³⁷¹ Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 135 y ss. Para una visión breve de la regulación de las prestaciones defectuosas en otros contratos distintos de la compraventa, *vid.* *ibidem*, pp. 702-704, quien hace alusión no sólo al régimen de los defectos ocultos de las cosas vendidas sino también de las cosas arrendadas, de las construidas en el contrato de obra o respecto del cumplimiento defectuoso en los contratos de servicios o en las obligaciones de carácter restitutorio.

Estos derechos legales corresponden a todo acreedor con independencia de su naturaleza, esto es, ya sea consumidor o no, y están presentes, en general, en todo tipo de contratos³⁷². ¿Significa esto que la mención del legislador es redundante porque en todo caso son de aplicación los mecanismos de defensa antes expuestos? La respuesta, con salvedades³⁷³, parece que debe ser negativa: las reglas sobre las medidas de protección del derecho de crédito contenidas en el Código Civil tienen, casi en su totalidad, carácter dispositivo. Esto permite que, en principio y salvando los contratos que recaen dentro del ámbito de aplicación del TRLC, las partes puedan pactar sobre el alcance de los efectos derivados del incumplimiento, atenuándolos o haciéndolos más estrictos³⁷⁴. En contratación entre empresarios, por tanto, podría no haber ningún impedimento legal para ello, salvando el límite que representan las normas de Derecho imperativo.

Cobra una gran importancia, por consiguiente, el hecho de deslindar los preceptos que pueden operar como este límite a la autonomía de la voluntad. La acción de resolución contenida en el art. 1124 Cc (y al hilo de la misma, la excepción por contrato no cumplido) (a), las acciones específicas del contrato de compraventa por vicios ocultos (b) así como la indemnización de daños y perjuicios de los arts. 1101 y siguientes del Código civil (c), serán las cuestiones que nos ocupen en las sucesivas líneas.

a) Acción de resolución

Es mucha la literatura existente en torno al art. 1124 Cc y la acción de resolución. Como decíamos, este precepto recoge uno de los remedios del acreedor en los contratos en los que surgen obligaciones recíprocas a cargo de ambas partes, cuando se produce un incumplimiento de la otra. Su ubicación, dentro del apartado «De las obligaciones puras y de las condicionales» en lugar de en sede de incumplimiento, ha dado lugar a debates doctrinales acerca de su

³⁷² Con la excepción de las acciones de saneamiento, que no se aplican en la compraventa de consumo.

³⁷³ CÁMARA AGUILA, M. P., 2000, p. 840, respecto a la mención de «las normas legales sobre conformidad con el contrato de bienes o servicios» contenida en el párrafo 2.º del art. 86.1 TRLC, afirma su carácter prescindible, no solo porque el primero párrafo del mencionado precepto ya comprenden las menciones más específicas del primero sino porque, en lo que nos interesa ahora, las reglas sobre conformidad de los productos con el contrato de compraventa de consumo son imperativas.

³⁷⁴ Incluso en los contratos con consumidores cabría algún tipo de pacto puesto que el primer párrafo del art. 86.1 TRLC tipifica como abusiva una cláusula que limite o excluya los derechos legales del consumidor cuando esta limitación o exclusión sea «de forma inadecuada». Volveremos sobre este matiz al hablar acerca de los contratos de adhesión entre profesionales.

naturaleza o no de verdadera condición. Debates que hoy en día se encuentran de forma pacífica cerrados concluyendo que no se trata de una condición resolutoria *stricto sensu* sino de una facultad de resolver las obligaciones³⁷⁵.

La ubicación de este artículo y su contenido se entiende mejor a la vista de los antecedentes históricos de la figura de la resolución, antecedentes que serán de ayuda, asimismo, para los razonamientos posteriores acerca de su fundamento. Aunque de forma muy sucinta³⁷⁶, se puede decir que los autores están de acuerdo en que no se trata realmente de una institución de Derecho romano y que no es hasta el Derecho Canónico cuando surge la idea de que era en cierto modo contrario a la moral que la parte que no había actuado conforme a la palabra dada no tuviera sanción y que la otra parte tuviera que quedar obligada a lo prometido a pesar de ello. Sin perder de vista esta influencia así como la de las construcciones civilistas de la Edad Media³⁷⁷, son la doctrina y jurisprudencia francesas las que, tras una larga y lenta evolución, van abandonando las concepciones tradicionales romanas y afianzan y generalizan en el siglo xvii la idea de la existencia de una condición resolutoria sobreentendida en caso de incumplimiento de los contratos aunque no se hubiera pactado expresamente por las partes³⁷⁸. La Codificación francesa recogió esta doctrina que pasa a formar parte del art. 1184 del Código civil de Napoleón, origen inmediato de nuestro art. 1124 Cc. Así, la norma francesa es la influencia clara del art. 1042 del Proyecto de Código civil de García Goyena, regulador de la figura de la resolución. Tanto es así, que el texto del art. 1042 hacía referencia expresa a la idea de una condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales y así lo ratifica el jurista en su comentario: «la condición resolutoria va implícita y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación». Se trata de una facultad que se concede a los tribunales por «consideraciones de humanidad» y que no es contraria al principio *pacta sunt servanda* ya que se pide la resolución del contrato pero podía exigirse

³⁷⁵ Se han puesto de manifiesto las diversas diferencias entre ambas figuras, como un distinto origen (legal frente al convencional) o una distinta forma de producirse los efectos (necesidad de opción por el remedio frente a efectos *ipso iure*). Delimitando la condición resolutoria en sentido estricto respecto del supuesto del art. 1124, *vide*, DELL'AQUILA, E., 1981, pp. 91-92; MONTÉS PENADÉS, V., 1989, pp. 1190 y ss.; Díez-PICAZO, L., 1995, p. 5892; 2008, p. 812; ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 77 y ss. También ponen de manifiesto la no naturaleza de auténtica condición CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 1103; CLEMENTE MEORO, M. E., 2011, p. 229.

³⁷⁶ Para un análisis de los antecedentes históricos de la resolución, nos remitimos a MONTÉS PENADÉS, V., 1989, pp. 1177-1181; Díez-PICAZO, L., 1995, p. 5891; 2010, pp. 810-211; ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 1 y ss. Un estudio en profundidad y detallado del recorrido histórico de la institución desde su nacimiento lo encontramos en el último título citado así como, especialmente, en DELL'AQUILA, E., 1981, pp. 31 y ss.

³⁷⁷ Entre todos los nombres sobresale el de BARTOLO (s. xvi), por ser posiblemente «el primero que abrió camino hacia una doctrina general de la resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de una de las partes» (*ibidem*, p. 73).

³⁷⁸ En los estudios de los antecedentes históricos del precepto se señalan como figuras relevantes de esta evolución hasta la codificación napoleónica a DUMOULIN (s. xvi), DOMAT (s. xvii) y POTHIER (s. xviii)

también su cumplimiento³⁷⁹. Será en el paso del Proyecto de 1851 al Código civil de 1889 cuando se produce el cambio de la «condición resolutoria implícita» a la más adecuada expresión «facultad resolutoria» que conocemos hoy en nuestro art. 1124³⁸⁰.

Centrándonos en lo que respecta a su carácter dispositivo o no, Montés, en su día afirmó que el precepto «contiene una norma supletoria, que integra la voluntad declarada por las partes en la conclusión de un contrato bilateral y encuentra su aplicación precisamente a falta de una declaración de voluntad que excluya la resolución del contrato entre las consecuencias del incumplimiento»³⁸¹. Si la parte final de esta observación es importante porque se pronuncia directamente –admitiéndola– sobre la posibilidad de pacto en contra de la acción resolutoria, queremos aprovechar la parte inicial de lo señalado por este autor para incidir sobre un aspecto de la evolución de la doctrina y jurisprudencia respecto del art. 1124 Cc³⁸², que nos parece de utilidad en el caso que nos ocupa por cuanto conecta el mecanismo de la resolución con un concepto más cercano a la idea de protección de una de las partes contratantes. Se trata de la transición desde una visión subjetiva de la acción resolutoria hacia una perspectiva objetiva de la misma. Efectivamente, y como sabemos por el propio desarrollo histórico de la figura, se parte inicialmente de una visión subjetiva y voluntarista de la acción resolutoria pues estaba asentada sobre la presunta voluntad de las partes y una interpretación literal del texto legal («*se entiende implícita en las relaciones*», reza el Código civil). Pero, como señala Díez-Picazo, entre otros, se produce una evolución que supera tales planteamientos, moviendo esta facultad hacia un terreno más objetivo, «en el que el remedio resolutorio funciona como una consecuencia de la aplicación de normas de Derecho objetivo, con independencia de la real o hipotética voluntad de los interesados»³⁸³.

³⁷⁹ GARCÍA GOYENA, F., 1852, p. 80.

³⁸⁰ Destacan este cambio DELL'AQUILA, E., 1981, pp. 15-16, 91 (señalando que evitar utilizar la palabra «condición» y hablar de «facultad» representa un adelanto respecto al texto francés); ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 73-74; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., 1998, pp. 20-22; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., 2004, pp. 70 y ss.

En la Propuesta de Modernización de la Comisión de Codificación ya se desvincula la resolución de las obligaciones condicionales (art. 1199 PM), tanto por su ubicación (en los remedios frente al incumplimiento) como por su redacción (*vid.* FENOY PICON, N., ADC, pp. 1547 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., ADC, pp. 1685-1724).

³⁸¹ MONTÉS PENADÉS, V., 1989, p. 1.197.

³⁸² Un aspecto entre otros (*vid.* Díez-Picazo, L., 2008, pp. 812-813) pues, como apunta PALAZÓN GARRIDO, M. L., 2011, p. 424, ha sido una «revolución» la que ha experimentado la aplicación de este artículo desde sus orígenes hasta la actualidad.

³⁸³ Díez-Picazo, L., 1995, p. 5892; 2008, p. 813. En idénticos términos se había manifestado DELL'AQUILA, E., 1981, pp. 91-92; CLEMENTE MEORO, M. E., 1992, pp. 266-268; ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 94 y ss.; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., ADC, pp. 70 y ss.

Acaso podría decirse que la primera postura era más fácilmente conectable con la posibilidad de modificación convencional del régimen establecido en la Ley, en la medida en que se afirmaba que el fundamento de la resolución provenía de una voluntad implícita de los contratantes en ese sentido. En cambio, en la actualidad, al pretender elevarla a una categoría objetiva que responde a una necesidad de protección y defensa de la parte perjudicada³⁸⁴ y que, como se ha apuntado, «funciona como una consecuencia de la aplicación de normas de Derecho objetivo» sin tener en cuenta la voluntad de las partes, pareciera que esta voluntad tiene un menor campo de acción para influir en lo dispuesto por el art. 1124 Cc.

Esto no ha sido óbice, en todo caso, para que la doctrina haya subrayado de forma abierta el carácter dispositivo del precepto. Álvarez Vigaray entiende como posible una regulación expresa por las partes que difiera de la contenida en el art. 1124, pactando «su agravación, mediante el pacto comisorio expreso o *lex commissoria* y el término esencial o pueden excluirlo renunciando preventivamente a la resolución por incumplimiento excepto para las hipótesis de incumplimiento causado por dolo»³⁸⁵ (en el mismo sentido se manifiestan Bercovitz Álvarez³⁸⁶ y Clemente Meoro³⁸⁷). Carrasco, por su parte, lo define como un derecho configurable por acuerdo y renunciable anticipadamente, salvo en contratos con consumidores³⁸⁸.

Hasta aquí se ha razonado sobre la base de un contrato negociado. Pero nos parece que los esquemas sobre los que se tiene que argumentar al hilo de la acción de resolución deben cambiar si nos encontramos ante un contrato de adhesión. La postura actual que resta peso a la voluntad de las partes en el fundamento del art. 1124 Cc y que lo apoya, sin embargo, en una idea de medio de protección y defensa, enlaza perfectamente con esa misma necesidad cualificada de tutela que merece un contratante adherente que se encontrara ante un incumplimiento del predisponente y ante una cláusula en la que se limite o excluya el derecho a ejercitar este remedio. Es más, incluso aun siguiendo a la doctrina más antigua y ya superada que daba importancia a la

³⁸⁴ Afirmando este carácter preventivo –que no sancionador– de la resolución, *Ibidem*, p. 5892; pp. 814-815. El autor –partiendo de que la resolución no va ligada necesariamente a la idea de culpabilidad del deudor–, concibe a este remedio como un medio de protección y de defensa de una de las partes de la relación obligatoria y no como una medida de sanción del incumplimiento. Volveremos sobre ello al hilo de las teorías acerca del fundamento de la resolución.

³⁸⁵ ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, p. 97. De forma más amplia en 2003, pp. 119 y ss. El autor cita algunas opiniones antiguas de la doctrina francesa (POTHIER, PLANIOL, RIPERT) que consideraban que una renuncia general a la resolución podía constituir una vulneración del orden público (pp. 119-121).

³⁸⁶ BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., 2009, pp. 1336.

³⁸⁷ Recientemente en CLEMENTE MEORO, M. E., 2011, p. 229.

³⁸⁸ CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 1103.

voluntad implícita de las partes como razón sobre la que se asienta la facultad de resolución, este argumento perdería parte de su virtualidad en tanto en cuanto nos movemos en un ámbito –el de las condiciones generales de la contratación– en el que la participación de la voluntad del adherente en la determinación del contenido del contrato está ausente. Por lo tanto, ya sea por la imposibilidad de acudir a la autonomía de la voluntad de las partes con todas sus consecuencias, ya sea por la vía actual de un planteamiento objetivo y centrado en la función de protección, no nos parece infundada la idea de un funcionamiento del art. 1124 Cc como un derecho en cierta medida indisponible, cuando se trata de un ámbito caracterizado por un déficit de autonomía de la voluntad.

Entender el fundamento de la institución resolutoria pensamos que ayuda a ver con mayor claridad este punto. Muchas son las teorías que se han aportado para intentar explicar la *ratio* de la norma³⁸⁹. Ya hemos visto –y descartado– la que explica la resolución como una condición resolutoria. También ha recibido sus críticas la teoría que justifica la resolución en la desaparición de la causa recíproca –si cada obligación es causa jurídica de la otra, al producirse el incumplimiento el contrato deja de tener causa– pues, entre otros problemas, la causa es un requisito de formación del contrato y la resolución opera respecto de un negocio que es válido. Con argumentos similares se ha criticado otra teoría que deriva de ésta y que ve el fundamento de la resolución en la desaparición del sinalagma funcional (diferenciado del genético, que se refiere al momento de formar el negocio). Tampoco acaban de encajar la llamada teoría de la sanción y la de la reparación en tanto en cuanto que, respectivamente, no siempre la resolución se produce como consecuencia de un incumplimiento culpable que deba ser sancionado ni, por otra parte, se debe confundir la extinción del vínculo jurídico con la indemnización de los daños y perjuicios causados, en su caso. Asimismo, se ha cuestionado que el principio general de la equidad, siguiendo la teoría que lleva su nombre, pueda explicar todos los aspectos de la institución resolutoria.

Sin perjuicio de las teorías, a nuestro juicio hay dos ideas claves que justifican la resolución: el funcionamiento interconectado de las obligaciones que surgen de manera recíproca con el nacimiento del contrato y la falta de equidad de la consiguiente situación de desequilibrio en la que queda el contratante que se ve vinculado a un negocio jurídico a pesar del incumplimiento de la

³⁸⁹ Encontramos una lista de las distintas teorías y un desarrollo, en mayor o menor medida, de las mismas y de sus críticas en DELL'AQUILA, E., 1981, pp. 131 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V., 1989, pp. 1181 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E., 1992, pp. 266 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 95 y ss.

contraparte. Si al acreedor no se le permitiera la liberación ante la frustración de la finalidad del contrato, éste solo tendría la opción de reclamar el cumplimiento al deudor, cumplimiento que en muchos casos no se produciría o, de producirse eventualmente en el futuro, ya no satisfaría el interés del acreedor, siendo así previsibles perjuicios para el acreedor y una invariable situación de frustración³⁹⁰.

La resolución cumple, así, una función de protección y defensa de la parte cumplidora o que está dispuesta a cumplir en el sentido de que le otorga la facultad de liberarse del vínculo jurídico y poder recuperar la prestación ya realizada, en su caso³⁹¹. No son de extrañar, por ello, las vinculaciones de la figura con la equidad, el equilibrio³⁹², la justicia contractual³⁹³ o la humanidad³⁹⁴.

Esta relación de la resolución con la propia interdependencia de las obligaciones y con la idea de equidad y equilibrio, permitiría reforzar el argumento en contra de su naturaleza eminentemente dispositiva en contratos mediante condiciones generales. Se trata de privar a la parte, que ya por la propia configuración del contrato es la parte débil, de un mecanismo básico de defensa frente a posibles incumplimientos del predisponente, que le dejaría en la situación de seguir vinculado sin sentido –para él– al negocio. Sobre todo porque, aunque no lo hemos mencionado y nos parece relevante traerlo aquí a colación, el art. 1124 Cc no está pensando en incumplimientos de poca entidad sino que uno de los presupuestos es, precisamente, que se trate de un incumplimiento grave. Parece que la eliminación o restricción de un derecho como este, que está tan vinculado con la propia configuración de la relación obligatoria, podría ser tildado de abusivo o exigiría, en el mejor de los casos, que existiera una justificación objetiva y suficiente (si es que puede haber alguna que explique la privación de una facultad como la resolución por un in-

³⁹⁰ Como apunta CLEMENTE MEORO (1992, p. 298), la cuestión está en que la *exceptio non adimpleti contractus*, característica de los contratos sinalagmáticos, no es remedio suficiente: si el acreedor no ha cumplido con su obligación todavía, dado que ninguna de las partes está obligada a cumplir mientras la otra no cumpla, se produciría una situación de vínculo permanente sin sentido; si, por el contrario, ya ha cumplido, acudir a la excepción carece de utilidad.

³⁹¹ Díez-PICAZO, L., 1995, p. 5892; 2008, p. 815; MONTÉS PENADÉS, V., 1989, p. 1188; CLEMENTE MEORO, M. E., 1992, pp. 298-299. Señala MORALES MORENO, A. M., 2006, p. 43, que la función económica de la resolución es «permitir al contratante insatisfecho recuperar los recursos utilizados en el contrato incumplido, para darles otro destino» (hace el autor una afirmación en el mismo sentido también en MORALES MORENO, A. M., 2004, p. 21).

³⁹² JORDANO BAREA, J. B., *ADC* p. 308, quien entiende que la facultad de resolución está justificada «por la idea de equidad y cuya función es mantener el equilibrio económico a favor de la parte fiel y cumplidora, perjudicada por el no cumplimiento de la parte contraria».

³⁹³ Para RIPERT, 1925, p. 141, el derecho de resolución ante el incumplimiento es la consagración legal de la idea de justicia contractual.

³⁹⁴ El ya citado GARCÍA GOYENA, F., 1852, p. 80.

cumplimiento grave). En caso contrario, quedaría el adherente en manos del predisponente al estar vinculado permanentemente a un negocio del que no puede desligarse a pesar de haberse frustrado la finalidad por la que se contrató ni, en su caso, obtener la restitución de su prestación que acabaría, así, en el patrimonio del deudor pese a no haber cumplido éste, por su parte, su propia prestación.

Y esta idea de protección es la que debió tener el legislador cuando catalogó de forma expresa en la lista de cláusulas abusivas en contratación con consumidores la «limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario». Si nos damos cuenta, la norma es ciertamente restrictiva: formaría parte de lo que se ha venido en denominar «lista negra» de cláusulas –abusiva sin necesidad de una valoración caso por caso– y, además, no contempla la reciprocidad en la limitación como un atenuante, esto es, prohíbe la restricción de la facultad de resolución al consumidor aún en el caso de que una cláusula con idéntico contenido/restricción fuera de aplicación al empresario³⁹⁵.

Pero no solo en legislación de consumo se proscribe la exclusión de este remedio sino que también la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos, dedica uno de los nueve supuestos que expresamente tacha de abusivos a la acción de resolución. De este modo, el art. 1262.3.d) considera nula aquellas cláusulas o condiciones que «priven al adherente de la excepción de incumplimiento o de la resolución por incumplimiento». Como vemos, tampoco aquí se contempla excepción alguna: es irrelevante que la parte predisponente también se vea afectada por la restricción; el legislador ha querido asegurarse de que no hubiera ninguna justificación que diera por buena una cláusula con este contenido³⁹⁶.

³⁹⁵ En otros supuestos, como el recogido en el art. 85.4, sí que se tiene en cuenta para valorar la abusividad de la cláusula el hecho de que ambas partes, empresario y consumidor, o solo el primero, ostentaran la facultad de resolver anticipadamente un contrato de duración determinada (no exenta la equiparación, en cualquier caso, de críticas).

³⁹⁶ Conjuntamente con la acción resolutoria, se regula en el art. 1262 de la Propuesta la excepción por contrato incumplido, otra de las consecuencias del carácter sinalagmático de una obligación cuyo fundamento podría encontrarse, entre otros, en el propio art. 1124 Cc o en la mención final del art. 1100 Cc («desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro») y que, a diferencia de la anterior norma, no se ha positivizado en el Código civil aunque es ampliamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país. Este reconocimiento del remedio ha hecho que también se incluyera en el texto de la Propuesta para la Modernización en el art. 1191. En la normativa protectora de consumidores sí que la ha querido incluir expresamente el legislador, en dos grupos de cláusulas distintos: las que presentan problemas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85.5) y las que suponen una falta de reciprocidad (art. 87.1). Tanto el primer artículo como el segundo, no hacen sino describir dos supuestos en los que se estaría prohibiendo a una de las partes, en una relación sinalagmática, oponer la excepción de contrato no cumplido.

A nuestro entender, podría considerarse como contraria al art. 1256 Cc –y, con ello, ineficaz– una cláusula que, en un contrato predispuesto entre empresarios, eliminara la facultad del adherente de resolver el negocio jurídico ante un incumplimiento grave del predisponente: el adherente, parte débil de la relación y que no ha tenido oportunidad de participar en la determinación del contenido de la cláusula –de la que puede ni tener conocimiento, de hecho, por la dinámica de formación del contrato–, se ve privado de un mecanismo íntimamente vinculado con la interconexión en el funcionamiento de las obligaciones recíprocas. Por otro lado, una cláusula que, sin privar en su totalidad de la facultad de resolución al adherente, la limite o restrinja significativamente, sería una clara candidata a ser considerada contraria a la buena fe, en virtud del control de contenido con apoyo en el art. 1258 Cc que defendemos en la última parte del trabajo para los contratos no negociados entre empresarios, cuando el adherente es un sujeto necesitado de protección.

b) Saneamiento por vicios ocultos

De un remedio general para todo tipo de contratos, pasamos a otro previsto solo para un contrato, el de compraventa³⁹⁷. Nos referimos a la obligación del vendedor de sanear por los defectos ocultos que tuvieran las cosas vendidas y que las hacen impropias para el uso para el que se las destina o lo disminuyen de tal modo que, de haberlo conocido el comprador, no las habría adquirido o habría pagado menos precio por ellas (art. 1484 Cc). La justificación para una referencia a este remedio específico es que su regulación contiene una norma de Derecho imperativo que, como tal, será objeto de análisis específico en este apartado dedicado a la Ley como límite a la autonomía de la voluntad (concretamente, Segunda parte. Capítulo III. I. 3). Sin perjuicio de que nos remitamos a lo allí expuesto acerca del art. 1485, 2.º párrafo, Cc, adelantamos, siquiera de modo sucinto, la obligación del vendedor de mala fe de responder por los vicios ocultos con independencia de lo que hayan podido estipular las partes³⁹⁸.

³⁹⁷ El art. 1553 Cc extiende al contrato de arrendamiento las disposiciones sobre saneamiento previstas para el contrato de compraventa.

³⁹⁸ A lo que se suma otra norma imperativa, la contenida en el art. 1476 Cc, respecto del saneamiento por evicción.

c) Indemnización por daños y perjuicios. Las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad

Por último, nos detenemos en el tercer mecanismo frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso que apuntábamos al inicio: la indemnización por daños y perjuicios. Como paso previo a profundizar en esta medida de protección del derecho de crédito, nos parece pertinente realizar un par de precisiones. Por una parte, y aunque sea un apunte obvio, conviene delimitar este supuesto de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso respecto de la responsabilidad en el cumplimiento del contrato por los daños, muerte o lesiones causadas por una acción u omisión de una de las partes³⁹⁹. La idea que permite deslindar un supuesto de otro es la distinción entre indemnizar el interés en el cumplimiento del contrato (primer caso) e indemnizar el interés en no sufrir daños en el resto de los bienes, personales y patrimoniales⁴⁰⁰. Las cláusulas que limitan o excluyen la responsabilidad en esos supuestos son nulas por abusivas en contratación con consumidores⁴⁰¹ pero esta nulidad se puede hacer extensible al resto de contratos –también, por tanto, contratos mercantiles mediante condiciones generales– por constituir la elusión de reparación integral una clara vulneración del orden público y de la moral⁴⁰².

El segundo matiz que nos parece importante aclarar, siquiera sucintamente, es de carácter terminológico y está relacionado con el ámbito que abarcan las cláusulas exoneradoras o limitadoras de la responsabilidad. Aunque en un sentido amplio, el deudor es «responsable» de cara a las consecuencias que puedan derivar de un incumplimiento o un cumplimiento defectuoso –de ahí que el acreedor tenga en su mano, según las circunstancias, el ejercicio de diversas acciones tendentes a defender su derecho–, cuando nos referimos en este apartado a cláusulas que limitan total o parcialmente la responsabilidad,

³⁹⁹ En el TRLC, aparece recogido en el art. 86.2, de forma diferenciada al citado en primer lugar, que tiene su ubicación en el primer apartado del art. 86.

⁴⁰⁰ Idea apuntada por MORALES MORENO, A. M., 2002, p. 1154 y repetida en CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, p. 858; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1074. Estos segundos deberes, aquellos que se ponen de manifiesto junto con el deber de prestación principal pero con un contenido autónomo respecto de él, se han denominado deberes de protección. Véase, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 2000; 2003, p. 175.

⁴⁰¹ Además, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto recogido en el art. 86.1 TRLC, en el que para los casos del primer párrafo se atribuye la nulidad cuando se trata de una limitación «de forma inadecuada», en este caso, tal es la importancia de asegurar que no se evite esta responsabilidad que se configura como una cláusula «negra», esto es, nula en todo caso sin necesidad de realizar ningún tipo de apreciación.

⁴⁰² Acerca de esta relación con el orden público, *vide* JORDANO FRAGA, F., *RDM*, p. 654; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, p. 181; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, pp. 131-133; SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 251 y ss., 282 y ss.; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1074; CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, p. 857

estamos cercando el ámbito a lo que sería la responsabilidad en sentido estricto, esto es, la indemnización por daños y perjuicios. Así lo ha entendido una parte de la doctrina⁴⁰³.

Obviamente, esto no impide que la partes puedan pactar por medio de una cláusula una limitación o exoneración de alguno de los otros remedios –si está dentro de los límites permitidos– pero, en el caso de que no se explicita nada, que se hable simplemente de que la «responsabilidad» del deudor queda «limitada», entenderemos que esa limitación afecta únicamente a este mecanismo, dejando intactos el resto. En todo caso, y dejando a un lado posturas doctrinales, nos parece que la conclusión no podría ser otra: en el caso de tener que interpretar el contenido de una cláusula de este tipo, la regla de interpretación más favorable al adherente –acreedor– impone entender restrictivamente la limitación de responsabilidad, esto es, solo en lo referente a la indemnización. En caso de duda, pues, deberá restringirse lo más posible el ámbito de esta norma y entender que solo afecta a ese remedio.

La doctrina ha llevado a cabo numerosas clasificaciones de cláusulas que exoneran o limitan la responsabilidad del deudor. En una sencilla primera aproximación, podemos distinguir entre aquellas cláusulas que suponen una agravación de la responsabilidad y, por tanto, un refuerzo para el derecho de crédito, y aquellas que, por el contrario, suponen un debilitamiento de la posición del acreedor por introducir una limitación o exclusión de responsabilidad⁴⁰⁴. La modificación puede afectar a diversas variables, como el *quantum* indemnizatorio, el nivel de diligencia o los supuestos en los que se responde pero también a elementos que, sin formar parte directamente del aspecto sustantivo de la responsabilidad, pueden influir para su determinación, como cláusulas que alteran los plazos de reclamación, la carga de la prueba, formalismos, etc⁴⁰⁵. Las cláusulas que agravan la responsabilidad del deudor, cuando lo son respecto de la cuantía de la indemnización, están íntimamente vinculadas con una figura a tratar en este trabajo, la cláusula penal –en lo que a nosotros nos interesa como límite a la autonomía de la voluntad, analizada al

⁴⁰³ ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 406-408, fija la validez de estas cláusulas en los arts. 1101 y ss. Cc., que regulan la responsabilidad contractual en sentido estricto, de tal forma que «si el punto de partida (el fundamento de la validez de las cláusulas) está restringido a la indemnización de daños y perjuicios, el punto de llegada (los efectos de las cláusulas) también han de estarlo». Indirectamente, esta idea también se puede deducir de las palabras de PANTALEÓN, F., *ADC*, p. 1044; 1995, p. 5922.

⁴⁰⁴ A partir de ahora, al referimos a cláusulas limitadoras de responsabilidad y salvo que se especifique lo contrario, se entenderán englobadas las cláusulas limitadoras y las exoneradoras.

⁴⁰⁵ Respecto de tipología de cláusulas modificativas de la responsabilidad, *vide* ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 25 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, pp. 102 y ss.; Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 753 y ss.; PINTO MONTEIRO, A., 2003, pp. 103 y ss.; SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 56 y ss., 61 y ss.

hilo del art. 1154 Cc—⁴⁰⁶. En todo caso, y a pesar de los innegables beneficios de la inclusión de cláusulas de modificación de la responsabilidad en determinados tipos de contratos, los recelos que puede levantar su utilización, más cuando se trata de condiciones generales, hace que sea interesante detenernos en el régimen contenido en los arts. 1101 y siguientes del Código civil y su relación con la autonomía de la voluntad.

Este último precepto mencionado constituye una norma general de responsabilidad por el incumplimiento de una obligación, aunque mezcla desordenadamente los conceptos de «dolo», «negligencia», «morosidad» y «cualquier tipo de incumplimiento», esto es, por una parte, criterios de imputación y, por otra, formas de incumplimiento⁴⁰⁷. No es controvertido, en cualquier caso, que se trata de un remedio caracterizado por la necesidad de imputación subjetiva del deudor respecto del daño causado al acreedor⁴⁰⁸. Nos centramos a continuación en el aspecto que cobra un carácter vital para este trabajo: la naturaleza disponible o no del régimen legal de este remedio.

Como punto de partida de esta cuestión hay que señalar el carácter imperativo del art. 1102 Cc, analizado en un apartado independiente como uno de los supuestos claramente subsumibles en el art. 1255 Cc, en su condición de límite de la autonomía privada. El precepto señalado recoge la prohibición de

⁴⁰⁶ Cfr. *Infra*. Segunda parte. Capítulo III. I. 6. Acerca de la proximidad de los efectos entre las cláusulas penales y las modificativas de responsabilidad, *vide* GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 115-121; JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 624-632; DÍAZ ALABART, S., 1989, pp. 565 y ss.; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 184-186; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 51-55; PINTO MONTEIRO, A., 2003, pp. 145 y ss.; SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 82 y ss.

No solo con las cláusulas penales pueden presentar similitudes: también ha sido objeto de estudio la delimitación de las cláusulas limitativas de la responsabilidad respecto de otras figuras próximas entre las que destacamos las cláusulas delimitadoras del contenido del contrato, cláusulas con las que presentan diferencias formales. Al respecto, por todos, GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 94-107; JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 632-644; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 48-51. En todo caso, para una bibliografía más completa, nos remitimos al análisis de la Ley del Contrato de seguro en la Primer Parte (Primera parte. Capítulo II. II. 4.1). Todos los autores ponen de manifiesto la proximidad de los efectos de ambos tipos de cláusulas, lo que puede llevar a que, a pesar de que los requisitos para la validez de unas y otras difieran—son más estrictos para las cláusulas limitativas que para las delimitadoras del objeto del contrato, respecto de las que las partes tienen una mayor autonomía—, haya que tener precauciones con las que delimitan el contenido para evitar su uso como subterfugio frente a los límites formales y materiales más exigentes de las cláusulas que limitan la responsabilidad.

⁴⁰⁷ DÍEZ-PICAZO, L., 2008, *op. cit.*, p. 713. Criticando la redacción y contenido del art. 1101 Cc., ver, además, CARRASCO PERERA, A., 1989, pp. 379-382.

⁴⁰⁸ Una cuestión en la que no existe unanimidad en la doctrina y que solo dejamos aquí apuntada sin mayores pretensiones (pues no nos afecta por estar referida al resto de remedios), es si en éstos es necesaria la concurrencia de culpa para su funcionamiento. Negando esta postura, PANTALEÓN (*ADC*, pp. 1046-1048); DÍEZ-PICAZO (2008, p. 714); CARRASCO (1989, p. 397; respecto de la resolución, 2010, pp. 1116-1117). Frente a esta tesis podemos situar a BADOSA (1987, p. 236); GÓMEZ POMAR (*InDret*, pp. 9-10). En todo caso, dejamos a un lado esta polémica porque, al fin y al cabo, lo que no se discute, repetimos, es que es necesario para que opere el remedio indemnizatorio que el incumplimiento sea imputable al deudor, bien por culpa, bien por dolo, en el caso que nos ocupa.

pacto respecto de la responsabilidad derivada de dolo, que es exigible en todas las obligaciones. Tal y como se analiza en el epígrafe correspondiente al art. 1102 Cc⁴⁰⁹, infringir el límite que representa el dolo equivaldría a dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, lo que, por otra parte, está prohibido por el art. 1256 Cc. Esta prohibición de pacto alrededor de la responsabilidad por dolo se completa con el art. 1107 Código civil y su previsión acerca de los daños por los que responderá el deudor doloso que, a diferencia del de buena fe –léase, culposo–, serán todos aquellos que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación y no solo los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento⁴¹⁰. El dolo –extendiendo los mismos efectos para el caso de la culpa grave⁴¹¹–, supone, así, una barrera infranqueable para las cláusulas de limitación de responsabilidad.

Ahora bien, esto no es obstáculo para que las partes puedan, respetando este límite, pactar una modificación de su obligación de indemnizar daños y perjuicios en el resto de los casos, es decir, en los supuestos de culpa (no grave), por oposición al dolo y su extensión a la culpa grave. Así parece desprenderse del art. 1103 Cc, que señala como igualmente exigible en toda clase de obligaciones la responsabilidad que proceda de negligencia. Interpretado conjuntamente con el 1102 y en contraposición a éste, no declara expresamente nula la renuncia de la acción por culpa (no grave), lo que se ha visto como una señal de la validez de este tipo de cláusulas. A esto se suma el hecho de que el mismo artículo faculta a los Tribunales para que moderen la responsabilidad –léase *quantum* indemnizatorio– según las circunstancias⁴¹². El si-

⁴⁰⁹ Cfr. *Infra*, Segunda parte. Capítulo III. I. 2.

⁴¹⁰ Aunque señala LLAMAS POMBO, E., 2010, p. 1220, que en la práctica los tribunales no distinguen entre uno y otro supuesto ya que por los daños que «conocidamente» se deriven del incumplimiento también tienen que ser al final «consecuencia necesaria» del incumplimiento.

Realiza un análisis económico extenso de la limitación de responsabilidad que supone el art. 1107. I, GÓMEZ POMAR, F., 2002, 289 p. El autor cuestiona el fundamento tradicional del artículo como acuerdo tácito entre los contratantes en el momento de contratar, porque se supone que éstos quisieron someterse a los riesgos ahí previsible. Por el contrario, entiende que los contratantes realmente preferirían siempre un resultado indemnizatorio pleno de todos los daños derivados del incumplimiento a una limitación con lo que no sería ésta la cláusula que hubieran acordado en ausencia de costes de transacción. El art. 1107 Cc busca incentivar la comunicación de información contractual relevante pero desconocida para los dos contratantes para conseguir un resultado más eficiente (en especial, pp. 53 y ss.).

⁴¹¹ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 646 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, pp. 119 y ss. Una referencia más extensa en las páginas 209 y ss.

⁴¹² DÍAZ ALABART, S., 1989, p. 491. Se ha dicho que se trata de una aplicación del principio de equidad contenido en el art. 3.2 Código civil (*ibidem*, p. 531; LLAMAS POMBO, E., 2010, p. 1210). Señala la autora citada que la misión del art. 1103 Cc no es introducir un sistema para graduar la culpa sino, una vez fijados cuáles son los daños, tener en cuenta si concurre alguna circunstancia que hace que esa indemnización no sea equitativa (por ejemplo, la gratuidad o remuneración del mandatario) (p. 493). Con el mismo ejemplo, Díez-Picazo, L., 2008, p. 748.

guiente artículo, el 1104 Cc, también apoya el argumento de la disponibilidad del régimen puesto que determina el estándar de diligencia media exigible —«la que correspondería a un buen padre de familia» reza el precepto— pero aplicable «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento». Se admite, por consiguiente, un pacto entre las partes que module el nivel de diligencia. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que ese modelo general del buen padre de familia al que se refiere por defecto el art. 1104 se trata de un patrón universal que adquiere su verdadero contenido cuando se concreta con las circunstancias de cada obligación⁴¹³. Esto tiene una especial relevancia, si cabe, en el ámbito que nos movemos de los contratos entre empresarios pues la cualificación profesional del deudor eleva su nivel de exigencia, debiendo observar, en principio, una diligencia profesional según el sector.

La misma conclusión de norma de naturaleza dispositiva se puede extraer de la lectura del art. 1105 Cc, limitación legal a la responsabilidad del deudor pero que otorga libertad a deudor y acreedor para alterar la regla en él contenida: «fuera de los casos [...] en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables». Parece posible, por tanto, el pacto de agravamiento de responsabilidad por el cual el deudor responde también en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor⁴¹⁴. Cuestión distinta será si, como veremos en algún ejemplo, en aparente aplicación del régimen legal del art. 1105 se señalan en un contrato supuestos considerados caso fortuito o fuerza mayor que realmente no lo son pretendiendo producir, en la práctica, el mismo resultado que el de una cláusula exoneratoria o limitativa de responsabilidad.

Sin embargo, no todos los autores comparten la opinión de la licitud de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en los casos distintos de dolo o culpa grave, a pesar de la regulación de carácter dispositivo de los artículos anteriormente señalados. De Verda⁴¹⁵, respecto a los casos de culpa leve, distingue entre las cláusulas de exoneración y las de limitación de responsabilidad. Mientras se suma a la doctrina mayoritaria y considera válidas a estas últimas, no opina lo mismo de las primeras. A pesar del carácter dispositivo de los arts. 1103 y 1104 Cc, los límites del art. 1255 siguen estando presentes y sería contrario al

⁴¹³ Esta es la explicación que dan al precepto BADOSA COLL, F., 1987, pp. 295; CARRASCO PERERA, A., 1989, pp. 609 y ss.; LLAMAS POMBO, E., 2010, p. 1214. El primer autor concluye que el art. 1104 Cc se ocupa de la diligencia jurídicamente exigible en el cumplimiento de una obligación, diligencia que viene dada por el modelo y grado de diligencia que la obligación —o subsidiariamente, la ley— exprese, en función de la naturaleza de la prestación debida y de las circunstancias de su cumplimiento.

⁴¹⁴ Por todos, DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 757; (también, LLAMAS POMBO, E., 2010, p. 1217).

⁴¹⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *RdP*, pp. 33-34, 36 y ss.

orden público económico un pacto por el que el deudor no hubiera de prestar ninguna diligencia en su cumplimiento: «parece contrario a las más elementales exigencias de la buena fe, entendida ésta como modelo de conducta propio de las personas leales y honestas»⁴¹⁶. Rescataremos estas ideas al hablar de cláusulas modificativas de la responsabilidad y condiciones generales de la contratación.

Por lo tanto, hasta este punto, no parece controvertida la existencia de un margen para la actuación de la autonomía de la voluntad en el régimen general, margen que permite a las partes modular en contratos negociados las reglas dispositivas de responsabilidad –con mayor o menor amplitud según los autores–. Anticipamos que no nos parece plenamente sostenible esta afirmación en contratos mediante condiciones generales. Sin embargo, de forma previa a entrar en esa cuestión, resulta interesante detenerse en algunos contratos en los que la importancia de este remedio es notable. Una somera exposición de ciertos regímenes y de otros supuestos en los que las cláusulas de limitación tienen una gran relevancia aunque no exista normativa expresa (c.1), nos puede ayudar a ir identificando elementos o factores a tener en cuenta para el posterior encaje de los límites de la figura de la indemnización por daños y perjuicios en la contratación mediante condiciones generales. Así lo reflejaremos en un último apartado de síntesis y recopilación (c.2).

c.1) Regulación en sectores específicos: contrato de transporte y contrato de *leasing*

No nos es ajeno que el transporte es un sector en el que tienen mucha aplicación las cláusulas de modificación de la responsabilidad⁴¹⁷. Por una parte, por la propia importancia de esta figura en el régimen de obligaciones de los distintos agentes intervinientes. Por otra, porque, en general, se trata de normas eminentemente dispositivas que otorgan en principio gran capacidad de regulación convencional a las partes. Sin embargo, tal es la importancia aquí de la responsabilidad, que es objeto de regulación expresa en los distintos textos legales y es precisamente uno de los escasos ámbitos en los que las partes tienen más mermada su autonomía de la voluntad. A esto solo hay que sumar-

⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 36.

⁴¹⁷ De hecho, GARCÍA AMIGO, M., 1965, p. 197, señala el contrato de transporte como el origen donde hacen su aparición las condiciones de no responsabilidad en su sentido moderno. Acerca de las cláusulas limitativas de responsabilidad y el transporte, véase LLÁCER MATA CÁS, M. R., *AUC*, pp. 565-581. Un estudio comparado con la jurisprudencia de la famosa saga apuntada también en MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 224 y ss.

le la frecuencia con la que se utilizan clausulados predispuestos en este tipo de contratos para tener una idea del interés que presentan en relación con las modificaciones convencionales de la responsabilidad y, sobre todo, sus límites.

Tanto es así, que la LCTTM introduce una mención especial para los contratos de transporte terrestre mediante condiciones generales, consciente de la realidad en la práctica del sector y de la necesidad de ofrecer una cobertura frente a posibles abusos. En virtud del art. 3 del citado texto, la norma tiene en general carácter dispositivo y puede ser, por tanto, excluida por las partes mediante pacto, con un matiz para el caso de los contratos tipo: «[T]ambién podrá ser así, respecto de las condiciones generales de los contratos de transportes cuando sus obligaciones resulten más beneficiosas para el adherente». Se introduce sin ambages la idea de protección a la parte débil del contrato, el «adherente» –transportista/porteador o cargador, en función de los casos, aunque en la mayoría de los supuestos, el segundo, el cargador–, exigiendo una razón para que la regulación convencional pueda apartarse del Derecho dispositivo, razón que consiste en que sea más favorable al contratante a tutelar⁴¹⁸.

Descendiendo a la cuestión relacionada con la responsabilidad, la LCTTM dedica su Capítulo V a la responsabilidad del porteador, avisando del carácter imperativo de las disposiciones contenidas en el mismo hasta el punto de que, expresamente, afirma que: «las cláusulas contractuales que pretendan reducir o aminorar el régimen de responsabilidad del porteador previsto en esta ley, serán ineficaces y se tendrán por no puestas». Los casos en los que responde el porteador se clasifican en la Ley como pérdida total o parcial de las mercancías, averías y daños derivados del retraso en la ejecución del transporte (art. 47.1)⁴¹⁹. Por otra parte, el porteador responderá en todo caso –por él y por sus auxiliares, dependientes o independientes– salvo que concurra una causa de exoneración (art. 48), cuya prueba corresponde al porteador a menos que concurra alguna de las presunciones de exoneración que regula el art. 49.

Por la especialidad del sector, en el del transporte la normativa se aparta del régimen común de responsabilidad y establece una limitación a los daños que pueden ser indemnizados. Dadas las cantidades tan elevadas que pueden llegar a alcanzarse, el objetivo es que el porteador tenga una idea del importe

⁴¹⁸ Acerca de este artículo, MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., *RDT*, pp. 30-31.

En general, para tener una visión global de la importancia de la contratación mediante condiciones generales y el sector del transporte, nos remitimos a la lectura del epígrafe «El transporte de mercancías», en la primera parte del trabajo (Primera parte. Capítulo II. II. 4.3).

⁴¹⁹ Respecto de la responsabilidad del porteador, entre otros, *vide* MARTÍNEZ BALMASEA, A., *RDT*, pp. 255-273; QUINTANA CARLO, I., 2009, pp. 5100 y ss.

máximo a satisfacer en caso de incumplimiento de tal forma que pueda llevar a cabo una mejor planificación de su actividad económica, valorando costes y fletes⁴²⁰. En el caso del transporte terrestre y de la Ley 15/2009, esos límites –en función del peso– aparecen recogidos en el art. 57 y son de aplicación en beneficio del porteador salvo que éste haya actuado dolosamente o «con una infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción». Ahora bien, según el art. 61, los límites son susceptibles de ser modificados por las partes, con dos matices⁴²¹. Por una parte, solo cabe incrementar el máximo a indemnizar, esto es, el pacto entre cargador y porteador no puede suponer una limitación de la responsabilidad de este último sino solo una agravación de la misma –el valor de las mercancías que se haya declarado en la carta de porte, en el primer apartado; sin referirlo a ninguna variable, en el tercero–. Por otra, este acuerdo para aumentar el límite máximo a indemnizar es correlativo a un aumento del precio, un «suplemento», a pagar por el cargador. Este incremento de precio parece obligado en el art. 61.1, cuando el aumento de límite está en función del valor de las mercancías, mientras que el 61.3, que hace referencia a una genérica posibilidad de acuerdo de aumento del límite de indemnización, dice que «dará derecho» al porteador a reclamar un suplemento del porte, «a convenir entre las partes». *A sensu contrario*, podría pensarse que cabe la agravación de responsabilidad para el porteador sin el correspondiente beneficio en forma de un mayor precio (aunque es cierto que, teniendo en cuenta la diferente fuerza de las partes si el adherente es un cargador con una posición débil, parece improbable que el «pacto» sea ése).⁴²²

⁴²⁰ ESCUIN IBÁÑEZ, I., RDT, p. 276. Justifica también el sistema de responsabilidad tasado respecto del principio fundamental de resarcimiento íntegro de los arts. 1106 y 1107 Cc, la argumentación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia de 16 de mayo de 2005 [AC 2005/895]. No limitado a los contratos de transporte pero reflejando esta tendencia a la limitación del resarcimiento por la excesiva onerosidad que supone para el causante del daño en determinados supuestos, MONTÉS PENADÉS, V. L., 2007, pp. 27-28.

⁴²¹ Hay que incidir en la idea de que la declaración de valor que se permite insertar en la carta de porte tiene su función como límite máximo resarcitorio, no como parámetro de cálculo de las indemnizaciones, para las que habrá que estar a las reglas de cuantificación de los arts. 52 y 53. La posibilidad de fijar un nuevo tope en función del valor de las mercancías tiene su explicación en el desajuste que puede suponer calcular los límites indemnizatorios por kilogramo cuando se trata, por ejemplo, de bienes de gran valor pero de poco peso, ESCUIN IBÁÑEZ, I., RDT, pp. 280-281.

⁴²² Aunque en la aprobación del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil por el Consejo de Ministros se haya eliminado la regulación propia del contrato de transporte terrestre contenida en la Propuesta, es de interés notar cómo el planteamiento era semejante: carácter imperativo para las normas sobre la responsabilidad del porteador con prohibición expresa de aquellas cláusulas que reduzcan o aminoren su régimen (art. 561-46) –aunque con posibilidad de agravarlo (art. 561-3)– y límites a la indemnización, según los casos, pudiendo elevar estos límites si el cargador declara en la carta de porte, bajo pago de un suplemento, el valor de las mercancías y éste es superior. El beneficio de la limitación de la responsabilidad desaparece, sin embargo, si media dolo o «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asu-

Una estructura relativamente similar nos encontramos en el caso del transporte marítimo de mercancías. Tal es la importancia de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en este ámbito, que la propia EM de la Ley de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque de 1949, sitúa en esta cuestión la razón principal por la que se adoptaron normas internacionales en la materia.

Tal y como reza el primer párrafo de la EM, «[A] partir del Harter Act americano de 1893, se vino sintiendo la necesidad de adoptar normas internacionales sobre cláusulas de exoneración de responsabilidad en los conocimientos de embarque, y tras diversos intentos plasmaron esas normas en el Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924, que fue suscrito por 16 naciones, entre ellas España». Haciendo referencia a esta Ley norteamericana Harter Act de 1893, Arroyo Martínez⁴²³ evidencia la motivación existente detrás del recorte de validez de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del porteador. Estas cláusulas habían proliferado como consecuencia del mayor poder de negociación de este colectivo, siendo los cargadores los perjudicados en tanto en cuanto tenían que soportar unas condiciones más gravosas en los conocimientos de embarque. En la misma línea, Górriz⁴²⁴ apunta también como origen y finalidad de la normativa uniforme del contrato de transporte bajo conocimiento de embarque, la reacción frente a la aparición de las cláusulas que exoneraban de responsabilidad a los porteadores de forma tan amplia que prácticamente solo dejaban fuera los casos de responsabilidad por dolo, cláusula cuya exclusión derivaba de la superioridad económica de la industria naviera sobre la cargadora.

El régimen de responsabilidad del porteador en el transporte marítimo nacional viene regulado por la recientemente aprobada Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima. Esta norma, como apunta en su propia EM, continúa en materia de responsabilidad del porteador por daños y averías en la línea del régimen internacional vigente, esto es, el Convenio de Bruselas (o Reglas de La Haya-Visby). A modo de protección de la parte débil de la relación, mantiene el carácter de Derecho necesario de la regulación de la responsabilidad por daños y averías en los transportes contratados en régimen de conocimiento de embarque, en beneficio del usuario o cargador, en atención a la capacidad de negociación más limitada que éste suele tener. De ahí que el art. 277.1 LNM, en su párrafo 2.º, disponga que «no tendrán efecto las cláusulas

mido que produzca daños que, sin ser directamente queridos, sean consecuencia necesaria de la acción» (art. 562-62)

⁴²³ ARROYO MARTÍNEZ, I., 2007, p. 1339. El autor recoge una cita de la *Harter Act* que nos parece muy definitoria de la situación existente: «El porteador se siente seguro transportando porque no responde por la pérdida de las mercancías».

⁴²⁴ GÓRRIZ LÓPEZ, C., *ADM*, p. 26.

las contractuales que pretendan directa o indirectamente atenuar o anular aquella responsabilidad en perjuicio del titular del derecho a recibir las mercancías». Por el contrario, y precisamente por la posición de las partes contratantes, este carácter de Derecho imperativo desaparece en el caso de que exista póliza de fletamento, atendiendo a que, en este caso, los sujetos intervinientes –fletadores y armadores– suelen ocupar posiciones más equilibradas entre ellas, lo que les permite, *a priori*, pactar el régimen de responsabilidad sin la necesidad de que una de las partes tenga que ser protegida frente a potenciales abusos⁴²⁵.

Del mismo modo –y con el mismo fundamento– que en el ámbito del transporte terrestre, se establecen unos límites a la responsabilidad del porteador o transportista tanto por pérdida o daño de las mercancías (art. 282 LNM) como por retraso (art. 283 LNM⁴²⁶). En ambos casos, las limitaciones a favor del porteador no operan en los casos de dolo o culpa grave (los daños se hayan causado «intencionadamente o actuando en forma temeraria y con conciencia de su probabilidad»)⁴²⁷. Como la LNM remite a las Reglas de La Haya-Visby para la regulación de la responsabilidad del porteador, cabe añadir que esta limitación de la cuantía de la indemnización, si bien no puede verse aminorada sí que puede elevarse, agravando así, su responsabilidad (art. 5 Convenio de Bruselas)⁴²⁸.

⁴²⁵ De ahí que, acto seguido a la privación de efectos de las modificaciones del régimen de responsabilidad en perjuicio del cargador, admite dichas cláusulas «cuando estén pactadas en la póliza de fletamento y no entrañen exoneración por dolo o culpa grave del porteador» (art. 277.1).

⁴²⁶ Novedad, la responsabilidad por retraso, de la LNM respecto de las Reglas de La Haya-Visby, pensando en una futura entrada en vigor de las Reglas de Rotterdam.

⁴²⁷ Y en el caso de retraso, además cuando haya declaración del valor real de las mercancías.

⁴²⁸ Tanto el régimen para los contratos internacionales recogido en el Convenio de Bruselas como el de la ya derogada Ley de Transporte Marítimo de 1949, son sustancialmente iguales a lo expuesto. En ambos casos se trata de un régimen de carácter *ius cogens* que impide al porteador exonerarse o limitar de cualquier forma su responsabilidad legal (art 3.8 CB; art. 10 LTM) aunque no agravarla. Así, por ejemplo, el art. 11 LTM *in fine* disponía la posibilidad de un convenio entre porteador, capitán o agente del porteador y el cargador en virtud del cual se fije una cantidad máxima diferente de la legal, siempre que aquella fuera superior.

Cabe aquí llamar la atención sobre los denominados «contratos de volumen» que incorporan como novedad las Reglas de Rotterdam, todavía no en vigor pero ya ratificadas por España. Ya tuvimos ocasión de señalar su fundamento y su régimen (nos remitimos a lo dicho al respecto en la Primera parte. Capítulo II. II. 4.3) que queremos dejar aquí apuntado brevemente, por lo que de interés puede tener respecto de la protección del cargador frente a las cláusulas de limitación de responsabilidad. Las Reglas de Rotterdam, con los «contratos de volumen», pretenden dejar una mayor libertad a las partes para determinar el régimen de aquellos contratos a los que, por el volumen de operaciones –entre otros requisitos–, se les presupone un equilibrio entre los contratantes y no una posición de fuerza del porteador frente al cargador. Sin embargo, como consecuencia de la parca definición y de los requisitos formales que se exigen, al final pueden llegar a considerarse «contratos de volumen» algunos cuyos cargadores pueden estar en la misma posición de debilidad que en los casos arriba analizados. Si, ante una situación así, se permite a las partes

Por tanto, en el ámbito del transporte está presente la idea de la protección frente a este tipo de cláusulas de la parte débil del contrato –si se prevé que existe un desequilibrio entre las posiciones de los contratantes–, invistiendo al régimen de responsabilidad del transportista de la naturaleza de Derecho imperativo (o semi-imperativo, pudiendo separarse lo pactado solo si es a favor de dicha parte débil⁴²⁹). Cualquier cláusula que pretenda disminuir la responsabilidad asignada por la Ley, carecerá de efectos. Por otro lado, y si bien por razones de viabilidad del sector se establecen a favor del transportista limitaciones de indemnización, esta responsabilidad podría ser agravada pero nunca aminorada, lo que supone otro límite a la autonomía de la voluntad en un sector en el que es habitual el uso de contratos predispuestos.

Junto con el contrato de transporte, hemos hecho referencia al contrato de *leasing* o arrendamiento financiero como negocio jurídico relevante en este ámbito. Dado que las alusiones a este contrato en el presente trabajo serán constantes, nos parece pertinente para una mejor comprensión de las diferentes cuestiones que se planteen, dedicar de manera preliminar unas líneas al contrato en sí mismo (señalando varios aspectos relevantes del contrato, por todas, STS 4 de diciembre de 2007 [RJ\2008\42])⁴³⁰. En especial, y como punto de partida, su consideración como negocio jurídico atípico en la medida en que está carente de una regulación completa⁴³¹. Sin perjuicio de otras normas que también recogen alusiones al *leasing*⁴³², encontramos referencias a este

derogar las disposiciones de las Reglas, se estarían dando entrada a la posibilidad de abusos, entre otros, en materia de responsabilidad del porteador.

Además de la bibliografía citada en el epígrafe general correspondiente al transporte de mercancías, acerca del régimen de responsabilidad del porteador en los contratos internacionales recogen una visión comparativa entre el Convenio de Bruselas, el Convenio de Hamburgo y las Reglas de Rotterdam, GÓRRIZ LÓPEZ, C., *Contrato...*, ADM, pp. 52 y ss.; EMPARANZA SOBEJANO, A., 2009, pp. 5338 y ss.

⁴²⁹ Se trata de una «imperatividad de mínimos», como lo describen RECALDE CASTELLS, A.; MARTÍNEZ BALMASEDA, A.; OLLETE BENEDITO, G., 2014, p. 945.

⁴³⁰ Entre otros, su origen norteamericano, aterrizando en Europa en los años sesenta. Acerca de este origen anglosajón, *vide* PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., 2009, p. 587, autor que explica el nacimiento del *leasing* a partir de la idea de un empresario norteamericano para el suministro a la Marina productos alimenticios con una maquinaria especializada. También alude a este origen y a su posterior desarrollo en Europa y España, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., ADC, 1982, pp. 41-42; FLORES DOÑA, M. S., CDC, pp. 107 y ss.

⁴³¹ PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., 2009, p. 589, plantea la duda de si puede tener la consideración de contrato atípico o no, a la vista de que el legislador sí que ofrece una definición legal de la figura. Sin embargo, el hecho de que simplemente se trate de eso, de una definición, sin que existan más que ulteriores menciones incidentales al mismo, le hace decantarse por la opción de «un contrato atípico, al que ha dado nombre (por ello, nominado) y prestado atención el legislador fiscal».

En todo caso, esta situación de ausencia de regulación del contrato de *leasing* podría haber finalizado de entrar en vigor el nuevo Código mercantil ya que el texto del Anteproyecto dedica los arts. 576-1 a 576-3 al contrato de arrendamiento financiero.

⁴³² Como la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, normativa sectorial bancaria o la regulación que establece el régimen fiscal especial para determinados contratos de arrendamiento financiero.

contrato en la anteriormente referida Ley 26/1988, cuya Disposición Adicional 7.^a otorga la consideración de operaciones de arrendamiento financiero a «aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra a su término en favor del usuario».

El hecho de que no exista un conjunto de normas que establezca un régimen jurídico del contrato hace, por lo tanto, que la autonomía de la voluntad de las partes tenga mucha relevancia puesto que será el régimen establecido por ellas el que regule la creación y vida del negocio jurídico.

Las partes implicadas en el contrato de *leasing* son tres: un arrendador financiero (la sociedad de *leasing*) que adquiere al vendedor (suministrador) para sí, pero cediendo su uso al arrendatario financiero (usuario) un bien indicado por este último, a cambio del pago periódico de las cuotas de amortización. Elemento esencial del *leasing* es la inclusión de una opción de compra del bien a favor del usuario a la finalización del contrato, de tal forma que el usuario, llegado este momento, puede optar por ejercitar la opción y adquirir la propiedad del bien, devolver el mismo a la sociedad de *leasing* o bien pactar la prórroga de su uso. Como se puede observar, la función económica del negocio jurídico, su causa, es la financiera⁴³³. De esta suerte y siguiendo a Alfaro, junto con las ventajas fiscales para el usuario, el *leasing* le permite a la empresa financiar totalmente la adquisición de bienes de equipo que supondrían una gran inversión, sin quedar, a la vez, ligados a ellos cuando por el paso del tiempo quedaran obsoletos. La sociedad de *leasing*, por su parte, tiene una garantía adicional al préstamo que es su posición como propietaria del bien⁴³⁴.

Mucho se ha escrito sobre su naturaleza jurídica –sin que exista una opinión unánime al respecto⁴³⁵– puesto que presenta rasgos comunes con varios

⁴³³ De hecho, ya en 1982, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, p. 41, alude al *leasing* como «uno de los principales medios de financiación empresarial».

⁴³⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3915.

⁴³⁵ Defiende su consideración como un contrato de arrendamiento, CABANILLAS SÁNCHEZ, *ADC*, 1980, pp. 759-785; *ADC*, 1982, p. 59 (en su trabajo de 1991, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1991, p. 983, el autor, al hilo del análisis de la Ley de 29 de julio de 1988, habla de una *fiducia cum creditore*). Abogando por una proximidad a la venta a plazos, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1996, p. 412. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3917, afirma que ha de calificarse como un «contrato mixto con elemen-

tipos contractuales, como la venta a plazos, el arrendamiento, el préstamo o la fiducia, aunque no es equiparable a ninguno de ellos⁴³⁶.

En cualquier caso, por lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, el contrato de *leasing* o arrendamiento financiero, es, en primer lugar y tal y como se ha ido apuntando en esta somera introducción al mismo, un negocio jurídico de gran presencia en la contratación entre empresarios. Efectivamente, tanto los ya mencionados beneficios fiscales que recibe en algunos casos, como el hecho de que sea una fórmula que permite al empresario una vía ágil de financiación para adquirir el costoso equipamiento necesario para el desarrollo de sus actividades profesionales, hacen de él un contrato muy extendido en la actualidad en el tráfico jurídico mercantil⁴³⁷. Por otra parte, la ausencia de regulación legal de esta figura hace que la voluntad de las partes cobre un papel fundamental en el contenido del contrato puesto que queda a merced de ellas completar el régimen por el que se van a regir las relaciones de los empresarios implicados⁴³⁸. Además, por las características de las partes intervinientes, es un contrato en el que generalmente el clausulado suele venir predispuesto por el arrendador financiero. Por lo tanto, si sumamos el amplio margen de los sujetos para configurar el negocio jurídico al hecho de que la sociedad de *leasing* sea la que realmente determina ese contenido en la realidad y el usuario se limita a aceptar las condiciones redactas por ella, se puede, sin mucha dificultad, afirmar que es un terreno abonado para el surgimiento de cláu-

tos fundamentalmente traídos del mandato y del préstamo». Apuesta también por la conveniencia de considerarlo como una figura en la que la sociedad de *leasing* financia como prestamista la adquisición del usuario al tiempo que actúa como un mero mandatario según los intereses e instrucciones, MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., *CCJC*, pp. 851-852. De forma más reciente, lo consideran como un contrato *sui generis* CORTÉS, L. J., 2001, pp. 528-529; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., 2002, p. 1028; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., 2009, p. 590.

⁴³⁶ Para una delimitación del *leasing* respecto de estos contratos, *vide* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3916-3917; CORTÉS, L. J., 2001, p. 528; UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, pp. 97 y ss.; DELGADO CORDERO, A. M., *RDP*, pp. 179 y ss.; CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 141 y ss.; CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., 2002, pp. 1027 y ss.; Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 340-342; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 169.

Existe una copiosa jurisprudencia que se ha ocupado de las delimitaciones entre el contrato de *leasing* las demás figuras jurídicas. A modo de ejemplo, y respecto de la compraventa a plazos, SSTS 21 de diciembre de 2001 [RJ\2002\250], 7 de febrero de 2000 [RJ\2000\282] y 14 de diciembre de 2004 [RJ\2004\8038]. Relacionando *leasing*, compra a plazos, préstamo y venta en garantía, SAP Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894] y 25 de marzo de 2014 [JUR\2014\164244].

⁴³⁷ Para PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., 2009, p. 593, «estamos, en suma, ante un moderno contrato empresarial que cumple muy adecuadamente su función como sistema de financiación».

⁴³⁸ A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo, en la sentencia anteriormente expuesta de 4 de diciembre de 2007 [RJ\2008\42], reconoce que el contrato de *leasing* se rige esencialmente por sus propias estipulaciones, convenidas por las partes en aras al principio de autonomía de la voluntad «aunque se trate, como es el caso, de contratos de adhesión en el que la voluntad del usuario se limita a aceptar las condiciones redactadas por la empresa financiera».

sulas que podrían resultar abusivas para el arrendatario financiero, esto es, en principio, el empresario débil de la relación.

El tipo más habitual de cláusulas que las sociedades de *leasing* suelen incluir y que pueden resultar sospechosas de plantear problemas de licitud –y que son la justificación para tratar estas cuestiones en el presente epígrafe–, son las cláusulas mediante las que el arrendador se exonera de su responsabilidad frente a determinados riesgos, como pueden ser la falta de entrega de la cosa por el suministrador al usuario, la pérdida o destrucción del bien objeto del *leasing* o la existencia de vicios ocultos o problemas de evicción. Asimismo, aunque en un ámbito diferente, una cláusula de uso generalizado en este tipo de contratos es la de vencimiento anticipado en el supuesto de falta de pago de alguna cuota por parte del usuario. Haremos referencia ahora a las dos primeras. La cláusula relacionada con los vicios ocultos será objeto de estudio en el apartado correspondiente al art. 1485.II Cc mientras que la cláusula de vencimiento anticipado tiene su encaje en el siguiente epígrafe, la ineficacia unilateral del contrato.

Para un tratamiento adecuado de la abusividad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad impuestas por la sociedad de *leasing*, hay que tener presente la estructura del negocio jurídico y los riesgos que, a la vista de la misma, soportaría en principio cada parte. Siguiendo a Ureña⁴³⁹, *a priori* podría parecer que el contratante que más arriesga es la arrendadora financiera: compra un bien para el usuario y siguiendo sus instrucciones pero la contraprestación por parte de éste se produce de manera fraccionada y prolongada en el tiempo; además, como la opción de compra es voluntaria para el arrendatario, podría suceder que no fuera ejercitada y que la sociedad de *leasing* tuviera que quedarse definitivamente con un bien específico, que se ha adquirido por mandato de otro sujeto y que, posiblemente y como consecuencia del transcurso del tiempo, esté obsoleto. Aunque, como ya se ha mencionado, la característica de que el arrendador mantenga la propiedad del bien durante la vigencia del *leasing* es la mayor garantía para él, a la vista de la configuración descrita, puede tener cierto sentido la inclusión de algún pacto que pretenda «equilibrar» la posición de ambas partes redistribuyendo los riesgos existentes⁴⁴⁰.

⁴³⁹ UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, pp. 21-22.

⁴⁴⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 143-144, al hilo de la delimitación del *renting* respecto del *leasing*, también deja entrever cómo la configuración del contrato está detrás de la disposición de las obligaciones para las partes: determinadas exoneraciones de responsabilidad que serían extrañas a un arrendamiento del Código civil, pueden ser, sin embargo, normales –con los matices que tendremos ocasión de exponer– en un contrato de *leasing*.

— Comenzando por *las vicisitudes que pueden tener lugar respecto de la entrega del bien al usuario*, cabe señalar que, normalmente, ésta se produce de forma directa por el vendedor o suministrador sin que medie la sociedad de *leasing*. Las cláusulas que el arrendador financiero suele incluir en este sentido son aquellas en las que se exonera de la responsabilidad que pudiera derivarse por la falta de entrega del bien o el retraso en la misma. Un supuesto en el que tal pacto devendría directamente nulo es aquel en el que la exoneración abarcase todos los casos, incluidos aquellos en los que en la falta de entrega o su retraso mediara dolo o culpa grave por parte de la sociedad de *leasing*. Tal y como muy acertadamente sostiene Cabanillas, «la exoneración de responsabilidad de *leasing* no puede prosperar por imperio del artículo 1102 del Código civil, y por la asimilación, a estos efectos, de la culpa grave al dolo, de acuerdo con la doctrina dominante»⁴⁴¹. En el resto de los escenarios posibles, parece que hay determinadas variables que pueden alterar la consideración de la cláusula como lícita o ilícita. Los elementos que parecen fundamentales para admitir una cláusula con este contenido serían la subrogación en la posición del arrendador comprador para el ejercicio de las acciones correspondientes frente al suministrador, por una parte, y la no exclusión de la facultad de resolución del contrato de *leasing*, por otra. Respecto al primer aspecto, si no se contempla esta cesión, el usuario no podrá ejercitar la acción de cumplimiento y carecería de medios de tutela de su derecho⁴⁴². En cuanto a la facultad de resolución del contrato ante la falta de entrega o una demora tal que el interés del usuario se ve insatisfecho (art. 1124 Cc), parece claro el desequilibrio al que se llegaría si el usuario, pese a no poder disfrutar del bien objeto del contrato por causa a él no imputable, se ve obligado a permanecer vinculado al contrato con la sociedad de *leasing* y, por tanto, a pagar las cuotas correspondientes⁴⁴³. Ya vimos con anterioridad que el art. 1124 Cc tiene naturaleza disponi-

⁴⁴¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 90-91; *ADC*, 1991, pp. 1002-1003. En el epígrafe referido al art. 1102 Cc tendremos ocasión de ahondar en su condición de límite a la autonomía de la voluntad.

⁴⁴² Al respecto, MARTÍNEZ MARTÍN, M., *CCJC*, pp. 601-602, hace pendular la abusividad de la cláusula dependiendo de que se haya producido o no la cesión de acciones del arrendador al arrendatario puesto que, en el caso negativo, se produciría «una situación de completa indefensión por parte del arrendatario financiero, que ve cómo no puede reclamar nada al arrendador financiero, puesto que éste cumplió desde el momento de la firma del contrato». Es de notar, sin embargo, que a pesar de la subrogación de acciones, en determinados casos no se ha aceptado la cláusula de exoneración de responsabilidad respecto de la entrega del bien, tal y como pone de manifiesto la SAP Barcelona de 30 de mayo de 2011 [JUR2011\292637].

⁴⁴³ Analiza atentamente el supuesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 91-93; *ADC*, 1991, pp. 1003-1006. Para el autor, en la medida en que una de las obligaciones de la sociedad de *leasing* es la cesión del uso del bien, es claro que no puede exonerarse de toda responsabilidad derivada de un problema con la entrega del bien al usuario y, a la vez, impedir el ejercicio de la acción resolutoria. Ni siquiera el

ble para las partes pero, igualmente, que sería aconsejable «blindar» este remedio frente al incumplimiento en el caso de contratos en los que una de las partes no ha tenido participación en la configuración de los derechos y obligaciones del contrato, esto es, en contratos de adhesión como el que nos ocupa. No olvidemos que se trata de un remedio íntimamente relacionado con la estructura sinalagmática de la relación obligatoria y que evita que una de las partes tenga que quedar de forma injusta permanentemente vinculada a la misma sin que tenga sentido para ella.

Encontramos en la jurisprudencia abundantes ejemplos de problemas surgidos por incidentes con la entrega del bien. Uno en el que se analiza con detenimiento la responsabilidad por la entrega del bien en los contratos de *leasing* lo encontramos en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894], confirmada por la del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2011 [RJ\2011\2615]. El bien a financiar mediante este tipo de contrato es un escáner para resonancias que es enviado por el proveedor desde Nueva York al puerto de Valencia, observándose en el momento del desembarque que la mercancía estaba en mal estado. Dado que en el contrato de compraventa se había incluido la cláusula FOB⁴⁴⁴, el adquirente –la compañía financiera–, es el que debe responder frente al usuario por la pérdida de la mercancía –sin perjuicio de acciones posteriores contra el responsable de que la mercancía no llegara en buen estado al puerto de destino–. La sociedad de *leasing*, según el órgano jurisdiccional, estaba obligada a entregar, y no entregó el bien, sin que pueda entenderse que venía exonerada de toda responsabilidad al respecto por una estipulación contenida en el contrato: por una parte, porque tal cláusula establecía una exoneración genérica y poco clara (relevaba a la financiera «de las responsabilidades derivadas del mismo [el contrato]»); por otra, y la principal, porque «no se pactó una co-relación como exige el Tribunal Supremo que es la cesión de acciones a la arrendataria. Por tanto no se puede admitir aún en la hipótesis de que lo pretendido fuera pactar la no responsabilidad «por no entrega», es decir, eximirla de la obligación consustancial al *leasing* de entregar la mercancía adquirida por ese sistema de financiación»⁴⁴⁵.

argumento de la subrogación en la posición del arrendador frente al suministrador contrarrestaría lo lesivo de la situación en la que se vería el usuario (1982, p. 92). Apunta por su parte COSTAS RODAL, L., 2013, pp. 3001-3002, que el arrendatario financiero no solamente interesará la resolución del contrato de compraventa haciendo uso de la subrogación en la posición del arrendador, sino también la del *leasing*, en la medida en que son dos contratos conexos y funcionalmente interdependientes.

⁴⁴⁴ El comprador se compromete a pagar todos los gastos en los que se incurra una vez puesta la mercancía en el puerto de embarque. Por tanto, es el comprador el que corre con los daños que el bien pueda haber sufrido durante el transporte.

⁴⁴⁵ El Tribunal (con cita de STS 3 de febrero de 2000 [RJ\2000\621]), reconoce que aunque es el proveedor el que debe entregar el bien eso no implica que el arrendador financiero se libere de la responsabilidad de la no entrega: es cierto que no responderá de los defectos de funcionamiento o vicios si así se ha pactado y existe la correlativa cesión de acciones pero para quedar exento de esa responsabilidad lo primero que tiene que suceder es que haya habido entrega, «porque solo a partir de ahí es cuando se inicia la relación». A la señalada STS de 2000, que conoce de un contrato de *leasing* que tiene por objeto un

Así las cosas, parece claro que debe constar expresamente la cláusula de exoneración de responsabilidad respecto de la entrega –sin que pueda confundirse este pacto con aquél en el que lo que se pretende eludir es la responsabilidad por vicios o defectos ocultos, que podrá surtir efectos una vez que se haya producido la entrega de la cosa– y que debe ir de la mano con una cesión de las acciones correspondientes a favor del arrendatario financiero. La no intervención del arrendador en la elección del bien dado el carácter meramente financiero de su participación y la ausencia de desprotección del arrendatario gracias a su subrogación en todas sus acciones frente al vendedor, hacen admisibles este tipo de cláusulas de exoneración de responsabilidad⁴⁴⁶.

Por tanto, la clave aquí para admitir la validez de una cláusula de limitación de responsabilidad impuesta al empresario adherente pasa por la existencia de un mecanismo de compensación que reequilibre la posición de las partes –la subrogación en los derechos frente al vendedor o suministrador–.

Este planteamiento es el que ha quedado positivizado en la solución del art. 576-2 del Anteproyecto de Código mercantil al facultar al arrendatario para exigir al proveedor del activo objeto del arrendamiento financiero el cumplimiento de sus obligaciones como si «fuera parte del contrato de adquisición del activo y éste tuviera que entregarse directamente a dicho arrendatario». Sin embargo, prevé la posibilidad de que el contrato no incluya esta cláusula, en cuyo caso, «el arrendador deberá prestar su colaboración para que pueda exigirse el cumplimiento de las obligaciones del proveedor en beneficio del arrendatario», previsión un tanto abstracta y genérica («prestar su colaboración») si no fuera porque se complementa con una garantía: «siendo en otro caso [el arrendador] responsable frente al arrendatario del incumplimiento de las obligaciones del proveedor» (art. 576-2.1). En términos similares se manifiesta el apartado 3.º del mismo precepto respecto de las obligaciones del proveedor y «las consecuencias que deriven de su incumplimiento, anteriores o posteriores a su entrega»: serán exigibles por el arrendatario como si fuera parte del contrato de adquisición y existe al respecto una obligación de colaboración por parte del arrendador.

— Por su parte, la *cláusula mediante la que la sociedad de leasing no asume los riesgos derivados del deterioro o pérdida fortuita de los bienes* conduciría a una situación en la que el usuario debería seguir pagando a la sociedad de *leasing* las cuotas por el uso de un bien del que, en la realidad, no puede gozar porque ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor. En su mo-

camión hormigonera y respecto del que se produce un problema de falta de documentación accesoria, añadimos la STS 25 de enero de 2001 [RJ2001\1001], en la que, al hilo del mismo contrato y similar problema sobre una máquina retroexcavadora, se desprende la misma idea respecto de la subrogación de acciones.

⁴⁴⁶ Cfr., también, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *RDP*, p. 45; COSTAS RODAL, L., 2013, p. 3001.

mento puso de relieve Cabanillas⁴⁴⁷ su contradicción con el carácter bilateral del contrato de arrendamiento –pago de la renta a cambio de uso del bien– o con la configuración del contrato de compraventa –el que soporta el riesgo de la pérdida es el propietario, que, en este caso, sería la sociedad de *leasing* y no el usuario–. Alfaro, por su parte, atribuye al usuario los riesgos de pérdida o destrucción fortuita de la cosa tras su entrega, con la consiguiente obligación al pago de las cuotas⁴⁴⁸.

De este modo resuelve también la cuestión el Anteproyecto de Código mercantil pues el art. 576-3 incluye como única obligación del arrendador financiero –una vez entregada la cosa conforme y sin perjuicio de la necesaria subrogación del arrendatario en las acciones frente al vendedor– la de asegurar al arrendador la pacífica posesión del activo arrendado «sin asumir ningún otro tipo de responsabilidad o gasto en relación con dicho activo». Y, desde el lado opuesto, obliga al arrendatario a soportar, entre otros, «todos los riesgos inherentes al mismo [activo], que no podrá repercutir al arrendador ni le dispensarán de la obligación de satisfacer las cantidades previstas en el contrato».

Sin embargo, tal y como apunta Cabanillas⁴⁴⁹, parece que el posible problema de licitud que plantea esta cláusula vendría solucionado por una práctica habitual en los contratos entre empresarios, en general, y en los de *leasing*, en particular: el aseguramiento del bien objeto del mismo. Efectivamente, Salelles⁴⁵⁰ advierte que es frecuente en las relaciones entre empresarios que tanto quien pretende la eficacia de la modificación convencional de responsabilidad como quien se opone a ella estén asegurados. En este sentido, le otorga relevancia al hecho de que exista el seguro de cara a valorar la eficacia de las exclusiones o limitaciones de responsabilidad: «quien tiene la posibilidad de transferir el riesgo que asume en virtud de lo contractualmente estipulado a un tercero por medio del seguro no podría oponerse a la eficacia de la exclusión o limitación de responsabilidad».

El funcionamiento de este seguro como garantía de la existencia de un equilibrio entre las partes en el caso de pérdida fortuita del bien y aún con la inclusión de una cláusula de exoneración de responsabilidad a favor de la sociedad de *leasing*, tal y como lo describe Cabanillas⁴⁵¹, consistiría en el aseguramiento del objeto, siendo el arrendador el beneficiario del seguro concertado

⁴⁴⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 106.

⁴⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3918. También PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., 2009, p. 591, atribuye al usuario los riesgos por la pérdida o deterioro del bien, del mismo modo que lo hace GONZÁLEZ CASTILLA, F., Editar 2003, p. 106.

⁴⁴⁹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 106-107; *ADC*, 1991, pp. 1010-1011.

⁴⁵⁰ SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 343-344.

⁴⁵¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 106-107; *ADC*, 1991, pp. 1010-1011.

por el arrendatario o usuario pero limitando el destino de lo recibido de la entidad aseguradora a la reposición del bien siniestrado –para evitar, así, un enriquecimiento injusto–. Solamente se mantendría el equilibrio si la obligación del pago de las cuotas correspondientes al *leasing* se corresponde con aquellos períodos en los que el usuario efectivamente goza del bien, esto es, una vez se haya repuesto⁴⁵².

Lo dicho en este supuesto acerca de los riesgos de pérdida o destrucción de la cosa es respaldado por la jurisprudencia⁴⁵³. Entre otras, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2001 [JUR\2002\9304], que conoce de un supuesto en el que la pérdida se produce por la sustracción de una de las máquinas objeto del contrato. La Audiencia afirma como normal que en los contratos de *leasing*, a la vez que se desplaza el sistema normal de riesgos por la pérdida de la cosa (que correspondería al arrendador) hacia el arrendatario, se ofrezca la posibilidad de contratar un seguro para cubrir tal evento o –como sucede en el supuesto de hecho de la resolución– se le permita acogerse al seguro que ya tenía previamente establecido el arrendador. En esta segunda opción, y dado que la titularidad del seguro permanece en la persona del arrendador y no se nombra beneficiario al arrendatario, es necesario que el primero subrogue al usuario en los derechos derivados del contrato de seguro cuando se produzca el evento cubierto por el mismo o bien que, desconociendo el pacto de transmisión de los riesgos, ejercite en su propio nombre los derechos inherentes al contrato de seguro y descuenta de la cuota mensual el importe correspondiente al bien que se ha perdido (en el supuesto, la parte proporcional correspondiente a la maquinaria sustraída). De otra forma, tal y como expone el Tribunal, se produciría un en-

⁴⁵² Acerca de la obligación de concertar un seguro y su funcionamiento, también COSTAS RODAL, L., 2013, p. 3011.

⁴⁵³ Aunque no se puede hablar de unanimidad en la jurisprudencia (por ejemplo, la SAP Madrid de 4 de noviembre de 1997 [AS\1997\4296] establecía que «en el contrato de arrendamiento financiero la pérdida fortuita de la cosa arrendada o bienes de equipo libera al arrendatario-usuario de la obligación de pagar a la Sociedad de “leasing” las rentas o plazos no vencidos, de acuerdo con el carácter bilateral del contrato, por cuanto la causa del pago de la renta está en el goce de los bienes de equipo arrendados»), efectivamente, es habitual en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales encontrar el reconocimiento a estas cláusulas aunque, eso sí, la idea del seguro para estos casos de pérdida o deterioro no culpables es recurrente en las distintas argumentaciones. Así, STS 10 de abril de 1981 [TOL1.739.585], SAP Tenerife de 3 de febrero de 2001 [JUR 2001 134141] y SAP Islas Baleares de 23 de julio de 2012 [TOL2.633.957]. Incluso se ha asegurado que «con la pérdida del vehículo el Banco no perdía su derecho a seguir cobrando las cuotas de leasing, ni el precio de la opción de compra» (respecto del *leasing* de un camión, SAP Madrid 22 febrero 2005 [JUR\2005\111731]). Es controvertido que no sea abusivo exigir, además del pago de las cuotas restantes, la cuantía de la opción de compra. Estamos con COSTAS RODAL (2013, p. 3011), cuando afirma que la cuantía de la indemnización del seguro no tiene por qué cubrir el precio de la opción puesto que el arrendatario financiero tiene una plena libertad para ejercitarla o no, libertad que quedaría desvirtuada si se incluye esta cantidad.

riquecimiento injusto a favor del arrendador, que cobraría las cuotas –ya que el riesgo por la pérdida se le imputa al usuario– así como el importe del seguro, lo que haría de esta cláusula de exoneración de responsabilidad una cláusula «abusiva, contraria a la buena fe y a la reciprocidad de prestaciones que debe existir entre las partes, tal como apuntamos antes, pues debe entenderse que la arrendataria solo aceptó la severa agravación de su responsabilidad en cuanto que tal evento venía cubierto por un seguro».

La jurisprudencia, por tanto, da por válidas las cláusulas por las que el arrendatario o usuario es la parte contractual que debe asegurar el bien objeto del *leasing*. En la misma línea, pensamos que este tipo de cláusulas no tendrían que ser necesariamente «abusivas». En principio, los riesgos de la pérdida o deterioro de la cosa no culpables deberían ser asumidos por la sociedad de *leasing*. Obviamente es así en lo que al contrato de compraventa se refiere puesto que, una vez que el proveedor ha entregado la cosa al comprador –arrendador financiero– o directamente al arrendatario financiero, el comprador es el que soporta los riesgos («*res perit domino*») ⁴⁵⁴. Pero también podría decirse respecto del vínculo entre la sociedad de *leasing* y el usuario por el que el primero cede el uso del bien al segundo, próximo en esencia a la idea de un contrato de arrendamiento: en éste, la regla tradicional es que el riesgo es para el arrendador («*periculum est locatori*») por ser la pauta más conforme con la estructura del negocio jurídico ⁴⁵⁵. La sociedad de *leasing* disfruta de facultades beneficiosas de ser propietaria de la cosa –la propiedad como garantía– pero está trasladando algunas de las perjudiciales, como sería el hecho de tener que soportar los riesgos de pérdida o deterioro. Ahora bien, para valorar la razonabilidad de las cláusulas que típicamente se incluyen en los contratos de *leasing* y por las que el arrendatario financiero es la parte que soporta los riesgos derivados del deterioro o pérdida de la cosa, hay que tener en cuenta la estructura y finalidad particulares del negocio jurídico que nos ocupa. No estamos hablando de un contrato de arrendamiento *stricto sensu* sino que se trata de un contrato peculiar de finalidad, como se ha apuntado anteriormente, esencialmente financiera. Es decir, el arrendador no tiene interés especial en el bien sino que lo adquiere a instancias y por instrucciones del arrendatario, para el que, en el fondo, resulta una suerte de vía de financiación (recordemos que se ha vinculado al *leasing* también con la compraventa a plazos o con el préstamo). El usuario está pagando una cuota por el uso del bien pero también «por

⁴⁵⁴ Díez-PICAZO, L., 2010, p. 112.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 283. En este caso, lo más justo es que se libere de la vinculación contractual y de la obligación de pago de las rentas al arrendatario.

algo más» que lo diferencia del arrendamiento: por la posibilidad de estar usando ese bien en concreto elegido por él y para él comprado por la sociedad de *leasing* así como por tener una opción de compra final, que valorará ejercitar o no según su conveniencia. Esta finalidad y configuración del contrato hacen que sea más equilibrada la posición de ambas partes respecto de lo que sería en un contrato de arrendamiento⁴⁵⁶.

Se ve clara la diferencia en este sentido con un contrato relativamente próximo, el *renting*. Habitualmente en este contrato el arrendador no solo se obliga a ceder el uso del bien que ha adquirido por petición del arrendatario y para él, sino también a una serie de prestaciones complementarias, entre las que se incluye el mantenimiento y el seguro –que corre a cargo, por tanto, del arrendador–⁴⁵⁷. Sin embargo, el *renting* no contempla, a diferencia del *leasing*, una opción de compra a favor del usuario, siendo lo normal que la sociedad de *renting* arriende nuevamente el bien o lo venda como bien de segunda mano –habiendo en muchas ocasiones ya desde el inicio un pacto en este sentido con el suministrador–. Tras el uso del bien durante el periodo establecido convencionalmente, el arrendatario debe devolverlo y solo podrá adquirirlo, en su caso, por un contrato independiente y al precio que esté en el mercado en ese momento. Por el contrario, en el caso del *leasing* –en el que, además, las reparaciones y mantenimiento corren a cargo del usuario–, se puede hablar de una cierta mayor vinculación del arrendatario con el bien –y, correlativamente, una menor por parte del arrendador– puesto que tiene la facultad de optar por su compra por el valor residual. De ahí que la causa del *leasing* no sea exclusivamente la cesión del bien por un tiempo determinado sino también la financiación de su adquisición. Mientras que dentro de la operación de *renting* recuperar el bien es importante para la sociedad arrendadora puesto que cuenta con un nuevo arrendamiento o con su venta, en el caso del *leasing*, el arrendador no tiene mayor interés en el bien que su función como garantía para la recuperación del valor del mismo y la retribución de su financiación. Esta diferente configuración puede explicar, entre otras cosas, por qué en un caso típicamente es el arrendador el que asume la contratación del seguro –*renting*– mientras que en el otro, se suele pactar que sea el arrendatario –*leasing*–, sin que ese «pacto» sea significativamente desproporcionado a la vista de la estructura del contrato.

⁴⁵⁶ Defendiendo los riesgos a cargos del arrendatario financiero, GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Éditar* 2003, p. 106, fundamenta su argumentación en la ausencia de vinculación causal entre el uso del bien y el pago en el *leasing*, como contraposición al contrato de arrendamiento de cosa: las cuotas no representan la contraprestación al disfrute del objeto sino que engloban los conceptos de recuperación del coste del bien por la sociedad de *leasing* y la carga financiera.

⁴⁵⁷ En general, para todo lo dicho en este párrafo acerca del *renting*, ver MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., *RDUNED*, pp. 11 y ss.

A modo de conclusión de las dos cláusulas del contrato de *leasing* arriba vistas, podría decirse que cabe trasladar los riesgos vinculados con la entrega del bien al usuario siempre que se le compense subrogándole en las acciones que el arrendador tiene frente al suministrador. En el caso de las cláusulas por las que se atribuyen los riesgos derivados del deterioro o pérdida fortuita de la cosa, y teniendo en cuenta la suscripción en la práctica de un seguro, no nos parece carente de justificación una cláusula por la que fuera el usuario el que asumiera esta obligación. En este caso, la razón no vendría dada por la existencia de una compensación sino por la propia configuración del contrato, que no es estrictamente una compraventa ni un arrendamiento sino que se aproxima más a negocio jurídico con finalidad financiera.

Como advertíamos, para un tratamiento sistemático de la cuestión, se expondrá lo relativo a la otra cláusula de exoneración de responsabilidad de presencia prácticamente constante en los contratos de *leasing*, la relativa a los vicios ocultos de los bienes o problemas de evicción, en el apartado correspondiente al art. 1485 II Cc. Adelantamos que, también en este caso, el elemento fundamental para la validez de este tipo de disposición será la subrogación del arrendatario en la posición del arrendador financiero respecto de las acciones que pudieran derivarse contra el proveedor o suministrador.

c.2) Límites de las cláusulas de limitación de responsabilidad y condiciones generales

De lo hasta aquí expuesto se puede deducir la importancia de la función de las cláusulas de modificación de la responsabilidad en la práctica⁴⁵⁸. No solo no es impensable imaginar un contrato entre empresarios en el que se contenga una cláusula de este tipo sino que, como hemos tenido ocasión de ver, es totalmente habitual dado el carácter de instrumento de equilibrio en la economía interna del negocio jurídico que presentan estos pactos. Jordano⁴⁵⁹ exponía ya en su momento las ventajas que podían reportar, tanto al deudor

⁴⁵⁸ Tan importantes que, recordamos, el ordenamiento jurídico inglés consta de una norma, la UCTA, cuyo ámbito objetivo de aplicación se refiere precisamente a las cláusulas de exclusión o limitación de la responsabilidad, las llamadas *exemption clauses*, sujetas al test de la razonabilidad (MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 243 y ss.). Sobre la importancia en la contratación internacional, RUIZ SUTIL, C., Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad, SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), 2013, p. 1448. Como expone la autora, estas cláusulas permiten que se lleven a cabo ciertas operaciones desarrolladas en sectores económicos sometidos a situaciones de inseguridad o con socios de países cuyos sistemas financieros aún no han alcanzado un nivel de estabilidad.

⁴⁵⁹ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 604 y ss.

como al acreedor, un pacto de reducción o agravación de la esfera de la responsabilidad. En el primer supuesto, siguiendo al referido autor, el deudor puede llevar a cabo una mejor gestión de su actividad a través de una previsión de sus riesgos más precisa, pudiendo el acreedor, por su parte, beneficiarse de una rebaja en la retribución que le compensa la disminución del grado de tutela que se le asegura legalmente a su derecho de crédito. Por el contrario, puede que al acreedor le interese especialmente reforzar la protección de su crédito aunque el coste –retribución– sea mayor, mientras que esa mayor contrapartida sea un incentivo para que el deudor no tenga inconveniente en asumir una posición más gravosa. Con anterioridad, García Amigo⁴⁶⁰ había vinculado la finalidad de las cláusulas limitativas de la responsabilidad con la posibilidad de adquirir una cierta seguridad en los resultados previsibles en actividades con un alto riesgo y fomentar, así, el emprendimiento de actividades que redunden también, en última instancia, en beneficio de la sociedad en general. Igualmente a favor del uso de este tipo de cláusulas se ha seguido manifestando doctrina más reciente, como Álvarez Lata⁴⁶¹, destacando la relevante función económica de las mismas o Salelles⁴⁶², en un trabajo centrado, precisamente, en la limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios.

Sin embargo, el hecho de que una limitación excesiva de la responsabilidad pudiera generar abusos por parte del deudor sobre el acreedor, hace necesario matizar su uso por encima de las ventajas de las mencionadas cláusulas. Si tenemos en cuenta que en la práctica este tipo de condiciones se insertan en los contratos por adhesión, el peligro de un atropello a la parte débil de la relación es todavía mucho mayor⁴⁶³. Podemos afirmar, por tanto, que el estudio

⁴⁶⁰ GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 20 y ss., 33 y ss.

⁴⁶¹ ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 1-2.

⁴⁶² SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 19 y ss.

⁴⁶³ PINTO MONTEIRO, A., 2003, pp. 382-383, de hecho, sitúa a las cláusulas de exoneración en sentido amplio en la primera línea de las cláusulas que deben suscitar mayores reservas dentro de las condiciones generales de la contratación. En este sentido opina Díez-Picazo, L., 2008, pp. 753-757. Respecto de las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del deudor, la admisión inicial de las cláusulas de exoneración por culpa se exceptúa en el caso de que estén incluidas en condiciones generales predispuestas por el deudor: «hoy no se discute que son uno de los casos más claros de «cláusulas abusivas» y que deben tenerse por no puestas. Así se deduce del artículo 10 LGCU» (p. 755). Similar apreciación realiza al hilo de las cláusulas de limitación de responsabilidad mediante la determinación de los distintos supuestos a través de los que podrá darse (p. 756). Para Viney, G., 1990, pp. 331 y ss., no puede mantenerse en la actualidad el argumento de que las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad se aceptan porque, aunque representan una indudable perturbación del equilibrio del contrato en detrimento del acreedor, se presupone que éste ha dado su consentimiento tras una negociación y ante la existencia de una contrapartida que restablece el equilibrio. En la contratación mediante condiciones generales no es éste el procedimiento de contratación. Por eso, aunque es importante la seguridad de las relaciones contractuales –contrato como un instrumento para que las partes organicen sus intereses– no hay que perder de vista el elemento equilibrio del contrato, que está directamente amenazado por este tipo de cláusulas.

de la validez de las cláusulas de limitación de la responsabilidad es un estudio de, valga la redundancia, límites.

Límites incuestionables los constituyen los generales recogidos en el art. 1255 Cc. Uno de ellos, el propio artículo analizado en este apartado, el art. 1256 Cc: en algunos casos ya vistos, como las limitaciones relativas a ciertas obligaciones⁴⁶⁴ y sin ninguna compensación ni justificación, son cláusulas que podrían ser consideradas nulas por dejar al arbitrio del predisponente el cumplimiento del contrato (véase el arrendatario que, ante la falta de entrega del bien por el suministrador y la exoneración en este sentido del arrendador, se ve indefenso ante el incumplimiento). Y ya en concreto referidos al ámbito de la responsabilidad, el dolo y la culpa grave, en virtud del art. 1102 del mismo texto, como Derecho imperativo que representa (precepto que enlaza, a su vez, con la ya citada interdicción de la arbitrariedad y el genérico orden público). Sin embargo, y como idea que se ha mantenido de forma constante a lo largo de todo el trabajo, el tipo especial de contratación que nos ocupa requiere avanzar un paso más en la protección de la parte débil. No parece que el dolo y la culpa grave o la interdicción de la arbitrariedad sean límites suficientes para garantizar que el predisponente no comete abusos mediante la inserción de cláusulas que limitan su responsabilidad. Son necesarios elementos que justifiquen un nivel mayor de restricción en el campo de lo que sería, en contratos negociados, Derecho disponible para las partes. Para ello, nos parece útil el recurso a una manifestación concreta del principio general de orden público, como es la «tutela del derecho de crédito»⁴⁶⁵. La aplicación de este principio de tutela es adecuada en el ámbito de las cláusulas de limitación de responsabilidad como límite a las mismas puesto que encarna una idea opuesta que puede representar un coto a extralimitaciones del deudor: un pacto que reduce excesivamente su responsabilidad puede afectar al nivel de tutela del crédito que debe garantizar el ordenamiento jurídico al acreedor en virtud del principio general de orden público. De nuevo aquí, como se hará en el análisis del art. 1102 Cc, se conecta la existencia de un mínimo de responsabilidad contractual con el concepto de orden público, «entendido» –en palabras de Jordano– «como garantía de un mínimo de tutela del crédito, considerado como idóneo para satisfacer exigencias colectivas»⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ En el Ordenamiento jurídico francés incluso se llega a recurrir a la figura de la ausencia de causa para declarar nulas limitaciones de responsabilidad si afectan a una «*obligation essentielle*» para la voluntad contractual (MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 224 y ss.).

⁴⁶⁵ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 609 y ss.; 1987, pp. 63 y ss.

⁴⁶⁶ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, p. 609. De hecho, el orden público ha sido el criterio al que más ha recurrido la doctrina para la justificación de limitaciones en el ámbito de cláusulas modificativas de la responsabilidad.

Pues bien, como se comentaba en el párrafo anterior, ese mínimo de responsabilidad innegociable que es necesario para mantener el interés de todo deudor en el cumplimiento de su obligación se tiene que ver reforzado en los contratos por adhesión (siguiendo el esquema deudor-predisponente, acreedor-adherente)⁴⁶⁷. Si se permite cierta modificación convencional de la atribución de riesgos sobre el argumento de la autonomía de la voluntad, parece obvio que cuando no existe tal libertad el límite que representa la tutela del acreedor debe ser más elevado puesto que su posición es objetivamente más débil. La regulación del contrato de transporte terrestre y marítimo expuesta someramente líneas arriba, que contiene normas protectoras expresas para los contratos por adhesión y, en concreto, respecto de la responsabilidad del porteador, nos puede dar una idea de que la intención del legislador ha caminado en este sentido: tanto por la especificidad de la materia como por la indefensión que se puede producir en los múltiples contratos en masa utilizados en el sector, ha sido consciente de la necesidad de un plus de protección⁴⁶⁸. Asimismo, el detenido análisis al que doctrina y jurisprudencia –ante la falta de normativa al efecto– ha sujeto la configuración de aquellas cláusulas en las que el arrendador financiero se exonera de responsabilidad en los contratos de *leasing* –negocios jurídicos articulados mediante condiciones generales en la mayoría de los casos–, es una muestra de que no todo vale en la transmisión de riesgos en los contratos y, mucho menos, en los no negociados.

Esto no implica pasar por alto las ventajas que puede conllevar la inclusión de cláusulas que alteren la responsabilidad y eliminar toda posibilidad de modificación en este sentido. Simplemente significa exigir un mayor control para que sea aceptable la limitación de responsabilidad de tal forma que su uso no suponga realmente un abuso para la parte adherente. Y la justificación, re-

Aunque CARRASCO PERERA, A., 1989, p. 393, por su parte, desvincula el art. 1101 con la tutela del crédito en la medida en que, a diferencia de la acción de cumplimiento del art. 1096 Cc y la de resolución contenida en el art. 1124, no se trata, la de indemnización, de una acción específica de garantía del crédito sino que tutela la satisfacción de la utilidad económica que el acreedor cifró en el contrato.

⁴⁶⁷ Ya GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 141 y ss., apuntaba la virtualidad de la figura de orden público, en su versión de orden público económico, como límite imperativo que hace inoperantes e ineficaces las cláusulas de irresponsabilidad contenidas en las condiciones generales de un contrato («siempre que el predisponente de las condiciones generales donde aquéllas se contienen goce de una posición de monopolio», añade el autor, p. 167), reconociendo la especialidad de este tipo de contratos. En similar sentido se manifiestan JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 659 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 119 y ss.; Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 753-757.

⁴⁶⁸ Tendremos ocasión de estudiar en los apartados correspondientes otros aspectos de la Ley de contrato terrestre de mercancías que suponen un avance en la protección de la parte débil del contrato, en cuanto a la fijación del precio y a la demora en el pago del mismo cuando de condiciones generales de la contratación se trate, en línea con la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

cordamos, se encuentra en la tutela del crédito. O, incluso pensando en el régimen de la responsabilidad más como una normativa que pretende mantener intacto el patrimonio del acreedor que se ve dañado por un incumplimiento de la contraparte, está justificado en la idea de justicia conmutativa⁴⁶⁹ (orden público económico, en ambos casos). No solo las partes tienen un interés privado en las modificaciones de responsabilidad sino que también hay un interés general por parte del ordenamiento jurídico en que el contrato funcione bien como intercambio de bienes y servicios⁴⁷⁰. Y de nuevo, por eso, uno de los parámetros que mejor encaja para valorar la admisibilidad de una cláusula de limitación de responsabilidad sería la idea de un equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Si, como se ha expuesto a lo largo del epígrafe, la verdadera función de las cláusulas de modificación de la responsabilidad es el equilibrio de la economía interna del contrato, éstas solo serán admisibles cuando realmente exista tal simetría. Así, las normas que regulan la responsabilidad contractual, aún de naturaleza dispositiva, tienen una especial fuerza puesto que no son reglas secundarias o accesorias sino que se encargan de distribuir los derechos y deberes entre las partes y de ellas se pueden extraer principios generales del Derecho que las convierten, en cierta medida, en no disponibles sin más⁴⁷¹.

Es evidente la importancia que tiene esta argumentación en los contratos mediante condiciones generales y, en lo que aquí importa, en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Una cláusula introducida por el deudor predisponente que limita el remedio de la indemnización por daños y perjuicios del acreedor adherente –reiteramos, dentro de los límites del Derecho dispositivo–, no será válida siempre. Para que esa renuncia a la facultad que le está concediendo el ordenamiento jurídico de verse resarcido en los daños generados por un incumplimiento no sea abusiva, tiene que estar respaldada por una justificación objetiva. Justificación que, a nuestro juicio,

⁴⁶⁹ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, p. 681.

⁴⁷⁰ «Hay, pues, un interés general a que los contratos se cumplan y se cumplan bien, razón por la cual no deben estimularse comportamientos descuidados o negligentes [...]» (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *RDP*, p. 36). JORDANO FRAGA, F., *RDM*, p. 608, había remarcado la necesidad de no quedarse en una visión singular de cada contrato sino tener una consideración colectiva de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad.

⁴⁷¹ Como origen, la idea de DE CASTRO, F., *ADC*, 1961, pp. 333-334. A raíz de ahí, CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, p. 682; DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., *RDM*, p. 480. En concreto, aplicado a las modificaciones de la responsabilidad contractual, *cf.* JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 680-681; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., *RDP*, p. 37.

Es de señalar también la doctrina Chronopost francesa y la argumentación de la invalidez de una cláusula limitativa de responsabilidad por la entrega fuera de plazo en un contrato de transporte a través de la figura de la causa –ausencia de ella, en concreto– (MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 224 y ss.).

puede venir bien por la vía de una compensación a la merma de los derechos del acreedor, bien por la especial configuración o estructura del negocio jurídico en cuestión, es decir, que teniendo en cuenta un análisis del contrato en su globalidad, se aprecie una relativa proporción entre las posiciones de ambas partes y una razón para el traspaso de responsabilidad, de tal modo que no sea contrario a la buena fe. En el fondo, ambas opciones provienen de la misma idea, que es la del equilibrio: el ejercicio de valoración global del contrato no pretende sino comprobar la existencia de posiciones equilibradas entre las partes, lo que viene a coincidir con el resultado buscado con la fórmula limitación-compensación⁴⁷².

El planteamiento de la existencia de una compensación como justificación objetiva lo hemos visto en el caso del *leasing* y la exoneración de responsabilidad por la falta de entrega del bien, retraso o falta de conformidad. Como sabemos, la cláusula, en general, se admite siempre que vaya acompañada de una cesión al arrendatario de las acciones que el arrendador financiero-comprador tenga por este motivo contra el proveedor. De este modo, se entiende protegida la posición de la parte débil. A su vez, esto se relaciona con la dinámica del contrato: tiene sentido que el arrendador, en ejercicio de su función netamente financiera, pueda querer desvincularse de algún modo de los problemas de la entrega del bien por el proveedor pues es probable que sea éste —elegido en muchas ocasiones por el propio arrendatario— el que directamente lo entregue sin mediación del arrendador⁴⁷³.

Y es que la configuración de las obligaciones y derechos de las partes en el contrato concreto es relevante. El predisponente siembre buscará aligerarse de responsabilidad pero topará con un límite cuando la exoneración o limitación de las obligaciones haga peligrar la finalidad del contrato⁴⁷⁴ o tenga tal

⁴⁷² Por ejemplo, no hay una justificación objetiva para la exoneración de responsabilidad ni equilibrio entre las obligaciones de las partes en el supuesto de hecho objeto de la SAP Asturias de 29 de octubre de 1993 [AC\1993\2013]. La Audiencia conoce de un contrato de adhesión en virtud del cual una entidad expide una tarjeta que permite al titular, con su presentación, solicitar carburante en unas determinadas estaciones, girando mensualmente las gasolineras a la entidad el importe de lo consumido mientras que ésta, a su vez, lo factura al usuario. La distribución de riesgos en caso de pérdida o sustracción de la tarjeta, se concluye, vulnera el principio de la regulación equilibrada de los contratos.

⁴⁷³ En este sentido, nos parece expresiva y, en cierta medida trasladable, la idea que subyace en la identificación que lleva a cabo MORALES MORENO, A. M., *ADC*, p. 647, del contacto que han tenido con la cosa vendedor y comprador como uno de los factores de hecho a ponderar para la aplicación práctica de la regla de la imputación de responsabilidad por vicios ocultos.

⁴⁷⁴ En relación con la destrucción de la esencia del vínculo jurídico, GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 34-38; acerca de la eliminación de ciertas obligaciones que compromete la realización misma de la finalidad típica del contrato, JORDANO FRAGA, F., 1987, p. 325; respecto del contrato de seguro y el riesgo de vaciado de la obligación contractual al hilo de las cláusulas delimitativas y limitadoras de la responsabilidad, ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 295-296.

entidad o respecto de tales obligaciones que sea claramente contraria a la buena fe.

Un ejemplo lo encontramos en el contrato de aparcamiento –contrato típicamente de adhesión⁴⁷⁵–. Antes de que se regulara por la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, eran comunes cláusulas en las condiciones generales por las que el garajista intentaba relevarse de responsabilidad por daños que podrían ser consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones hacia el usuario (como aquellas en virtud de las que, por ejemplo, no respondía del robo del vehículo)⁴⁷⁶. La conocida sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1996 [RJ\1996\7638]⁴⁷⁷ vino a ratificar que estaban incluidos dentro del contrato los deberes de vigilancia y custodia de los vehículos estacionados como consecuencia de la integración mediante la buena fe del art. 1258 Cc, pues no se trata simplemente de una mera cesión temporal del espacio de la plaza de aparcamiento.

Así, habrá que estar a las obligaciones y deberes básicos de los contratos para determinar si una exoneración puede ser admisible o no. Por ejemplo, también en la contratación electrónica de servicios de inversión son habituales las cláusulas mediante las que los bancos intentan eximirse de responsabilidad por errores de todo tipo. En este caso, hay que atender al estudio de los negocios jurídicos implicados (compraventa de valores y otros contratos accesorios de los que requiere, como la comisión, depósito o administración de valores) haciendo una interpretación conjunta de las obligaciones de las partes⁴⁷⁸. Pues bien, algunas de las cláusulas que las entidades de crédito incluyen en los formularios contractuales tienen como objetivo liberarles de responder por daños consecuencia de defectos técnicos o informáticos acaecidos durante y después del proceso de contratación electrónica, alegando que se trata de hechos de fuerza mayor (errores informáticos) y actos de terceros (intermediarios) por los que no deben responder. Hay un primer límite del clausulado contractual que se encuentra en las obligaciones derivadas de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios propia de los *brokers on line*, tales como actuación diligente (incluidas las referentes a cuestiones técnico-informáticas), respeto a las instrucciones recibidas y anteposición del interés patrimonial del cliente al propio⁴⁷⁹. Esto implica la obligación de adoptar medidas adecuadas para garantizar la regularidad en la prestación de sus servicios aun en el caso de incidencias. Se trata de profesionales que emplean estos mecanismos para sus negocios y son los que

⁴⁷⁵ HERRADA ROMERO, R. I., 2001, pp. 91 y ss.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, pp. 115 y ss.

⁴⁷⁷ En el mismo sentido, STS 8 de mayo de 2005 [RJ\2008\2961] y SAP Murcia de 20 de noviembre de 2008 [JUR\2009\145206]. Respecto del contrato de amarre de embarcaciones en términos similares, SAP Valencia de 30 de diciembre de 2009 [JUR 2010\150362].

⁴⁷⁸ Por ejemplo, los deberes de fidelidad, consulta e información, custodia y conservación o lealtad de los *brokers on line* o los de guarda y conservación de los títulos depositados sin servirse de ellos, su administración y restitución, respecto del intermediario de servicios de inversión –como depositario de valores–. Al respecto, analiza este tipo de cláusulas GONZÁLEZ CASTILLA, F., *RDMV*.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 16. Sin perjuicio, claro está, de la legislación de consumidores cuando el cliente entre dentro de su ámbito de aplicación.

deberían soportar los riesgos derivados y no traspasarlos a los clientes que no han tenido ninguna participación en el daño causado. Parece a todas luces un comportamiento contrario a la buena fe, tal como tendremos ocasión de analizar en la última parte del trabajo.

Otro contrato en el que los problemas más frecuentes son los relacionados con la responsabilidad es un contrato entre empresarios y típicamente de adhesión: el contrato de asistencia en tierra o *handling*⁴⁸⁰. En general, se contrata con un modelo estandarizado a nivel internacional al que las partes se remiten de forma abreviada⁴⁸¹. En línea con el párrafo anterior, se ha dicho que aquellas cláusulas que permitan exonerarse de responsabilidades derivadas de deberes de confidencialidad o del cumplimiento de indicadores de calidad o valores de referencia de la IATA, podrían ser vistas como contrarias a la buena fe⁴⁸² (nos remitimos, de nuevo, a la Tercera parte). En cualquier caso, las fuentes de responsabilidad más frecuentes son los daños materiales o personales y los retrasos generados a pasajeros, equipajes o carga que transporta la compañía y ocasionados en la prestación de los servicios de asistencia en tierra. La cláusula 8.^a del modelo estándar SGHA contiene el régimen de responsabilidad del prestador de servicios que, básicamente, consiste en su exoneración para una serie de perjuicios dejando a salvo los casos de dolo. Se trata de un sistema de responsabilidad muy favorable para el prestador de los servicios en tierra, habiendo sido objeto de análisis en este sentido por algunos autores⁴⁸³ y algunas resoluciones. Es el caso de la STS 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617] y las SSAP Madrid de 20 de septiembre de 2002 [JUR\2003\23128] y 14 de mayo de 2004 [AC\2004\1720]. En todas ellas la compañía aérea es la que interpone demanda contra la empresa de *handling* reclamando la invalidez de la cláusula exoneratoria de responsabilidad y, como consecuencia, el pago de la indemnización correspondiente a los daños que causó la entidad de asistencia en tierra en el ejercicio de sus funciones (daños en dos aeronaves por colisión de un tractor y un remolque; avería en una aeronave por el golpe de un camión cisterna que abastecía de agua al avión; daños en tres aviones consecuencia de las operaciones de carga y descarga). En los tres casos, a pesar de reconocer el carácter de adhesión del contrato y la posición posiblemente más débil de la compañía aérea respecto de la empresa de *handling*,

⁴⁸⁰ Se trata de un contrato de prestación de servicios concluido entre una compañía aérea y una empresa especializada (a la que denominaremos «agente») que tiene por objeto la realización por parte de esta última de una serie de actividades precisas para el desarrollo del transporte aéreo, durante las fases previas al despegue y posteriores al aterrizaje-mantenimiento de la nave, traslado de pasajeros, servicios de catering, tareas de administración y supervisión, control de la carga y descarga del avión, etc.– (ARIAS VARONA, F. J., *RDM*, pp. 144-145; MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., 2014, pp. 43 y ss.).

⁴⁸¹ El modelo es el denominado *Standard Ground Handling Agreement* (SGHA) elaborado por la IATA. En general, la empresa de *handling* no redacta el contrato por ella misma sino que se remite a este modelo, falta de autoría que no impide que siga cumpliendo con los requisitos del art. 1 LCGC y sean consideradas condiciones generales cuando se imponen a la compañía aérea que solicita sus servicios.

⁴⁸² ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., *RDM*, pp. 293 y ss.

⁴⁸³ Entre ellos, ARIAS VARONA, F. J., *RDM*, pp. 151 y ss. MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., 2014, pp. 67 y ss., señala cómo el régimen que privilegiaba al operador de *handling* a la vista de la intensidad del riesgo de cada una de las partes, se ha ido modificando con las distintas versiones del modelo SGHA en el sentido de incrementar su responsabilidad.

se considera válida la cláusula de exoneración de responsabilidad porque el contrato contiene también una cláusula de exoneración similar pero a favor de la compañía aérea. De nuevo el argumento para aceptar la cláusula es la existencia de un equilibrio: «Se trata de una cláusula que beneficia o perjudica a ambas partes por igual», señala la SAP Madrid 20 de septiembre de 2002⁴⁸⁴.

Cambiando radicalmente de ámbito, el mismo argumento de la reciprocidad es utilizado por la STS 24 de septiembre de 2013 [RJ\2013\7431] para descartar el carácter abusivo de un cláusula de exoneración de responsabilidad en un acuerdo de resolución contractual entre una empresa dedicada a las actividades de gestión y administración de construcción de viviendas y una cooperativa («Se procede a la ratificación por la Asamblea del presente acuerdo: quedará resuelto a todos los efectos el contrato de gestión que vincula a [...] con la cooperativa [...], no teniéndose nada que reclamar ninguna de las partes, ni judicial, ni extrajudicialmente [...]»). Antes de recurrir al argumento de la falta de redacción del acuerdo con la intención de ser incorporado a una pluralidad de contratos –requisito del concepto de condiciones generales– y de constatar la cualidad de no consumidor de la cooperativa, el Tribunal rechaza el carácter abusivo de la cláusula en todo caso pues la exoneración de responsabilidad no se establece de forma unilateral para una de las partes sino bilateralmente para ambas y no comporta una renuncia unilateral y abstracta de los derechos de una de las partes, no siendo contraria, por tanto, al principio de buena fe ni de justo equilibrio.

En todo caso, el argumento de la reciprocidad de las cláusulas de exoneración hay que entenderlo *cum grano salis*, pues la bilateralidad formal puede no corresponderse con la material si las consecuencias de la exoneración tienen diferente repercusión para las dos partes por sus posiciones o la naturaleza de sus obligaciones o derechos que se pueden ver afectados. En el caso del contrato de handling lo deja entrever la citada SAP Madrid de 20 de septiembre de 2002 (aunque, por falta de alegación y prueba, no se pronuncie sobre ello) al referirse a que la reciprocidad de la exoneración pactada pueda resultar «ilusoria» para el transportista y especialmente provechosa para la compañía de asistencia en tierra, por la naturaleza y valor de los bienes respectivamente de uno y otra expuestos a riesgo de deterioro en el curso de la ejecución del contrato. Efectivamente, entendemos que no es lo mismo el daño a un avión (más los correspondientes gastos en traslado, alojamiento y catering de los pasajeros, así como la contratación de nue-

⁴⁸⁴ Lo hace tras el siguiente razonamiento: «Fundada dicha exención de responsabilidad en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 del Código civil), aunque admitamos, por las características del contrato, que el mismo, en lo que se refiere a las cláusulas del contrato principal o normalizado, no fue objeto de negociación individualizada, no se hallan en las disposiciones del artículo 8 sobre exención de responsabilidad razones para considerarlas desprovistas de causa para el interés de una de las partes contratantes, o con causa ilícita, contrarias a la buena fe, unilateral y abusivamente impuestas a una de las partes que se vio forzada a aceptarlas o productoras de un gran desequilibrio entre las partes contratantes, situaciones que conducirían a la nulidad pretendida por la actora, conforme al régimen general de nulidad contractual, al no ser aplicable al caso el artículo 8, apartado dos, de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación. [...] El artículo debatido no afecta a la reciprocidad de las prestaciones o a la situación de igualdad de cada parte en cuanto a las consecuencias del incumplimiento por parte de la otra, toda vez que en iguales circunstancias y condiciones queda exonerada la compañía asistente en caso de daños causados al transportista como éste en caso de daños causados a la compañía asistente» (FJ 6.º, párrafos 1.º y 2.º).

vos vuelos de terceros, lucro cesante, etc.) que los daños que puede sufrir la empresa de handling, por ejemplo, en alguno de sus bienes –en general, de un valor económico considerablemente menor, véase, un autobús o un remolque–⁴⁸⁵. Cosa distinta es que entren en juego también otras variables en la decisión, como, por ejemplo, la existencia de seguros que protegen a las partes frente a los riesgos, o el hecho de que las compañías aéreas puedan no casar del todo con el concepto de un empresario débil y desprotegido⁴⁸⁶. En cuanto al supuesto anteriormente mencionado de la STS 24 de septiembre de 2013 (cláusula de exención de responsabilidad en un acuerdo de resolución contractual), a nuestro juicio, para concluir la no contravención de la buena fe y del equilibrio de derechos y obligaciones, puede tener un peso tan importante como la bilateralidad el hecho de que se trate de un acuerdo de resolución que responde a una «función transaccional y liquidatoria de la relación negocial antecedente», y de ahí que, como señala el Tribunal, realmente no se esté renunciando de forma abstracta a derechos.

En conclusión, la protección a un adherente empresario débil frente a las cláusulas limitativas de responsabilidad a favor del predisponente tiene que venir dada por la garantía de un equilibrio en el contenido de las obligaciones y derechos de las partes. Equilibrio que, es de resaltar, no siempre va a ser sinónimo de reciprocidad en el clausulado pues en un contrato predispuesto en el que el adherente empresario tiene una posición de clara debilidad frente al predisponente o en un contrato en el que, además, los intereses afectados por las limitaciones de responsabilidad son de naturaleza muy diferente, de nada le sirve al adherente tener sobre el papel los mismos derechos que el predisponente si en la práctica no son equiparables para ambas partes los efectos de ejercitarlos. El equilibrio que se requeriría para la validez de estas cláusulas está supeditado a la existencia de una «contrapartida» a la modificación de responsabilidad o a una justificación basada en la propia estructura del negocio jurídico. Dado que se trata –el régimen de responsabilidad contractual– de una regulación en su mayor parte dispositiva y para todas aquellas cláusulas que supongan un desplazamiento de riesgo que no pudiera entenderse como contrario a los límites imperativos, pero que igualmente represente un perjuicio injustificado para el adherente empresario susceptible de ser protegido en contratos mediante condiciones generales, la vía que se propone para privarlas de

⁴⁸⁵ Como dice ARIAS VARONA, F. J., *RDM*, p. 164, nota núm. 40, «aun reconociendo en general el mismo sistema de exoneración de responsabilidad, su utilidad para la compañía es indiscutiblemente menor que para el agente».

⁴⁸⁶ Aunque respecto al control de inclusión, a un argumento parecido alude la citada SAP Madrid de 20 de septiembre de 2002 al señalar que «las contratantes son compañías aéreas, ambas con un potencial económico que les permite desarrollar sus actividades comerciales y a ambas cabe suponerlas debidamente asesoradas jurídicamente en aquellas transacciones necesarias para la debida explotación de sus industrias».

efectos será la de considerarlas como contrarias a la buena fe del art. 1258 Cc. Dejamos aquí apuntada esta idea, que se completará necesariamente con lo dispuesto en la última Parte acerca de este principio general del Derecho.

Si vamos a la Propuesta de Modernización de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, no encontramos una referencia expresa a las cláusulas limitativas de responsabilidad dentro del listado de cláusulas negras del art. 1262.3, salvo las obvias de la responsabilidad por dolo o culpa grave del predisponente o sus representantes o auxiliares y las de responsabilidad por muerte o daños a la persona del adherente. Salvando estos casos y como venimos diciendo en líneas anteriores, estamos de acuerdo en que, a diferencia de la facultad de resolución –cuya privación, como veíamos, sí que aparece sancionada como cláusula abusiva en dicho listado– las cláusulas limitativas de responsabilidad en los contratos mediante condiciones generales no tienen por qué ser en todo caso contrarias a la buena fe o causar un desequilibrio significativo en perjuicio del adherente. Además, la cláusula general de la buena fe (y la presunción de abusividad de las condiciones que se aparten del Derecho dispositivo que se establece en el apartado 4.º del precepto) conseguiría sobradamente la protección que se defiende en estas líneas. En sede de incumplimiento, la regulación dispositiva de las cláusulas de modificación de la indemnización de daños y perjuicios en la Propuesta se concreta en el art. 1212 del texto. Éste, faculta a las partes para –salvo en los casos de limitación o exclusión de responsabilidad procedente de dolo–, «ampliar, reducir o suprimir el deber de indemnizar los daños y perjuicios en la forma que estimen procedente y de acuerdo con los preceptos correspondientes del Capítulo IV de este Título». Se da, por lo tanto, libertad a los contratantes para que pacten al respecto, con una remisión al Capítulo «De las cláusulas penales», del que merece atención el art. 1150. Como tendremos ocasión de ver al hablar de la moderación de las cláusulas penales, este precepto habilita al Juez para que modifique equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas pero también «las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Al hablar de modificar en general y no de reducir y al referirse a indemnizaciones desproporcionadas y no a «excesivas», como en el caso de las cláusulas penales, igual se está pensando tanto en la posibilidad de que se reduzca una indemnización de una cuantía muy superior al daño causado como de que se intervenga en una demasiado pequeña («notoriamente desproporcionada»), resultado de una modificación de la responsabilidad no equitativa⁴⁸⁷.

⁴⁸⁷ No tiene ninguna relevancia en este caso la cita del Anteproyecto de Código Mercantil pues simplemente hace referencia a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento (Libro IV,

Ya para terminar, también en textos de ámbito superior al nacional se observa preocupación por los efectos negativos de unas cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad abusivas, incluso fuera del ámbito de la contratación mediante condiciones generales, aunque con un matiz que veremos. Así lo demuestra el enfoque de los principios UNIDROIT (art. 7.1.6), los PECL (art. 8:109) y el DCFR (art. III.-3:105). De nuevo queda patente en ellos el planteamiento de que no valen en todo caso las limitaciones de responsabilidad y los parámetros para hacer la valoración correspondiente son conceptos que se han mencionado en líneas anteriores: la lealtad, la buena fe y la finalidad del contrato (otra vez vemos cómo la buena fe representa un parámetro fundamental, como tendemos ocasión de subrayar en la parte final del trabajo). Sin embargo, estos artículos tienen en común que no aluden al contenido de las cláusulas de exoneración sino al comportamiento de la parte que pretende limitar su responsabilidad invocando la cláusula en unas circunstancias concretas. Por lo tanto, no es tanto que la cláusula en sí sea contraria a la buena como el hecho de hacerla valer⁴⁸⁸. Además de que se trata de una manera de reforzar la presencia de la buena fe⁴⁸⁹, que el control se haga sobre los hechos y no sobre la abusividad en sí de la cláusula, no significa que en los PECL y el DCFR valga todo contenido pues, como sabemos, en contratos no negociados existe un control material –también para empresarios adherentes– y que será de aplicación, por supuesto, a las cláusulas de limitación de responsabilidad.

1.1.5 *Cláusulas que facultan unilateralmente a dar por terminado el contrato*

Se trata, la facultad de extinción unilateral del contrato, de un supuesto que merece una atención especial en la medida en que dicha extinción del negocio jurídico provocada unilateralmente sería un ejemplo claro de situación en la que un contrato puede quedar al arbitrio de una de las partes. Si bien es cierto que existen en nuestro ordenamiento jurídico privado diversas figuras

Capítulo VIII, «Del incumplimiento de los contratos», arts. 417.1 y siguientes) sin apuntar nada respecto de las cláusulas de modificación de responsabilidad, lo que es curioso dada la incidencia que tienen en la contratación mercantil este tipo de cláusulas.

⁴⁸⁸ Coinciden en esto *Commissione per il Diritto Europeo dei Contratti*, 2001, pp. 434 y ss.; GARDELLA TEDESCHI, B., 2005, p. 387; VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), 2013, pp. 818-819.

⁴⁸⁹ El segundo apartado del III.-3:105 sería innecesario pues existe un deber general de ejercitar los derechos conforme a la buena fe y lealtad contractual pero se ha incluido para dejar claro el poder potencial que tiene el requisito de la buena fe en esa área (VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), 2013, p. 820)

que permiten la ruptura unilateral del contrato –revocación, rescisión, resolución, desistimiento o denuncia–, no quiere decir que este grupo de supuestos suponga una excepción al principio enumerado en el art. 1256 Cc: cada una de esas figuras mencionadas tiene un fundamento que la justifica y unos presupuestos de aplicación⁴⁹⁰.

El apartado 4 del art. 85 TRLC, otorga una regulación diferente para determinar la abusividad de las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente el contrato, en función de la duración determinada o indefinida del mismo. Por otra parte, resalta una excepción a lo dispuesto respecto de este tipo de cláusulas: no serán abusivas si la resolución se prevé «por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato». De las diferentes variables que el legislador introduce para valorar la validez de las cláusulas que permiten la terminación unilateral del contrato en relaciones con consumidores, deriva la estructura de este epígrafe que pretende, sin embargo, un ámbito de aplicación subjetivo diferente, como es la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. Comenzando por los últimos supuestos citados, se verán los pactos que no presentan –en principio– muchos problemas en su relación con el art. 1256 Cc, como son aquellos fundados en el incumplimiento o causas graves y ajenas a la voluntad de las partes (a). Dedicaremos unas líneas a un supuesto concreto que ha sido objeto de un amplio estudio por la doctrina y sobre cuya abusividad o no abusividad se ha pronunciado frecuentemente la jurisprudencia: las cláusulas de vencimiento anticipado. Por otro lado y con posterioridad, serán objeto de estudio las cláusulas que permiten el desistimiento unilateral sin que medie ninguna de las citadas razones, diferenciando el régimen de los contratos de duración indefinida respecto de los de duración determinada (b).

⁴⁹⁰ VALPUESTA (1989, pp. 158 y ss.) analiza estas formas de ineficacia provocada unilateralmente del contrato en relación con el art. 1256 Cc. La rescisión no supone un problema para el autor porque no opera por la libre voluntad del sujeto sino sólo en el caso de concurrir una lesión, cuya efectividad deberá ser apreciada por el órgano judicial, siendo ésta la justa causa de destrucción del contrato (p. 177). De la misma forma, la resolución no implica una admisión del arbitrio dentro del contrato pues siempre existe una justificación, unos supuestos concretos que legitiman el ejercicio de la resolución y que tienen su fundamento en un desequilibrio sobrevenido (p. 186). La revocación, por último, no supone tampoco una excepción al principio de prohibición del arbitrio en la esfera contractual, «fundamentalmente, porque es una figura que no obra en esta esfera más que en caso de contratos (?) (*sic*) unilaterales (donación –en los Derechos que la admitan *ad nutum*–, ciertos casos de mandato, etc.)» (p. 172). Por nuestra parte, pensamos que la ausencia de arbitrariedad viene dada, en el caso de la donación, por la existencia de unas causas tasadas que son las únicas que pueden dar lugar a su revocación (arts. 644 Cc y siguientes) y, en el caso del mandato, por ser un contrato basado esencialmente en un vínculo de confianza (revocación, art. 1732 Cc). Y, en ambos casos, porque así lo dispone el legislador.

a) Facultad de resolución unilateral por incumplimiento o motivos graves y ajenos a la voluntad de las partes

Justificación evidente tiene, como adelantábamos, la resolución por incumplimiento, posibilidad recogida en el art. 1124 Cc al señalar que «la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe». El quebrantamiento previo de la obligación por una de las partes es el elemento que descartaría la arbitrariedad prohibida en el art. 1256 Cc ⁴⁹¹.

Ahora bien, no cualquier incumplimiento da carta blanca para ejercer la facultad resolutoria. Como es sabido, la resolución se ha configurado como un remedio de carácter relativamente excepcional para cuya aplicación es requisito que el incumplimiento revista una cierta entidad, que suponga la frustración del interés económico o fin del contrato ⁴⁹². Por tanto, no todo incumpli-

⁴⁹¹ Sin perjuicio de un estudio jurisprudencial posterior, a modo de ejemplo, la SAP Jaén de 11 de abril de 2000 [AC\202\2000], entiende que la resolución de un contrato de agencia por parte de la compañía aseguradora así como la negativa a aceptar la gestión del agente en la contratación de pólizas a partir de ese momento, no es contraria al art. 1256 Cc porque se hace como reacción justificada al acreditado incumplimiento del agente de las obligaciones contractuales y contables establecidas en el propio contrato. El agente reclama la nulidad de la cláusula que le permite privarle de la gestión del cobro basando su postura en que el contrato queda al arbitrio de una de las partes y que se trata de una condición general en un contrato de adhesión. El órgano jurisdiccional responde negando que la cláusula se pudiera declarar nula porque «no sólo constituye una previsión contractual válida entre profesionales del ramo de seguros que como expertos conocen, convienen y aceptan su contenido, sin que ninguna transgresión a la buena fe y al justo equilibrio de las contraprestaciones pueda reconocerse cuando la misma sólo es plasmación contractual de una previsión legal y, además, se hace como reacción justificada [...] al acreditado incumplimiento». Recordemos que el art. 26 de la Ley de Contrato de Agencia expresamente contempla la facultad de las partes de dar por finalizado el contrato pactado por tiempo determinado o indefinido en cualquier momento y sin necesidad de preaviso en los casos de incumplimiento parcial o total de las obligaciones establecidas por la Ley o convencionalmente.

Por el contrario, la SAP Madrid de 8 de marzo de 2007 [AC\2007\1812], al hilo de un contrato de arrendamiento de industria y abastecimiento de carburantes, no le reconoce a la estación de servicio la facultad de pedir la resolución del contrato y desligarse de la obligación del suministro en exclusiva porque no hay causa justa: no se aprecia incumplimiento de la otra parte (suministrador) en la medida en que una primera ausencia de suministro tiene carácter puntual y está motivada por una huelga –avisada, por otra parte, para adelantar los pedidos– y la falta de suministro posterior tiene su origen en la falta de pago por adelantado exigida por REPSOL ante el impago de las anteriores partidas suministradas (resolución confirmada por el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación presentado contra ella en la sentencia de 9 de mayo de 2011 [RJ\2011\3849]).

⁴⁹² Respecto a los presupuestos para la resolución por incumplimiento y, en concreto, acerca del incumplimiento resolutorio, por todos, *vid.* Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 816 y ss. Señalar también MONTÉS PENADÉS, V. L., 1989, pp. 1129 y ss.; CLEMENTE MEORO, M. E., 1992, 337 p.; 2009, pp. 13 y ss.; 2011, pp. 230 y ss.; FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., 1998, pp. 33 y ss.; ÁLVAREZ VIGARAY, R., 2003, pp. 175 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 1115 y ss.

Tras recordar los presupuestos de un incumplimiento resolutorio –que se refiera a una obligación principal y que sea grave, esto es, total y definitivo, en la medida en que frustre la finalidad del contrato, sin que pueda tratarse de un incumplimiento de una obligación accesoria pues no altera la relación de reciprocidad o interdependencia causal–, la STS 2 de octubre de 2012 [RJ\2012\10121], califica de grave

miento es un incumplimiento que justifica la resolución en el sentido del art. 1256. Esto tiene su importancia a la hora de analizar las posibles cláusulas mediante las que una de las partes pretende amparar su facultad para la terminación unilateral del contrato frente a cualquier incumplimiento de la otra. Por ejemplo, cláusulas que permiten al predisponente resolver el contrato pero tipificando supuestos de incumplimiento irrelevantes como graves. La posición del adherente se ve perjudicada y puede ser origen de un desequilibrio si no se regula la facultad de forma recíproca –y, quizás, aún en ese caso–⁴⁹³.

Y lo mismo se podría decir de las cláusulas que facultan al predisponente para resolver unilateralmente la relación obligatoria ante un «incumplimiento» del adherente, en general, sin mayor concreción ni requisitos, teniendo en cuenta que se está ante un contrato en el que hay una clara preeminencia de una de las partes, que puede imponer llegada la hora su «interpretación» del término. Aunque se presupone que no todo incumplimiento es válido como causa resolutoria, en la práctica pueden ocultar una cláusula contraria al art. 1256 Cc ya que está dejando a la voluntad de unas partes la facultad de decidir, sin prácticamente cortapisas, cuándo el contrato deja de surtir efectos en la medida en que se le otorga el privilegio unilateral de determinar si el incumplimiento del adherente tiene entidad suficiente para justificar la resolución del contrato⁴⁹⁴.

A su vez, un tipo de cláusula de común inclusión, vinculada con el incumplimiento y sobre la que doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado de

incumplimiento del pacto de distribución en exclusiva la comercialización de vinos competidores pues afecta a la obligación principal y «frustra la legítima expectativa de la demandada de incrementar las ventas en relación con la competencia». En el mismo sentido, SSTs 2 de octubre de 2012 [RJ\2012\9710] (negativa a la devolución de cantidades indebidamente cobradas en un contrato de distribución); 18 de julio de 2012 [RJ\2012\9332] (incumplimiento de la obligación esencial de pago por la franquiciada de las liquidaciones a la franquiciadora); 3 de enero de 2011 [RJ\2011\293] (incumplimiento de una circular de la compañía aseguradora en un contrato de mediación de seguros); 23 de junio de 2010 [RJ\2010\4903] (impagos reiterados de mercancías en un contrato de distribución); SAP Valencia de 21 de mayo de 1993 [AC\1993\1024] (incumplimiento de ciertas prestaciones en un contrato de franquicia que suponen una frustración del fin del negocio jurídico). Por el contrario, no se consideran de entidad suficiente los incumplimientos de los que conocen la SAP Lleida de 13 de marzo de 2000 [AC\2000\1017] (cambio de la composición accionarial de la empresa concesionaria) y la SAP Castellón de 28 de diciembre de 2007 [AC\2008\584] (exceso de consumo de gas en un contrato de suministro).

⁴⁹³ Un ejemplo lo encontramos en el contrato de transporte terrestre de mercancías y las condiciones estandarizadas IRU (condiciones para el transporte internacional de mercancías), cuya cláusula 7.1 permite al transportista negarse a efectuar el envío si el cargador no acepta las reservas del porteador. Cuestiona EMPARANZA (*RDM*, p. 39) la legalidad de la cláusula pues la función de las reservas del porteador es advertir al cargador de que no se está de acuerdo con el contenido que figura en la carta de porte y no, a través de una condición general, equipararlas a una facultad de resolución contractual carente de cualquier fundamento.

⁴⁹⁴ Señalan estos supuestos de cláusulas abusivas en contratación con consumidores, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1041; PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 809.

forma abundante y no siempre uniforme, es el de las cláusulas de vencimiento anticipado, cuestión en la que nos detendremos, siquiera brevemente. Para empezar, cabe resaltar que vencimiento anticipado y resolución son figuras diferentes. Tal y como señala Basozábal⁴⁹⁵, «lo que se resuelve es el contrato; lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes». Esto no obsta, sin embargo, a que, tanto en la redacción de los contratos en los que se incluyen como en el análisis jurisprudencial de los mismos cuando surge algún conflicto ante los tribunales, se confundan entre sí y con la figura de la cláusula penal, como tendremos ocasión de ver.

El art. 1129 Cc recoge tres supuestos en los que «perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo» y que, por tanto, dan lugar a una anticipada exigibilidad del crédito por parte del acreedor. Los supuestos legales tienen como denominador común una pérdida sobrevinida de la confianza del deudor, causa que justifica que se intente garantizar la posición del otro sujeto⁴⁹⁶. Pero con independencia de los supuestos legalmente reconocidos, en ciertos tipos de contratos es habitual incluir cláusulas de vencimiento anticipado en las que las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, señalan otras causas diferentes a las legalmente reconocidas, como suelen ser el impago de uno o varios plazos debidos⁴⁹⁷.

Dos contratos en los que tienen fuerte presencia las cláusulas de vencimiento anticipado son el crédito y préstamo hipotecarios. La admisibilidad de las mismas ha evolucionado después de un primer momento de negación de su validez. Como estandarte de esta postura contraria a su licitud hay que mencionar la STS 27 de marzo de 1999 [RJ\1999\2371], criticada por la doctrina y por la propia jurisprudencia, que consideró que las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios constituyen en todo caso un pacto

⁴⁹⁵ BASOZABAL ARRUE, X., 2004, p. 35.

⁴⁹⁶ Los supuestos legales de anticipación del vencimiento de la obligación se basan en la insolvencia del deudor posterior a la obligación sin que se garantice la misma así como en la falta de garantías –bien porque no se otorgan las prometidas, bien porque se otorgan pero disminuyen o desaparecen sin ser reemplazadas por otras de seguridad equivalente–. Tal y como apunta MELLADO RODRÍGUEZ, M., 1998, p. 221, el fundamento último de la licitud de la exigencia del vencimiento anticipado es dotar a las relaciones contractuales de una seguridad jurídica que proteja la seguridad económica. Para un análisis del art. 1129 Cc, LASARTE ÁLVAREZ, C., 1991, pp. 107-109; MELLADO RODRÍGUEZ, M., 1998, pp. 226 y ss.; PEÑA LÓPEZ, F., 2009, pp. 1343-1344; LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, p. 148; Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 377-379.

⁴⁹⁷ MELLADO RODRÍGUEZ, M., 1998, pp. 234-243, realiza una clasificación de las cláusulas de vencimiento anticipado que aparecen en los contratos bancarios, distinguiendo de aquellas derivadas de alteraciones en la seguridad económica del deudor y de alteraciones en las garantías prestadas, las cláusulas facultativas sancionadoras, en las que el acreedor puede declarar vencido el préstamo (o crédito) ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones recogidas en el contrato, siendo la más frecuente la falta de abono de las cuotas convenidas en la fecha señalada.

contrario a las leyes⁴⁹⁸. No es ésta sino una resolución aislada que sorprendió a la doctrina⁴⁹⁹ y que no ha tenido continuidad en la Sala Primera ni en la jurisprudencia menor. Así se desprende del fallo de la STS 12 de diciembre de 2008 [RJ\2009\152], que, dando un giro completo, declara la validez de una cláusula de vencimiento anticipado incluida en un préstamo hipotecario o de la STS 16 de diciembre de 2009 [RJ\2010\702]⁵⁰⁰, que resuelve en el mismo sentido⁵⁰¹.

Esta postura, la favorable a su admisión, es la mantenida por la jurisprudencia y la doctrina⁵⁰² de forma mayoritaria, incluso antes de la resolución de 1999, y se ha visto respaldada por la actuación del legislador quien, en determinados supuestos, ha admitido este tipo de cláusulas expresamente⁵⁰³. En

⁴⁹⁸ El este supuesto de hecho, en el que el prestatario era un empresario, contenía una prerrogativa abusiva a favor del banco, y es que era éste el que, según su criterio de satisfacción, decidiría si entregaba o no el dinero objeto del préstamo.

⁴⁹⁹ MARTÍN MARTÍN, A. J., *BCRE*, p. 963.

⁵⁰⁰ Interesante el comentario comparado con la sentencia de 1999 de RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., *La Ley*, que viene a encontrar el fundamento del vencimiento anticipado, más que en lo ya acontecido, en el miedo o temor de un sustancial incumplimiento futuro. Critican la sentencia de 2009, CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 1120, así como BALLUGERA GÓMEZ, C., *Diario La Ley*, quien manifiesta su «perplejidad» al leer en la sentencia que, tras declarar que la cláusula de vencimiento anticipado es válida cuando concorra justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, «se añade «como puede ser ¡¡ojo!, en el caso de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota], el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo» (p. 2).

⁵⁰¹ En el año 1999, el Tribunal argumentó la vulneración de diversas leyes. Por una parte, del Código civil en relación con las obligaciones a término (art. 1125) y la antes referida pérdida del beneficio del plazo cuando la deuda careciera de garantías (art. 1129) –cosa que, según su criterio, no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca–. Por otra parte, de diversos preceptos de la Ley Hipotecaria, tales como el art. 127, mediante el que el legislador preconiza la perdurabilidad del crédito hipotecario, o el art. 135, que obliga al adquirente del bien hipotecado a respetar la hipoteca siempre que queden por vencer otros plazos de la obligación. Años después, sin embargo, no encuentra oposición el mismo órgano jurisdiccional al contenido de estos artículos del Código civil y Ley Hipotecaria mencionados. Respecto a los primeros, por su carácter dispositivo y, por tanto, modificable por la voluntad de las partes. En cuanto a los arts. 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, porque no parece que excluyan la posibilidad de que, en virtud de un pacto entre las partes, se establezca el vencimiento anticipado de la obligación.

⁵⁰² DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 382, señala que el art. 1129 Cc no impide que las partes puedan pactar una regulación diferente con el límite de que «respondan a intereses efectivos de una de las partes dignos de tutela jurídica», es decir, «que presenten una causa suficiente», mencionando expresamente el caso de aquellas cláusulas que supongan dejar al arbitrio del acreedor-predisponente la decisión, que «en ningún caso» serán admisibles.

⁵⁰³ De este modo, el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento civil se refiere expresamente a las cláusulas de vencimiento anticipado en el ámbito de la ejecución hipotecaria, admitiendo su plena eficacia siempre que se encuentren inscritos en el Registro de la Propiedad. Por su parte, el art. 10 de la Ley de Venta a Plazos de bienes Muebles faculta al vendedor a optar entre la resolución o exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono en el caso de que el comprador se demora en el pago de dos plazos o el último de ellos, aunque reconoce a los Jueces y Tribunales la posibilidad «con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios» de señalar nuevos plazos o alterar los convenidos con el correspondiente recargo, en su caso (art. 11).

este sentido discurre el fallo del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de junio de 2008 [RJ/506/2008] o en la de 17 de febrero de 2011 [RJ/2011\3316], al sostener la validez de una cláusula de vencimiento anticipado insertada en un contrato de crédito hipotecario entre empresarios⁵⁰⁴.

En este escenario, entra en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo que, entre otras muchas cuestiones, modifica el art. 693 LEC en cuanto al vencimiento anticipado de deudas a plazo garantizadas con hipoteca o prenda. Se fija la necesidad de que se haya producido el impago de, al menos, tres plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses para poder reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses. Esto representa, por tanto, un límite para todo prestamista hipotecario en la medida en que, si bien otras especificaciones sí que están previstas solo para consumidores (ejemplo, liberación mediante la consignación de las cantidades si el bien hipotecado fuera la vivienda habitual), la exigencia de un impago de tres mensualidades o importe equivalente para la ejecución se contempla para todo supuesto, esto es, tanto contratos con consumidores como entre empresarios e, incluso, tanto de adhesión como negociados⁵⁰⁵. No tiene sentido, tras esta reforma, incluir una cláusula que anuncie el vencimiento anticipado ante el impago de una sola cuota pues no se va a poder reclamar la deuda hasta que se hayan devengado tres o más, como marca la Ley⁵⁰⁶.

Hasta aquí, en relación con el crédito y préstamo hipotecarios, pero también debemos cambiar de tipo contractual y detenernos en otros contratos. Por ejemplo, tuvimos ocasión de hablar del *leasing* o arrendamiento financiero al hilo de las cláusulas de exoneración de responsabilidad. Tal y como dejamos allí apuntado, dicho contrato ha sido otro ámbito en el que también es habitual la inclusión de este tipo de garantías frente al incumplimiento en cláusulas que podrían tener la siguiente redacción⁵⁰⁷:

«En caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas en el presente contrato por el arrendamiento financiero y especialmente las de pago de cual-

⁵⁰⁴ Argumentando en muchos casos la no contravención del art. 1256 Cc y al hilo de contratos entre empresarios, también SSAP Murcia de 10 de abril de 2002 [JUR\2002\176582]), Castellón de 10 de febrero de 2000 [JUR\2001\34670], Barcelona de 1 de abril de 2000 [AC\2000\2159], Burgos de 31 de julio de 2012 [AC\2012\1531]. Nos parece de interés el razonamiento del AAP de Toledo de 13 de octubre de 2000 [AC\2000\2533] en la medida en que identifica tres elementos que definirían la justa causa: no discrecionalidad de la parte que ostenta la facultad, proporcionalidad con el fin negocial y previsibilidad.

⁵⁰⁵ Así lo explica la SAP Ciudad Real en su sentencia de 19 de diciembre de 2014 [JUR\2015\50508].

⁵⁰⁶ BALLUGERA GÓMEZ, C., *Diario La Ley*, p. 7, califica esta conducta –que tendría como única finalidad servir de amenaza contra el deudor– de vejatoria.

⁵⁰⁷ Modelo de cláusula tomado de UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, p. 22.

quiera de los pagos del precio contractual, la sociedad de leasing podrá optar a su vencimiento entre:

- a) Exigir del arrendatario financiero la totalidad del precio contractual establecido con los intereses que correspondan, anticipándose así la exigibilidad y el vencimiento de las cantidades que de otro modo debieran ser pagadas durante el período de cesión aún no transcurrido.
- b) La devolución inmediata del material, que deberá ser puesto a disposición de la arrendadora financiera en unión del importe de todos los plazos vencidos, además del tanto por cierto que se haya estipulado de los plazos vencidos.»

Dejando a un lado la segunda opción –la resolución del contrato⁵⁰⁸–, la primera de las alternativas recoge la figura del vencimiento anticipado en el contrato de *leasing*⁵⁰⁹. Estos pactos suelen incluir garantías bajo la forma de cláusulas penales, lo que hace a veces un poco confusa la delimitación entre ambas figuras. En cualquier caso, y aunque con la cláusula de vencimiento anticipado se está sancionando en cierto modo al deudor con la pérdida del plazo⁵¹⁰, la finalidad de la cláusula no es la misma que la perseguida por la pena convencional que suele cumplir funciones de liquidación anticipada de daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento⁵¹¹.

Desecha el Tribunal Supremo la idea de que una cláusula de esta naturaleza en un contrato de *leasing* (posibilidad de exigir el cumplimiento por vencimiento de las cuotas de arrendamiento a causa del impago de dos de ellas o la resolución con devolución de las prestaciones realizadas) sea determinante de la verdadera causa –ilícita– del contrato, siendo la subyacente la que corres-

⁵⁰⁸ Ha llevado a cabo una valoración de la cláusula en virtud de la cual la falta de pago de alguna cuota conlleva la resolución del contrato y el pago de una parte importante de las mensualidades no vencidas, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 107 y ss.; *ADC*, 1991, pp. 1011 y ss. A juicio del autor, el problema no es la resolución –ha mediado un incumplimiento por parte del usuario que la justificaría–, sino el hecho de que el usuario deba hacer frente a un número elevado de pagos no vencidos, lo que es una verdadera cláusula penal, moderable por aplicación del art. 1154 Cc cuando el usuario ha abonado alguna mensualidad.

⁵⁰⁹ Como señala respecto del tipo de contrato que nos ocupa UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, p. 34, la cláusula resolutoria y la de vencimiento anticipado son distintas: mientras que con la primera el acreedor que ha cumplido busca desvincularse de la relación ante el incumplimiento del deudor, con la cláusula de vencimiento anticipado se consigue una modificación de la obligación, pasando de ser aplazada a pura.

⁵¹⁰ RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *ADC*, p. 537, alude a las semejanzas entre la penalización y el vencimiento anticipado.

⁵¹¹ UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, p. 37. La autora analiza las diferentes estipulaciones en forma de pena convencional que pueden aparecer añadidas a un pacto de vencimiento anticipado, tales como el pacto de abono de los intereses no devengados correspondientes a las cuotas de amortización pendientes de vencimiento, el abono de los intereses de demora de las cláusulas vencidas y no satisfechas o el abono de la opción de compra (pp. 38-56). Para el estudio de la cláusula penal nos remitimos al apartado correspondiente (Segunda parte. Capítulo III. I. 6).

ponde a un contrato de compraventa a plazos. «La facultad así pactada», apunta el TS en su sentencia de 7 de febrero de 2000 [RJ\2000\282], «no puede erigirse en causa del contrato por reflejo de su contenido y, menos aún, determinar la nulidad del contrato en que va inserta». Se trata de una cláusula que no pugna con la libertad del art. 1255 Cc, cualquiera que hubiere de ser la naturaleza del contrato: «no cabe confundir la ilicitud de la causa con las cuestiones referentes a la exclusiva onerosidad de la prestación».

A la vista de la jurisprudencia, por tanto, se constata el amplio uso en la práctica de la cláusula que nos ocupa y su admisibilidad general, no solo en los contratos de préstamo, crédito o *leasing* señalados⁵¹². Cabe realizar, no obstante, una serie de precisiones al respecto. La solución de estos pactos como lícitos no está carente de matices. En primer lugar, su aceptación en la jurisprudencia varía según el contexto negocial. No podemos olvidar que, mientras que en el caso de los contratos de préstamo o crédito hipotecarios existe una norma que, con determinadas exigencias y con el límite que ha supuesto recientemente la Ley 1/2013 y su modificación del art. 693.2 LEc, permite las cláusulas de vencimiento anticipado, en otros ámbitos no existe tal apoyo legislativo. Asimismo, reconocimiento legal aparte, la propia naturaleza del contrato puede facilitar una justificación de la admisibilidad de estas cláusulas en unos supuestos pero no en otros (por ejemplo, existencia de otra facultad para el deudor que suponga un reequilibrio de la situación o la propia configuración de las prestaciones en cada figura contractual)⁵¹³.

⁵¹² Como apuntábamos, la jurisprudencia ha respaldado este tipo de cláusulas bajo argumentos idénticos a los apuntados en los párrafos anteriores: la SAP Segovia de 20 de febrero de 1997 [AC\1997\373] no considera contraria al art. 1256 Cc una cláusula de este tipo inserta en un contrato de *leasing* por ser usual en la contratación de alto riesgo para las sociedades de *leasing*, haber incumplido la otra parte y no romper el equilibrio de las prestaciones; las SSAP Badajoz, de 9 de octubre de 2006 ([JUR\2006\278405]) y Alicante, de 14 de marzo de 2002 ([JUR\2002\139828]) declaran válidas sendas cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de arrendamiento de bienes muebles, por responder a una fórmula general de contratación frecuente en el tráfico mercantil, máxime dada la celeridad que se impone en el ámbito empresarial; la SAP Pontevedra, de 15 de febrero de 2006 [JUR\2006\22990], sin perjuicio de moderar en el fallo el importe al que se condena, admite la cláusula en un contrato de *renting* entre empresarios (acerca de las cláusulas de vencimiento anticipado de rentas en contratos de arrendamiento mobiliario y de *renting*, ver el exhaustivo análisis realizado por CÁMARA LAPUENTE, S., 2008, pp. 400-412); y lo propio hace la SAP Granada, de 14 de mayo de 2001 [JUR\2001\213402], respecto de un contrato de una cláusula de vencimiento anticipado inserta en un contrato de «colaboración comercial con ayuda a la financiación del negocio», dado que el vencimiento responde a una causa claramente explicitada y justificada atendiendo a la naturaleza del contrato. Pone de relieve esta resolución, de hecho, la importancia de este tipo de cláusulas: «[L]a cláusula de vencimiento anticipado es instrumento de garantía fundamental para determinados contratos, de cierta prolongación, sobre todo para evitar la *perpetuatio obligationis*».

⁵¹³ PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., 2004, p. 810, en relación con la licitud de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de alguna de las cuotas de amortización en el caso de los contratos de préstamo hipotecario que, como hemos visto, deriva del art. 693.2 LEc, advierte que no debe hacerse extensiva sin más a otras cláusulas similares contenidas en otros contratos de préstamo puesto que entiende el autor que,

Además, de los razonamientos de la jurisprudencia se desprende una idea clara: no puede darse una aceptación *a priori* de las cláusulas de vencimiento anticipado sino que hay que realizar una valoración caso por caso, teniendo en cuenta una serie de variables. Por una parte, a añadir al contexto negocial y motivado por el peligro que pueden representar estos pactos respecto de la arbitrariedad, resulta imprescindible que nada en la cláusula deje a la voluntad de la parte que tiene la facultad resolutoria la apreciación del supuesto de hecho. En todas las resoluciones se aprecia una preocupación latente (o, más bien, patente) por aceptar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado siempre que «la facultad de proceder al vencimiento anticipado del préstamo no quede al arbitrio o discrecionalidad de la entidad bancaria, sino que se sujete a la concurrencia de circunstancias perfectamente objetivas» (AAP Murcia de 10 de abril de 2002 [JUR\2002\176582]), esto es, cuando concurra justa causa para ello. Justa causa que se ha identificado con el incumplimiento de la obligación, aunque no aceptando cualquier incumplimiento sino uno que suponga «una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas» (SSTS 17 de febrero de 2011 [RJ\2011\3316] y 4 de junio de 2008 [RJ\506\2008])⁵¹⁴. Por lo tanto, tal y como afirma el Tribunal Supremo en esta última sentencia, el respaldo de la doctrina y jurisprudencia modernas a las cláusulas de vencimiento anticipado, incluso en los casos en los que existe mención legislativa al respecto, no impide que, en determinadas circunstancias, «pueda proclamarse el ejercicio abusivo de tal cláusula, en supuestos en que se prevea la facultad de vencimiento anticipado para incumplimientos irrelevantes por concurrencia de circunstancia cuya apreciación se deja al puro arbitrio de la entidad [bancaria] o cuando se perjudica con su ejercicio de manera desproporcionada y no equitativa al prestatario». No obs-

precisamente la facultad del deudor de liberar el bien cuando se trata de la vivienda familiar (art. 693 LEC), es lo que «equilibra el perjuicio que para él puede derivarse de la posibilidad reconocida legalmente de dar por vencido anticipadamente el préstamo ante el impago de una de las cuotas». Por otra parte, al hilo del estudio de la viabilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de arrendamiento mobiliario y *renting*, CÁMARA LAPUENTE (2008, p. 142) advierte frente a un tratamiento unificado en todo tipo de contratos, pues «una cosa es aplazar el pago de un precio fraccionado por una prestación ya realizada (un préstamo hipotecario cuyo principal ya se entregó, una compraventa con precio aplazado) y otra bien distinta es cobrar íntegramente todas las rentas por un disfrute que no llega a realizarse y que se integra en la base causal del arrendamiento». En todo caso, respecto del contrato de arrendamiento mobiliario (pp. 400-412), el autor evidencia que no es una cuestión pacífica y que existe división entre la jurisprudencia a favor y en contra de las cláusulas de vencimiento anticipado, si bien señala que son mayoría las que admiten su validez.

⁵¹⁴ Por ejemplo, en la SAP Huelva de 24 de enero de 2001 [JUR\2011\230422], a pesar de admitirse la validez en general de este tipo de cláusulas al amparo del art. 1255 Cc, incluso en contratos de adhesión, no se consideró de suficiente entidad el incumplimiento del deudor (a la vista de los pagos y las fechas de éstos) como para proceder a ejecutar la cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de *leasing*.

tante estas palabras y respecto a lo primero –los incumplimientos irrelevantes–, sorprende que sean muchas las sentencias que hayan considerado suficiente para declarar el vencimiento anticipado el incumplimiento de uno solo o unos pocos plazos de la obligación⁵¹⁵.

Junto con los incumplimientos no importantes pero vinculada a ellos, se hace referencia también en esta última sentencia del TS de 2008 a la idea de equilibrio o proporcionalidad. Esta idea preside el fallo de la STS 1 de marzo de 2007 [RJ\2007\1511]. En un contrato de *leasing* mercantil, el Tribunal confirma la sentencia de instancia que contiene un pronunciamiento que difiere de lo solicitado por la parte actora: mientras que la sociedad de *leasing* interesa que se acordara, bien el cumplimiento íntegro del contrato de arrendamiento financiero con el vencimiento de la totalidad de las cuotas aplazadas y su exigibilidad desde ese momento, bien, subsidiariamente, la resolución del contrato, penalizada con la retención de las rentas satisfechas hasta ese instante y el pago por parte de los demandados de las cuotas vencidas y no abonadas, el fallo condena al usuario a la obligación de abonar las cuotas vencidas e impagadas, así como las cuotas futuras, según fuesen venciendo. Con esta solución se respeta las pretensiones de las partes en el proceso, «se restituye el equilibrio contractual y se preserva la equivalencia de prestaciones inherente al carácter bilateral y sinalagmático del contrato». Así, la búsqueda de este equilibrio es lo que ha llevado a los tribunales, en ciertos casos, a aplicar la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato pero moderando la cuantía del importe resultante tras dicha aplicación⁵¹⁶.

Concluyendo, como se había dejado anotado en párrafos anteriores, la aceptación de una cláusula de vencimiento anticipado –y su posible modulación– debe producirse atendiendo a su proporcionalidad, no discrecionalidad y previsibilidad, todo ello en función del contrato y las circunstancias del incumplimiento del supuesto de hecho concreto (proporción de cuotas impaga-

⁵¹⁵ MELLADO RODRÍGUEZ, M., 1998, p. 242, por su parte, evidencia la ambigüedad con la que suelen estar redactadas las pólizas bancarias en cuanto a la cuantificación del supuesto de hecho, designando a los Tribunales como los obligados a valorar la cuantía y, por tanto, relevancia del incumplimiento en función del montante total de la deuda, la trayectoria seguida por el deudor y la posible situación de insolvencia en que se encuentre.

⁵¹⁶ Por ejemplo, en sendos contratos de *renting*, SSAP Girona de 27 de abril de 2006 [JUR\2006\261707] y Pontevedra de 15 de febrero de 2005 [JUR\2006\22990]. En ambos casos la moderación se produce por la asimilación de la cláusula de vencimiento anticipado con la cláusula penal y, por tanto, con la posibilidad de moderación judicial que se reconoce en el art. 1154 Cc, que tendremos ocasión de estudiar en el apartado correspondiente. Y he aquí la confusión a la que aludíamos. Para las sentencias citadas es «indiscutible que se trata de una cláusula penal». Así, «en cuanto supone adelantar la exigibilidad y vencimiento de unas cuotas cuyo pago en principio se preveía aplazado tratándose de un contrato de tracto sucesivo, se estima como cláusula penal, susceptible de equitativa moderación por el juzgador».

das respecto del total de la deuda, pormenores de los impagos). Desconcierta, respecto de esto último, el ya señalado mínimo de tres cuotas que ha impuesto el legislador para poder reclamar la totalidad de lo adeudado en los préstamos hipotecarios, lo que, si bien representa un límite inferior imperativo resulta, a nuestro juicio, escaso. En este sentido, volvemos a incidir en la cuestionable flexibilidad con la que la jurisprudencia en general acepta la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, entendiéndolo en muchos casos como suficiente para su aplicación un incumplimiento que representan un irrisorio porcentaje del total de la deuda. Y por último, y dentro de los elementos valorativos a tener en cuenta para juzgar la validez de una cláusula de vencimiento anticipado en contratos entre empresarios, cabe resaltar un argumento reiterado en numerosas resoluciones de la jurisprudencia traída a colación: la admisión de la cláusula ante el carácter habitual y extendido de su uso en el tráfico mercantil. Más allá de que pueda tratarse de un elemento más del juicio de valor al que debe ser sometida la cláusula de vencimiento anticipado, no nos parece un argumento sólido y, mucho menos, como único razonamiento principal de su admisión.

Antes de cerrar este apartado en el que se ha hecho alusión a la resolución y al vencimiento anticipado por incumplimiento, cabe mencionar una cuestión más, referente a la falta de pago de precio, en este caso, en la compraventa de bienes inmuebles. Del art. 1504 Cc se desprende la posibilidad para las partes de pactar la resolución del contrato ante la falta de pago del precio en el tiempo convenido, teniendo que mediar, en todo caso, requerimiento por parte del vendedor.

Es el conocido como pacto comisorio o pacto de *lex commissoria*, por el que, en principio, se pretende reforzar la posición del vendedor del bien inmueble en caso de impago del precio por el comprador. La configuración de la norma, no obstante, ha hecho que se califique como bidireccional en su propósito de protección pues antes del requerimiento protegería al comprador, que ve posible realizar un pago válido a pesar de haber transcurrido el plazo pactado y mientras que no haya requerimiento, mientras que después de éste, la protección sería para el vendedor⁵¹⁷.

Al respecto de esta norma, dos cuestiones⁵¹⁸. Primero, que, tal y como lo ha venido interpretando la jurisprudencia, este artículo no representa una vía para que las partes incluyan cláusulas con la intención soterrada de evitar lími-

⁵¹⁷ CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 1110. Esta misma idea la exponía MONTES PENADÉS, V. L., 1989, pp. 1201-1202, aludiendo a las dos lecturas que caben del art. 1504.

⁵¹⁸ Muchas más plantea Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 156-158, a cuya lectura remitimos para un mayor examen de este artículo.

tes como los que acabamos de analizar buscando que cualquier incumplimiento pueda dar lugar a la facultad de resolución. De esta suerte, el art. 1504 se interpreta en relación con el art. 1124 Cc de tal modo que el incumplimiento objeto de la condición resolutoria es obligado que se sujete a los requisitos de este segundo artículo⁵¹⁹. De nuevo, por tanto, es necesario un incumplimiento cualificado, lo que eliminaría cualquier atisbo de arbitrariedad en el uso de esta facultad de resolución. No obstante, este acercamiento jurisprudencial entre ambos artículos no ha sido bien visto por parte de la doctrina, que ve cómo el art. 1504 Cc pierde el sentido en el que posiblemente estaba pensando el legislador y que no es sino reforzar la posición del vendedor respecto del régimen común de resolución⁵²⁰. Cuestión distinta sería, partiendo de esta postura –que aboga por separar la norma especial del régimen general del art. 1124 Cc y permitir que las partes configuren el contenido del pacto resolutorio con otras condiciones distintas–, la valoración de la abusividad de un pacto de esta naturaleza en sede de condiciones generales de la contratación, en las que la sola voluntad del predisponente de reforzar su posición acabe en una cláusula significativamente desproporcionada⁵²¹.

En segundo lugar, más visiblemente relacionado con los límites a la autonomía de la voluntad y motivo por el que hacemos alusión a este precepto,

⁵¹⁹ MARTÍNEZ SANCHÍS, J. A., 1991, p. 985; MONTES PENADÉS, V. L., 1989, pp. 1202 y ss., en especial, p. 1204; CLEMENTE MEORO, M. E., 2009, pp. 77 y ss.; NAVARRO CASTRO, M., 2011, pp. 250-251; BUSTO LAGO, J. M., *CCJC*, p. 1440. En el ámbito de la contratación con consumidores hace referencia en este sentido al art. 1.504 PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 811.

⁵²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., 2010, p. 157; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 1110. Recuerda el primer autor el origen de esta figura en el Derecho romano. No reconociéndose una facultad de resolución general de los contratos (como el actual art. 1124 Cc), sí que se permitía un pacto expreso en el contrato en virtud del cual el vendedor pudiera recuperar directamente lo entregado ante el incumplimiento del vendedor. También había considerado que el art. 1124 Cc no es aplicable en el ámbito del art. 1.504, siendo esto una singularidad más de este régimen especial resolutorio respecto del general, JORDANO FRAGA, F., 1992, pp. 173 y ss. [aunque luego parece referirse al pacto resolutorio expreso (pp. 179 y ss.)].

⁵²¹ Como dice *ibídem*, p. 180, «estoy hablando de un pacto válido, que confiera carácter resolutorio a cualquier impago del comprador, pero no descarto que, en algún caso, tal pacto deba considerarse nulo (nulidad parcial: de él, no del entero contrato). En particular, cuando se introduzca en contratos de adhesión y pueda interpretarse, en las circunstancias del caso, como contrario a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones [art. 10 LGDCU, y cfr., en concreto, 10.1.c), 2.º y 10.4]». El autor hace referencia a la normativa de consumo sin especificar si lo hace porque su afirmación es solo respecto de los contratos de consumo o si es porque se trata de la única normativa vigente en ese sentido y en aquel momento. A nuestro juicio, y si estamos ante un contrato predispuesto cuyo adherente es un empresario susceptible de ser protegido por su posición respecto del predisponente, también podría ser desproporcionada una cláusula que permitiera la resolución ante cualquier incumplimiento nimio del adherente. Es verdad que la finalidad del precepto es permitir que las partes pacten un régimen especial y distinto respecto del art. 1124 Cc, pero también lo es que en los contratos de adhesión no hay posibilidad de tal pacto. Así, podría darse el caso de cláusulas con las que no solo el vendedor-predisponente estuviera reforzando su posición frente al posible impago del precio por el comprador, sino que, por la configuración de los contratos no negociados, fuera el predisponente-vendedor el que prácticamente determinara, unilateralmente, cuándo se puede considerar resuelto un contrato de compraventa de bienes inmuebles.

se ha considerado de forma unánime el carácter imperativo de la exigencia de requerimiento por parte del vendedor («requerido judicialmente o por acta notarial»), de lo que se deriva que no sería admisible pacto en contrario que suponga su liberación⁵²². Es decir, aunque se haya pactado que los efectos de la resolución son *ipso iure* tras el incumplimiento del pago del precio, seguiría siendo necesario el requerimiento⁵²³. Esta obligación *ius cogens* del vendedor que introduce el art. 1504 Cc es de aplicación, como se aprecia por la naturaleza de Derecho común de los preceptos citados, a todos los contratos y, por tanto, también a los contratos entre empresarios⁵²⁴.

Por último, al igual que el incumplimiento, bajo determinados requisitos, es una causa que excluye la arbitrariedad en el desistimiento unilateral del contrato, cabe plantearse si el otro supuesto al que hace referencia el art. 85.4 TRLC, los «motivos graves ajenos a la voluntad de las partes que alteren las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato» puede ser causa que justifique la resolución unilateral del negocio jurídico en general, más allá del ámbito de la contratación de consumo. Así nos lo parece siempre y cuando se recalquen los dos elementos centrales: la gravedad –de modo aná-

⁵²² MONTES PENADÉS, V. L., 1989, p. 1218; DÍEZ-PICAZO, L., 2010, p. 158; GARCÍA CANTERO, G., 1989, p. 470; VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., 2006, p. 1764; NAVARRO CASTRO, M., 2011, p. 255; SAN MIGUEL PRADERA, L. P., 2004, pp. 443-445. Dice la SAP Murcia de 3 de febrero de 2004 [JUR\2004\169537] al hilo de la resolución de una compraventa de un inmueble que «será preciso que la intimación extintiva se comunicase por cualquiera de estos conductos, únicos que admite la norma en cuanto fehacientes y garantizadores de la realidad del hecho notificado. Se trata de unas formalidades *ad solemnitatem* que no pueden ser suplidas por un telegrama, incluso aunque se acepte por el destinatario su recepción».

⁵²³ Sí que parece que sería válido un pacto por el que acordara tener que realizar el requerimiento en una de las dos formas –judicialmente o ante notario– para que fuera válido, según pone de manifiesto, con apoyo en jurisprudencia SAN MIGUEL PRADERA, L. P., 2004, p. 500. Así, la STS 5 diciembre 1983 [RJ\1983\6822] conoce de un caso en el que las partes habían pactado que el requerimiento fuera notarial y se acepta este pacto amparado en el art. 1255 Cc.

⁵²⁴ Para comprender la justificación de esta *conditio sine qua non* del efecto resolutorio, es interesante hacer una breve referencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en los últimos años. Rompiendo con la visión tradicional y estricta del requerimiento del art. 1504 Cc como un requisito de forma *ad solemnitatem*, el TS da un giro sorprendente en su sentencia de 17 de julio de 2009 [RJ\2009\6475] y admite que la notificación pueda hacerse por cualquier medio fehaciente, en el supuesto concreto, un burofax, «en aplicación al caso de la realidad social» (comentan esta sentencia por su carácter novedoso, PÉREZ DE ONTIVEROS, C., CCJC, pp. 1414-2223; REQUEIXO SOUTO, X.; PAZ COSTAS, C., *Dereito*, pp. 259-265). Se ha hecho alusión posterior en la jurisprudencia menor a esta flexibilización del requisito del art. 1504 Cc (por ejemplo, SAP Alicante de 3 de febrero de 2010 [JUR\2010\157871]; SAP Pontevedra de 27 de septiembre de 2010 [JUR\2010\354367]). Sin embargo, el TS ha venido a ratificar el criterio tradicional contrario a la admisión de formas distintas de las expresamente previstas en la Ley, como el burofax. Así lo ha hecho de forma expresa, entre otras, en las sentencias de 4 de julio de 2011 [RJ\2011\5964], 2 de octubre de 2012 [RJ\2012\9341], 12 de noviembre de 2012 [RJ\2013\7], 7 de febrero de 2014 [RJ\2014\1321] (también se asienta el criterio en jurisprudencia de Audiencias como en la de Barcelona, en su sentencia de 9 de octubre de 2012 [JUR\2012\372359]), recalcando que la especial protección que otorga el Cc a las transmisiones de bienes inmuebles se traduce en la necesidad de subsistencia de especiales solemnidades.

logo a lo que se ha señalado para el caso del incumplimiento— y la ajeneidad a la voluntad de las partes, que garantice la total exclusión de la posibilidad de arbitrariedad. Como tendremos ocasión de ver al hilo de un estudio de los componentes del comportamiento arbitrario, el más relevante sea posiblemente la no dependencia de la voluntad de una de las partes, la exigencia de un componente objetivo⁵²⁵.

b) Facultad unilateral de extinción del contrato *ad nutum*

En los casos anteriormente expuestos, está clara la justificación sobre la que se asienta la facultad de resolver el contrato sin que ello vulnere el principio de interdicción de la arbitrariedad. Pero, ¿y cuándo no existe un incumplimiento previo? ¿Y si no existe ninguna causa grave y ajena a la voluntad de una de las partes? ¿Es posible que una de las partes se desvincule del contrato unilateralmente? ¿Es posible el pacto al respecto?

Díez-Picazo⁵²⁶ distingue tres supuestos en los que una parte puede poner fin a la relación contractual: bien en ejercicio de la facultad que la Ley concede si concurre una justa causa (resolución por incumplimiento, imposibilidad sobrevinida o extraordinaria modificación sobrevinida de las circunstancias), bien porque las partes han incluido una previsión en el contrato de tal forma que una de ellas o las dos pueden terminar el mismo por su sola y libre voluntad, o bien porque se trate de uno de los supuestos en los que la Ley concede a una o ambas partes esta facultad. Es el caso del contrato de comisión mercantil —el art. 279 Ccom, con independencia de la duración determinada o no del contrato, permite al comitente revocar la comisión en cualquier estado del negocio aunque con ciertas obligaciones—; el mandato —el art. 1732 Cc dispone la revocación del

⁵²⁵ Nos remitimos a los últimos dos epígrafes del apartado referido al art. 1256 Cc.

Es obligado traer aquí a colación el § 314 BGB tras la reforma del Derecho de obligaciones de 2002. Este párrafo permite a las partes en los contratos duraderos (*Dauerschuldverhältnissen*) dar por terminado el mismo sin necesidad de preaviso en el caso de que concurra una «causa importante» (*wichtiger Grund*), esto es, cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y sopesando los intereses de ambas partes, no se puede razonablemente esperar que continúe la relación contractual hasta el plazo acordado o hasta que expire el periodo de preaviso. En el caso de que esa «causa importante» consistiera en la vulneración de un deber del contrato, el contrato solo podrá terminar una vez que expire sin resultado el plazo especificado para la reparación o satisfacción o el aviso (sin perjuicio de que existan supuestos en los que no es necesario ese periodo de tiempo como, por ejemplo, en el caso de que el deudor renuncie definitivamente a cumplir con su obligación o no lo haga en la fecha especificada en el contrato si era un plazo esencial, § 323.2 BGB). En cualquier caso, el ejercicio de esta facultad que confiere el § 314 BGB requiere que se avise dentro de un plazo razonable desde que se tuvo conocimiento de la razón para terminar el contrato. Este precepto ha venido a positivizar un principio jurídico reconocido por doctrina y jurisprudencia según el cual las partes deben tener el derecho de poder desistir de un contrato duradero si existe una justa causa para ello (ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *ADC*, pp. 1196-1198).

⁵²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 1084.

mandante y la renuncia del mandatario como dos de los modos por los que se acaba el mandato–; o el contrato de obra –del que el dueño puede desistir «*por su sola voluntad*» con obligación de indemnizar los gastos, trabajo y utilidad– (art. 1594 Cc).

En estos supuestos, sin embargo, no hay arbitrariedad pues existe una razón en cada uno de los casos para que el legislador haya permitido a una o ambas partes poner fin a la relación obligatoria mediante un acto libre y voluntario. En cuanto a los contratos de comisión y de mandato, la relación *intuitus personae* que existe entre el comitente y el comisionista y el mandante y el mandatario, respectivamente. Además, dado que el mandato funciona en interés exclusivo del mandante, depende de su voluntad su continuación o terminación, se dice⁵²⁷. Una idea próxima está detrás de la posibilidad de desistimiento del dueño de la obra, facultad que tiene por ser su interés en conseguir la realización de la obra el interés central del contrato⁵²⁸.

Si la terminación del contrato por voluntad de una de las partes se produce en un contrato de duración indeterminada, no sólo es posible sino que no se exige la concurrencia de justa causa para ello por el principio general de prohibición de vinculación perpetua contenido en el art. 1583 Cc⁵²⁹.

⁵²⁷ DÍEZ-PICAZO, L., 2010, p. 502. No es el ordenamiento jurídico español el único: el § 671.1 BGB también recoge la posibilidad del mandante de revocar el mandato en cualquier momento. Del mismo modo lo hace el francés (cuyos arts. 2003, 2004 y 2007 facultan al mandante para revocar el mandato y al mandatario para renunciar al mismo en cualquier momento) y el portugués en virtud de su art. 1170.1. En el art. 1170.2 del Código civil portugués, *a sensu contrario*, se vislumbra la idea de que esta facultad de revocación libre del mandante tiene su justificación en que se trata de una figura en interés exclusivo del mandante. Una regulación similar encontramos en el Código civil italiano, cuyo art. 1723 reconoce en su primer párrafo la libre revocación del mandato para el mandante salvo pacto en contrario y en el segundo la necesidad de justa causa si el mandato es en interés de otro sujeto distinto. En relación con el contrato de comisión, regula igualmente el Código civil italiano la facultad de revocación del comitente (art. 1727).

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 400. Un precepto similar lo encontramos en el Código civil portugués, cuyo art. 1229 regula la «desistència» del dueño de la obra. Asimismo, el ordenamiento jurídico italiano también prevé el «*recesso unilaterale dal contratto*» de obra en el art. 1671 Cc.

⁵²⁹ Precisamente con alusiones a la resolución unilateral *ad nutum*, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., 2009, p. 1833. También comentado en TORRES LANA, J. A., 1991, p. 1171. Por su parte, DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 366, señala la contrariedad de la perpetuidad al orden público y a la naturaleza misma de la relación obligatoria, por la limitación de la libertad que supone. La vinculación *ad aeternum* se ha visto como una cuestión de orden público también por la jurisprudencia (por ejemplo, STS 26 de octubre de 1998 [RJ\1998\8237]; SAP Córdoba de 25 de enero de 2012 [JUR\2014\13006]). Por su parte, tres ejemplos en los que el legislador ha reconocido expresamente esta facultad los encontramos en el contrato de agencia –el de duración indefinida se extinguirá por la denuncia unilateral de cualquiera de las partes mediante preaviso en virtud del art. 25.1 de la Ley que lo regula (como expone MARTÍNEZ SANZ, F., 2000, p. 411, precisamente lo que caracteriza a la facultad de denuncia prevista en la Ley de contrato de agencia es la irrelevancia de los motivos)–; en el caso del factor mercantil –según el art. 302 Ccom, si no tiene el empeño tiempo señalado, cualquiera de las partes podrá darlo por fenecido–; y en el contrato de sociedad civil –para cuya disolución, tal y como dispone el art. 1705 Cc, es suficiente la voluntad o renuncia de uno de los socios si no se ha señalado término (un artículo semejante lo encontramos en el § 723.1 BGB que dispone que si no se ha determinado un periodo de tiempo definido para la sociedad, cada socio puede ponerle fin en cualquier momento)–.

Siguiendo a Díez-Picazo⁵³⁰, puede admitirse una libre denuncia o desistimiento unilateral –aunque la ley o el negocio jurídico no concedan una facultad semejante– si: se trata de una relación obligatoria duradera o de tracto sucesivo; no tiene previsto un plazo de duración temporal; se trata de una relación obligatoria en la que exista un *intuitus personae*, de tal manera que, cuando la confianza se frustra, aparece la posibilidad de poner fin a la relación como justa. Entendemos que hay que interpretar los dos últimos requisitos de forma disyuntiva, es decir, existe la posibilidad de desistimiento en contratos de duración indefinida (exista o no relación de confianza) pero también en contratos basados en un *intuitus personae* (aunque sean de duración determinada, como veremos en el siguiente apartado)⁵³¹.

Partiendo de la aceptación del desistimiento en contratos de duración indeterminada, el hecho de tener que respetar una duración mínima, un plazo de preaviso o realizar la denuncia mediando la buena fe y no en condiciones abusivas son circunstancias relevantes para indemnizaciones posteriores⁵³². En este sentido, la Ley de contrato de agencia que, como señalábamos, es un ejemplo de norma que cuenta con regulación expresa en esta materia, exige el preaviso por escrito a cualquiera de las partes que quiera denunciar unilateralmente el contrato estableciendo un plazo de «un mes para cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses» y con un mínimo de un mes si el contrato hubiera estado vigente por tiempo inferior a un año. Esta estipulación es, en principio, dispositiva en la medida en que el apartado tres permite a las partes pactar plazos de preaviso diferentes, con dos limitaciones. Por una parte, que el plazo de preaviso para el agente no sea inferior al del empresario. Por otra, que los plazos que se pueden pactar siempre tienen que ser mayores a los establecidos en la Ley. Por tanto, el legislador deja margen a la autonomía de la voluntad de las partes pero protegiendo a la parte débil de la relación de un plazo de preaviso simbólico y no real (inferior a un mes o proporcionales, en función de la duración del contrato) y no recíproco en su contra. En el caso del ya citado factor mercantil también se establece un mes como plazo para el desistimiento unilateral de cualquiera de las dos partes (art. 302 Ccom), de

⁵³⁰ Díez-Picazo, L., 2008, pp. 1087-1088.

⁵³¹ Beluche Rincón, I., 2009, pp. 25-26.

⁵³² A propósito del comentario de dos sentencias del Tribunal Supremo, se hace referencia a los efectos patrimoniales del desistimiento unilateral en sendos contratos de corretaje y de concesión, sin que, en sentido estricto, el desistimiento conlleve la indemnización de daño alguno sino que éstos –y su correlativa indemnización– derivan del incumplimiento de las condiciones del ejercicio, como el incumplimiento del plazo de preaviso, una conducta abusiva o un comportamiento contrario a la buena fe. García Vicente, J. R., *CCJC*, pp. 761-771; Moralejo Menéndez, I., *CCJC*, pp. 1309-1335. También, acerca del fundamento de las indemnizaciones, STS 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918].

forma similar al supuesto de denuncia de los contratos de transporte terrestre continuado de mercancías pactados por tiempo indefinido, regulado en el art. 43 de la Ley 15/2009, que explicita varios requisitos, como el ejercicio de la denuncia de «buena fe» y la notificación con una antelación «razonable», señalando treinta días naturales como límite inferior.

Por lo tanto, en este supuesto no nos movemos tanto en el terreno de la vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad —existe una justificación para que cualquiera de las partes pueda denunciar unilateralmente el contrato— como en el de una actuación conforme a la buena fe, en línea con lo que se expondrá con motivo de las cláusulas de prórroga automática de los contratos de duración determinada. Aun constituyendo un supuesto de hecho diferente, también lo fundamental será analizar cuándo el plazo para manifestar la voluntad de no prorrogar el contrato entra dentro de lo razonable⁵³³.

La jurisprudencia, por su parte, ha ratificado esta ausencia de vulneración del art. 1256 Cc en los casos de desistimiento unilateral en contratos de carácter indefinido, en una gran mayoría de resoluciones cuyo objeto son contratos de distribución. Lo son, por ejemplo, los contenidos en las SSTS 18 de marzo de 2002 [RJ\2002\2849], 18 de marzo de 2004 [RJ\2004\2147], 9 de julio de 2008 [RJ\2008\4369], que concluyen con sendos pronunciamientos negando que, entre otros argumentos, la facultad de las partes respecto del desistimiento unilateral suponga dejar al arbitrio de una de las partes el contrato, y encontrando la justificación de este tipo de cláusulas en representar una «válvula de seguridad para compensar a los contratantes del riesgo que mutuamente corren»⁵³⁴.

Quedan eliminados, por consiguiente, los problemas con la interdicción de la arbitrariedad en el caso de la denuncia del contrato cuando éste tiene un plazo indefinido, porque esta forma de terminación por voluntad de una de las partes tienen un fundamento. Es opinable, sin embargo, el caso del desistimiento unilateral en contratos con tiempo determinado. ¿Es lícito pactar esta facultad?

⁵³³ Esta posibilidad aceptada hoy en día por doctrina y jurisprudencia ha sido de hecho recogida en la Propuesta de Modernización, cuyo párrafo 2.º del art. 1121 viene a señalar la denuncia de buena fe en los contratos de duración indefinida (acerca de este artículo ver GÁLVEZ CRIADO, A., 2011, pp. 526 y ss.), así como en el Anteproyecto de Código mercantil, que faculta a cualquiera de las partes a extinguir un contrato por tiempo indefinido, si no se hubiese pactado la forma de hacerlo, con la mera notificación a la otra parte en un plazo razonable (art. 416-3). La misma finalidad tiene el art. 5.1.8 Principios UNIDROIT y el art. 6:109 PECL.

⁵³⁴ A la misma solución llega el TS en sus sentencias de 27 de enero de 2003 [RJ\2003\1137]; 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918]; 22 de diciembre de 2006 [RJ\2007\263]; 18 de mayo de 2009 [RJ\2009\3176]; 28 de enero de 2009 [RJ\2009\1355] y 16 de julio de 2010 [RJ\2010\6555]; 30 de diciembre de 2010 [RJ\2011\149]; 10 de marzo de 2010 [RJ\2010\2379]; 1 de junio de 2012 [RJ\2012\6699].

Valpuesta⁵³⁵ enumera, como fundamentos para que una voluntad unilateral pueda volver ineficaz un negocio perfecto de duración determinada: la ley, la confianza, el pacto de las partes y la justa causa. En lo concerniente a la primera mención, efectivamente, la ley permite ciertos supuestos de desistimiento que no implican excepción a la prohibición de arbitrio, sino que tienen una justificación objetiva⁵³⁶. Por su parte, los contratos basados en la confianza suponen, según el autor, una quiebra al principio de prohibición de la arbitrariedad en la esfera contractual, siendo la razón de que se permita el desistimiento *ad nutum* el hecho de que «la confianza que se tiene en la contraparte y que motivó a contratar con ella es un hecho subjetivo e infiscalizable», de tal forma que la justa causa que constituye la pérdida de la confianza no está sujeta a control⁵³⁷. Respecto a los últimos dos supuestos que Valpuesta señalaba para que una voluntad unilateral pueda volver ineficaz un negocio perfecto de duración determinada, el pacto y la justa causa, serán objeto de un tratamiento conjunto porque, opinamos, deben ir de la mano, al menos en el sentido de que el primero necesita de la segunda para admitir su validez.

Al hilo de la pregunta planteada –la licitud del pacto de desistimiento unilateral en contratos con tiempo determinado–, se ha afirmado en alguna ocasión que, con independencia de cualquier reconocimiento legal, el desistimiento puede ser establecido por la voluntad de los contratantes. En este sentido, Rodríguez Marín⁵³⁸ afirma que, a pesar de las tendencias actuales encaminadas a limitar los dominios de la voluntad en el campo de las obligaciones y a revisar la clásica doctrina de la libertad contractual, no hay obstáculo para que la voluntad de las partes contratantes dé por terminada una relación contractual, es decir, «que las partes, mediante la introducción de pactos o cláusulas de carácter convencional, dan la posibilidad a una de ellas que cuando se

⁵³⁵ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, pp. 191 y ss.

⁵³⁶ El autor recuerda los supuestos de revocación (en el mandato, por su unilateralidad), de resolución (por el incumplimiento de las obligaciones o las circunstancias nuevas sobrevenidas, en la donación), de denuncia (en el caso de la falta de determinación del plazo), etc. *Ibidem*, pp. 196-197.

⁵³⁷ Como sabemos, dos supuestos en los que legalmente se concede a una de las partes la facultad de «desistir unilateralmente» del contrato con base, precisamente, en la quiebra de la confianza, son el contrato de mandato (art. 1733 Cc) y el contrato de comisión (art. 279 Ccom). El Tribunal Supremo ha señalado que «esta facultad de desistimiento unilateral, que es excepcional en el marco de las relaciones contractuales de carácter bilateral, se explica por la naturaleza de esta figura negocial, basada en la confianza recíproca» (Sentencia de 13 de noviembre de 2008 [RJ\2008\5918]). Así, aunque relacionando la falta de confianza con el incumplimiento del deber de fidelidad con trascendencia resolutoria, en un contrato de arrendamiento de servicios en virtud del cual un abogado colabora como asesor externo de una entidad crediticia, el TS pone de manifiesto la relevancia de la pérdida de confianza por parte de esta última ante la existencia de un conflicto de intereses y lo procedente de declarar la denuncia unilateral (STS 10 de julio de 2007 [RJ\2007\3881]).

⁵³⁸ RODRÍGUEZ MARÍN, C., 1991, pp. 183-187.

produzcan las circunstancias para las cuales se ha establecido el desistimiento, éste se llevará a cabo». No nos queda claro qué requisitos deben cumplir esas «circunstancias» a las que alude la autora o si las limitaciones que apunta se reducen al preaviso y a otros efectos patrimoniales previstos para el supuesto de que se trate. Si esos elementos se vinculan con la necesidad de una causa justificada, no habría problema. Por el contrario, si se habla de una cláusula de desistimiento unilateral que, sin ningún límite, puede ser establecida por la voluntad de los contratantes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, la contestación no puede ser la misma por nuestra parte.

Efectivamente, desde nuestro punto de vista, sólo cabe aceptar que se reconozca a una parte la facultad de poner fin al contrato si dicha facultad está vinculada con la concurrencia de determinadas circunstancias, que tienen que suponer una justificación objetiva en la medida en que no dependan de la mera voluntad de la parte en cuestión para no incurrir en un comportamiento contrario a la interdicción de la arbitrariedad⁵³⁹. Así lo entendió Valpuesta, para quien, si se permitiera que el desistimiento fuera libre sin aducir justa causa alguna, sería nulo porque supondría una condición potestativa resolutoria y porque «la imperatividad de la lógica aplastante del artículo 1256 del Código civil y su propia dicción literal (“... no pueden dejarse...”) excluyen en nuestro Derecho esta posibilidad, que en cualquier ordenamiento conduce a un absurdo jurídico»⁵⁴⁰. De hecho, el autor hace alusión a dos textos del momen-

⁵³⁹ O bien, alternativamente, si la cláusula prevé la posibilidad de dar por terminado el contrato aunque no concorra justa causa si media una indemnización o penalización. Esta indemnización actuaría a modo de compensación para el adherente de tal modo que se equilibrarían las posiciones de los contratantes. Es una solución prevista, como ya hemos señalado, en el contrato de obra para el comitente, pero por su especial naturaleza (art. 1594 Cc). También en la LAU para los arrendamientos de vivienda (art. 11) aunque con la intención de proteger al arrendatario, que es precisamente quien puede ejercitar el desistimiento y al que se considera parte débil, a diferencia de lo que ocurriría en el caso que nos planteamos, donde el predisponente –parte fuerte– sería el que se reservaría la facultad. Además, no se prevé tal posibilidad en los casos que entran dentro del ámbito de la LAU y en los que ambas partes sí que son empresarios, que son los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda.

Para admitir tal cláusula como equilibrada, la indemnización o penalización a cargo del predisponente tendría que *realmente* compensar al adherente. Tenemos que tener en cuenta que el contrato está quedando en manos de uno de los dos contratantes que, precisamente, es el que ha determinado el contenido del contrato que le ha sido impuesto al adherente.

⁵⁴⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, pp. 192 y ss., en concreto, p. 193. Por ejemplo, en un contrato de distribución en exclusiva de prensa y libros la cláusula que considera como justa causa para el desistimiento unilateral del editor un «inadecuado grado de penetración de cualquiera de las publicaciones, a juicio del Editor», no puede ser interpretada de forma que permita al editor denunciar el contrato *ad nutum* y dejar, por tanto, el cumplimiento de lo convenido al arbitrio del mismo. Es, por tanto, injustificada, la resolución unilateral anticipada en el caso concreto puesto que se considera probado que el grado de penetración de las publicaciones del editor en el año correspondiente fue igual o mayor que el existente en los momentos previos y coetáneos a la firma de los contratos (STS 30 de abril de 2010 ([RJ]2010\4360)). Lo mismo cabría decir, por ejemplo, respecto de cláusulas que hagan depender la posibilidad del predisponente de desvincularse del contrato en supuestos por él predispuestos y que dependan de algún concepto altamente

to, la LGDCU y el Anteproyecto de ley sobre condiciones generales, textos que refuerzan al art. 1256 Cc –«minusvalorado», según su opinión– contra los pactos de libre resolución al rechazar la validez del pacto de libre desistimiento, aunque sea dentro del ámbito de contratos que comprenden.

No entraremos ahora a valorar en profundidad qué se puede entender por «causa justa» porque consideramos que dicha tarea será más fácil de abordar –o, al menos, de una forma más completa– una vez se hayan apuntado las líneas básicas de todos los supuestos que hemos englobado en el estudio del art. 1256 Cc y que no representan sino concreciones del principio general de interdicción de la arbitrariedad. En todo caso, se puede anticipar que se repite un mismo patrón en el que la objetividad y la ajenidad del ámbito de decisión de una de las partes son elementos que componen un comportamiento no arbitrario.

Es imprescindible un último apunte. Tanto el art. 85.4 como el 87.3 TRLC, respecto de la resolución anticipada de los contratos de duración determinada en contratación con consumidores, incluyen una muy criticada «exoneración» al carácter abusivo de la cláusula. Se exceptúa la nulidad, así, en el caso en el que también al consumidor se le reconozca la misma facultad que al empresario. La doctrina ha puesto en duda el acierto de esta norma que implica que es suficiente para evitar una vulneración de los límites de la autonomía privada el hecho de que ambas partes tengan las mismas opciones en relación con la subsistencia del contrato⁵⁴¹. Esta equivalencia en lo formal no tiene por qué tener su correlativo en el plano material puesto que la importancia que puede conllevar para el profesional que contrata en masa un negocio jurídico en concreto y su mantenimiento posiblemente no será la misma que para el consumidor⁵⁴². Como sabemos, el concepto de equilibrio o reciprocidad tantas veces aludido tiene que desplegar sus efectos en cuanto a contenido real de la cláusula, puesta en relación con el resto del contrato. Tiene que seguir presente la idea de necesidad de concurrencia de justa causa para poder aceptar una cláusula de desistimiento unilateral porque el hecho de que ambas partes puedan hacer uso de la facultad no elimina la arbitrariedad sancionada por el legislador si, a efectos prácticos, realmente solo una de ellas puede verse bene-

indeterminado como un incumplimiento «reiterado», «según opinión fundada de la compañía» o acciones que «deteriores el prestigio de la marca» (*vid.* BRIGANTY ARENCIBIA, A., 2010, pp. 880-885).

⁵⁴¹ ÁLVAREZ OLALLA, P., 2000, p. 877. Con la misma visión crítica, MARTÍNEZ SANZ, F.; JUAN Y MATEU, F., 2002, p. 1013; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 1036-1037.

⁵⁴² ÁLVAREZ OLALLA, P., 2000, p. 877, hace referencia a casos en los que se le reconoce el derecho al consumidor por imperativo legal, con independencia del clausulado del contrato o cuando la utilidad no sea la misma para el adherente que para el predisponente. Respecto a este último caso, se señalan dos sectores en los que es muy evidente la diferente implicación de la facultad de desistimiento, como son el de los contratos bancarios y el de contrato de seguro.

ficiada por dicha facultad si las consecuencias de su ejercicio son distintas: sería «una igualdad en el absurdo»⁵⁴³.

Hasta aquí, la conclusión a la que se puede llegar respecto al desistimiento unilateral en relación al principio de interdicción de la arbitrariedad, es que no se trata de una excepción al mismo porque en todos los casos en los que es admisible que una voluntad unilateral provoque la ineficacia del contrato existe una justificación que la respalda. Esta justificación no es controvertida en el caso de la resolución por incumplimiento y la denuncia de los contratos por tiempo indefinido. Pero, en los contratos con un plazo determinado, la justificación implica que tienen que concurrir una serie de presupuestos entre los que destaca la existencia de una justa causa que elimine el «arbitrio» de la actuación y, como exigencia común del control material, una cierta reciprocidad, que debe serlo en cuanto al contenido de los derechos y obligaciones en el contrato y no solo formal. Estas exigencias no son solo aplicables cuando la parte débil es un consumidor sino que, al derivar todas ellas del principio general de interdicción de la arbitrariedad, son parámetros que deben cumplir también los contratos entre empresarios. De forma muy clara lo manifiesta la SAP de Castellón de 10 de octubre de 2000 [JUR\2001\34225], que extiende lo dicho en referencia a un contrato con consumidores al ámbito mercantil:

«Las cláusulas de desistimiento o resolución unilateral que autorizan al empresario predisponente a poner fin al contrato sin justificación suficiente y, todavía más grave, *ad nutum* o de forma libre utilizadas en los formularios de condiciones generales en contratación con consumidores han sido calificadas de abusivas por la Ley 7/1998. Así lo establecen los actuales [...] que prohíben la cláusulas, como el tenor de la analizada, que autorizan al predisponente a desvincularse del contrato de forma arbitraria o sin causa justificada y sin incurrir en responsabilidad frente al consumidor; *también contrarias al art. 1.256 del Código civil en contratación con no consumidores, ya que prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato*»⁵⁴⁴.

⁵⁴³ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, p. 201. A modo de ejemplo, aunque se trata de un contrato con consumidores, la SAP Castellón de 10 de octubre de 2000 [JUR\2001\34225] resuelve un recurso acerca de la nulidad de una cláusula en un contrato mediante condiciones generales mediante el que se lleva a cabo una compraventa relativa a una vivienda unifamiliar. En el contrato se recoge la facultad de desistimiento a ambas partes sin necesidad de causa justificada pero con distintas consecuencias: mientras que la empresa predisponente deberá devolver las arras o señal entregada por la consumidora adherente, ésta perderá las mismas. El argumento sobre el que se asienta el fallo es la vulneración de la normativa sobre las arras porque se sustituye el régimen del art. 1454 Cc, en relación con la legislación de consumo y la retención de cantidades abonadas por el consumidor en el caso de renuncia de éste. Aunque esta sentencia ha sido anulada y casada (STS 3 de junio de 2008 [RJ\2008\4170]), lo es en cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas (integración, eliminación de la facultad de desistimiento para las dos partes) y no a la nulidad en cuestión.

⁵⁴⁴ La cursiva es nuestra.

1.1.6 *Facultades respecto de plazos relacionados con la oferta o el cumplimiento de la prestación*

La fijación unilateral de determinados plazos de la vida de la relación obligatoria puede suponer una gran ventaja para el predisponente. La consolidación de su posición de primacía puede venir por estar ante un plazo excesivamente amplio o demasiado corto –a su favor y en perjuicio del adherente, según los supuestos– o por no quedar claramente definido el mismo, pudiendo el predisponente, en un momento posterior y según su conveniencia, determinarlo. Este tipo de pactos son los que brevemente trataremos en los epígrafes siguientes, referidos a los plazos para la aceptación o rechazo de la oferta contractual, para el cumplimiento de la prestación debida y, en un apartado posterior, para la prórroga del contrato.

a) Plazo para la aceptación o rechazo de una oferta

El apartado primero del art. 85 TRLC recoge el supuesto de cláusulas que reserven al empresario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual. Sin entrar a valorar la ubicación de esta cláusula en sede contractual, cuando hace referencia a una condición que realmente está llamada a surtir efecto en una fase previa a la misma, la doctrina ha puesto de manifiesto que la intención del legislador es evitar que el consumidor (oferente, en este supuesto) quede vinculado demasiado tiempo o con un alto grado de incertidumbre a su oferta y a expensas de una declaración de aceptación del empresario, mediante la que se perfeccione el contrato⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Hay que matizar que este supuesto no es en puridad una condición general de la contratación ya que no cumple el requisito de contractualidad sino que tiene sentido cuando en la formación del contrato la declaración de voluntad del consumidor no implica la aceptación y la consiguiente perfección del contrato, sino que será una ulterior declaración de aceptación del empresario la que perfeccione el mismo (PERTÍÑEZ VÍLchez, F., 2011, p. 789; en el mismo sentido se habían manifestado con anterioridad DURANY PICH, S., 2002, pp. 980-981; CÁMARA AGUILA, M. P., 2000, p. 837). Se trata, por ejemplo, de la firma de un formulario de pedido o algún documento similar a modo de oferta, es decir, de un supuesto de incorporación de condiciones generales a una declaración de voluntad (DURANY PICH, S., 2002, p. 981). En este sentido, es de notar que el Proyecto de LCGC incluía en el art. 1 *in fine* una mención que se suprimió durante la tramitación y que encuadraba dentro del concepto de condiciones generales de contratación a aquellas que –sin perjuicio del resto de requisitos– hubieran sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o *declaraciones jurídicamente relevantes*. Para cumplir con la exigencia de contractualidad del art. 1 LCGC basta con que las cláusulas puedan influir, incluso de forma meramente indirecta, sobre los derechos y deberes contractuales (PAGADOR LÓPEZ, J., 2011, pp. 1337-1339).

Si nos preguntamos acerca de la conveniencia de una limitación similar a la referida en la esfera de los consumidores pero en el ámbito de la contratación entre empresarios mediante condiciones generales, nos parece que la respuesta, aún con matices, podría ser afirmativa. Es más, no parece muy aventurado afirmar que este tipo de cláusulas pueden tener una mayor aplicación en la práctica mercantil que en las relaciones con consumidores.

En todo caso, no es sencillo fijar un plazo «modelo» que pudiéramos considerar como conforme a Derecho y que funcionara como parámetro comparativo. Fuera de la legislación de consumo y de algunos casos concretos, el legislador ha mantenido silencio acerca de un estándar de duración máxima de la propuesta contractual cuando ni el oferente ni la ley determinan un plazo de vigencia de la misma. Así, ni el Código civil ni el Código de comercio recogen un precepto que nos indique cuándo un plazo es excesivamente largo en materia de aceptación de ofertas contractuales.

Si nos fijamos en las propuestas de unificación del Derecho europeo, el art. 2:206 PECL determina que, a falta de pacto, debe llegarle al oferente la aceptación «en un plazo razonable», siendo criterios para determinar lo que se entiende por razonable en ese caso concreto, la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad (art. 1:302). De mismo modo aborda la cuestión el DCFR, cuya regla 4:206 (Libro II) vuelve a remitir a un plazo «razonable» para aceptar la propuesta si no se ha fijado uno concreto por el oferente⁵⁴⁶.

Centrándonos en el derecho aplicable, al mismo criterio remiten los Principios Unidroit (2.7)⁵⁴⁷ y el Convenio de Viena en su art. 18.2, artículo en virtud del cual la aceptación de la oferta surtirá efecto en el momento en que la indicación de asentimiento llegue al oferente, salvo que no lo haga dentro del plazo que éste haya fijado o, en su defecto, «dentro de un plazo razonable». En este caso los elementos a tener en cuenta para dotar de contenido esta regla son «las circunstancias de la transacción» y, en particular, «la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente»⁵⁴⁸.

⁵⁴⁶ Respecto a lo que se considera como «razonable» también el DCFR acude a los mismos parámetros, como son la naturaleza y propósito («*purpose*») de lo que se está haciendo («*of what is being done*»), las circunstancias del caso y usos y prácticas relevantes. PERALES VISCASILLAS, P., *NUE*, p. 94, alude a lo adecuado del método de determinación puesto que permite tener en cuenta las diferencias entre las transacciones susceptibles de ser reguladas.

⁵⁴⁷ *Vid.* PERALES VISCASILLAS, P., 2003, p. 134.

⁵⁴⁸ Díez-PICAZO, L., 1998, pp. 183-184, entiende que el plazo razonable es el que resulte del cumplimiento de las reglas de la diligencia y de la buena fe. Con las «circunstancias de la transacción» se quiere hacer referencia a características de la operación o de las mercaderías que pueden conllevar una especial urgencia. Con la alusión a la rapidez de los medios de comunicación empleados por el oferente,

Por otra parte, aunque refiriéndose a un plazo mínimo vinculante para el asegurador, el art. 6 de la Ley de Contrato de Seguro otorga un carácter vinculante a la proposición de seguro por parte del asegurador durante un plazo de quince días⁵⁴⁹.

Es sabido que dentro de los requisitos de la declaración de aceptación se encuentra su carácter tempestivo, esto es, que se manifieste mientras la oferta está vigente. Este elemento es fácil de determinar cuando el oferente ha fijado un plazo de duración de la propuesta, pero en ausencia de él –y de norma expresa al respecto– hay que delimitar la vigencia de esa propuesta porque, en todo caso, no puede ser perpetua⁵⁵⁰. En este sentido, la doctrina ha entendido que, aun en ausencia de plazo por parte del oferente o del legislador, existiría una limitación temporal que vendría dada por *lo razonable*⁵⁵¹. No nos parece, efectivamente, que sea posible defender que el silencio al respecto pueda implicar una vigencia infinita de la oferta que el destinatario pueda aceptar en cualquier momento, por mucho tiempo que haya transcurrido. Desde este punto de vista, tanto la jurisprudencia como la doctrina han abogado por la existencia de un plazo máximo de vigencia implícito que vendría determinado por la buena fe y, en concreto, por parámetros como la naturaleza del contrato o las circunstancias de la propuesta, parámetros en consonancia con los que recoge la Convención de Viena, los PECL o el DCFR. Se entiende que, según las características del contrato, puede estar justificada una mayor dilación por parte de la empresa predisponente en aceptar la oferta en casos en los que objetivamente sea necesario que el predisponente valore la propuesta contractual recibida⁵⁵². En este sentido, nos parecen de gran ayuda los parámetros que Pera-

entiende el autor que si éstos son especialmente rápidos, no es razonable que el aceptante utilice otros distintos.

⁵⁴⁹ ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (*et al.*), 2003, pp. 30-31.

⁵⁵⁰ Al respecto, CUADRADO PÉREZ, C., 2003, p. 107, afirma que si uno no puede vincularse perpetuamente a no disponer de la propiedad, por los mismos principios constitucionales (arts. 10 CE o, entre otros, 348 y 155 Cc), tampoco puede atar indefinidamente la autonomía privada negocial. Por otra parte, Díez-Picazo, L.; Gullón, A., 2000, p. 66, afirman que si no he hubiera establecido ningún plazo, habrá que completar esa ausencia con la buena fe o los usos (art. 1.258 Cc), atendiendo al tipo de contrato.

⁵⁵¹ *Vide*, entre otros, Díez-Picazo, L., *ADC*, 1995, pp. 21 y ss.; Martínez Gallego, E. M., 2000, pp. 108-109; Brenes Cortés, J., *RDP*, p. 83. Menéndez Mato, J. C., 1998, p. 188, advierte que, en el caso de que el oferente no se pronuncie sobre la vigencia, se establecerá de acuerdo a «sus circunstancias particulares y/o a los usos existentes en el ámbito contractual en el que está inmersa». Al hilo de su estudio de la formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Perales Viscasillas, P., 1996, pp. 574-575, destaca el valor del uso del término «duración razonable» ya que, lejos de producir incertidumbre en las relaciones negociales, aporta una seguridad adaptable y flexible a las particularidades de cada negocio concreto, «especialmente ante la posibilidad de que compradores y vendedores pertenezcan a entornos económicos distintos». Reitera la autora esta idea en *NUE*, p. 94.

⁵⁵² No se podría concluir lo mismo cuando lo que pretenda el predisponente sea sacar provecho de su situación de superioridad jugando con ese plazo a su favor. Pertíñez Vílchez, F., 2011, p. 792, alude

les⁵⁵³ apunta en un intento de concretar la regla contenida en la Convención de Viena acerca de la «duración razonable»: habrá que estar al medio de comunicación empleado por el oferente, la forma de comunicar la aceptación o a las circunstancias de la transacción, donde aspectos tales como el tipo de las mercancías ofrecidas –perecederas, con precio sujeto a constantes variaciones– o la complejidad del acuerdo que se pretende alcanzar pueden hacer de un plazo procedente en un contexto que no lo sea en otro.

Si la regla de la duración limitada de la oferta se establece como una medida de protección al oferente en general⁵⁵⁴, esta tutela tiene todavía más sentido cuando se trata de condiciones generales impuestas por el empresario predisponente a la declaración del adherente que hace el pedido. Sería tanto como dejar a la decisión de una de las partes la conclusión del contrato y ni siquiera el argumento de que es el oferente el que ha renunciado a fijar un plazo tendría sentido en el supuesto que valoramos: al referirnos a condiciones generales, el adherente no ha tenido la posibilidad de limitar el tiempo con el que cuenta el predisponente para aceptar la oferta. Y no sólo en la contratación con consumidores sino también entre empresarios, que se pueden ver igualmente afectados por una vinculación demasiado larga impuesta por el predisponente⁵⁵⁵. Es más, la celeridad característica de las relaciones comerciales impone la necesidad de un plazo que no se prolongue más que lo estrictamente necesario para cerrar el contrato mercantil y, por otra parte, que esté claramente definido. Porque lo escrito acerca de los plazos excesivamente largos también es de aplicación para el otro supuesto que recoge el precepto en sede de consumo y del que nos ocuparemos a continuación: que el plazo para la aceptación o rechazo de la oferta esté insuficientemente determinado.

Estaríamos hablando de la imposición de un plazo para que el predisponente aceptara la «oferta» o pedido de la contraparte y se perfeccionara el contrato caracterizado por una elevada indeterminación. En este caso, la doctrina ha vinculado este plazo insuficientemente determinado con lo que podría ser un problema de comprensión por parte del adherente debido al uso de términos imprecisos –situándolo en el ámbito de la falta de incorporación, arts. 5 y 7 LCGC– o, por otra parte, con una situación en la que se deja al arbitrio de

a un empresario que pretende tener la posibilidad de desvincularse de la oferta si durante ese lapso de tiempo el contrato deja de interesarle por razones diferentes al análisis de las particularidades de una oferta concreta, sino con las fluctuaciones del mercado o con aspectos organizativos internos.

⁵⁵³ PERALES VISCASILLAS, P., 1996, pp. 574 y ss.

⁵⁵⁴ Díez-PICAZO, L., *ADC*, 1995, p. 29.

⁵⁵⁵ Ciertamente es que la oferta, en nuestro ordenamiento jurídico es, por regla general, revocable, salvo algunas modalidades de contratación, pero con consumidores. Acerca de la revocabilidad de la oferta, *vid.* CUADRADO PÉREZ, C., 2003, pp. 85-102.

una de las partes, el predisponente, la perfección del contrato, si la indeterminación consiste en el acontecimiento de un suceso que depende del predisponente o que está dentro de su esfera de actuación –art. 1256 Cc y la interdicción de la arbitrariedad–⁵⁵⁶. También en estos supuestos deberían ser objeto de protección los empresarios adherentes. Parece que se podrían reconducir por cualquier de las dos vías mencionadas en la medida en que los preceptos citados les son de aplicación a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios y a todos los contratos en general, respectivamente. No podemos olvidar que la indefinición supone un aumento de inseguridad jurídica, siendo éste un elemento fundamental en el tráfico jurídico mercantil y que esta incertidumbre puede llegar a suponer una contrariedad a la buena fe también en la contratación entre profesionales.

Todo esto, como se adelantó, con matices. Si en contratos con consumidores estamos ante una «cláusula gris», en el sentido de que es necesario que se valore en el caso concreto si es abusiva o no, más todavía ha de hacerse esta valoración caso por caso en el ámbito mercantil, donde los usos, costumbres y prácticas, generales, de un sector o entre las empresas contratantes, pueden hacer que una cláusula que pudiera encajar en estos supuestos no infringiera, sin embargo, los principios antes reseñados⁵⁵⁷.

b) Plazo para satisfacer la prestación debida

Cambiando de fase de la relación contractual, el fundamento de la abusividad de una cláusula en virtud de la cual el plazo para satisfacer la prestación debida sea excesivamente largo es que esa dilación puede suponer la frustración del interés del adherente en el contrato. Del mismo modo, un plazo que no está claramente delimitado implica para la parte débil en la relación jurídica incertidumbre acerca del momento en el que va a ver satisfecho su interés con

⁵⁵⁶ DURANY PICH, S., 2002, p. 985; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, pp. 999.

⁵⁵⁷ Efectivamente, tomando el último supuesto, la incidencia de las prácticas que las empresas contratantes hayan venido observando puede ser determinante para concluir la validez de una cláusula con el contenido que nos ocupa: en la medida en que las formas de perfeccionar un contrato pueden ser mucho más informales entre empresarios con una trayectoria en común, un plazo que aparentemente está indeterminado puede no estarlo tanto si existen relaciones comerciales previas que permitan delimitar el intervalo de tiempo en el que está vigente la oferta. Aunque referida a una fecha lejana, 1964, la Recopilación que llevó a cabo el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España (1964), nos proporciona algunos ejemplos de la forma de proceder en la formación del contrato cuando se trataba de clientes habituales. A modo de ejemplo, en el caso de pedidos que deben aceptarse o confirmarse por el vendedor, era usual prescindir de dicha aceptación, entendiéndose por tal la remisión de la factura de envío (Madrid) o también que esta aceptación se manifestara mediante el simple envío de la mercancía (Oviedo).

la prestación del predisponente y le permite a éste, por su parte, alterar las reglas sobre imputación de responsabilidad por retraso en el cumplimiento, manejando el riesgo de incurrir en mora⁵⁵⁸. Ambos tipos de cláusulas están consideradas como abusivas en Derecho de consumo por el art. 85.1 TRLC.

Respecto al primer supuesto, la fijación de un plazo anormalmente amplio para el cumplimiento de la prestación por parte del predisponente, también puede suponer una contravención a la buena fe en la contratación por adhesión entre empresarios. En otro orden de cosas, además, de nuevo la celeridad vuelve a ser un parámetro de gran importancia en el tráfico jurídico mercantil, celeridad que parece enfrentarse a una dilatación del cumplimiento más allá de lo que se podría considerar oportuno⁵⁵⁹.

Si se hace un recorrido por la normativa que sí le sería de aplicación a estos contratos, se puede concluir que existe una tendencia a considerar que el plazo de cumplimiento debe ser el «razonable», adecuado al tipo de prestación, entre otros factores a tener en cuenta. Ello, sin embargo, en ausencia de pacto, por lo que en una buena parte de los casos no existiría limitación imperativa al respecto, ya sea contratos negociados ya de adhesión. El legislador, consciente de los abusos que se pueden producir, ha querido limitar en el ámbito de las operaciones comerciales entre empresas y en lo que a nosotros concierne en este apartado, el plazo de exigibilidad del pago, mediante la LMOC⁵⁶⁰.

Comenzando por la regulación del plazo de cumplimiento de las obligaciones en el Código Civil, el art. 1113 de este texto insta la regla de la exigibilidad inmediata («será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto...») aunque, como matiza Díez-Picazo⁵⁶¹, los imperativos de la buena fe permiten entender que el deudor debe disponer de un tiempo razonable para la ejecución de la prestación cuando, aun siendo ésta inmediata, de su naturaleza o circunstancias se desprenda que es necesario un plazo, aunque sea mínimo⁵⁶². En contraposición con esta

⁵⁵⁸ CÁMARA AGUILA, M. P., 2000, pp. 840-842; DURANY PICH, S., 2002, pp. 986-989; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 794-798.

⁵⁵⁹ La STS 13 de febrero de 2008 [RJ\2008\5495] sirve para ilustrar los perjuicios que puede conllevar la determinación de un excesivo plazo para el pago. En el caso concreto, un contrato de suministro de materiales para la construcción, señala el órgano jurisdiccional que si bien es normal en el tráfico mercantil que la suministradora tenga que soportar unos costes financieros derivados del aplazamiento del pago, en el supuesto de hecho representan un coste notable, perjuicio que debe ser compensado para no vulnerar la interdicción de la arbitrariedad y la buena fe.

⁵⁶⁰ *Vide* Segunda parte. Capítulo III. I. 10.

⁵⁶¹ Díez-Picazo, L., 2008, p. 375.

⁵⁶² Ante la falta de plazo señalado de la obligación, según el art. 1128 Cc, los tribunales fijarán la duración de aquél. Sobre este precepto volveremos al tratar los plazos insuficientemente determinados para el cumplimiento de la prestación.

exigibilidad «inmediata», y dado que en los contratos mercantiles se opera, en muchas ocasiones, a crédito⁵⁶³, el art. 62 Ccom señala unos plazos más amplios para la exigibilidad de las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o el legislador, como son «diez días después de contraídas, si sólo se produjeren acción ordinaria, y al día inmediato, si llevaren aparejada ejecución»⁵⁶⁴.

El art. 1119 de la Propuesta para la Modernización positiviza esa idea de la buena fe que apuntábamos para determinar el plazo de cumplimiento de la obligación. Tanto en el caso de que la obligación no señale plazo –pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse– como en el caso de la existencia de un término cuya fijación depende de la voluntad de una de las partes, se podrá requerir la fijación del mismo «de acuerdo con el título y las exigencias de la buena fe».

Al hilo de contratos en particular, también encontramos plazos determinados en la regulación de la compraventa mercantil –respecto de la cual el art. 337 Ccom señala las veinticuatro horas siguientes al contrato para la puesta a disposición por el vendedor de las mercancía vendidas, si no se hubiera estipulado plazo de entrega– o en el contrato de préstamo mercantil –el art. 313 del mismo texto prohíbe exigir al deudor el pago antes de los treinta días contados desde el requerimiento notarial, en el caso de préstamos por tiempo indeterminado o sin plazo marcado de vencimiento–. Por el contrario, no hallamos referencia alguna a plazos de cumplimiento en la regulación del contrato de depósito, comisión o cuenta en participación.

La Ley 50/1980, de Contrato de seguro, sí que impone un plazo determinado para el cumplimiento de la obligación, esto es, satisfacer la indemnización, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro, para el pago del importe mínimo de lo que el asegurador pueda deber (art. 18)⁵⁶⁵ y tres meses desde la producción del siniestro para su prestación en general (art. 20.3.º). El art. 16 de la Ley 12/1992, sobre Contrato de agencia, por su parte, dispone que la comisión se pagará no más tarde del último día del mes siguiente al trimestre natural en el que se hubiere devengado, aunque fa-

⁵⁶³ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, p. 49.

⁵⁶⁴ PEINADO GRACIA, J. I., 2009, p. 221, apunta que la utilidad de este artículo estriba en que no hay que entrar a considerar cuáles son los plazos derivados de la naturaleza y circunstancias a las que hace alusión el apartado primero del art. 1128 del Cc, resultando una mayor certeza en el cumplimiento de las obligaciones. Señalan la diferencia con el artículo de la norma civil URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, pp. 48-49; VILA FLORENSA, P., 2002, p. 519.

⁵⁶⁵ Se entiende el plazo como necesario para llevar a cabo la verificación del siniestro mediante las investigaciones y peritajes necesarios, pudiendo evitar que se devenguen intereses por mora si la dilación se basa en una causa justificada (ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (*et al.*), 2003, p. 49).

culta a las partes para pactar un plazo menor. Se trata por tanto de una norma imperativa que tan solo permite la desviación para acordar un plazo inferior, de tal manera que el legislador se asegura de que el agente no resulta afectado por un excesivo retraso⁵⁶⁶.

En cuanto a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996), regula de forma bastante detallada los plazos de pago a los proveedores por las adquisiciones de productos efectuadas por los comerciantes. El art. 17 de este texto legal es el encargado de fijar estos plazos, disponiendo uno máximo general de treinta días a partir de la fecha de entrega, a falta de pacto expreso. En el caso de productos de alimentación frescos y los perecederos, instaura un límite para los aplazamientos de pago, que no pueden exceder en ningún caso de treinta días. Y de sesenta, en el caso de los demás productos de alimentación y gran consumo (salvo pacto expreso en el que se prevean compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario, sin que pueda en ningún caso, exceder el plazo de noventa días)⁵⁶⁷.

Otro contrato cuya normativa regula los plazos de cumplimiento de la prestación es el de transporte terrestre de mercancías. Así, el art. 33.1 de la Ley 15/2009 dispone que, en defecto de plazo pactado, la mercancía deberá ser entregada al destinatario dentro del término que «razonablemente emplearía un porteador diligente», según las circunstancias del caso y fijando máximos para el supuesto de transporte ferroviario, aunque también de un modo dispositivo puesto que son de aplicación en defecto de pacto. Respecto de la otra prestación, el pago del precio, el legislador remite a la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su plazo de treinta días para el pago del transporte, pudiendo pactarse en contrario, siempre que no implique un contenido abusivo en perjuicio del porteador, en cuyo caso será nulo (art. 41, con remisión al art. 9 de la LMOC).

Efectivamente, no podemos plantear esta cuestión sin hacer una referencia a la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que, precisamente, aborda el problema de los plazos de pago excesivamente amplios que dan lugar a consecuencias negativas en la pequeña y mediana empresa. Por este motivo el art. 4, ante la falta de pacto, fija un

⁵⁶⁶ Como señala MONTEAGUDO, M., 2000, p. 315, la norma española pretende mantener el interés del empresario y del agente: del primero, retrasando el pago respecto de la operación, con la consiguiente posibilidad de financiar el importe con los beneficios resultantes; del segundo, con el ya apuntado límite máximo en el plazo de cobro.

⁵⁶⁷ En todo caso, tenemos que remitirnos a la controversia acerca de su relación con la LMOC, pp. 253 y ss.

plazo de pago de treinta días después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso aunque se hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad. Este plazo de treinta días admite pacto en contrario con el límite máximo de sesenta días y con sujeción a un control de abusividad: si comporta una situación abusiva en perjuicio del acreedor –considerando todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio–, será declarado nulo (art. 9). Nos remitimos, en todo caso, a lo expuesto posteriormente en el apartado correspondiente a la Ley de medidas de lucha contra la morosidad.

Fuera de la legislación nacional, también hacen referencia a la duración del plazo para el cumplimiento la Convención de Viena y los Principios UNIDROIT, ambos en la misma línea. Así, el criterio al que hace alusión el art. 33 del primer texto legal es a la entrega de las mercancías por parte del vendedor «dentro de un plazo razonable a partir de la celebración del contrato», a falta de pacto⁵⁶⁸, de igual modo que el 6.1.1.c) de los Principios UNIDROIT, con una cláusula de cierre similar⁵⁶⁹. Por su parte, el art. 7:102 de los PECL dispone que, si el contrato no señala una fecha determinada o determinable para el cumplimiento, las partes deben cumplir sus obligaciones «en un plazo razonable desde el momento de conclusión del contrato». En el mismo sentido se remite al criterio de la razonabilidad en la regla 2:102(1) (Libro III) del DCFR.

Como habíamos adelantado, lo que se observa es que el parámetro utilizado cuando no se fija un plazo concreto es el de la *razonabilidad* y que, en los textos legales en los que el legislador ha determinado un plazo (ya sea con carácter imperativo, ya –la mayor parte de las veces– con carácter dispositivo), éste varía en gran medida de un tipo de contrato a otro. Las circunstancias que permiten entender este hecho vienen dadas por las diferencias exis-

⁵⁶⁸ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., 1998, p. 274, contrapone la aparente sencillez y claridad de la fórmula con el «sinfin de problemas interpretativos» que ha generado. «Corresponderá básicamente al vendedor» –escribe el autor– «determinar el momento de la entrega gozando para ello de una gran libertad siempre que no se retrase de forma irrazonable».

⁵⁶⁹ MADRID PARRA, A., 2003, p. 287, expone las dificultades de la determinación del concepto jurídico de ascendencia anglosajona de lo razonable, teniendo que recurrir a criterios de interpretación que permitan concretar cuál es el momento razonable en cada caso. Si bien es verdad que puede existir una divergencia entre lo que cada una de las partes considera razonable, es un criterio –al que se recurre, como estamos viendo, en todos textos supranacionales– que permite la flexibilidad necesaria para tener en cuenta el abanico de circunstancias que pueden diferenciar un contrato de otro en este sentido.

tentes entre sectores, según el tipo de producto objeto del contrato y la complejidad el mismo ⁵⁷⁰.

Así las cosas, respecto del pago del precio, aunque en los contratos en el ámbito mercantil sea lo normal jugar con los plazos para operar a crédito, el legislador ha querido limitar los usos del comercio que habían venido consagrando plazos de pago excesivamente dilatados y cuyo objetivo era buscar solvencia adicional para el deudor a expensas del acreedor, mermando la rentabilidad de las empresas. Es decir, es patente la preocupación por controlar los abusos que se pueden producir amparándose en la falta de normativa imperativa al efecto. Tanto que, como se ha señalado en reiteradas ocasiones, ha sido a esta materia –junto con aspectos relacionados con el tipo de interés de demora y similares– la primera a la que le ha sido de aplicación un control de contenido en contratos entre empresarios (mediante la LMOC). Para el resto de los abusos que no entren dentro del ámbito de esta norma y según la configuración del plazo, se podrá estar al art. 1256 Cc o, en todo caso, a la contrariedad con la buena fe.

Retomando el otro supuesto contenido en el art. 85.1 del TRLC, la justificación para poner en entredicho una cláusula en la que el plazo para que el predisponente cumpla su obligación no está suficientemente determinado viene dada por la voluntad de evitar que el adherente quede vinculado al contrato, mientras que el predisponente tiene un gran margen para decidir cuándo se entiende que ha de satisfacer la prestación, evitando incurrir mientras tanto en responsabilidad por retraso en el cumplimiento ⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ DURANY PICH, S., 2002, p. 988, por su parte, apunta dos criterios para medir la razonabilidad de la duración de un plazo, como son el tipo de prestación objeto de la obligación y las fundadas expectativas de los consumidores, siempre que sean o puedan haber sido reconocibles para el predisponente.

En la Recopilación de usos, costumbres y prácticas del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, aunque fechada en 1964, se hace referencia a esta variación extraordinaria de los plazos de entrega de la cosa de un sector mercantil a otro y según se trate de compraventas celebradas entre fabricante y comerciante o comerciante mayorista a minorista, siendo normalmente superior al de veinticuatro horas señalado en el Código de Comercio. Se incluye información sobre una serie de plazos que resultaban usuales según el sector (frutería, han de servirse los pedidos inmediatamente; paquetería y tejidos, dentro de la temporada; vino, ocho días en época normal, considerándose anormales las proximidades de las fechas de gran pedido; maderas, pequeños pedidos de uno a tres días, grandes, de uno a tres meses, etc.). En el sector de la fundición de hierro en Barcelona, el plazo de entrega fuera de piezas de serie, dependía de la dificultad del trabajo (Barcelona) (pp. 136-144). Como se puede observar, el carácter del producto tiene una importancia directa en los plazos usuales, pudiéndose establecer una cierta correlación –y siendo conscientes del tiempo transcurrido desde la toma de estos datos– con la diferenciación que hace, por ejemplo, la LOCM cuando establece un plazo claramente distinto para los alimentos frescos y perecederos, de otros con características que no hacen necesario una entrega tan inmediata.

⁵⁷¹ A modo de ejemplo, PÉREZ DE LA CRUZ, A., 2001, p. 239, alude a la trascendencia que tiene el término para efectuar la entrega en los contratos de obra entre empresarios, por lo que, apunta el autor, es frecuente el establecimiento de cláusulas concernientes a este particular aunque no sea absolutamente imprescindible para su válida celebración.

De igual modo que se apuntó en el supuesto de la aceptación o rechazo de la oferta, la oposición a un plazo insuficientemente determinado también se podría articular entendiéndolo como causa de una posible ausencia de comprensión y reconduciéndolo, así, hacia un supuesto de falta de incorporación (arts. 5 y 7 LGCG), control al que sí que se ven sujetos los contratos mercantiles mediante condiciones generales. Por otra parte, como ejemplo de cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85 TRLC) y dado que la indeterminación está llamada a ser resuelta por el predisponente, de nuevo estaríamos ante un caso en el que el plazo para cumplir con la prestación quedaría al arbitrio del mismo, situación prohibida por el art. 1256 Cc.⁵⁷².

Pues bien, para valorar si una indeterminación del plazo de cumplimiento de la prestación por parte del predisponente puede llegar a suponer una contravención al Derecho en contratos mercantiles, nos parece imprescindible prestar atención de nuevo a los usos en el tráfico. Efectivamente, de la forma habitual de expresar los plazos de entrega y recogida en la contratación entre empresarios se puede concluir que términos que en contratos con consumidores serían calificados de indeterminados, no tienen el mismo carácter cuando ambas partes son empresarios en la medida en que tienen asociada en realidad una «equivalencia» con un plazo relativamente concreto derivado de los usos y/o del tipo de producto o sector⁵⁷³. Por lo tanto, para poder llegar a

⁵⁷² Aprovechamos esta apreciación para vincular este supuesto con el recogido en el art. 85.8, esto es, cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario. Un plazo de carácter indicativo también adolece, en cierto modo, de indeterminación, a lo que se suma que se está dejando recaer la facultad de concretar dicho elemento sobre la voluntad del predisponente.

⁵⁷³ Así, por ejemplo, un contrato en el que se especifica que la entrega es «inmediata», se considera que se realizará en ocho días como máximo; remesa «pronta» significa entrega en un término de veintidós días como máximo (contratos de cereales en la Lonja en Barcelona). En otros casos, las expresiones «inmediata» o «inmediatamente» aplicadas como plazo de expedición, significan que ésta tendrá lugar dentro de los ocho días siguientes a la fecha del contrato; «pronto», dentro de los quince días; «lo más pronto posible», «lo antes posible», «a la mayor brevedad posible», «cuanto antes», dentro de los veintidós días, «por primer vapor», se entenderá el primer vapor obtenible o flete corriente (contratación del Consulado de la Lonja de Valencia, cláusula de interpretación de plazos común a todos los contratos oficiales). En el caso de la expresión «pago al contado», resulta difícil precisar su exacto sentido ya que se interpreta según el uso y costumbre de cada rama del comercio y, aún dentro de cada una de ellas, se interpreta en forma distinta, según las circunstancias de la operación; de tal modo que, según los casos, puede entenderse que significa el pago que ha de hacerse inmediatamente después de la entrega de la mercancía que conste en la factura, hasta el que se efectúa a los treinta días y mes de la factura, es decir, el que se verifica al fin del siguiente mes al mes en el que la factura se formula (Barcelona). Una forma usual de pago en la compra-venta de textiles es «valor septiembre u octubre», y a partir de esas fechas se concede un plazo de noventa días (Alcoy). En el caso de los usos y costumbres mercantiles de la región de Valencia, la materia prima básica para fabricar calzado –en este caso, ganchillo o rejilla– puede y debe ser calificada entre los artículos llamados de temporada, debiendo ser entregados estos artículos antes de finalizar el mes de julio. Al tratarse de un artículo cuyo consumo es de temporada de verano, aunque los contratantes no hayan fijado

la conclusión de que en una cláusula incluida en un contrato de adhesión entre profesionales está insuficientemente determinado el plazo de cumplimiento, no hay que quedarse en la literalidad de los términos utilizados, puesto que los usos y prácticas habituales suelen ser los que completan o determinan el plazo dentro del cual está obligado el predisponente a cumplir su prestación.

Por otra parte, la doctrina ha evidenciado que en muchos casos en los que el plazo esté insuficientemente determinado o el predisponente se reserve el plazo directamente o haciéndolo depender de circunstancias que le son imputables –que es tanto como decir que el plazo no está determinado porque la concreción reside en el ámbito de control de una de las partes–, estaríamos en el supuesto regulado por el art. 1128 Cc, en virtud del cual los plazos no pueden quedar a voluntad del deudor. Así, no sólo en contratos con consumidores sino en todo tipo de contratos, en principio, cualquier acreedor podrá solicitar a los tribunales que fijen la duración del plazo de cumplimiento⁵⁷⁴.

Ahora bien, una de las notas características de las obligaciones mercantiles, derivada de la celeridad que impregna las relaciones comerciales, es lo que se ha llamado la «fatalidad del término de cumplimiento»⁵⁷⁵, es decir, la prohibición de los términos de gracia y cortesía que sí se contemplan en el ámbito civil, tal y como reza el art. 61 Ccom⁵⁷⁶. El propio precepto señala dos excepciones a la imposibilidad de admitir la prestación una vez instada la resolución –la previsión de las partes o la previsión de una norma–, excepciones a las que la doctrina añade el supuesto del art. 1128 Cc, esto es, que sea el juez el que fije la duración del plazo de las obligaciones cuando éstas no lo señalen. Frente a esto, nos parece más acertada la opinión de aquellos autores⁵⁷⁷ que señalan que la facultad concedida en el referido artículo del Código Civil es incompatible con el art. 61 Ccom, que recalca que no se conceden más plazos que los previstos por las partes o los concedidos por la ley y que, por tanto, no quiere dejar al arbitrio del juez la determinación del día del vencimiento.

un plazo tope de entrega, se entiende que el vendedor está obligado a servirlos dentro del plazo máximo de dicha temporada. De nuevo, ejemplos sacados de Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1964, pp. 137, 141, 142, 159.

⁵⁷⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 796-797. Este autor apunta que, según el sistema objetivo de distribución de riesgos del art. 1105 Cc, deberían ser abusivas las cláusulas que condicionen el plazo de cumplimiento de la prestación del empresario al acaecimiento de un hecho que no fuera ajeno al ámbito de control del empresario deudor de la prestación o que no fuera imprevisible o evitable. También acerca del art. 1128 Cc y los plazos insuficientemente determinados, CÁMARA AGUILA, M. P., 2000, p. 842.

⁵⁷⁵ PEINADO GRACIA, J. I., 2009, pp. 220-221.

⁵⁷⁶ Art. 61 Ccom: «No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho».

⁵⁷⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, p. 48; PEINADO GRACIA, J. I., 2009, p. 221; VILA FLORENSA, P., 2002, pp. 517 y 518.

1.1.7 *Cláusulas relacionadas con la prórroga automática del contrato*

Ambas partes en un contrato pueden salir beneficiadas de la prórroga del mismo por más tiempo del fijado inicialmente. Por tanto, no tiene por qué resultar un problema el hecho de que en un negocio jurídico se prevea la prórroga tácita del mismo salvo manifestación de voluntad en contrario. Así las cosas y tal y como acertadamente señalan algunos autores, una cláusula que fija el plazo para que las partes puedan manifestar esa voluntad de desvincularse del contrato una vez llegado el término del mismo y evitar, así, que continúe vigente como consecuencia de una prórroga tácita, no tiene por qué ser abusiva⁵⁷⁸. No obstante, el régimen de esta prórroga debe ser sometido a control para evitar que una parte –en este caso, el adherente– quede vinculado al contrato sin que sea ésta su voluntad y sin que haya tenido posibilidades reales de manifestarla. Esta es la idea de fondo del apartado 2 del art. 85 TRLC, de aplicación a relaciones con consumidores y que proscribire las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, pp. 798-799.

⁵⁷⁹ Un supuesto respecto del que existe una copiosa jurisprudencia –sobre todo de Audiencias Provinciales– es el de los contratos de mantenimiento de ascensores, en los que son frecuentes cláusulas que fijan un plazo de duración mínima del contrato (ej.: diez años, cinco años), entendiéndose el mismo automáticamente prorrogado por iguales periodos sucesivos si alguna de las partes no lo denuncia con la antelación señalada en el contrato (ej.: 90 días, 120 días) respecto de su fecha de vencimiento y prórroga. La jurisprudencia está dividida en cuanto a la consideración de «abusiva» o no de este tipo de cláusulas, aunque normalmente se mezcla en la argumentación la valoración de la proporcionalidad o no de la cláusula penal que se suele incluir en este tipo de contratos (de tal modo que en ocasiones no se declara nula la cláusula de duración y prórroga sino que se opta por moderar dicha indemnización). Aunque en la mayoría de los casos se trata de contratos que se incluyen dentro del ámbito de aplicación del TRLC –pues se trata de ascensores en comunidades de propietarios– (aceptándolas, SSAP Ourense de 21 de diciembre de 2009 [JUR\2010\75706], A Coruña de 31 de julio de 2012 [JUR\2012\315175], Albacete de 31 de julio de 2012 [JUR\2012\291762], Alicante de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\78996], Lugo de 21 de diciembre de 2011 [AC\2012\62], Cuenca de 29 de enero de 2014 [AC\2014\124], Albacete de 3 de enero de 2014 [JUR\2014\4459]; en contra, SSAP Valencia de 25 de enero de 2012 [JUR\2012\172556], Badajoz de 10 de septiembre de 2012 [JUR\2012\319040], Barcelona de 5 de julio de 2013 [JUR\2013\340810]), existen otros supuestos en los que los ascensores pertenecen a entidades empresariales. Así ocurre, por ejemplo, en la STS 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467] y las SSAP Segovia de 30 de junio de 2011 [AC\2011\1612] y 17 de noviembre de 2011 [JUR\2011\320076]. En el primer caso se trata de un ascensor situado en una residencia de ancianos lo que claramente, a juicio del TS, impide la aplicación del TRLC. No se pronuncia directamente sobre la validez de la cláusula de duración del contrato (diez años prorrogables por iguales períodos sucesivos con un plazo de 180 días de antelación para la denuncia) pues el recurso del que conoce se centra en la pena convencional. Sin embargo, y a diferencia de las sentencias de las instancias inferiores, que habían considerado excesivo el plazo por lo prorrogado en el tiempo, parece que implícitamente el Tribunal la da por válida basándose en que ha sido lo querido por los contratantes. Diferente es el caso de los contratos que tienen por objeto las dos

A nuestro juicio, no es ajeno al objeto del trabajo el problema que puede suponer una cláusula restrictiva en este sentido a la contratación entre empresarios, toda vez que es frecuente que las relaciones que se establezcan entre estos sujetos sean, precisamente, de carácter prolongado o duraderas en el tiempo con lo que estaría justificada la configuración de una prórroga tácita de la vinculación que une a las partes dados los beneficios de no tener que concertar un nuevo contrato cada vez que venza el plazo del anterior. Esta situación, sin embargo, puede ser aprovechada por el predisponente para, por una parte, establecer períodos de prórroga demasiado extensos o bien, por otra, para abusar a través de un plazo de preaviso diferente al que el adherente pudiera esperar y que le impida, por tanto, manifestar su voluntad de dar por terminada la relación. Es decir, se estarían mermando sus posibilidades efectivas para decidir la no prórroga del contrato si el plazo límite que se fija para el preaviso es mayor de lo que razonablemente cabría esperar, atentando contra la buena fe por la vinculación sorpresiva que genera para el adherente empresario.

Con las apreciaciones anteriormente señaladas, parece que para determinar la abusividad de este tipo de cláusulas de prórroga salvo preaviso lo fundamental estriba en analizar cuándo un plazo de preaviso es razonable y no resulta anormalmente lejano respecto del término del contrato. No encontramos muchas pistas en la legislación vigente. La situación más equiparable es la contenida en el art. 22 de la Ley de contrato de seguro, en virtud del cual, si bien se puede establecer que el contrato se prorrogue por períodos no superiores a un año cada vez, se faculta a las partes para oponerse a esa prórroga mediante una notificación escrita, efectuada con un plazo de dos meses de anticipación a la conclusión del período del seguro en curso⁵⁸⁰.

Por su parte, la Ley de contrato de agencia también regula el plazo de preaviso exigido en los casos de denuncia unilateral de cualquiera de las partes de un contrato de duración indefinida. Así, el art. 25 es el encargado de deter-

resoluciones de la AP de Segovia –mantenimiento de ascensores en sendos establecimientos hoteleros–. Tampoco considera el órgano jurisdiccional que haya problemas con las cláusulas pero su contenido es distinto: se trata de contratos de un año de duración prorrogable por anualidades sucesivamente y con un preaviso de 180 días, lo que desde luego nada tiene que ver con los plazos duraderos que se suelen ver en este tipo de contratos. Sí que influye la duración para la valoración de otras condiciones como aquella por la que se incluye una indemnización de un importe equivalente a las cuotas pendientes hasta el vencimiento del contrato en el caso de desistimiento del mismo. «Resulta desproporcionada», dice la Audiencia en la sentencia de 17 de noviembre de 2011, «porque habida cuenta el dilatado plazo de antelación con el que debe ser denunciado el contrato, la cantidad resultante superaría con creces incluso la que se tendría que abonar por la demandada durante todo el tiempo de vigencia del contrato» (no se cumplió el preaviso de 180 días y el contrato se tendría que prorrogar un año más).

⁵⁸⁰ La justificación para que el legislador establezca la prórroga tácita en la regulación del contrato de seguro viene dada, en palabras de TIRADO SUÁREZ, F. J., 2009, p. 706, por «el carácter de contrato de tracto sucesivo ínsito en el contrato de seguro».

minar el plazo de preaviso necesario, en función de la vigencia del contrato: el preaviso será de un mes para cada año de vigencia del contrato con un mínimo de un mes y un máximo de seis. Aunque las partes pueden pactar mayores plazos de preaviso, siempre ha de cumplirse la regla según la cual el plazo del agente no puede ser inferior al establecido para el empresario⁵⁸¹.

Si bien no nos parece pertinente aplicar por analogía esta regulación por tratarse de un supuesto distinto –en el caso que nos ocupa estamos ante un plazo para manifestar la voluntad de no prorrogar un contrato de duración determinada, mientras que en el contrato de agencia se trata de un plazo para emitir una declaración de voluntad encaminada a dar por finalizado un contrato de duración indeterminada– sí que nos parece interesante tomar de la regulación del preaviso en el contrato de agencia la idea de que este plazo debe estar relacionado con la duración del contrato. De este modo, es razonable que para evitar la prórroga automática de un contrato que ha vinculado a las partes durante un largo período de tiempo, tenga que haber un plazo de preaviso mayor que en el caso de una relación de escasa duración. Así, si la vinculación entre las partes ha sido breve, sí que sería contrario a la buena fe incluir una fecha límite desproporcionada –en cuanto a larga– respecto del tiempo de contrato. Por otra parte, acaso pueda defenderse como más adecuado –siguiendo el esquema de la Ley de contrato de agencia– el plazo de un mes para emitir la voluntad contraria a la prórroga automática respecto de un contrato de un año, que los dos meses que se señalan en el art. 22 de la LCS. Ahora bien, dentro de lo que se considera como un plazo «razonable» y estando ante una relación mercantil, no será la duración del contrato la única variable que influya de manera estricta, sino también otras circunstancias que pueden hacer que lo proporcionado del plazo varíe de un negocio jurídico a otro. El sector del mercado en el que se que inserte la relación contractual, las circunstancias organizativas de las partes, la necesidad de previsión de infraestructura de personal y de equipos para el desarrollo de la actividad, la capacidad de los empresarios para encontrar una alternativa o la inversión o especialización realizada con motivo de la relación, podrían ser algunos de los factores a tener en cuenta para la modulación del plazo de preaviso.

Si se considera, a la vista de la configuración del preaviso y del plazo de prórroga, que queda en manos del predisponente la duración del contrato (es decir, que la cláusula lleva al adherente a quedar vinculado al mismo sin que sea ésa su voluntad), el art. 1256 Cc supondría una vía para declarar la nulidad

⁵⁸¹ Aunque se refiera al preaviso para la extinción del contrato, *vid.* MARTÍNEZ SANZ, F., 2000, pp. 414 y ss.

de la cláusula. Ésto, sin perjuicio de la función que puede desempeñar la figura de la buena fe en casos en los que se genera con este tipo de cláusulas un perjuicio al adherente pero sin llegar a entender que el contrato queda en manos del predisponente (*vide* Tercera parte. Capítulo II).

1.1.8 *Cláusulas restrictivas respecto de los acuerdos o compromisos adquiridos por representantes o mandatarios*

La participación del comerciante en el tráfico jurídico a través de apoderados o mandatarios que actúen en su nombre y por su cuenta está expresamente contemplada en la legislación. Las propias necesidades del tráfico mercantil en masa hacen que sea habitual que el empresario se haga valer de otras personas⁵⁸². Los arts. 281 y siguientes Ccom trazan el régimen de los llamados factores, dependientes y mancebos, como formas del mandato mercantil siendo el art. 286 de esta norma el encargado de subrayar que «los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlo (...) siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento (...)»⁵⁸³.

Pues bien, las cláusulas que nos ocupan –que tienen por objeto privar de efectos a aquellos acuerdos individuales a los que pudiera haber llegado el adherente con representantes del predisponente– representan un ejemplo de vulneración de la primera regla de interpretación contenida en el art. 6 LCGC: la regla de la prevalencia de las condiciones particulares específicamente pre-

⁵⁸² PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M., 2002, p. 1144.

⁵⁸³ En el Anteproyecto de Código mercantil se mantiene esta idea en los arts. 121-1 y siguientes, reguladores de la representación del empresario, tal y como se desprende de la propia EM (apartado II-8).

Por otro lado, si ya la actividad empresarial general requiere de la colaboración de auxiliares en general, esta necesidad se ve incrementada en el Derecho de la navegación, dada la complejidad de la actividad que se desarrolla. De esta suerte, se contempla en el Código de Comercio una serie de figuras que conforman el personal colaborador del empresario de la navegación. Por una parte, del naviero, tanto en tierra –el gestor naval, un apoderado que actúa en nombre y representación del naviero o el consignatario del buque, representante general del naviero en los puertos de escala de sus buques– como a bordo –resaltar la figura del capitán que, no obstante, ha visto disminuida su importancia con el paso del tiempo–. Por otra, del empresario de la navegación aérea, distinguiéndose igualmente entre personal de tierra –que, a falta de otra regulación deberá someterse a la general sobre factores y dependientes– y de vuelo –entre los que se incluye el comandante, figura paralela al capitán y que es representante del empresario– (sobre los colaboradores del empresario de la navegación, aunque antes de la Ley de Navegación Marítima, *vide* ARROYO MARTÍNEZ, I., 2001, pp. 1145-1182; PADILLA GONZÁLEZ, R., 2009, pp. 1090-1108).

vistas para un contrato respecto de las condiciones generales. En efecto, el resultado que pretende alcanzar el predisponente con la inclusión de una cláusula de este tipo es exonerarse total o parcialmente del cumplimiento de aquellos compromisos que hubiera adquirido el adherente con empleados o auxiliares del primero (condiciones particulares), haciendo prevalecer en todo caso lo dispuesto en el clausulado predisponente (condiciones generales)⁵⁸⁴. La justificación para sancionar esta cláusula con la nulidad reside en la necesidad de mantener la seguridad del tráfico y de proteger la apariencia jurídica, apariencia que se vería afectada si al predisponente no le vincularan acuerdos o condiciones que han sido negociadas directamente por sus representantes⁵⁸⁵. Así lo ha entendido la doctrina, al identificar la ratio del art. 286 Cc con el ya citado principio de protección de la apariencia jurídica, en base a la creencia racional del tercero que contrata de que lo está haciendo con un verdadero apoderado y que, por tanto, el resultado será una vinculación con el comerciante⁵⁸⁶.

En palabras de Alfaro, «el tema no puede resolverse más que conjugando la aplicación de la propia regla de la prevalencia con la de las cláusulas sorprendentes y con los principios de la representación mercantil»⁵⁸⁷. Introduce en este sentido Pagador⁵⁸⁸ dentro del principio de prevalencia de las cláusulas particulares, una mención a las llamadas cláusulas «salvo confirmación» o «con reserva de confirmación», esto es, aquellas mediante las que el predisponente supedita la validez de los posibles acuerdos individuales alcanzados entre el cliente y un representante del primero a su confirmación personal. Tras distinguir entre representación de carácter orgánico o necesario y los casos de apoderado general con facultades ilimitables por parte del predisponente, por un lado, y los supuestos de celebración de contratos mediante un representante con facultades limitables, por otro —estando clara la aplicación de la regla de la prevalencia para los dos primeros—,

⁵⁸⁴ Obviamente, siempre se está partiendo de un supuesto en el que el representante del empresario predisponente actúa con poderes suficientes de representación.

⁵⁸⁵ VEIGA COPO, A. B., *RRCS*, p. 66, respecto de estas cláusulas en el ámbito de la contratación de seguros, señala que aunque no existe un precepto que con carácter general indique que las declaraciones de los agentes surten los mismos efectos que si los hubiese realizado el asegurador, la seguridad del tráfico debe llevar también a la vinculación del asegurador por los actos de su agente, su representante, cuando son realizados en su nombre ante tomadores de seguro de buena fe.

⁵⁸⁶ PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M., 2002, p. 1168. Señalan la importancia de la apariencia jurídica en la actuación del factor mercantil: SSTS 28 de septiembre de 2007 [RJ\2007\6273], 2 de abril de 2004 [RJ\2004\2073] y SSAP Córdoba de 25 de enero de 2011 [JUR\2011\380401] y Las Palmas de 16 de enero de 2006 [AC\2006\700].

⁵⁸⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 304 y ss.

⁵⁸⁸ PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 535 y ss.

pone el foco de atención para que una cláusula de esa naturaleza pudiera tener validez en el efecto sorpresa que podría generar en el adherente: no sería de recibo, manifiesta el autor, que un cliente se viera afectado por la ineficacia de acuerdos individuales alcanzados con un representante del predisponente que tenía apariencia de estar actuando como tal sin que haya tenido más aviso que un cláusula insertada en un contrato mediante condiciones generales.

Es obvio que todos estos razonamientos podrían llevar a las mismas consecuencias en la contratación adhesiva entre empresarios que en contratos con consumidores respecto de una cláusula con este contenido pues, si bien no es de aplicación estricta al supuesto de hecho el art. 85.9 TRLC (abusividad de las cláusulas «que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes»), sí lo es el 6.1 LCGC⁵⁸⁹ y su regla de prevalencia que, como hemos tenido ocasión de analizar, tiene carácter imperativo y un ámbito subjetivo que abarca a todo tipo de adherente, con independencia de su naturaleza profesional o no. El fundamento de esta regla interpretativa se encuentra en el sometimiento a la autonomía de la voluntad, que se concreta en dar prioridad a aquellos pactos que reflejan mejor la voluntad de los contratantes –los particulares– frente a aquellos que son consecuencia de una imposición –las condiciones generales–. Por el contrario, el tipo de cláusulas incluidas en este epígrafe negarían dicha preferencia a los acuerdos particulares a los que puedan haber llegado adherente y representante del predisponente, yendo contra el espíritu de la norma. Así, en estos casos, la cláusula podría ser declarada nula en virtud de los arts. 8.1 LCGC, 6.1 LCGC y 1256 Cc⁵⁹⁰.

⁵⁸⁹ FERRER RIBA, J., 2002, pp. 375-376.

⁵⁹⁰ La ya mencionada Recopilación de usos y prácticas de 1964 hace alusión a un par de supuestos que demuestran la voluntad existente de dar relevancia y validez a los acuerdos contraídos con representantes del empresario cuando de la apariencia se derivara que estaban actuando como tales (representación aparente), sin ulteriores requisitos. Así, se hace referencia a la generalización en la práctica de poner al frente del establecimiento una persona que sólo cuenta con el encargo verbal que le dio el principal de regir el negocio pero que se encarga de formalizar pedidos, expedir facturas, recibir mercancías, etc., debiendo éste ser considerado como un verdadero factor y, si esa persona se comportaba en el tráfico como tal, sin oposición ostensible por parte del principal, el uso atribuía a su actuación iguales efectos que si hubiese intervenido personalmente el principal (León). Por otra parte, se evidencia la práctica corriente en el mercado de cereales en Barcelona de encomendar operaciones propias de su tráfico a dependientes o familiares del propio titular, sin que estuvieran legitimadas por ningún poder escrito. Cuando tales mandatarios eran suficientemente conocidos por su habitual concurrencia al mercado o por avisos verbales o escritos, los contratos celebrados por ellos en nombre y por cuenta de sus principales debían cumplirse por las partes sin ulteriores requisitos dentro del criterio de la buena fe indispensable para la vida y normal desarrollo de las operaciones mercantiles (Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, pp. 85-86).

1.1.9 *Cláusulas que supeditan los compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades*

La contratación mercantil se rige por el principio de libertad de forma, tal y como se deduce del art. 51 Ccom⁵⁹¹. Esto no obsta para que, en determinados supuestos, sea requerida alguna formalidad. Así, el art. 52 Ccom así dispone como una de las excepciones al principio consensualista, los contratos que, con arreglo al referido texto legal o a Leyes especiales, deban constar en escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia⁵⁹².

Es manifiesto que todas las excepciones que se recogen tanto en el Código de Comercio como en Leyes reguladoras de determinados tipos contractuales reducen el ámbito de actuación del principio de libertad de forma, si bien en algunos supuestos ni siquiera se trata de forma como una exigencia de validez del contrato⁵⁹³. Sin embargo, fuera de esos casos concretos y retomando el análisis de la cláusula que sujeta la validez de compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades, no se sostiene, a la vista del principio general de libertad de forma, que lo acordado como pacto particular sin una formalidad concreta –se sobreentiende, cuando no son exigidas legalmente– no derogue a las condiciones generales. Hasta donde nos alcanza, sería otro ejemplo de vulneración de la ya citada regla de la prevalencia recogida en el art. 6.1 LCGC⁵⁹⁴. No se trata de una confrontación directa con la norma pero sí indirecta: con estos requisitos se está dificultando que las condiciones particulares, que revelan la intención verdadera y común de los contratantes, desplieguen su eficacia asegurando, por el contrario, la de las condiciones generales.

En relación con esto, muy acertada es asimismo, a nuestro juicio, la opinión de aquellos autores que califican este tipo de cláusulas como sorprendivas, extendiendo esta idea también al supuesto de limitación de acuerdos

⁵⁹¹ Art. 51 Ccom: «Serán válidos y producirán obligación y acción en juicio los contratos mercantiles, cualesquiera que sea la forma y el idioma en que se celebren, la clase a que correspondan y la cantidad que tengan por objeto, con tal que conste su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos». Lo mismo podemos decir de la regulación en el Código civil, tal y como se desprende del los arts. 1278 y 1279.

⁵⁹² A estos supuestos en los que el legislador exige algún tipo de forma para que el contrato tenga validez hay que añadir aquellas cláusulas que, si bien están insertas en un contrato al que no se le exige formalidad alguna, sí que son objeto ellas de requisitos formales. A modo de ejemplo, podemos hacer referencia a la cláusula de «garantía de las operaciones a cargo del agente», que será nula si no consta por escrito y con expresión de la comisión a percibir en virtud del art. 19 de la Ley de Contrato de Agencia.

⁵⁹³ En este sentido, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, p. 42; PEINADO GRACIA, J. I., 2009, pp. 233-234.

⁵⁹⁴ PAGADOR LÓPEZ, J., 1999, pp. 526 y ss.; FERRER RIBA, J., 2002, pp. 373-374; VEIGA COPO, A. B., RRCS, p. 64.

cerrados con representantes del predisponente, anteriormente examinado⁵⁹⁵. El punto clave reside en ambos casos en que el adherente, a pesar de tener conocimiento de la condición general que limita la eficacia de los acuerdos, puede verse sorprendido por el hecho de que un pacto con un representante del empresario dentro de su ámbito de negocio o un acuerdo verbal o un acuerdo sin una formalidad concreta, no surta finalmente efecto cuando era de esperar que, de acuerdo con la buena fe, tendría preferencia por ser un acuerdo individual⁵⁹⁶.

Por lo tanto, si bien en un contrato negociado, producto de la autonomía de la voluntad de las partes, cláusulas así, en principio, no tendrían mayor problema, no ocurre lo mismo en los contratos predispuestos. Tales condiciones son inesperadas e imponen una formalidad que es excepcional en cuanto que se aparta de la regla general de Derecho privado y que, en ocasiones, puede implicar dejar en manos del predisponente la eficacia de determinados pactos particulares –por ejemplo, porque sea necesaria una posterior confirmación del predisponente a pesar de estar contratando con un representante válido del mismo y sin que le hubiera sido convenientemente advertido, como en el epígrafe anterior; o porque, sin perjuicio de los problemas de prueba, se priva de efectos a un pacto individual válidamente alcanzado y al que el predisponente no quiere atribuir valor amparándose en unas determinadas formalidades que vienen exigidas por el clausulado predispuesto–. En contratos de adhesión, estas cláusulas podrían considerarse ineficaces por no respetar el espíritu de la regla de la prevalencia y por dejar su eficacia al arbitrio del predisponente. Y, en todo caso, a nuestro juicio, no superarían el control de contenido en torno a la buena fe del art. 1258 Cc por el que se apuesta en la última parte del trabajo: se trata de cláusulas no esperadas dentro de un clausulado mediante condiciones generales y que se apartan del Derecho positivo –ausencia de formalidades, vinculación del predisponente respecto

⁵⁹⁵ Al respecto, *vide* ALFARO, J.; CAMPINS, A., 2002, pp. 1064-1065; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2011, p. 824.

⁵⁹⁶ Como hace notar ALFARO (ALFARO, J.; CAMPINS, A., 2002, p. 1065), «resulta ciertamente insólito que lo acordado oralmente no tenga ninguna validez. No es algo con lo que ciertamente tenga por qué contar el cliente. Aún más. Incluso aunque el cliente haya leído la cláusula, ello no impide que sea considerada como sorprendente. En efecto, el cliente puede pensar que no le es aplicable, puesto que, a pesar de la misma, el predisponente o el representante ha celebrado un acuerdo individual. En este sentido y dado que las condiciones particulares prevalecen sobre las generales, el pacto oral bien puede considerarse una derogación de la cláusula general que lo prohíbe». El autor concluye que este razonamiento no sólo es de aplicación a los pactos orales posteriores a la celebración del contrato sino incluso a los previos al documento contractual –siempre que el adherente pueda probar la existencia de tal acuerdo–, apoyándose en lo dispuesto en el art. 8 LCS acerca de la posibilidad de que el tomador de seguro pueda reclamar a la entidad aseguradora que subsane la divergencia existente entre el contenido de la póliza y la proposición de seguro o las cláusulas acordadas.

de los acuerdos de sus representantes con poder suficiente— causando un perjuicio al adherente débil contrario a la buena fe, buena fe que lleva a concluir la validez de estos pactos individuales.

1.2 LAS POSIBILIDADES DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO CONTROL DE CONTENIDO: DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO

En las líneas precedentes, se ha señalado un cierto olvido del art. 1256 Cc por parte de la doctrina. Se han puesto de manifiesto, con apoyo en la regulación de consumo, múltiples supuestos de hecho que encajarían perfectamente en el de la propia norma —imperativa— que nos ocupa. Se ha evidenciado su uso por los tribunales, aunque no en muchos casos para concluir la invalidez de una cláusula. A pesar de ello, nos parece el 1256 un artículo con un potencial mal aprovechado como medio de control de los abusos que se pudieran cometer, en especial, en la contratación mediante condiciones generales y, en lo que a nosotros nos interesa, entre profesionales. Daremos unas cuantas razones evidentes pero, no por ello, menos importantes.

— Estamos, en primer lugar, ante una norma ubicada inmediatamente después del art. 1255 Cc, artículo que proclama el principio de la libertad contractual, según el cual las partes pueden determinar el contenido del contrato que les vincula mediante los pactos que tengan por conveniente, «siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». Pues bien, al igual que la ley, la moral y el orden público completan la norma funcionando como límites de esa libertad contractual, la ubicación del art. 1256 nos da un argumento para afirmar que la interdicción de la arbitrariedad representa otro límite, más específico, al contenido del contrato que las partes pueden pactar⁵⁹⁷. Siguiendo a Larenz⁵⁹⁸, el sentido de una norma jurídica particular sólo se infiere cuando se considera parte de la regulación a la que pertenece. Así, su naturaleza de norma imperativa prohibitiva refuerza la función de límite a la libertad contractual que se manifiesta en la prohibición de que las partes doten un contrato de un determinado contenido, es decir, una función análoga a la de un control material⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ También hace alusión al emplazamiento del art. 1256 Cc ALMAGRO NOSETE, J., 2000, p. 506.

⁵⁹⁸ LARENZ, K., 1994, p. 321.

⁵⁹⁹ Dentro de los modos en los que la ley imperativa puede limitar la libertad contractual (proscribir un determinado tipo contractual, dotar al contrato que las partes libremente establezcan de un contenido imperativo fijado, etc.) se encuentra también el poder prohibir, sin impedir un tipo contractual en su con-

— El término que utiliza el art. 1256 es el de «contratantes», expresión que, respecto de otros preceptos similares (art. 1115 Cc), permite situarnos de manera específica en la esfera contractual y dotar a la norma de un sentido muy preciso pero, a la vez, lo suficientemente general como para que cualquier contratante, con independencia de su naturaleza, entre dentro del ámbito de aplicación⁶⁰⁰. Se superan, así, las restricciones —de cara a nuestro estudio— de normativas como la de consumo, que también hace referencia concreta a este principio mediante una detallada enumeración de casos que representan ejemplos de cláusulas abusivas pero que, a nuestro juicio, no son de aplicación directa o automática a la contratación entre empresarios.

— Ha sido puesto de manifiesto por diversos autores que mediante la interdicción de la arbitrariedad no sólo se puede controlar la «validez» y el «cumplimiento», tal y como literalmente prescribe el texto legal, sino que, según Almagro⁶⁰¹, tendría cabida cualquier abuso grave cometido por una de las partes en la celebración o en la ejecución del contrato al ser una «disposición elástica». Esto la convertiría en una norma útil para controlar, ya sea cualquier desviación en el desarrollo y ejecución del contrato, ya —y esto es lo que más nos interesa— aquellos atropellos o extralimitaciones en la génesis del mismo, aunque no supongan un defecto de validez del negocio jurídico.

— Se considera que recoge el principio básico del Derecho de obligaciones de la *necessitas*: este principio implica que ni deudor ni acreedor pueden desligarse o alterar unilateralmente la obligación y el contrato es la principal fuente de éste⁶⁰². Evidencia un principio claro, manifestación de otros como el *pacta sunt servanda* o la igualdad esencial de los contratantes. Se ha dicho que la igualdad y fuerza obligatorias de los contratos servirían para fundamentar

junto, que las partes pacten unas determinadas cláusulas o condiciones prohibidas, Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, I, *op. cit.*, pp. 155-156.

⁶⁰⁰ Según QUIÑONERO CERVANTES, E., 1993, p. 312, podría utilizarse el art. 1256 para controlar los contratos mediante condiciones generales ya que la generalidad con la que está escrito lo permite y porque hace una referencia concreta al arbitrio de uno de los contratantes, «concepto que, así, no está recogido en los demás artículos».

⁶⁰¹ ALMAGRO NOSETE, J., 2000, p. 507. También PASQUAU, L., 2009, p. 2270 y ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 191. No estamos de acuerdo con lo afirmado por RODRÍGUEZ MARÍN, C., 1991, pp. 290, 297 y ss. respecto a que la mención del art. 1256 Cc al cumplimiento y a la validez y en ningún momento a la extinción, haga suponer que el desistimiento no tiene cabida en los dos supuestos del citado precepto y por tanto no presuponga una infracción del mismo. Se hace complicado pensar que el hecho de que una de las partes tenga la posibilidad de terminar el contrato no sea una forma de que el cumplimiento del mismo esté en su mano.

⁶⁰² Recoge la vinculación entre el art. 1256 Cc y el principio de la *necessitas*, entre otras, las SSTs 10 de diciembre de 2013 [RJ\2014\322], 26 de junio de 2008 [RJ\2006\4272], 23 de febrero de 2007 [RJ\2007\658], 22 de diciembre de 2006 [RJ\2007\263], 30 de noviembre de 2005 [RJ\2005\7742] y 27 de enero de 2003 [RJ\2003\1137].

otros muchos preceptos y no son exclusivas del art. 1256⁶⁰³. Pero no nos parece que el hecho de que estas ideas estén también reflejadas en otros preceptos le tenga por qué restar valor al 1256 como «portador» de las mismas. De hecho, la prohibición general de la arbitrariedad no se puede desconectar de otros principios generales del Derecho de contratos como son la buena fe, la moral, o el orden público, que no hacen sino reforzar su potencial valor como mecanismo para buscar el equilibrio en el contenido de los contratos⁶⁰⁴.

Efectivamente, sin perjuicio de un posterior análisis más profundo de conceptos como «orden público económico», «buena fe» o «moral», entre otros, podemos decir que, a la vista de lo expuesto, parece claro que el art. 1256 Cc puede ser un mecanismo más que viable para alcanzar en algunos supuestos ese querido equilibrio material del contrato, consecuencia de la superación de la noción clásica del mismo que se sustentaba sobre el libre acuerdo de voluntades. Según se vio en el apartado correspondiente, la preocupación por la igualdad formal no es suficiente para garantizar la justicia en el contrato y es necesario vigilar la igualdad en el plano material. Si esto es así para la contratación negociada, es coherente pensar que la situación se agrava cuando se trata de contratación mediante condiciones generales, en la que las partes no han convenido el contenido del contrato sino que éste es un conjunto de cláusulas predisuestas por una de ellas, mientras que a la otra sólo le queda adherirse a las mismas.

En definitiva, tenemos todos los ingredientes para que el art. 1256 Cc se materialice como vía de control de contenido en aquellos contratos de adhesión entre empresarios en los que el adherente tenga una posición débil: por una par-

⁶⁰³ QUIÑONERO CERVANTES, E., 1993, p. 297.

⁶⁰⁴ Recordemos, por ejemplo, la vinculación de la limitación de exoneración de responsabilidad por dolo (art. 1102 Cc) con el orden público y cómo infringir la primera sería tanto como dejar al arbitrio del deudor el cumplimiento de la obligación, yendo contra el art. 1256 del mismo texto legal. También en referencia al orden público, una de las implicaciones de que, según el profesor Díez-PICAZO (2010, p. 58), nuestro orden económico se apoye sobre la regla de que todo cambio de bienes y servicios entre las personas debe estar fundado en el postulado de la conmutatividad, es el llamado principio de equilibrio en las prestaciones, es decir, que en este intercambio «debe guardarse el mayor equilibrio posible entre los bienes y los servicios que son objeto del trueque». Una contravención de la prohibición de la arbitrariedad implicaría ir contra ese equilibrio que está ínsito dentro del concepto de orden público económico. Por su parte, tal y como explica MESSINEO (citado por Díez-PICAZO, L., 2007, p. 65), «la observancia de la buena fe objetiva por parte de los contratantes, acreedor y deudor, significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su derecho, y el deudor no puede pretender dar menos, de aquello que el sentido de la probidad exige, tenida en cuenta la finalidad del contrato». Si el contrato en general, como se ha dicho, es un intercambio en el que flota la idea del equilibrio, parece que esas pretensiones de las partes, para ser conformes con la buena fe, deberían guardar una cierta proporción, proporción que se pone bajo sospecha si quedan a voluntad de uno de los contratantes, sin justificación válida, ciertos aspectos del negocio jurídico, mucho menos en contratación adhesiva, cuando por la propia estructura del contrato, se parte de un desequilibrio en las posiciones de las partes.

te, un punto de partida con una situación de especial desprotección de uno de los contratantes, que acentúa la posibilidad de abusos en el contenido del contrato; por otra, una norma prohibitiva, imperativa, límite claro de la autonomía de la voluntad, en sede de contratos y concebida de forma amplia para todo «contratante»⁶⁰⁵. Quiñonero reconoce la utilidad del 1256 para combatir los abusos que se cometen en las condiciones generales pues «la generalidad con que está escrito lo permite y, sobre todo, porque se refiere al arbitrio de uno de los contratantes, concepto que, así, no está recogido en los demás artículos». Además, prosigue, «ese arbitrio de uno de los contratantes puede imponer no sólo pactos, cláusulas y condiciones, sino también (y a través de las condiciones generales) el comportamiento que debería observarse para el cumplimiento».

Si esto es así, ¿qué falta para materializarse como un control de contenido de cara a paliar los excesos en la contratación por adhesión entre empresarios? A nuestro juicio sería conveniente concretar más el precepto. O, más que concretar, facilitar la aplicación del mismo delimitando el supuesto de hecho y determinando la consecuencia jurídica. Nos centraremos en lo primero⁶⁰⁶.

1.2.1 *Delimitación del supuesto de hecho: ¿qué se puede entender por «arbitrio»?*

Parece lógico empezar por el análisis de los antecedentes del precepto que nos ocupa para intentar perfilar el concepto a través de la voluntad del legislador. Concretamente, si la prohibición del art. 1256 Cc versa sobre los comportamientos arbitrarios, la tarea a desarrollar será determinar el concepto de «arbitrio».

⁶⁰⁵ Ver QUIÑONERO CERVANTES, E., 1993, p. 312. Esta idea la recoge también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 192, que resalta la función de control de contenido del art. 1256 en la contratación adhesiva en la medida en que «la arbitrariedad en beneficio del profesional es un supuesto claramente de abuso».

⁶⁰⁶ En lo que concierne a los efectos de la arbitrariedad, el art. 1256 Cc proscribía la misma en el contrato pero calla respecto a la consecuencia jurídica de una supuesta infracción del principio en él dispuesto. Simplemente dice que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, sin que sepamos cuál podría ser la sanción de esta conducta. No parece, sin embargo, muy complicado concluir que la sanción sería la nulidad de la cláusula en cuestión en el contrato mediante condiciones generales. Por esta nulidad parcial abogó, en su momento, VALPUESTA (1989, pp. 383 y ss.), encontrando la razón de ser de la misma en los contratos de adhesión en el hecho de no favorecer precisamente a quien abusó. Tras recordar el carácter imperativo de la norma contenida en el art. 1256 Cc, porque lo contrario a esta norma «no es ni contrato, ni derecho, ni Justicia», el autor entiende que la declaración de ineficacia no puede favorecer a la persona que tiene a su arbitrio el contrato, porque sería como afirmar su posición de desvinculación y al contratante débil que aceptó se le perjudicaría aún más. Recientemente ALBIEZ (2009, p. 194) se manifestó en el mismo sentido, entendiendo que el silencio del precepto sobre las consecuencias de una cláusula de contenido arbitrario no era óbice para sancionar la cláusula con la nulidad.

Los autores que hacen un recorrido a través de los textos romanos⁶⁰⁷, señalan que aparecen numerosas referencias al arbitrio, distinguiendo dos tipos: el *arbitrio boni viri*, o arbitrio del hombre recto, y el llamado mero arbitrio. El primero, el arbitrio del buen varón, se caracteriza por la razonabilidad, la ponderación y la ecuanimidad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada supuesto. Por contra, el mero arbitrio hace referencia a la decisión no sujeta a revisión posible y que puede ser incluso caprichosa o injusta⁶⁰⁸.

Alusiones al arbitrio se hallan también en los textos legales actuales en relación a la determinación de algún elemento del contrato que no puede dejarse a la voluntad de una de las partes⁶⁰⁹. Nos parece muy coherente la postura del profesor Valpuesta, que apunta que, cuando el legislador se refiere al «arbitrio» en su prohibición, lo hace pensando en el mero arbitrio y no en el *boni viri*. Entre otros argumentos, si el legislador se refiriera al arbitrio *boni viri* no habría peligro alguno de arbitrariedad porque siempre va a implicar una actuación regida por la adecuación, la ponderación y la razonabilidad.

¿Cuál sería, entonces, el comportamiento o disposición sancionados por la ley en el art. 1256 Cc? Pues parece que aquella conducta o acuerdo en el que «queda a la voluntad de la parte el hacer o no sin pauta ni regla alguna o cuando la hipotética adecuación a pautas o reglas sea incontrolable»⁶¹⁰. Aún cuando es expresiva esta aportación, este primer acercamiento al concepto de arbitrio exigiría, sin embargo, un mayor desarrollo si queremos dotar al precepto de un cierto atractivo para los tribunales, de cara a su aplicación como mecanismo de control de contenido. A falta de que la precisión pueda venir, a nuestro juicio, de la mano de una definición que, por serlo de un principio general del Derecho, está abocada a mantenerse en una esfera relativamente indeterminada, sí que nos podemos servir de los diferentes tipos de cláusulas que se han analizado, con esa intención y con mayor o menor detenimiento, en líneas anteriores. Al fin y al cabo, a pesar de que este elenco de cláusulas solo está recogido de forma expresa en un texto legal de consumo –el TRLC–, no son sino supuestos concretos en los que se puede ver una aplicación más cercana y menos teórica del principio contenido en el art. 1256, supuestos que, por otro lado y como se ha expuesto, pueden plantear los mismos problemas de «abusividad» en contratación entre empresarios, incluso, alguno, con mayor inten-

⁶⁰⁷ Díez-PICAZO, L., 1957, pp. 100 y ss.; VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, pp. 222 y siguientes.

⁶⁰⁸ VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, p. 234.

⁶⁰⁹ Por ejemplo, los arts. 1447 y 1449 Cc, respecto del precio, o el art. 1690 de la norma civil, al hilo del contrato de sociedad y de la designación de la parte de cada uno en las ganancias por un tercero, designación que sólo se podrá impugnar cuando «evidentemente haya faltado a la equidad».

⁶¹⁰ Para VALPUESTA GASTAMINZA, E., 1989, p. 260, arbitrio es lo contrario de contrato porque no está sujeto a obligación o deber alguno, es lo que «puede ser uno o su contrario indistintamente».

sidad en dicho ámbito por la forma de contratar o el funcionamiento del tráfico mercantil en el sector. Por ello, el hecho de que el ámbito de aplicación subjetivo del TRLC esté limitado a los contratos con consumidores no es obstáculo para tomarlo como guía porque todas las conductas recogidas en estos artículos tienen como denominador común estar inspiradas en el art. 1256 Cc y, en mayor o menor medida y con ciertos correctores, podrían ser de aplicación también a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios. Esta idea bien pudiera estar en línea con la conocida teoría indiciaria (*Indiztheorie*) utilizada por la jurisprudencia alemana para llevar a cabo una valoración paralela de las cláusulas contenidas en los parágrafos 308 y 309 BGB, de aplicación a contratos con consumidores, en la esfera de los contratos de adhesión mercantiles. Siendo conscientes de las recientes voces doctrinales alemanas que se plantean si no se estará extralimitando la aplicación de un control de contenido pensado para contratos con consumidores a través de esta teoría⁶¹¹, pensamos que aquí no ocurriría lo mismo: el fundamento último de la nulidad es una norma claramente imperativa para todo tipo de contrato y que, con o sin listado orientativo de cláusulas abusivas, podría determinar la nulidad de una cláusula.

Efectivamente, como hemos tenido ocasión de ver, también en contratos entre empresarios se han incluido cláusulas en las que algún aspecto del contrato quedaba en manos de una de las partes, concretamente del predisponente en el caso de contratación adhesiva. Todos los supuestos que se han abordado son calificados expresamente como abusivos –y, por tanto, nulos– en contratación con consumidores pero tampoco han sido considerados siempre adecuados aun cuando la parte perjudicada tuviera la condición de empresario amparándose, eso sí, en el art. 1256 Cc, entre otros preceptos. Quizás en este sentido la jurisprudencia podía ser de mayor ayuda en la labor de aclarar qué conductas pueden ser arbitrarias o de dar efectivo uso en la contratación adhesiva entre empresarios al principio de interdicción de la arbitrariedad, en el que sin duda están inspiradas las menciones de la legislación de consumo. Son muchos los supuestos que podrían ser potencialmente «abusivos» por dejar algún aspecto del contrato al arbitrio de una de las partes. Hemos visto ejemplos de ello a lo largo de este apartado: cláusulas que permiten en exclusiva al predisponente determinar cuándo existe incumplimiento o atribuir sentido a las declaraciones hechas por los contratantes; cláusulas que facultan al predisponente para alterar unilateralmente el contenido «pactado» o para resolver también

⁶¹¹ Nos remitimos al apartado referente al Derecho comparado y, en todo caso, a MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 261 y ss.

de forma unilateral el contrato; cláusulas que pueden llevar a dejar en manos del predisponente aspectos como la perfección o el cumplimiento del contrato mediante plazos indeterminados o excesivamente prolongados o formalidades excesivas e inesperadas; cláusulas vinculadas con la prórroga del contrato que facilitan al predisponente un cierto control de la duración del mismo; cláusulas que eliminan la facultad del adherente de resolver el contrato por incumplimiento o de acudir a otros remedios.

Sin embargo, no son mayoritarias las resoluciones que se valgan del art. 1256 Cc para declarar no válida una cláusula en contratación entre empresarios. En muchos casos, la interdicción de la arbitrariedad no es la *ratio decidendi* para determinar la nulidad de la cláusula, sino que es una regla entre otras, como es el art. 1255 o el muy citado 1258 Cc. Es frecuente su mención conjunta con otras normas imperativas, como las referentes a la interpretación en contratación mediante condiciones generales o normativa específica en determinados sectores o para determinadas cuestiones. Incluso cuando se aplica el precepto que nos ocupa, se hace complicado construir a partir de los razonamientos contenidos en las sentencias un concepto más concreto de arbitrio: los tribunales se limitan a decir que tal conducta o tal disposición contradice el art. 1256 Cc porque deja un aspecto del contrato a la voluntad de una de las partes y, generalmente, no van más allá de lo que sería el propio tenor literal del artículo.

Pues bien, retomando la idea de que lo arbitrario es lo no sujeto a pautas e intentando una definición de este término en sentido negativo, podemos iniciar diciendo que es comúnmente admitido, *a sensu contrario*, que un comportamiento no puede ser considerado como arbitrario si se ajusta a unas reglas. Obviamente, estas reglas tienen que ser, en primer lugar, conocidas por las partes. La cláusula en cuestión debe contener una pauta definida, de tal forma que las partes actúen conforme a normas predeterminadas. Si recordamos, un motivo que podía generar que alguna cláusula de las que hemos examinado pudiera llegar a ser arbitraria es, precisamente, la indeterminación de la misma. Así ocurre en las cláusulas que fijan plazos insuficientemente determinados respecto de la oferta o el cumplimiento, que, con independencia de infringir otros preceptos, son claramente contrarias al art. 1256 Cc porque permiten que la parte correspondiente pueda darle realmente el contenido que cuadre mejor con sus intereses, sin que el otro contratante pueda saber de antemano y con certeza, en estos casos, cuál es el plazo en el que le vincula la oferta o aquel en el que la prestación tiene que ser satisfecha. Al hilo de las facultades de modificación unilateral del contrato, también se configuró expresamente la precisión como uno de los requisitos para que la justa causa fuera tal, en la medida en que una redacción ambigua desvirtuaría todo esfuerzo para someter

a control la actuación de la parte que se ha reservado la facultad de alteración del contrato.

Pero, además, al contenido de las mismas se le tiene que exigir unos requisitos. Aunque parezca obvio, no debemos olvidar que no pueden depender de la mera voluntad de una parte. No habría problema, por tanto, si se subordina al criterio de un tercero (siempre y cuando éste actúe de manera objetiva e imparcial), como ya habíamos apuntado al tratar la determinación del precio⁶¹².

Lo fundamental, por tanto, es evitar la situación en la que una de las partes ostenta la facultad –sin fundamento– de poder decidir alguno de los aspectos, esto es, que no quede «al arbitrio de uno de los contratantes», como reza el precepto⁶¹³. En este sentido, Díez-Picazo⁶¹⁴ ve una confusión en la legislación con los términos «voluntad» y «arbitrio». Así, lo que prohibiría el art. 1256 Cc es que se remita algún aspecto a la voluntad de una de las partes, siendo el arbitrio, por el contrario, un juicio objetivo o de equidad. Esta idea, sostenida también, recordemos, por Valpuesta, nos devuelve a la importante distinción entre arbitrio *boni viri* y *arbitrium merum*, correspondiéndose este último con la simple voluntad del contratante e identificando el primero con lo que podría ser «lo razonable»⁶¹⁵. Este criterio no es novedoso en este trabajo. A lo largo de los diversos supuestos de hecho a los que nos hemos referido,

⁶¹² Trayendo otro ejemplo que ilustre esta idea, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786], excluye la arbitrariedad porque la cláusula en cuestión no depende de una de las partes. Se incluye, en un subcontrato de obra, una cláusula que dispone lo siguiente: «el contratista podrá retener los pagos correspondientes al industrial si la propiedad no ha pagado al contratista cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. En tal caso, el pago retenido se realizará cuando la propiedad pague al contratista dichas cantidades». En primera instancia se modera la retención por considerarla abusiva, resolviendo que sólo cabe la retención del 25% de la cantidad debida mientras que la Audiencia Provincial no acepta dicha moderación sino que considera que la cláusula es nula. Por su parte, el Tribunal Supremo acaba desestimando la infracción del art. 1256 Cc porque «ni siquiera se plantea el arbitrio de una de las partes contratantes, ya que las discutidas cláusulas, esencialmente la de retención, dependen no de una de ellas, sino del pago por el tercero ajeno al contrato de autos, el dueño de la obra». La cláusula, por tanto, no revelaría ningún comportamiento arbitrario.

⁶¹³ Como otro ejemplo a sumar a los ya vistos, la SAP Madrid de 9 de febrero de 2007 [AC\2007\1115]. Al hilo de un contrato de agencia para el abastecimiento de carburantes, concluye que no vulnera el art. 1256 Cc la cláusula por la que el importe de las comisiones se refieren a los precios medios para las otras estaciones de servicios abanderadas por el suministrador. Sin embargo, no nos parece tan claro que el precio no quede prácticamente a la voluntad de la parte predisponente porque, al fin y al cabo, es el resultado de la media de otros precios también establecidos por la misma parte y porque una cosa es que REPSOL forme parte de un mercado competitivo y tenga que estar atento a los precios que fijan otros proveedores y otra, que eso implique que su voluntad no sea determinante para la fijación del precio.

⁶¹⁴ Díez-Picazo, L., 1957, p. 104.

⁶¹⁵ De hecho, si nos guiamos por las definiciones de la Real Academia de la Lengua Española, se puede observar cómo los conceptos «arbitrariedad» y «razonable» tienen una definición en gran medida común: mientras que la primera es considerada como un «acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho», se entiende por la segunda lo «justo, conforme a la razón». La búsqueda de la justicia y la razón, así, confluyen en ambas.

tanto en el Derecho comparado, como en textos de Derecho uniforme europeo o, así mismo, en propuestas de modernización de nuestro ordenamiento jurídico, el término «razonable» ostenta un papel importante en la determinación de algunos aspectos del contrato (por ejemplo, véase la fijación de plazos en defecto de señalamiento expreso)⁶¹⁶.

Dotar de contenido a este concepto implica tener en cuenta en el caso concreto múltiples circunstancias que pueden hacer variar radicalmente lo que se entiende por razonable de un supuesto a otro. No será lo mismo cuando se trate de un contrato de adhesión en lugar de uno negociado, del mismo modo que la cualidad de las partes –consumidor o profesional– también podrá influir en la valoración. La naturaleza del contrato en el que se inserte la cláusula, el sector en el que se desenvuelva y los usos del mismo, entre otros, son factores a tener en cuenta. Fijándonos en el primero de ellos, la condición de contrato no negociado nos parece de una gran relevancia cuando de arbitrariedad se trata. Está claro que un contrato en el que una de las partes predispone el contenido del mismo, es un negocio jurídico en el que no sorprendería encontrar alguna facultad reservada al arbitrio del predisponente. «La arbitrariedad excluye la negociación», apunta Albiez⁶¹⁷. La ausencia de un acuerdo de voluntades en el más pleno sentido de la expresión, conlleva que las posibilidades de que existan cláusulas en las que el predisponente retiene sin justa causa alguna facultad son mayores que en un contrato negociado. Dada esta peculiar configuración en la forma de contratar y los riesgos que asocia, parece recomendable intentar dotar al criterio de «lo razonable» de algo de objetividad, de tal forma que se facilite el control para determinar si la cláusula o el comportamiento en cuestión se mueve en el ámbito del arbitrio *boni viri* (lo razonable) o del mero arbitrio (mera voluntad de una de las partes). Si la interdicción de la arbitrariedad y lo razonable tienen en común la búsqueda de la justicia del contrato, debería valorarse de forma positiva la aproximación del término «razonable» hacia lo que se ha considerado por la doctrina como la «mejor composición de los intereses de las partes, la regulación normal del contrato, esto es, el Derecho dispositivo»⁶¹⁸. Sin

⁶¹⁶ Algo parecido argumentó el Tribunal Supremo en su ya citada Sentencia de 30 de abril de 2010 [RJ2010\4360], donde la cláusula por la que se considera causa justificada para la resolución unilateral del editor (se trata de un contrato de distribución en exclusiva de libros y prensa) el «inadecuado grado de penetración de cualquiera de las publicaciones, a juicio del editor», debe ser interpretada, para que no implique dejar el cumplimiento de lo convenido al arbitrio de uno de los contratantes, objetivando la expresión, «entendiéndola como una defraudación de las legítimas expectativas razonables del editor». Es decir, acudiendo a conceptos contrarios a la idea de arbitrio, como lo son, en este caso y respecto de las expectativas del editor, sólo las que fueran «legítimas» y «razonables».

⁶¹⁷ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 194.

⁶¹⁸ DE CASTRO, F., *ADC*, 1961, pp. 332-334.

querer adelantarnos a lo que se expondrá en profundidad en el apartado correspondiente acerca del análisis del papel del Derecho dispositivo en el control de condiciones generales de la contratación entre empresarios, es un parámetro que se nos antoja buen referente para acotar lo que se puede entender por razonable⁶¹⁹. Obviamente, el Derecho dispositivo lo es porque cabe que los contratantes se aparten de lo en él establecido haciendo uso de su autonomía de la voluntad. De esta suerte, el mero hecho de que una cláusula no siga lo dispuesto por la norma no imperativa no implica directamente la existencia de arbitrariedad (en el sentido de *arbitrium merum*). Habrá que tener en cuenta si existe una justificación para esa reserva de facultades por parte del predisponente según el tipo de contrato –en función de la asunción de riesgos que hace cada parte; si el posible desequilibrio o situación de desprotección se compensa con otra cláusula; si por la naturaleza, cualidades o precio de la prestación es justo que algunas variables permanezcan indeterminadas o sean potencialmente alterables por una de las partes–, el sector en el que se incardina el negocio –un sector muy dinámico y cambiante que requiere que una de las partes conserve facultades de modificación de determinados aspectos para ir adaptando la relación contractual a la situación del mercado–, o los usos existentes, entre otros. Si, a la vista de esta ponderación, resultan indicios de que no existe una justa causa que ampare la desviación respecto de lo que hemos tomado como referente de comparación, el Derecho dispositivo, habría que pensar que la cláusula o comportamiento no es razonable sino arbitrario, en el sentido de *arbitrium merum*, dependiente de la mera voluntad del predisponente y sin una justificación objetiva válida que lo respalde (no siendo, desde luego, el argumento de la libertad de pacto basada en la autonomía de la voluntad un argumento correcto dada la forma de contratación)⁶²⁰.

1.2.2 Conclusiones

Está claro que la fijación de lo que resulta arbitrario depende de las específicas circunstancias que enmarcan cada caso concreto y que sólo se pueden dar unos rasgos mínimos que tienen que concurrir en una cláusula o en un

⁶¹⁹ Somos conscientes de que existen supuestos para los que el Derecho dispositivo no podría darnos una solución puesto que no están regulados (por ejemplo, en materia de plazos de oferta y aceptación) pero ahí podrían entrar, por ejemplo, los usos.

⁶²⁰ En la contratación con consumidores también se puede ver esta idea de la necesidad de que la conducta unilateral debe estar justificada objetivamente para que no sea arbitraria. Así, el TRLC excluye la abusividad de ciertas cláusulas, descartando la concurrencia de una actuación arbitraria: «salvo [...] que concurren motivos válidos especificados en el contrato» o «sin que [...] existan razones objetivas».

comportamiento para que la arbitrariedad quede, en principio, excluida. No es lo mismo valorar una cláusula en un contrato con consumidores que la misma cláusula en un contrato entre empresarios y, dentro de éstos, en función de la posición que pueden ostentar las dos partes una respecto de la otra. También la naturaleza del contrato o de la prestación puede influir en que una cláusula tenga justificación en un escenario y no en otro y los usos y prácticas mercantiles modulan una posible contravención del principio estudiado.

Pero no menos importante resulta, a nuestro modo de ver, si el contrato ha sido negociado o si, por el contrario, se trata de un clausulado predispuesto por una de las partes sin que a la otra le quede más que adherirse al mismo. Es manifiesto que la necesidad de protección para una de ellas en los contratos mediante condiciones generales es mayor que en los contratos cuyo contenido se ha negociado. Nótese que, en este último supuesto y respecto a la prohibición de la arbitrariedad, las posibilidades de que las cláusulas contengan reserva de facultades arbitrarias son menores. Sin embargo, cuando una de las partes ha redactado el clausulado, parece lógico asumir un mayor riesgo de encontrarnos con supuestos de abusos relacionados con el art. 1256 Cc. Hemos tenido la oportunidad de ver múltiples ejemplos de supuestos en los que se producía esta situación, con independencia de lo acertado de la solución que se le diera a los mismos. Esta idea es la que parece estar detrás de la afirmación de Albiez⁶²¹ de que, dado que la arbitrariedad por sí sola puede servir de base para negar la validez de una determinada cláusula y que dicha arbitrariedad excluye la negociación, «se podría hablar, al menos, de una presunción de “abusividad” en el caso de que el predisponente se reserve ciertas facultades y derechos de forma arbitraria».

Entendemos que el autor quiere facilitar la sanción de una cláusula como nula cuando ésta, en sede de contratación mediante condiciones generales, parezca, tenga los visos de, contener una reserva de derechos y facultades dependientes de la voluntad del predisponente y sin que exista justificación alguna aparente para ello. Que el predisponente sea el que tenga que demostrar el motivo que respalda la cláusula. Quizás por eso sería más claro afirmar directamente que habría una presunción de abusividad sólo con que el predisponente se reserve prerrogativas desplazándose de la distribución «normal» de derechos y facultades, según el tipo de contrato porque si se exige que la reserva se haga de forma arbitraria, ya no es necesaria la presunción, sería de aplicación inmediata el art. 1256 Cc.

⁶²¹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 194. Concluye el autor, así, que «el artículo 1256 es más impactante en la contratación adhesiva que el artículo 1255 al negar la arbitrariedad en los contratos».

Identificando el arbitrio permitido, el arbitrio *boni viri*, con lo razonable y esto último con lo justo, con la mejor composición de intereses, teniendo en cuenta las múltiples variables que pueden constituir una justa causa para que una cláusula que, en principio, no sería razonable, pase a serlo, parece que el Derecho dispositivo puede cumplir una función como parámetro de referencia para valorar –teniendo en cuenta, repetimos, todos los factores que, en especial en contrataciones mercantiles, son muchos– si esa sospecha de arbitrariedad es una vulneración del principio contenido en el art. 1256 Cc o no. En este sentido, nos puede recordar –sin perjuicio de las consideraciones que hicimos en el epígrafe correspondiente– a la presunción recogida en el art. 1262, apartado 4.º de la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, que presume abusivas «las condiciones generales que, en perjuicio del adherente, establezcan reglas distintas de las que, conforme al derecho dispositivo, le serían aplicables».

Por consiguiente, partiendo de todo lo hasta aquí dicho, podemos concluir que, si bien la interdicción de la arbitrariedad se puede aplicar por igual a todo tipo de contratos, no parece exagerado decir que puede tener un mayor campo de acción en los contratos con un déficit de autonomía de la voluntad. Esto es así en las relaciones con consumidores pero también en las interempresariales. Es más, potenciar la aplicación del art. 1256 Cc como mecanismo claro de control de contenido no tendría tanta relevancia en el ámbito del Derecho de consumo que, como hemos visto, cuenta con textos que se encargan de desgranar y regular de forma pormenorizada su aplicación. Pero en la contratación entre empresarios, donde estamos huérfanos de una normativa específica que tutele a la parte débil, la trascendencia de que la prohibición de la arbitrariedad fuera un instrumento real de control material sería mucho más significativa.

2. **El artículo 1102 del Código civil: el dolo como límite en la limitación o exoneración de responsabilidad**

El dolo no es una figura que nos resulte ajena en la medida en que ya ha tenido presencia en este trabajo al hilo del estudio de la indemnización de daños y perjuicios como remedio frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Dentro de un conjunto de normas de naturaleza dispositiva para las partes, que pueden, por tanto, modificar mediante pactos que atenúen o agraven la responsabilidad, el dolo se erige como límite infranqueable. Así concebido, el art. 1102 Cc extiende la responsabilidad derivada del dolo a todo tipo

de obligaciones sin que quepa modificación convencional en contra (nulidad del *pactum de dolo non praestando*). Su literalidad no deja lugar a dudas acerca del carácter imperativo de este precepto y así lo han entendido de forma unánime doctrina⁶²² y jurisprudencia⁶²³.

Son muchas las definiciones que se han dado del dolo⁶²⁴ pero, en lo que a nosotros nos interesa respecto del cumplimiento de las obligaciones, lo relevante es el elemento antijurídico del mismo, ya que es ahí donde reside el fundamento de la prohibición de cualquier tipo de pacto que deje impune el comportamiento del deudor doloso. En este sentido, existe consenso en extender los efectos del art. 1102 Cc también al supuesto de la culpa grave (*culpa lata dolo aequiparatur*)⁶²⁵.

No se puede realizar una equiparación general entre ambas figuras pero sí a los efectos que nos ocupan, como un criterio de agravación de la responsabilidad que no admite modulación⁶²⁶. Como pone de manifiesto Lacruz⁶²⁷, «la culpa implica buena fe, y ésta, habitualmente, un mínimo de diligencia». Aquí enlaza-

⁶²² GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 135 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 1989, pp. 464 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 141 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, pp. 113 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., 2009, p. 1298; CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, pp. 253 y ss.; Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 748 y ss.

⁶²³ Así, el Tribunal Supremo ha subrayado que la obligación de reparar el daño causado por dolo es necesaria y no está, por tanto, sujeta a la autonomía de la voluntad. El «carácter cogente del dolo como fundamento de responsabilidad es establecido en el último inciso del artículo 1102 en términos de irrenunciabilidad a la acción, lo que, según autorizada doctrina científica, debe entenderse en el sentido de “a priori” y no “a posteriori”, es decir, como función de responsabilidad y no como el efecto de la obligación de indemnizar ya originada, la cual por ser patrimonial obviamente es renunciable, mientras que el artículo 1103 del Código Civil, respecto a la responsabilidad derivada de negligencia, no cita la prohibición del pacto de impunidad, con lo que admite su validez» (STS 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617]).

⁶²⁴ Acerca del concepto de dolo, *vide* CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, p. 253; MORALES MORENO, A. M., ADC, pp. 593 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 1989, pp. 450 y ss.; SANTOS BRIZ, J., 2000, pp. 94-95, 103; BADOSA COLL, F., 1991, pp. 37; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 142 y ss.; SÁNCHEZ ARISTI, R., 2009, p. 1298; GÓMEZ POMAR, F., *Indret*, pp. 10-11; Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 748 y ss.

⁶²⁵ Haciendo un recorrido desde los orígenes de la culpa lata y su equiparación al dolo hasta el Código civil, MORALES MORENO, A. M., ADC, pp. 604-609.

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, por el contrario, sí que aparecen expresamente identificados ambos criterios de imputación en virtud del art. 1229 *Codice civile* (acerca de esta equiparación, MENICHINO, C., 2008, pp. 72 y ss.). Sobre el tratamiento del dolo y la culpa grave desde una perspectiva comparada, *vid.* RUIZ SUTIL, C., 2013, pp. 1479 y ss.

⁶²⁶ Sobre la equiparación entre ambos conceptos, no de forma absoluta sino ceñida al ámbito de los efectos del art. 1102 Cc, *vide* JORDANO FRAGA, F., RDM, pp. 646-647; 1987, pp. 362 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 1989, pp. 471-475; DÍAZ ALABART, S., 1989, p. 580; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 154 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, pp. 119 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, p. 168; SÁNCHEZ ARISTI, R., 2009, p. 1298; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., RDP, pp. 34-35; SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, pp. 268 y ss.

En el ámbito del transporte y el seguro, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., RDM, pp. 492, 548, 560. En general, sobre la conveniencia de equiparación del dolo y la culpa grave en las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por una cuestión práctica y por respeto a los valores de la buena fe, PINTO MONTEIRO, A., 2003, pp. 234 y ss.

⁶²⁷ LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, p. 168.

mos con la idea de la tutela del crédito como principio incluido dentro del orden público y con la necesidad de no permitir en el tráfico jurídico comportamientos en los que no se observe ni la más mínima diligencia. Así conceptualizado, el fundamento de la equiparación reside en que en el caso de la culpa grave el comportamiento implica un grado extremo de negligencia, una especial gravedad, en palabras de Morales⁶²⁸, «una grosera falta de la diligencia exigible» (STS 22 de septiembre de 2005 [RJ\2005\8870]). En este sentido, para García Amigo⁶²⁹, la responsabilidad derivada de culpa grave se sustrae a la libertad contractual de los particulares «no porque lo diga expresamente, con fórmula imperativa –como en el caso del dolo–, un precepto específico del Código civil, sino porque tanto el dolo como la culpa grave, en cuanto causas de atribución de la responsabilidad, constituyen materias de orden público contractual».

Pero se ha buscado también un argumento en la dificultad de distinguir en la práctica una hipótesis de otra en la medida en que el criterio de deslinde vendría dado por la voluntad del sujeto que actúa –es decir, un incumplimiento de la obligación producido con plena consciencia de la antijuridicidad y voluntariamente –, elemento totalmente subjetivo y de difícil prueba⁶³⁰. De este modo, como subraya Jordano Fraga⁶³¹, la no asimilación de la culpa grave al dolo supondría siempre una ventaja a favor del deudor doloso por la dificultad probatoria^{632 633}.

El dolo, como causa de incumplimiento, está relacionado con el concepto de mala fe. Así se desprende del art. 1107 Cc, en el que se contrapone la figura del deudor de buena fe a la del deudor doloso –equiparando este último, por tanto, con el deudor de mala fe⁶³⁴–. Esta identificación entre dolo y mala fe ha sido puesta de manifiesto por la doctrina⁶³⁵ y la jurisprudencia⁶³⁶, señalándose

⁶²⁸ MORALES MORENO, A. M., *ADC*, p.594.

⁶²⁹ GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 146-147.

⁶³⁰ Acerca de la prueba del dolo, MONTÉS PENADÉS, V. L., 2007, pp. 737 y ss.

⁶³¹ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 646–647.

⁶³² La SAP Madrid de 21 de abril de 2014 [AC\2014\978], respecto del transporte aéreo, señala la práctica imposibilidad para el pasajero de demostrar el dolo (incluyendo el dolo eventual) del transportista o de sus dependientes y el beneficio que esto supondría para el segundo.

⁶³³ En diversos ámbitos se encuentran referencias a la equiparación. Por ejemplo, el art. 121 de la Ley 48/1960, de Navegación aérea, el art. 48.2 LCS respecto a los daños por incendio, el art. 29 del Convenio de Ginebra de 10 de mayo de 1956, sobre el contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (al respecto, STS 13 de mayo de 2008 [RJ\2008\3066]). En cuanto al contrato de transporte aéreo, algo similar disponía el art. 25 del Convenio de Varsovia de 1929, antes de su modificación en 1955 (interesante el relato que hace la SAP Madrid 21 de abril de 2014 [AC\2014\978] de la intención con la que se quiso incluir esta fórmula en el texto legal).

⁶³⁴ Mientras que la responsabilidad en el caso del deudor de buena fe se limita a los daños previstos y los necesarios, en el supuesto de dolo (es decir, un comportamiento de mala fe, por oposición), se agrava extendiéndolos a todos los que se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

⁶³⁵ Por todos, *vid.* Díez-PICAZO, L., 2008, p. 752. Por su parte, CARRASCO PERERA, A., 1989, p. 459, se refiere a la «no-buena fe propia del deudor doloso».

⁶³⁶ Según la SAP Madrid de 23 junio de 2014 [JUR\2014\270079], el dolo se contempla en el Código Civil «como el incumplimiento consciente y voluntario de la obligación surgida a consecuencia de la perfección del contrato y, no se circunscribe, exclusivamente, a la intención de dañar, sino que comprende la de infringir la norma, equivaliendo, por ello, a la mala fe».

que en ambos casos existe la conciencia de ocasionar al acreedor un daño injusto o colocarle en una situación de injusta lesión sin adoptar las medidas necesarias para evitar tal daño. Volveremos sobre esta equiparación con motivo del análisis de otra norma de Derecho imperativo como es el art. 1485, segundo párrafo, en el que, con el mismo fundamento, se prohíbe el pacto mediante el cual el vendedor de mala fe (esto es, tal y como lo define el artículo y en línea con lo anteriormente apuntado, el que no ignore los vicios o defectos ocultos de lo vendido) pueda liberarse de su responsabilidad de saneamiento⁶³⁷.

Pero, además de ser el comportamiento doloso un comportamiento contrario a la buena fe, el hecho de que se trate de una actitud en la que el deudor elude el cumplimiento de la obligación de forma deliberada y voluntaria lo sitúa en relación con otros preceptos ya estudiados –el art. 1256 Cc– y que recogen la prohibición de que el cumplimiento quede al arbitrio de uno de los contratantes. El fundamento de la prohibición reside en la idea de que permitir este tipo de pactos sería tanto como ir contra el propio concepto de obligación: al eliminar la responsabilidad derivada de incumplimiento que pudiera recaer sobre el deudor, se estaría dejando en sus manos la decisión de cumplir o no⁶³⁸. Obsérvese, además, que está prohibida tanto la exoneración de responsabilidad por dolo como cualquier modulación (*a sensu contrario*, art. 1103 Cc). Esto supondría realmente una destrucción del vínculo jurídico, lo que, a su vez, equivaldría a ir contra el orden público: de nuevo citamos a García Amigo⁶³⁹, quien, en su estudio monográfico de las cláusulas limitativas de la responsabilidad basaba la *ratio legis* de la prohibición establecida por el art. 1102.2.º Cc en el mantenimiento del orden público: «[...] Se puede permitir que el incumplimiento del contrato, debido a fuerzas exteriores o incluso a culpa leve del deudor, no genere responsabilidad; pero suprimir ésta por el dolo es suprimir el contrato mismo –que, como antes decíamos, es uno de los fundamentos básicos de la sociedad moderna–, y, en consecuencia, se estaría yendo contra las bases de la organización social vigente, es decir, contra el orden público».

Huelga decir que dentro del ámbito de interdicción entrarían no solo la exoneración o limitación directa sino también todas aquellas cláusulas que, de

⁶³⁷ Este paralelismo se observa también en el art. 1476 Cc, que prohíbe el pacto que exime al vendedor de mala fe de responder por evicción. En cuanto al dolo en su función de criterio para medir la cuantía de la indemnización, se podrían citar entre otros, los arts. 1478, 1486 y 1488 del mismo texto legal, en los que el régimen de responsabilidad del vendedor de mala fe se ve agravado respecto al que ignora los vicios y defectos.

⁶³⁸ GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 138-139; JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 656-657; CARRASCO PÉREZ, A., 1989, p. 465; LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, p. 168.

⁶³⁹ GARCÍA AMIGO, M., 1965, p. 139.

forma indirecta, pudieran tener el mismo efecto en la responsabilidad por dolo o culpa grave del deudor: cláusulas que acortan los plazos para la reclamación, que sujetan a formalismos desproporcionados la misma, que alteran la carga de la prueba, inclusión de cláusulas penales con un límite máximo en el caso de dolo que no cubre la total indemnización que correspondería, etc., situaciones muchas de las cuales son objeto de prohibición en el listado de cláusulas abusivas en contratos por adhesión con consumidores⁶⁴⁰.

Con estos argumentos, parece que no cabe lugar a dudas acerca del papel del art. 1102 Cc como límite infranqueable para la autonomía de la voluntad⁶⁴¹. Siguiendo la misma idea, la Propuesta para la Modernización incluye de forma expresa la mención a la nulidad de las «exclusiones o limitaciones» de la responsabilidad procedente del dolo (art. 1212). Y si esto es así en sede de contratos negociados, con mayor motivo cuando de contratación por adhesión se refiere: el art. 1262.3 del mismo texto ha creído conveniente incluir como dos de los supuestos de cláusulas abusivas las que excluyan o limiten la

⁶⁴⁰ Se ha dicho que las cláusulas penales, próximas a las cláusulas de limitación de responsabilidad, deberían estar sujetas también a estos límites imperativos porque, de otro modo, se podrían convertir en un instrumento con el que salvar la prohibición de limitación de responsabilidad en el caso de dolo o culpa grave contenida en el art. 1102 Cc. Efectivamente, en la medida en que pueden tener una función limitativa de la responsabilidad, expuso en su día JORDANO FRAGA, «bastaría establecer las limitaciones de responsabilidad en forma de cláusula penal fraudulenta para eludir la prohibición del artículo 1102 del Código civil que, prescindiendo de la diversidad de funciones o calificaciones, prohíbe la minoración sustantiva de la tutela del crédito por debajo de los límites en él establecidos». Según este autor, la aplicación del art. 1102 Cc en este supuesto sería el resultado de recurrir a otra norma más general, como es la prohibición del fraude de ley contenida en el art. 6.4.º Cc (JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 626-627). Otro autor que también resalta la necesidad de someter a los mismos límites las cláusulas penales, CARRASCO PERERA, A., 1989, p. 468. Volviendo a JORDANO FRAGA, analiza así mismo el caso de las arras confirmatorias como medio de liquidación preventiva del daño resarcible y el problema que esto podría generar en cuanto a vulneración del art. 1102 Cc como límite imperativo. Concluye la ausencia de peligro ya que, ante un incumplimiento, el acreedor podría optar entre retener las arras recibidas o el doble de las que entregó o bien, si lo prefiere, solicitar el resarcimiento integral legal probando el daño, fórmula que permite a la parte que sufre el incumplimiento tener la posibilidad de ser indemnizada en su totalidad (JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 630-631).

⁶⁴¹ A modo de ejemplo de cláusulas en contratos entre empresarios cuya validez ha sido cuestionada –con diversos resultados– en relación con el aspecto que nos ocupa: STS 14 de julio de 2005 [RJ\2005\9617] (contrato para la realización de trabajos de asfaltado y cláusula exoneratoria de responsabilidad en cuanto al cumplimiento de requisitos de grosor de la capa asfáltica); STS 4 de febrero de 2002 [RJ\2002\2883] (contrato de *handling* y cláusula que veta al transportista la posibilidad de formular reclamaciones por daños derivados de la actuación de la otra parte, salvo que se realicen «con intención de causar tales daños, muertes, retrasos, lesiones o pérdidas, o de una forma imprudente y a sabiendas de que podrían producirse», excepción que convierte la cláusula en válida); SAP Barcelona de 21 de marzo de 2001 [JUR\2001\160931] (contrato de revelado de películas y cláusula de no responsabilidad sobre el resultado o en caso de pérdida o deterioro de los negativos «absolutamente imperativa» y que «implica la aceptación sin restricción ni reserva de las condiciones generales»: el órgano jurisdiccional, en aplicación del art. 8.1 LCGC y la prohibición del art. 1102 Cc, señala que no resulta válida tal cláusula pues, según su literalidad, supondría una exoneración de responsabilidad derivada no solo de cualquier tipo de culpa sino incluso aquella que encuentra su origen en el dolo).

responsabilidad en caso de dolo o culpa grave, por incumplimiento (total o parcial) o por cumplimiento defectuoso del predisponente y por actos de sus representantes y auxiliares (letras b) y c), respectivamente)⁶⁴². Como se puede notar, se recoge de forma expresa la equiparación realizada tradicionalmente por la doctrina entre dolo y culpa grave y se especifica que la prohibición se extiende a cualquier tipo de limitación y no solo a la exoneración total.

Pero no solo en el Código civil se contiene la idea de la responsabilidad derivada de dolo como irrenunciable. Como sabemos, uno de los sectores contractuales en los que el uso de cláusulas limitativas de responsabilidad está más extendido es el del transporte. Muestra de esa importancia es la naturaleza eminentemente de *ius cogens* del capítulo dedicado a la responsabilidad del porteador en la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías. Aún estando influida por el Convenio regulador del contrato de transporte internacional de mercancías –de carácter imperativo en su mayoría–, la Ley 15/2009, reguladora del contrato de transporte terrestre de mercancías, ha mantenido la idea de primacía de la autonomía de la voluntad contenida en la normativa al efecto del Código de Comercio –eminentemente dispositiva–⁶⁴³. Es muy expresivo, de esta suerte, que precisamente uno de los aspectos en los que se limita esta libertad contractual sea el relativo a la responsabilidad del porteador ya que, tal y como reza su art. 46, «las disposiciones de este capítulo [responsabilidad del porteador] tienen carácter imperativo».

Y ya ciñéndonos en concreto a la responsabilidad por dolo, y sin perjuicio de remitirnos a lo dicho al tratar las cláusulas de exoneración de responsabilidad en este contrato, no podemos dejar de observar en lo que nos concierne ahora cómo se altera el régimen cuando el daño o perjuicio es causado por el porteador o por sus auxiliares, dependientes o independientes, con una «actuación dolosa» o con una «infracción consciente y voluntaria del deber jurídico asumido» que produzca daños que, aunque no fueran directamente queridos, sí que sean consecuencia necesaria de la acción: el beneficio que supone la fijación de unos límites máximos a indemnizar por pérdida, avería o retraso (art. 57 LCTM) se pierde en el caso de un comportamiento doloso (art. 62 LCTM)⁶⁴⁴. De este

⁶⁴² PANTALEÓN PRIETO, F., 1995, p. 5926, aun reconociendo que es cuestionable, aboga por entender permitido –en contratos negociados– el pacto de exoneración o limitación de la responsabilidad por el dolo de los auxiliares.

⁶⁴³ Al respecto, MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., *RDT*, pp. 25, 29; ESCUIN IBÁÑEZ, I., *RDT*, pp. 276 y ss. (asimismo, nos remitimos a la bibliografía citada en el apartado acerca del contrato de transporte terrestre de mercancías en el Primera parte. Capítulo II. II. 4.3)

⁶⁴⁴ En todo caso, *vide supra* lo dispuesto respecto a las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad en el sector del transporte de mercancías [Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.iv. c.1)].

modo, la norma se alinea con el art. 1102 Cc y proscribire cualquier tipo de elusión de la responsabilidad derivada de dolo⁶⁴⁵.

El mismo planteamiento lo encontramos en otros contratos de transporte con el mismo fundamento: el art. 4.5.e) del Convenio de Bruselas y los arts. 282 y 283 de la Ley de Navegación Marítima (transporte marítimo) o el art. 121 de la Ley de Navegación Aérea (transporte aéreo), son ejemplos de la prohibición de la limitación de la responsabilidad en caso de dolo –en todos ellos se pierde el beneficio de la limitación de las indemnizaciones a unas cantidades concretas– y son reglas contra las que no cabe pacto en contrario dada su naturaleza imperativa.

Hasta donde nos alcanza, por tanto, no hay duda de que el dolo representa un verdadero límite para la autonomía de la voluntad, que como tal es aplicado por la jurisprudencia. La única contrariedad la constituye probablemente el alcance limitado del art. 1102 Cc en el sentido de que sólo sirve para evitar los abusos más evidentes pero no proporciona –porque no está previsto para ello– cobertura para aquellos otros supuestos que, pudiendo no ser tan obvios, pueden generar un perjuicio para el adherente empresario y huérfano de protección.

3. **El artículo 1485.II del Código civil y la imposibilidad de limitar la responsabilidad de saneamiento por vicios ocultos del vendedor de mala fe**

El art. 1485 Cc forma parte de un conjunto de reglas del contrato de compraventa que regulan la obligación de entrega de la cosa por parte del vendedor, concretamente, la obligación complementaria de responder de los vicios o defectos ocultos. Sin entrar a valorar las luces y sombras del régimen de saneamiento⁶⁴⁶, nos centraremos en esta obligación del vendedor frente a los vicios

⁶⁴⁵ GONZÁLEZ PORRAS, J. M., *RDM* (entre otras, pp. 492, 507), respecto del régimen legal vigente en ese momento, pone a su vez de relieve la importancia en la práctica de las cláusulas de exoneración de responsabilidad en el campo del transporte de mercancías y su relación con el contrato de seguro. El autor afirma el dolo y la culpa grave como límites a la responsabilidad del porteador-asegurado ya que con esta cobertura se podría producir un daño al dueño de las mercancías y al asegurador, sin que la aceptación de tal exoneración por razones de primas pueda ser una explicación que compense la destrucción de riqueza de la sociedad que se produce –el daño no se elimina con solo cambiar el sujeto pasivo del resarcimiento– y sin que sea posible su admisión por razones vinculadas con el contrato y la buena fe comercial, el orden público y las buenas costumbres. Por tanto, sería nula cualquier cláusula que limite preventivamente la responsabilidad del porteador por dolo o culpa grave.

⁶⁴⁶ Por todos, MORALES MORENO, A. M., *ADC*, 593; Díez-PICAZO, L., 2010, pp. 135 y ss., poniendo de manifiesto una crítica al sistema de los arts. 1484 y ss. Cc respecto de aquellos aspectos mejorables. Los

o defectos ocultos que tuviera la cosa vendida «aunque» –reza el precepto– «los ignorase».

El Código de comercio, por su parte, se refiere en su art. 342 a los «vicios internos» de la cosa vendida, pero simplemente para fijar el plazo que el comprador tiene para la reclamación. El hecho de que solo exista esta mención y la genérica del art. 345 («en toda venta mercantil el vendedor quedará obligado a la evicción y saneamiento a favor del comprador, salvo pacto en contrario», equivalente a la contenida en el art. 1474 Cc), hace necesario el análisis complementario de las normas del Código civil. No en vano, el saneamiento por vicios ocultos tiene una gran significación también en los contratos de compraventa mercantiles en la medida en que, en muchos casos, estas mercancías son objeto de una ulterior puesta en circulación⁶⁴⁷.

Ahora bien, la importancia práctica del régimen de saneamiento por vicios ocultos no obsta para que sea posible, en principio, una modificación convencional del mismo. El art. 345 Ccom resulta meridiano en este sentido al afirmar la obligación de saneamiento «salvo pacto en contrario» y, de idéntica manera, el art. 1485 Cc, párrafo 1.º, evidencia que tal obligación no regirá «cuando se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido»⁶⁴⁸. Por tanto, aunque esta responsabilidad del vendedor existe incluso en ausencia de pacto expreso de los contratantes, no parece que forme parte del contenido esencial del contrato de compraventa.

plazos cortos y perentorios que recoge, el carácter objetivo de la responsabilidad o los mecanismos que ofrece al sujeto afectado –reducción del precio o resolución– y que no satisfacen realmente sus intereses –como sí lo harían, por ejemplo, la subsanación del defecto o la sustitución del bien, remedios regulados en otro régimen, el de falta de conformidad–, son argumentos que han hecho que se haya abogado de forma creciente y en cada vez más ámbitos por sustituir la aplicación de esta normativa por la del incumplimiento en general.

⁶⁴⁷ Una señal de esta importancia sería la brevedad de los plazos contenidos en la norma de comercio: la ya tantas veces mencionada relevancia de la celeridad y seguridad en el tráfico mercantil exige que la operación sea firme cuanto antes. De ahí que, frente a los seis meses desde la entrega de la cosa que otorga el art. 1490 de la norma civil, el Código de comercio habla de treinta días para la reclamación, habiéndose considerado, además, un plazo de caducidad y no de prescripción. Y esto para los vicios internos, puesto que para los aparentes en el caso de que el comprador no haya examinado las mercancías en el momento de la entrega (porque vengan embaladas, por ejemplo), el plazo para realizar la denuncia es de cuatro días desde que las recibió (art. 336, 2.º párr., Ccom) (acerca del carácter de plazo de caducidad, URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2001, p. 104). A pesar de ser más prolongado, se ha considerado que los seis meses que marca el Código civil y que vienen justificados por la dificultad de probar la existencia del vicio con el transcurso del tiempo y de no dejar pendiente por mucho tiempo la relación, puede ser también un plazo insuficiente respecto de determinados bienes (GARCÍA CANTERO, G., 1989, p. 391). Se ha entendido que la forma de coordinar ambos plazos es concluyendo que el comprador tiene un plazo de seis meses para interponer la demanda siempre y cuando hubiera hecho la pertinente denuncia del vicio oculto en el plazo de los treinta primeros días (SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., 2012, p. 275-276; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., 2009, pp. 192 y ss.).

⁶⁴⁸ El pacto no tiene que ser necesariamente expreso, *vid.* MORALES MORENO, A. M., 1991, p. 958.

Dicho esto, es necesario realizar una matización de gran importancia y que está, precisamente, relacionada con el análisis que nos ocupa en este apartado. El no refutado carácter dispositivo que presenta este régimen tiene un límite: que el vendedor lo sea de mala fe. Si, en virtud del art. 1485 Cc, el vendedor puede eximirse de su obligación de responder cuando así se hubiera pactado y cuando ignorara los vicios ocultos, *a sensu contrario*, es manifiesto que no cabrá ese pacto de exoneración o limitación de responsabilidad cuando el vendedor tuviera conocimiento de los mismos.

En este caso, por tanto, se está equiparando la mala fe con el conocimiento de la existencia de defectos, eso sí, aquellos que el comprador no puede apreciar. No olvidemos que solo se responde por los vicios que son ocultos, esto es, según lo que se extrae del art. 1484 Cc, por aquellos que no son manifiestos ni deberían serlo para un comprador-perito. Puestas así las cosas, el criterio vital alrededor del cual gira este sistema de responsabilidad parece que es el «conocimiento» de los vicios⁶⁴⁹. Conocimiento por parte del vendedor, que marca la diferencia entre la posibilidad o imposibilidad de pacto, pero también conocimiento del vicio por parte del comprador, que tiene consecuencias de tanto calado como determinar que exista o no responsabilidad. Se puede hablar, como apuntó Morales⁶⁵⁰, de una diligencia exigible recíproca entre vendedor y comprador: el primero debe desplegar una cierta actividad para conocer y, posteriormente, informar —como justifica el autor, el comprador adquiere un producto cuya utilidad y función le puede resultar desconocida y eso le ubica en una situación de cierto desequilibrio respecto del vendedor—; el comprador, por su parte, tiene que procurar por sí mismo el conocimiento de los defectos de la cosa, siendo una referencia para fijar el nivel de diligencia exigible la cualidad de perito o no del sujeto. Ahora bien, advierte Morales, «pese a la negligencia del comprador, el vendedor responde si actuó dolosamente, porque en esa valoración comparativa de las conductas de las partes que impone la buena fe, la negligencia del comprador queda superada por el dolo del vendedor».

Y es que, como es comúnmente admitido, la mala fe del art. 1485, 2.º párrafo, Cc no es sino una manifestación concreta del dolo⁶⁵¹, figura contenida en el ya estudiado art. 1102 del mismo texto legal. Dolo que, en este caso,

⁶⁴⁹ O, visto desde la otra cara de la moneda, la ignorancia de los mismos. PEÑA LÓPEZ, F., 2009, p. 1746, identifica esta ignorancia con la buena fe en sentido subjetivo, buena fe que se presume y que hace que tenga que ser el comprador que pretenda impugnar el pacto de exclusión del saneamiento por vicios ocultos el que demuestre que el vendedor actuó de mala fe.

⁶⁵⁰ MORALES MORENO, A. M., *ADC*, pp. 631 y ss.

⁶⁵¹ *Ibidem*, pp. 626 y ss., 635 y ss.; SERRA RODRÍGUEZ, A., 2002, p. 117; PEÑA LÓPEZ, F., 2009, p. 1746.

vendría fundado en la ausencia de despliegue de un mínimo de rectitud y diligencia exigible y que sería la justificación para que se limite la autonomía de la voluntad de las partes⁶⁵². La existencia de este elemento –el dolo– es la que, según apunta Morales⁶⁵³, convierte las medidas de saneamiento en una medida de responsabilidad en lugar de ser una medida de atribución de riesgo (como las configura el primer párrafo del art. 1485 Cc).

La mala fe no se tiene en cuenta en este ámbito como causa de imputación de responsabilidad puesto que el régimen que instaura el Código civil es el de la responsabilidad objetiva del vendedor, sin ninguna vinculación con la idea de culpa⁶⁵⁴. Si se establece un paralelismo entre los párrafos segundos de los arts. 1485, 1486 y 1488 Cc, la mala fe (esto es, «el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador») tiene como consecuencias la exclusión de las cláusulas de exoneración, por una parte, y un agravamiento de la responsabilidad, por otra (se añade la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, según el segundo artículo, y se deben abonar los daños e intereses, según el último, en los supuestos de vicio oculto y vicio oculto al tiempo de la venta y pérdida posterior por caso fortuito o culpa del comprador, respectivamente)⁶⁵⁵.

Evidentemente, el comportamiento exigible al vendedor –y al comprador, en la medida en que pueda determinar que nos encontremos ante un vicio oculto o bien uno aparente– podrá verse influido por varios factores. Así, retomamos la noción de perito, relevante en nuestro trabajo puesto que ambas partes contratantes tienen la naturaleza de empresarios. Respecto del comprador, puede implicar una menor necesidad de protección puesto que está actuando en el ámbito de su negocio y, por lo tanto, se le presupone una mayor

⁶⁵² «Estos preceptos [arts. 1485 y 1486 Cc] se hallan en línea con el contenido del más general artículo 1102 Cc, en el que se instituye la prohibición a la renuncia de la acción de resarcimiento por dolo. Nuestra jurisprudencia, tiene establecido que al vendedor ha de exigírsele un comportamiento justo y honrado, conforme al principio general de la buena fe» (SAP Barcelona de 8 de julio de 2002 [JUR\2002\270526]).

⁶⁵³ MORALES MORENO, A. M., 1991, p. 959.

⁶⁵⁴ Esta objetivización de la responsabilidad ha sido puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia (SAP Huesca de 3 de abril [JUR\2009\220906]); (SAP Valencia de 4 de noviembre de 2009 [JUR\2010\63616]).

⁶⁵⁵ Se ve muy claro en las SSAP Córdoba de 3 de julio de 2000 [AC\2000\2511] y Barcelona de 31 de marzo de 2008 [JUR\2008\172061]: «En todo caso, el carácter oculto debe ser considerado en relación con el comprador, no con el vendedor, cuya convicción, a estos efectos, se considera irrelevante. Y ello, claro está, sin perjuicio de que la mala fe del vendedor en que cristaliza su conocimiento de los defectos ocultos de la cosa vendida, puede dar lugar a distintos efectos jurídicos que irían, desde la agravación de la responsabilidad por vicios ocultos –que impediría la validez de la estipulación de exención de responsabilidad del vendedor, a tenor del precepto 1485-2 Cc–, o la adición de una indemnización por los daños y perjuicios causados (art. 1486 Cc, párrafo 2.º) hasta la posibilidad de reclamar del vendedor la nulidad del contrato de compraventa fundada en el dolo civil del mismo».

capacidad para observar y recibir las mercancías. No podemos olvidar, no obstante, que este apunte, obvio cuando el empresario está contratando dentro de su sector, no lo es tanto, sin embargo, cuando actúa en calidad de comprador profesional pero respecto de bienes o servicios que no son objeto directo de su negocio sino accesorios necesarios para que el mismo funcione y respecto de los cuales tiene un contacto ocasional⁶⁵⁶.

Respecto del vendedor –y aunque, repetimos, solo es relevante a los efectos de cláusulas de exoneración y agravación de la responsabilidad el conocimiento de los vicios ocultos–, está claro que a la hora de demostrar esa mala fe del vendedor, será más sencillo si nos encontramos con un sujeto que tiene un contacto continuo con la mercancía entregada y al que, por lo tanto, se le presume un alto nivel de conocimiento para poder descubrir los defectos no visibles.

Puestas así las cosas, se puede cerrar este epígrafe afirmando la naturaleza dispositiva en contratos entre empresarios del régimen que nos ocupa pero erigiendo la mala fe como límite. Así lo subraya la SAP Barcelona de 31 de marzo de 2004 [JUR\2004\154497] al apuntar que «las normas de saneamiento por vicios ocultos cuando nos hallamos en una relación contractual entre comerciales son también de libre disposición salvo caso de dolo [...] (art. 354 Ccom en relación con el art. 1485 Cc)».

Nos permite esta sentencia enlazar con otra figura relevante e íntimamente vinculada con pactos de modificación de la responsabilidad, como es el pacto de una garantía independiente o adicional al régimen del Código civil. El surgimiento, ya de estas garantías adicionales en general, ya de las llamadas cláusulas de garantía de buen funcionamiento –en las que se asegura, no solo la ausencia de defectos ocultos de la cosa vendida sino también su buen funcionamiento durante un período de tiempo⁶⁵⁷ y que, en principio, no implican la exclusión de

⁶⁵⁶ La jurisprudencia ha ido delimitando la noción de «perito» a la que rodea una cierta dosis de subjetividad, aclarando que debe entenderse «no en el sentido de persona con título profesional en una determinada materia, sino en el de persona que por su actividad profesional tenga cualidades para conocer las características de determinadas cosas o materiales». En contratos en los que no eran empresarios los dos contratantes, se ha considerado perito al comprador de una vivienda por trabajar en la construcción como peón de albañil, con lo que no se le puede negar que posee cierta experiencia en la materia (SAP Huesca de 3 de abril de 2009 [JUR\2009\220906]); al comprador de otra vivienda que conocía la construcción ya que por su profesión realizaba valoraciones de inmuebles y cuyo padre era albañil (SAP Tarragona de 15 de octubre de 2005 [JUR\2005\8291]); al comprador de un vehículo, mecánico de profesión y con posibilidades de realizar al bien una revisión a fondo (SAP Valencia de 22 de julio de 2011 [JUR\2011\394743]); al comprador de una vivienda que se dedicaba a la rehabilitación de viviendas (SAP Barcelona de 8 de julio de 2002 [JUR\2002\270526]). El carácter eminentemente dispositivo de la normativa se convierte en imperativo al prohibir el art. 86.1 TRLC la modificación en perjuicio del consumidor o usuario de la normativa sobre conformidad o que se limiten sus derechos por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

⁶⁵⁷ URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2001, p. 106.

la obligación legal de saneamiento⁶⁵⁸–, es una circunstancia normal derivada del margen de maniobra que tienen las partes para diseñar el sistema de garantía y de los plazos tan breves que otorga el legislador y que pueden resultar a todas luces insuficientes cuando el producto que se compra es de una cierta complejidad técnica o se trata de un bien de carácter duradero, cuyos vicios ocultos pueden no hacerse aparentes hasta que haya transcurrido el plazo legal. De este modo, se entiende que prevalece la garantía pactada por las partes, de mayor plazo que el señalado por el art. 342 Ccom, en un contrato de suministro de suelo de caucho frente a la rotura y desgaste prematuro del mismo (STS 29 de marzo de 1995 [RJ\2005\2332]). Por otra parte, en un contrato por el que se acuerda la construcción de un buque pesquero, se incluye una cláusula garantizando la embarcación por el plazo de un año a contar desde la entrega y el plazo que den las casas suministradoras respecto de los accesorios. De ahí que, como resulta de una serie de desperfectos en la embarcación, afirme el Tribunal Supremo (sentencia de 8 de febrero de 2002 [RJ\2002\2240]) que «establecido por las partes un plazo de garantía de un año, resulta superfluo discutir si debe aplicarse el régimen de saneamiento del Código de Comercio (art. 342) o el del Código Civil (arts. 1484 y 1490), de conformidad con lo establecido en el art. 1255 CC y jurisprudencia de esta Sala». El Anteproyecto del Código mercantil recoge esta situación en su art. 511-9.2 al señalar que el vendedor también responderá «de las faltas de conformidad que [...] siendo posteriores [al momento de celebración del contrato], se deban, bien a un incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones, bien al incumplimiento de cualquier obligación que haya asumido tendente a garantizar que el bien será apto para su uso ordinario o para uno especial».

Por último, es de señalar que la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos está en la misma línea que lo hasta ahora dispuesto. Este texto adopta el régimen de la falta de conformidad en lugar del régimen de saneamiento por vicios ocultos aunque manteniendo el límite recogido en el segundo párrafo del art. 1485 Cc: el comprador, según el art. 1489, debe comunicar la falta de conformidad de la cosa al vendedor en un plazo razonable si quiere mantener sus acciones por falta de conformidad, salvo que el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, en cuyo caso, «el comprador conservará todos los derechos que le correspondan». Pero lo que más nos interesa es cómo en el art. 1262 del mismo texto se recoge como cláusula abusiva para todo adherente –también empresario– aquella que excluya o limite la responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso del predisponente en caso de dolo o culpa grave.

⁶⁵⁸ PEÑA LÓPEZ, F., 2009, p. 1746.

3.1 LA EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR VICIOS OCULTOS EN EL CONTRATO DE *LEASING*

Para terminar de perfilar la modificabilidad del régimen de responsabilidad por vicios ocultos, abrimos un pequeño inciso dedicado a un contrato al que ya hemos hecho alusión en diversas ocasiones en el trabajo: el *leasing* o arrendamiento financiero. Como ya se apuntó en su momento, se trata de un contrato en el que es habitual incluir cláusulas de exoneración de responsabilidad por vicios ocultos de los bienes o por problemas de evicción con los mismos. Parece que este tipo de disposiciones pueden tener su apoyo en la propia configuración de la operación de *leasing*, en la que el usuario es el que determina las características del bien y es, por tanto, el que tiene una mejor capacidad técnica para reconocer el mismo. No en vano, la sociedad financiera se limita a adquirir el bien que le ha señalado el usuario —que incluso puede haber seleccionado el distribuidor concreto—, bien que normalmente es entregado de forma directa por parte del fabricante al usuario sin que la entidad financiadora tenga ningún contacto con él. De esta suerte, en la SAP Madrid de 26 de junio de 2007 [AC\2007\1894], precisamente extrae el órgano jurisdiccional como consecuencia de la elección de la mercancía por la arrendataria la no responsabilidad por defectos derivados de su funcionamiento (siempre que se cumplan una serie de requisitos, que veremos a continuación)⁶⁵⁹.

Ahora bien, con independencia de esta implicación directa del usuario con la selección de la cosa, si surgieran problemas de vicios que disminuyeran su valor o lo hicieran inservible para su uso o si el usuario fuera privado de ella, el arrendatario se encontraría en una situación de indefensión si la sociedad de *leasing* hubiera incluido una cláusula de exoneración de responsabilidad en el contrato: no podría dirigirse contra la sociedad financiera pero tampoco contra el distribuidor, ante la inexistencia de relación contractual entre ambos. Así lo expone el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de mayo de 1999 [RJ\1999\3927] afirmando que «la tesis jurídica que se mantiene por la sentencia impugnada [la posibilidad de exoneración de toda responsabilidad por la compra, sin que exista subrogación] conduce a la más absoluta indefensión y propicia toda suerte de fraudes y abusos contra el usuario pues, efectivamente, de los tres sujetos básicos que intervienen en la operación económica

⁶⁵⁹ Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3918, en este caso, la actuación de la sociedad de *leasing* se limita a la celebración del contrato para evitar que la posición del usuario sea mejor que si la operación se hubiera realizado a través de un préstamo. En esa opinión, entendemos, tiene relevancia el hecho de que previamente el autor haya calificado el *leasing* como un contrato mixto con elementos fundamentalmente traídos del mandato y del préstamo (p. 3917).

de *leasing* (vendedor; comprador y arrendador financiero de la cosa comprada y usuario, optante, finalmente, a la compra de la cosa en uso), la exoneración de responsabilidad del segundo respecto del tercero, sin otorgamiento de medios defensivos al tercero contra el primero, en cuanto a la idoneidad de la cosa entregada, conduciría a una intolerable indemnidad del vendedor y a un desamparo odioso del usuario».

Es por ello que el elemento que consigue la adecuación de este tipo de cláusulas con el Ordenamiento jurídico es la incorporación de una cesión de acciones de tal forma que el usuario se subroga en la posición de la sociedad de *leasing*, en cuanto parte compradora del bien. Así lo afirma la jurisprudencia mayoritaria y la doctrina, por ejemplo, Cabanillas y Alfaro, exponiendo el primero que «esta cláusula es válida, en la medida en que se permita al usuario subrogarse en la posición de la sociedad de *leasing* para dirigirse directamente contra el suministrador, siempre que la sociedad de *leasing* ignore la existencia de los vicios en el momento en que se celebró el contrato de arrendamiento financiero»⁶⁶⁰. Se introduce, de esta manera, la idea de la mala fe del art. 1485 II Cc como límite para la exoneración de responsabilidad por vicios ocultos o evicción y que, como norma imperativa que es, también tiene que ser tenida en cuenta en este tipo de operaciones. Salvando estos casos, parece que, dada la estructura del contrato, o más bien, su propósito, que no es sino financiero, entra dentro de lo razonable que la entidad que se ha limitado a adquirir el bien que le ha señalado el usuario pueda trasladar los riesgos que, como arrendadora, tendría en principio que asumir. El desequilibrio en perjuicio del usuario que esta exoneración de responsabilidad implica, se ve compensado con la transmisión de acciones a su favor⁶⁶¹.

⁶⁶⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *ADC*, 1982, pp. 98-99; *ADC*, 1991, p. 1007; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, p. 3919. En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ MARTÍN, M., *CCJC*, pp. 602-603; DELGADO CORDERO, A. M., *RdP*, pp. 181-182. Manifiestan su contrariedad ante la subrogación en las acciones de la sociedad de *leasing* como medida de protección del usuario, MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., *CCJC*, pp. 849-851. Los autores hacen referencia a los problemas que pueden derivarse del uso en este contexto de las cláusulas de exoneración de la sociedad de *leasing* y que pueden llegar a distorsionar la estructura del contrato, como el hecho de que el usuario pueda resolver un contrato en el que no ha sido parte.

⁶⁶¹ En la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2003 [RJ\2003\2452], al hilo de un contrato de *leasing* respecto de una máquina impresora industrial, se entiende como lícita (se ha «permitido por la jurisprudencia») la cláusula por la que se subroga al arrendatario usuario en los derechos del comprador para hacerlos efectivos frente al vendedor en el caso de que exista esta cláusula que exige al arrendador de la responsabilidad del adecuado funcionamiento de la máquina («solo en este caso, y para que la cláusula no sea considerada como abusiva»). En el mismo sentido, SSTS 24 de mayo de 1999 [RJ\1999\13927], 23 de diciembre de 1999 [RJ\1999\9360] y 25 de enero de 2001 [RJ\2001\1001]; SSAP Córdoba de 15 de noviembre de 1993 [AC\1993\2232]; Islas Baleares de 3 de abril de 1998 [AC\1998\848], León de 13 de octubre de 2011 [JUR\2001\391929] y Barcelona de 15 de octubre de 2012 [AC\2013\561].

4. El artículo 1176 del Código civil y la facultad de consignación

Cambiando radicalmente de asunto, los arts. 1176 a 1181 Cc son los encargados de regular el ofrecimiento de pago y consignación, dos figuras íntimamente vinculadas entre sí, siendo la primera, en general, presupuesto de la segunda. La consignación no es sino un medio liberatorio de la obligación para el deudor cuando el acreedor se niega injustamente («sin razón», reza el art. 1176) a recibir la prestación debida o bien existen ciertas circunstancias no imputables al deudor y que impiden el pago. Este procedimiento de liberación se inicia con un ofrecimiento de pago por parte del deudor, necesario salvo en determinados supuestos (art. 1176. II Cc) para poder realizar la consignación o depósito de la cosa en sí misma. Tras un previo anuncio a las personas que pudieran tener un razonable interés en el cumplimiento de la obligación, la consignación «se hará depositando las cosas debidas a disposición de la Autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento en su caso, y el anuncio de la consignación en los demás», según dispone el art. 1178 Cc, siendo preceptiva, en último lugar, una notificación a los interesados. Hasta que recaiga sentencia judicial aceptando como válida la consignación o se produzca la aceptación del acreedor no se producen los efectos liberatorios y, por tanto, el deudor puede retirar la cosa o cantidad consignada, «dejando subsistente la obligación» (art. 1180 Cc)⁶⁶².

El fundamento de la inclusión en el ordenamiento jurídico de una figura como la consignación se ha asentado sobre la existencia de un legítimo interés del deudor en liberarse de su obligación. Como pone de manifiesto Cano, a pesar de la posición de preeminencia que ostenta el acreedor frente al deudor en la relación, este último tiene unos intereses dignos de protección que actuarían como límites a la diferencia de posición de ambos sujetos⁶⁶³. Aunque la autora descarta la existencia de un verdadero derecho al cumplimiento de la obligación del que sería titular el deudor⁶⁶⁴, esto no obsta a reconocerle en este

⁶⁶² Respecto a la definición y procedimiento de la consignación, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1991, pp. 248 y ss.; CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., *CEEM*, pp. 27 y ss.; CANO HURTADO, M. D., 2005, pp. 195 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1991, pp. 1409 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, pp. 183 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, pp. 450 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., 2008, pp. 606 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 914 y ss., 920-921. Destacamos el análisis de los antecedentes históricos y legislativos de la figura así como el estudio del Derecho comparado en la materia por parte de CANO HURTADO, M. D., 2005, pp. 25 y ss. y 59 y ss., respectivamente.

⁶⁶³ *Ibidem*, pp. 145-146.

⁶⁶⁴ Esta tesis es sostenida por alguna doctrina extranjera, cuyo máximo exponente sería FALZEA y para cuyo estudio nos remitimos a *ibidem*, pp. 147 y ss. Los argumentos que sostiene la autora para negar la existencia de tal derecho son, principalmente, tres: el absurdo de dar preeminencia a la posición del deudor respecto de la del acreedor en la relación; la posibilidad de que el acreedor condone la deuda in-

sentido un interés tutelable por el Ordenamiento jurídico, manifestación del principio general del *favor debitoris*. Lo contrario, sería tanto como permitir que el acreedor pudiera dejar vinculado al deudor a la relación obligatoria de forma indefinida y a su antojo⁶⁶⁵.

No parece extraño, con este fundamento, atribuirle carácter imperativo al art. 1176⁶⁶⁶. Carácter que convertiría en nula una cláusula que suprimiera la posibilidad del deudor de liberarse de su obligación mediante el ofrecimiento de pago y la posterior consignación de la cosa debida. Esto, en cualquier contrato –negociado o no–. Cabe preguntarse qué pasaría en el supuesto de cláusulas que no eliminaran directamente la figura pero que la restringieran, bien limitando supuestos o facultades, bien incluyendo requisitos adicionales a los regulados por el legislador. El art. 86.4 TRLC resulta meridiano en este sentido: se considera cláusula abusiva aquella que priva o restrinja al consumidor y usuario las facultades de compensación de créditos, retención o consignación⁶⁶⁷. A falta de una norma similar vigente en contratación entre empresarios mediante condiciones generales, consideramos que cualquier pacto que afectara a la configuración del mecanismo de consignación en sentido restrictivo podría ser susceptible de ser contrario a Derecho, máxime cuando el deudor está en una posición todavía más débil precisamente por su condición de adherente. Así las cosas, parece razonable garantizar con especial celo al deudor la posibilidad reconocida por Ley de liberarse de la obligación ante una negativa del acreedor-predisponente injustificada. Como se ha apuntado con anterioridad, lo contrario sería hacer depender la existencia y duración de la relación obligatoria de la voluntad de la parte que ha determinado unilateralmente el régimen de la misma⁶⁶⁸.

Ejemplos de cláusulas de las que se puede valer el predisponente suponiendo un abuso para el deudor, podrían ser las relacionadas con los requi-

cluso con oposición del deudor (luego éste no tiene derecho al cumplimiento); el hecho de que un tercero pueda pagar sin consentimiento del deudor (pp. 150-154).

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 154-158. Aludiendo, así mismo, al legítimo interés del deudor de verse liberado de su obligación, CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., *CEEM*, p. 28. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 1988, pp. 72 y ss. profundiza en la carga del acreedor de facilitar la liberación del deudor, carga cuya inobservancia da lugar a la *mora creditoris*.

⁶⁶⁶ RECALDE CASTELLS, A., 2002, p. 1166.

⁶⁶⁷ QUICIOS MOLINA, S., 2000, pp. 1036-1038; RECALDE CASTELLS, A., 2002, p. 1166.

⁶⁶⁸ Es revelador, en este sentido, que la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos incluya de forma expresa como uno de los supuestos de cláusulas abusivas aquellas que «excluyan o limiten al adherente la facultad de consignación en los supuestos y con los requisitos establecidos en la ley» [art. 1262.3.f)].

sitos formales del procedimiento de consignación⁶⁶⁹. Por ejemplo, se ha entendido que el ofrecimiento de pago previo al depósito de la cosa debida no está sujeto a formalidad alguna –sin perjuicio de que al deudor le corresponda la carga de probar que efectivamente se ha producido dicho ofrecimiento–⁶⁷⁰, con lo que sería sospechoso que se exigiera al deudor un medio concreto para realizarlo. El propio ofrecimiento no es obligatorio en todos los casos en la medida en que el apartado segundo del art. 1176 Cc hace referencia a una serie de supuestos en los que, por la dificultad que revestiría el ofrecimiento para el deudor, se otorga a la consignación efectos liberatorios por sí sola. Una cláusula que obligara al deudor a realizar el ofrecimiento de pago previo también en estos casos, limitaría gravemente su posibilidad de liberarse de la obligación (art. 1176, párrafo 2.º). Cláusulas que modificaran el aviso previo a la consignación a todos los sujetos interesados en el pago o la notificación posterior a la misma (arts. 1177 y 1178 Cc, respectivamente)⁶⁷¹, aquellas que suprimieran el derecho del deudor a retirar el bien debido antes de la aceptación del acreedor o resolución judicial declarando la procedencia de la consignación (derecho recogido en el art. 1180 Cc⁶⁷²), o las que hicieran correr a cuenta del adherente-deudor los gastos de la consignación, supondrían también un abuso. Respecto de este último supuesto, el art. 1179 Cc, es claro en la atribución de los gastos al acreedor cuando la consignación fuera procedente, configuración que tiene su sentido si tenemos en cuenta que el deudor se ha visto obligado a seguir este proceso por una negativa injustificada del acreedor a cooperar en el cumplimiento de la obligación⁶⁷³.

⁶⁶⁹ Aunque en relación con contratos de consumo, QUICIOS MOLINA, S., 2000, pp. 1037-1038; RECALDE CASTELLS, A., 2014, p. 1166.

⁶⁷⁰ Entre otros, DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 607; CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, p. 450 y ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 1991, p. 248; CANO HURTADO, M. D., 2005, p. 204. Como afirma CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., *CEEM*, p. 38, «hay que tener siempre en cuenta que el ofrecimiento de pago no es causa de extinción de la obligación a consignar, y que por este motivo no debemos cargar de formalismos “*extra ordinem positivum*” a un acto cuyos efectos primordiales sustantivos hacen referencia a la constitución en mora del acreedor y a la eliminación de la mora del deudor».

⁶⁷¹ Estas cláusulas serían perjudiciales para el adherente en el caso de que fuera, no el deudor, sino el acreedor.

⁶⁷² Como afirma DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 610, en la fase anterior a la aceptación del acreedor o la declaración judicial, la consignación es puramente un depósito, pudiendo el deudor retirar libremente la cosa debida. De igual modo, para CANO HURTADO, M. D., 2005, p. 348 y ss., el derecho a retirar se explica porque el acreedor no ha adquirido ningún derecho sobre lo depositado y, por tanto, el deudor sigue siendo su propietario.

⁶⁷³ *Ibidem*, pp. 356-358, suscribe la sintonía de la norma con el fundamento de la consignación pues la misma será procedente cuando, bien el acreedor la aceptó, bien ha sido declarada como tal judicialmente: «se pone de manifiesto que la razón estaba del lado del deudor y que el pago no pudo ser desarrollado con normalidad por alguna causa a él no imputable».

5. La interpretación *contra proferentem* contenida en el artículo 1288 del Código civil

El art. 1288 Cc, que previene de situaciones en las que una cláusula oscura pueda favorecer a la parte que hubiera ocasionado tal oscuridad como una de las reglas de interpretación contractual, ya es conocido por nosotros al haberlo tratado conjuntamente con los criterios de interpretación de los contratos mediante condiciones generales en el Capítulo II de la Primera parte⁶⁷⁴. En efecto, el art. 6.2 LCGC recoge un precepto prácticamente idéntico al referido del Código civil, al hilo del cual tuvimos ocasión de abordar la amplia jurisprudencia existente acerca de la regla de interpretación *contra proferentem*, al cual nos remitimos.

Tras lo dicho, solo cabe recordar aquí que no es desdeñable el número de resoluciones que han tomado tradicionalmente el art. 1288 Cc como pieza clave para contestar cláusulas insertas en contratos de adhesión con las que, mediante una redacción poco clara, el predisponente pretendía beneficiarse a costa del contratante débil. El mecanismo puede no tener tanta trascendencia en las relaciones de consumo, que gozan de protección *ad hoc*, pero cobra una especial proyección en la contratación mercantil mediante condiciones generales. El recurso a la interpretación en contra de la parte que generó la oscuridad en la cláusula no presentaría mayores problemas si no fuera porque la jurisprudencia se ha servido en ocasiones de este principio hermenéutico para desarrollar un verdadero control de contenido encubierto alrededor del mismo. Control que, si bien hemos calificado siempre de necesario, debería efectuarse con apoyo en normas apropiadas y no en otras –como el art. 1288– que no tienen como finalidad la declaración de invalidez de una cláusula sino que están ubicadas en sede de interpretación, con las limitaciones que esto conlleva.

6. El artículo 1154 del Código civil y la moderación de la cláusula penal

La cláusula penal se concibe como una garantía de la obligación en virtud de la cual, en palabras de Díez-Picazo, «el deudor se compromete a satisfacer [una prestación] al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal»⁶⁷⁵. Esta figura jurídica, de

⁶⁷⁴ *Vide supra* Primera parte. Capítulo II. II. 2.2.

⁶⁷⁵ Por todos, Díez-Picazo, L., 2008, p. 457. Elaboran también una definición, entre otros, Dávila González, F. J., 1992, p. 32; Díaz Alabart, S., 2011, p.59.

gran importancia en la actualidad negocial⁶⁷⁶, aparece regulada en el Código civil en los arts. 1152 a 1155 («De las obligaciones con cláusula penal»), dentro de los cuales nos interesa, en este punto, la alusión a la moderación de la cláusula penal contenida en el 1154. Este precepto dispone que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor». Y nos interesa porque partimos de que puede darse el caso de que en un contrato de adhesión entre empresarios el predisponente, abusando de una posición de superioridad, imponga al adherente una cláusula penal desproporcionada en caso de incumplimiento. Ante una situación así, cabe analizar qué posibilidades hay, en su caso, de control de estos abusos y si el art. 1154 Cc es una de ellas.

Con carácter previo a entrar en el análisis de este artículo, debemos hacer una serie de precisiones. Tradicionalmente la doctrina ha catalogado las cláusulas penales en diversas categorías según la función y los efectos que desempeñaran, entre las que señalaremos las cláusulas penales sustitutas o indemnizatorias y las punitivas. La función de las primeras es la pre-estimación y liquidación anticipadas de la indemnización de daños y perjuicios, liberando al acreedor de tener que probar y calcular el daño real sufrido una vez que se produce el incumplimiento. Esta es la regla general en virtud del art. 1152.1 Cc y por lo tanto la función que, a falta de pacto, cumple una cláusula penal. Pero las partes también pueden atribuirle un carácter punitivo a la cláusula penal, bien aumentando notablemente la cantidad fijada como indemnización por encima de los daños que se pueden producir; bien acordando la obligación del deudor de cumplir con la cláusula penal y, además, la indemnización de los daños y perjuicios (pena cumulativa, si existe pacto en ese sentido, en virtud del art. 1152 Cc, *a sensu contrario*); bien acordando que el acreedor pueda exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena (si existe pacto, según el art. 1153 Cc *in fine*). Estas cláusulas desempeñan una función esencialmente coactiva, que busca presionar al deudor para que cumpla⁶⁷⁷. En ambos supuestos, a nuestro juicio, pueden darse abusos por parte del predisponente mediante la imposición de una cláusula penal exorbitante que mereciera ser controlada. Eso sí, con unos matices distintos en cada caso. En las cláusulas penales propiamente indemnizatorias, al pretender ser un sustituto de la indemnización de daños y perjuicios y aunque siempre se tenderá a que la pena sea mayor que los daños previsibles (para evitar

⁶⁷⁶ «Cada vez es más frecuente la incorporación en los contratos de obra de cláusulas penales», sostiene MARTÍNEZ MAS, F., 2005, p. 85. Con más detalle respecto del contrato de *leasing*, UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, aborda los distintos tipos de cláusulas penales que son usuales en los contratos de *leasing*, bien añadidas a cláusulas de vencimiento anticipado, bien a cláusulas de resolución (pp. 38 a 56; 72 a 89).

⁶⁷⁷ Acerca las funciones y modalidades de las cláusulas penales, entre otros, *vide* Díez-PICAZO, L., 2008, p. 464; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 54 y ss.; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *ADC*, pp. 527 y ss.; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., 1993, pp. 23 a 30; CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, p. 1024; DÍAZ ALABART, S., 2011, pp. 68-69; FELIU REY, J., *ADC*, pp. 176 y ss.

que al deudor le salga a cuenta no cumplir con su obligación y pagar, en su lugar, la cláusula penal), estos daños previsibles son un buen criterio para valorar la excesividad de la cláusula. Sin embargo, en el caso de las cláusulas penales punitivas, son necesarias algunas consideraciones añadidas. Por eso, y salvo mención en contra, nos centraremos en este trabajo en lo relativo al régimen de las cláusulas penales sustitutivas y solo al final nos referiremos a las cláusulas penales puramente punitivas.

Por otro lado, partiendo de un criterio distinto y dado que también tendrá relevancia a lo largo del epígrafe, nos interesa asimismo dejar apuntado que la cláusula penal se puede prever para un incumplimiento total de la obligación o bien para un incumplimiento parcial, como podría ser el retraso (penas moratorias) o el cumplimiento defectuoso. En este segundo caso, el del incumplimiento parcial, hay que tener claro que la *parcialidad* se predica respecto de la prestación de la obligación principal –de la que la cláusula penal es accesoria– pero no así respecto de la propia cláusula penal, dado que el supuesto de hecho contemplado para que el acreedor pueda exigir dicha pena es, precisamente, ese incumplimiento parcial.

Volviendo al texto principal, el art. 1154 Cc, recordamos, permite al Juez moderar la cláusula penal en casos de cumplimiento parcial de la obligación. Por su parte, el Código de comercio no recoge una disposición similar en su articulado puesto que el único artículo que regula la cláusula penal –art. 56– tan solo establece que «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario». La diferencia del régimen legal que establece el art. 56 Ccom para los contratos mercantiles con cláusula penal respecto del existente en el texto civil para las obligaciones con cláusula penal⁶⁷⁸ y, en concreto, la ausencia de referencia a la moderación de la misma en la norma mercantil, no es un obstáculo para la extensión de lo que en este apartado se diga a los contratos entre empresarios, objeto de nuestro trabajo. El art. 50 Ccom reenvía a «las reglas generales del Derecho común» lo no regulado en las normas mercantiles respecto de «los requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción, y a la capacidad de los contratantes», de tal forma que el Derecho común sería aplicable en tercer lugar, tras el art. 56 Ccom (y disposiciones mercantiles concordantes) y los usos normativos mercantiles, pero con preferencia respecto de éstos en lo relativo a los aspectos antes citados⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ Enumera las diferencias GÓMEZ CALERO, J., 1983, pp. 44 y 45.

⁶⁷⁹ GÓMEZ CALERO, J., 1983, p. 47. Respecto a la aplicabilidad de lo contenido en el Código civil en relación a la cláusula penal (entre ellos, el art. 1154) a los contratos mercantiles con cláusula penal ver

Mientras que doctrina y jurisprudencia han estado más o menos de acuerdo en su carácter de mandato imperativo para los tribunales⁶⁸⁰, no hay tal consenso respecto de los supuestos en los que procede la moderación de la pena convencional por parte del Juez. Parece que de la lectura literal del art. 1154 Cc se desprende que es posible la misma cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, sin que pueda ampliarse a más supuestos. Esta postura es la que sostiene la doctrina mayoritaria. Sin embargo, hay ciertos autores que abogan por utilizar el art. 1154 Cc como una vía para controlar posibles abusos cometidos mediante cláusulas penales excesivas⁶⁸¹. ¿Podría ser, así, la moderación de la pena convencional un mecanismo para la reducción de penas desproporcionadas también cuando el incumplimiento es total?

Esta idea es la que se recomendó en su día en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, y la que recogen los Principios UNIDROIT, los Principios del Derecho Europeo de Contratos, la Propuesta del Marco Común de Referencia⁶⁸² así como los ordenamientos jurídicos vecinos⁶⁸³. Por

asimismo URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., 2007, p. 44; PEINADO GRACIA, J. L., 2009, p. 257-258; ARANA DE LA FUENTE, I., *ADC*, pp. 1602-1603, 1613.

⁶⁸⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 1991, p. 160; JORDANO FRAGA, F., 1992, p. 194; RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., *ADC*, p. 581; MAS BADÍA, M. D., 1995, p. 73; SANTOS BRIZ, J., 2000, pp. 297; VIVES MARTÍNEZ, G., 2000, pp. 175 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, p. 1028; DÍEZ-PICAZO, L., 2008, p. 468; ALBALADEJO, M., 2011, p. 274; ARANA DE LA FUENTE, I., *ADC*, pp. 1613-1615. La STS 4 de mayo de 2011 [RJ2011\3728] afirma al respecto y con cita de múltiples resoluciones que «la jurisprudencia ha interpretado literalmente el artículo 1154 del Código civil en el sentido de que encierra un mandato expreso que el juez ha de cumplir aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes».

En cuanto a la posibilidad de que las partes excluyan su aplicación mediante pacto, JORDANO FRAGA es de la opinión de que el control judicial *ex art.* 1154 no puede ser válidamente excluido por las partes del contrato dado este carácter imperativo del precepto (p. 194) (en el mismo sentido, SANTOS BRIZ, J., 2000, p. 297) mientras que para DÍAZ ALABART, S., 2011, pp. 118 y ss. y ARANA DE LA FUENTE (*ADC*, p. 1615) estaría dentro de la autonomía de la voluntad el hecho de que las partes pudieran determinar que la cuantía de la pena no se redujera en caso de incumplimiento parcial o irregular de la prestación principal, opinión que también había defendido con anterioridad MAS BADÍA, M. D., 1995, p. 77.

⁶⁸¹ Una primera visión acerca de las dos posturas, mayoritaria y minoritaria, en CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, pp. 1028-1029.

⁶⁸² Efectivamente, el art. 7 de la citada Resolución de 1978 permitía al Juez reducir la pena cuando ésta resultara manifiestamente excesiva. Así también su precedente, la Convención del Benelux de 26 de noviembre de 1973, en la que se pretendía unificar en materia de cláusulas penales el Derecho de los países formantes y que ya preveía una habilitación al juez para moderar la pena por razones de equidad (comenta estas dos convenciones DÍEZ-PICAZO, L., 2006, pp. 385-389). De la misma manera, el art. 7.4.13(2) de los Principios UNIDROIT dispone que la suma estipulada para el incumplimiento puede reducirse a un monto razonable cuando fuera notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y las demás circunstancias, incluso «a pesar de cualquier pacto en contrario». De forma muy similar resuelven también los PECL y el DCFR en los arts. 9:509(2) y 3:712(2), respectivamente.

⁶⁸³ Sólo como referencia, señalar que también apuestan por la reducción de penas convencionales excesivas, incluso en el caso de incumplimiento total, los ordenamientos jurídicos de Francia (art. 1152.2.º Cc), Portugal (art. 812 Cc), Alemania (§ 343 del BGB), Italia (art. 1384 Cc) y Bélgica (art. 1231 Cc). Así, nuestro ordenamiento sería, en palabras de DE CASTRO VÍTORES (2009, p. 564), «como un verso suelto respecto del resto de los ordenamientos y del criterio que se sugiere en los textos preparatorios de un eventual futuro derecho contractual europeo común».

tanto, no es aislada en el panorama comparado y europeo, la postura de los autores que en España abogan por la posibilidad de controlar los abusos en las cláusulas penales a través de la moderación judicial, aunque como tendremos ocasión de ver, dado el contenido vigente del art. 1154 Cc, no parece que sea tan fácil admitir esta opción en nuestro ordenamiento jurídico⁶⁸⁴.

6.1 MODERACIÓN DE CLÁUSULAS PENALES SUSTITUTIVAS EXORBITANTES

Para Jordano Fraga⁶⁸⁵, siguiendo una interpretación finalista y no literal del precepto que nos ocupa, son claras dos cosas: por una parte, que no en toda hipótesis de incumplimiento parcial o inexacto procede la reducción de la cláusula penal, aún prevista para un incumplimiento total; por otra, y esta es la que nos interesa, que «en contra de la opinión mayoritaria, cabe la reducción de una cláusula penal prevista para un incumplimiento total del deudor, si éste se produce (y también, claro, la de una prevista para un incumplimiento parcial

⁶⁸⁴ Aprovechamos para hacer un inciso en relación a la extensión de lo que en este apartado se exponga acerca de las cláusulas penales (y, en concreto, el aspecto que nos ocupa, la moderación), a una figura que se ha considerado por la doctrina como afín: las arras penales. Dada la similar función que pueden desempeñar ambas, no es muy aventurado afirmar que la facultad de moderación recogida en el art. 1154 también le sería de aplicación a las arras penales (siempre supeditado al cumplimiento de los presupuestos que en líneas sucesivas se expondrán). Así lo han manifestado, entre otros, DÍAZ ALABART, S., *RDP*, pp. 88 y ss.; CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, pp. 1026-1027; VERDERA IZQUIERDO, B., 2005, pp. 214 y ss.; DÍAZ ALABART, S., 2011, pp. 107-109.

Respecto de las arras penitenciales, esto es, aquella entrega que permite a ambos contratantes desligarse del contrato ya perfeccionado (DÍEZ-PICAZO, L., 2008, pp. 469 y ss), la doctrina no se ha mostrado tan favorable: DÍAZ ALABART, S., 2011, p. 109, entiende que será difícil –aunque no imposible– que se dé el requisito del cumplimiento parcial o irregular, mientras que VERDERA IZQUIERDO, B., 2005, pp. 217, opina que «en términos generales se debe sostener que dicha facultad moderadora en el supuesto de un pacto de arras penitenciales no es factible». Ahora bien, DÍAZ ALABART señala algún supuesto en el que sí que cabría la moderación por equiparación con la cláusula penal, como aquel en el que la cuantía de las arras penitenciales es tan alta que acaban por desempeñar una función análoga a la de la pena convencional (*RDP*, p. 85). En el mismo sentido, respecto de las arras penitenciales establecidas realmente como penales, CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, p. 1027, afirma que esta solución evita el fraude de ley que se produciría si la cláusula penitencial, con independencia de lo que aparentara su literalidad, acabara siendo de aplicación no solo en supuestos de desistimiento, sino también de incumplimiento. Por otro lado, también la autora anteriormente citada admite la moderación –aunque con fundamento en el art. 1103 Cc y no en el 1154, como veremos– en el caso de que por la variación desmedida del valor de las arras, se genere un desequilibrio para el que tiene que devolverlas o soportar la pérdida o para aquellos casos en los que el desistimiento no es una opción real dado lo excesivo de las arras (*RDP*, p. 89). Por último, parece que por la función de las arras confirmatorias, apartada de la idea de la cláusula penal, carece de sentido la extensión de lo que se disponga acerca del art. 1154 para esta última figura. En este sentido, DÍAZ ALABART, S., *RDP*, p. 88; *La cláusula...*, *op. cit.*, p. 108; VERDERA IZQUIERDO, B., 2005, pp. 217. La primera autora apunta un supuesto de interés para nuestro estudio: el caso de que las arras confirmatorias incluidas en un contrato de adhesión fueran de tal entidad que, sin causa que lo justifique, supusieran un perjuicio claro para el adherente por obligarle a prescindir de dicha cantidad durante un largo período de tiempo (p. 88).

⁶⁸⁵ JORDANO FRAGA, F., 1992, p. 200.

o inexacto, si éstos se producen en la medida contemplada en la cláusula penal), siempre que con la cuantía del resarcimiento que resulte de la aplicación de la cláusula penal pueda considerarse, por las circunstancias de ese concreto incumplimiento a que se aplica, como desproporcionada o abusiva, a costa del deudor incumplidor». El punto de apoyo del autor para llegar a estas conclusiones es la *ratio* de la norma, que va más allá de su letra y trata de corregir todas las cláusulas penales que sean abusivas o desproporcionadas para el deudor incumplidor⁶⁸⁶. La pieza central de su argumentación es, por tanto, la desproporción resultante de aplicar la pena convencional. A esta idea hace referencia también el profesor Rodríguez Tapia sosteniendo, en sintonía con el anterior autor, que la facultad de moderación judicial es aplicable a supuestos de incumplimiento total ya que el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena es la desproporción⁶⁸⁷.

Aunque, como veremos, la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo mantiene una postura consolidada acerca de la interpretación restrictiva del art. 1154 Cc, permitiendo la moderación de la pena convencional tan sólo en los casos de incumplimiento parcial o irregular, en algunos pronunciamientos aislados este órgano jurisdiccional, por unos u otros motivos, ha reducido la cláusula penal pactada por las partes, más allá del incumplimiento parcial o defectuoso⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ *Ibidem*, p. 199.

⁶⁸⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. M., 1993, pp. 582-584. En este sentido señala que el art. 1154 Cc no dice que sólo procederá la moderación en los casos de cumplimiento parcial o irregular. Así, «no impide [...] que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el artículo 1103 del Cc) en casos distintos de los descritos en esa norma».

⁶⁸⁸ Al hilo de un contrato de obra entre una constructora y la promotora, confirma el Tribunal Supremo, en su sentencia de 1 de octubre de 1990 [RJ\1990\7460], la sentencia recurrida y, por tanto, la moderación de la pena convencional que ésta había fijado por retraso en la culminación de las obras. Del mismo modo, la STS 2 de diciembre de 1998 [RJ\1998\9612] entiende moderable en virtud del art. 1154 Cc la cláusula penal contenida en un contrato de arrendamiento financiero en virtud de la que el arrendatario debía pagar el 50% de las sumas pendientes al vencimiento con exclusión del valor residual, en concepto de restitución anticipada del vehículo. Por su parte, la STS 4 de enero de 2007 [RJ\2007\1101] confirma la moderación de la cláusula penal parte de un contrato de distribución por la que, de no alcanzar la distribuidora una determinada cifra anual de ventas, queda obligada a pagar a la otra parte la cantidad de dinero que faltase para llegar al mínimo establecido, mientras la STS 5 de julio de 2006 [RJ\2006\5388] desestima el recurso interpuesto contra la sentencia de instancia que aducía una errónea aplicación del art. 1154 Cc a la cláusula penal incluida en un contrato de arrendamiento de local de negocio. Por último, revoca el TS la sentencia de la instancia inferior recurrida, mediante la sentencia 19 de febrero de 2010 [RJ\2010\1786], por considerar que no es nula la cláusula penal por la que el contratista puede retener los pagos correspondientes al industrial si la propiedad no ha pagado al primero las cantidades correspondientes a los trabajos certificados por el industrial. Confirma, así, la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia, que había moderado la retención al 25% de la cantidad aplicando por analogía el art. 1154 Cc por considerarla abusiva pero, cierto es, apuntando que, dado que esta sentencia «no fue apelada por la sociedad demandada y al haberse aquietado a su pronunciamiento, esta Sala no puede alterarla y deberá ser confirmada». Sin perjuicio de la cuestión relativa a la moderación de la cláusula, que se confirma, el Tribunal se pronuncia a favor de esta cláusula que permite al contratista no pagar al industrial o subcontratista por sus trabajos mientras la propiedad no le haya, a su vez, abonado a él las cantidades pactadas por los mismos (y sin que tenga acción

Junto con esta idea de extensión a más supuestos que el incumplimiento parcial o irregular, recogidos expresamente en el art. 1154 Cc, se han apuntado otros caminos para moderar cláusulas penales. Si recordamos la frase que se ha recogido en último término del profesor Rodríguez Tapia, relaciona el precepto que nos ocupa con el art. 1103 del mismo texto. Esta alusión al art. 1103 Cc viene dada por la moderación que también recoge este precepto respecto de la responsabilidad que proceda de negligencia, exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones pero que «podrá moderarse por los Tribunales según los casos». Esta similitud ha podido llevar a defender su aplicación en el caso de incumplimientos por culpa o negligencia. Así, Díaz Alabart relaciona ambos preceptos, 1154 y 1103, como casos en los que se pretende aplicar la equidad, lo que da pie para afirmar, respecto del art. 1103 y dado que el primero es inaplicable cuando no se produce ningún tipo de cumplimiento, que «se puede a su tenor moderar una pena sustitutoria de daños y perjuicios, aunque la obligación principal se hubiera incumplido totalmente» siempre y cuando no haya existido dolo^{689 690}.

directa el industrial o subcontratista contra la propiedad). Es dudosa su naturaleza puesto que, si fuera una cláusula penal en la relación contratista-industrial, debería sancionar un incumplimiento de este último, cuando la realidad es que, si bien el que se ve perjudicado es el industrial, lo es por un incumplimiento de un tercero a él, ajeno a esa concreta relación negocial (la propiedad). El Tribunal argumenta en contra de la nulidad de la cláusula, por no ser contraria al art. 1256 Cc –el pago al industrial no depende del contratista sino de un tercero– y por no poder ser aplicada la normativa de consumo, que es la única que recoge un control de contenido. A nuestro juicio, si esta cláusula está inserta en un contrato predispuerto –no se especifica–, sería contraria a la buena fe del art. 1258 Cc (nos remitimos a la parte final del trabajo para ver el funcionamiento de este control material): al industrial le ha sido impuesta una cláusula por la que, aunque él cumpla con sus obligaciones contractuales, no tendrá su contraprestación mientras un tercero, contra el que no tiene posibilidad de ejercitar ninguna acción, no pague al contratista por, entre otras, sus propios trabajos (los del industrial). El contratista está transmitiendo al industrial el riesgo de impago de un contrato ajeno al él y frente al que no tiene opciones de reclamar.

⁶⁸⁹ DÍAZ ALABART, S., 1989, pp. 566-567, 573; 2011, pp. 127 y 132 y ss. También analiza la utilización del art. 1103 del Cc como instrumento de moderación DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 466 y ss., subrayando la fuerza expansiva del precepto y su apoyo en la equidad. Se muestra favorable a la aplicación del art. 1103 a supuestos de incumplimiento total en el caso de que la pena resulte inequitativa y que sean debidos a mera negligencia (pp. 474-475). Señala, por el contrario, un problema para la aplicación de este precepto como cauce para moderar las penas excesivas, MAS BADÍA, M. D., 1995, pp. 229-230, quien llama la atención sobre las implicaciones de que las partes hayan pactado una cláusula penal con la voluntad de establecer un sistema de responsabilidad distinto al legal, lo que quizá «enerve la aplicación de la regla del artículo 1103, como propia precisamente del sistema de responsabilidad legal que se ve sustituido por el convencional».

⁶⁹⁰ La jurisprudencia del TS no ha respaldado esta opción de moderar las cláusulas penales por incumplimiento total a través del art. 1103 Cc (sí que se contempla aisladamente, por ejemplo, en la SAP Madrid de 19 de enero de 2002 [JUR\2002\72789]; también en otros supuestos que tienen un denominador común como es la concurrencia de culpas con la parte contratante o bien circunstancias excepcionales –SSTS 19 de febrero de 1990 [RJ1990\700], 29 de marzo de 2004 [RJ2004\2049] y 28 de octubre de 2010 [RJ2010\7613]–). Argumenta la imposibilidad de aplicación del art. 1103 Cc de forma general frente a cláusulas exorbitantes la STS 23 de octubre de 2012 [RJ2013\1542]. En un contrato de distribución en exclusiva se incluye una cláusula penal en caso de incumplimiento del pacto de exclusividad (diez veces la facturación anual del distribuidor) que es moderada por la AP, no en virtud del art. 1154 Cc –porque no se trata de un incumplimiento parcial o defectuoso– sino en aplicación del art. 1103 Cc para los casos de responsabilidad por actuación negligente. Por el contrario, el TS casa la sentencia de instancia y declara que

También la buena fe como criterio de integración de los contratos (art. 1258 Cc) ha sido vinculada en alguna ocasión a la reducción de penas excesivas⁶⁹¹. Del mismo modo, otros argumentos a los que se ha hecho alusión para regular las cláusulas penales exorbitantes son el art. 7.2 Cc y el abuso de derecho, la inexistencia o ilicitud de causa o la cláusula *rebus sic stantibus*⁶⁹², sin que hayan sido seguidos por la doctrina mayoritaria ni por la jurisprudencia⁶⁹³.

no ha lugar a moderación alguna. La *ratio legis* del precepto radica en que si una acción u omisión negligente causa un daño desproporcionado en relación con la propia conducta negligente, no resulta equitativo condenar al causante a reparar la totalidad del daño, pudiendo el juez discrecionalmente moderar la indemnización en atención a las particularidades del caso, incluso en supuestos de incumplimiento total de la obligación. Ahora bien, apunta el órgano jurisdiccional, la moderación prevista en el art. 1103 Cc no puede operar frente a lo convenido por las partes en defecto del art. 1154 Cc, no porque no proceda en el caso de un incumplimiento total de la obligación, sino porque «rige la fuerza vinculante del pacto que, aunque suponga un agravamiento de la responsabilidad, constituye una forma de tutela reforzada del crédito, de cuya validez y eficacia debemos partir, salvo que se exceda de los límites legales previstos respectivamente en los arts. 1255 y 1258 Cc». Es verdad que este argumento de respeto a la autonomía de la voluntad apuntado por el Tribunal Supremo y por algunos autores, perdería fuerza en nuestro caso al tratarse de un contrato de adhesión, en el que no se puede decir, estrictamente hablando, que haya una voluntad común de incluir, en virtud de una cláusula penal, un sistema de responsabilidad distinto del previsto en el art. 1103 Cc, lo que podría atenuar este obstáculo que, a la vista de los razonamientos del TS, podría ser el más importante. En todo caso, y partiendo también de esta idea, adelantamos que nosotros defenderemos la posibilidad de un control de contenido en contratos predispuestos, también de cláusulas penales desproporcionadas. Recordando, precisamente, la mención de la anterior sentencia al art. 1258 Cc, será la figura de la buena fe contenida en dicho precepto en torno a la que girará el control material.

⁶⁹¹ SANTOS BRIZ, J., 2000, p. 297; DE CASTRO VÍTORES, G., 2009, pp. 573-574. Conociendo acerca de una cláusula penal inserta en un contrato mercantil de explotación de máquinas recreativas, la AP de Murcia, en su sentencia de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450], no considera procedente aplicar la facultad moderadora prevista en el art. 1154 Cc al no concurrir el presupuesto legal básico, consistente en el cumplimiento irregular o cumplimiento parcial de la obligación, puesto que, en el supuesto de hecho, el incumplimiento ha sido total y grave. Sin embargo, puntualiza el órgano jurisdiccional que «como señala la doctrina, al amparo de lo dispuesto en el art. 1258 Cc, cabría integrar también aquellos en los que la pena sea desproporcionada operando entonces también la facultad de moderación o reducción de la misma en cuanto también sería una consecuencia del contrato y la buena fe contractual. De ahí, por tanto, que si la bien citada cláusula penal deba entenderse válida en virtud del principio de autonomía de la voluntad, es también cierto que ha de considerarse igualmente generadora de desequilibrio entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada, hasta el extremo de afirmar que ha sido redactada en interés exclusivo de la actora al no contener el contrato norma alguna equivalente para el caso de incumplimiento de la mercantil actora suministradora de las máquinas recreativas. Por tanto y al amparo de lo dispuesto en el art. 1258 Cc, la moderación de la pena contenida en la sentencia de instancia debe conceptuarse correcta y acertada, pues sin duda ese desequilibrio contractual y la desproporción de la pena, pugna con el principio de buena fe que proclama el art. 1258 Cc» (F. J. 4.º, párrafos 8.º, 9.º y 10.º). En el mismo sentido y acerca del mismo contrato, también SAP Murcia de 14 de junio de 2011 [JUR\2006\265991]. También moderando una cláusula penal por entenderla «abusiva en el marco del art. 1258 Cc», SSAP Granada de 21 de septiembre de 2007 [JUR\2008\23294] y 28 de abril de 2006 [JUR\2006\200439].

⁶⁹² La suma pactada a favor del arrendador para el caso de resolución anticipada en un contrato de arrendamiento de local de negocio, valorando la reducción sustancial del nivel de rentas en el centro comercial y las posibilidades de disponibilidad efectiva del local por parte del arrendador para arrendarlo, es considerada desproporcionada por la AP de Burgos en su sentencia de 12 de noviembre de 2009 [AC\2010\625], que la reduce en un 50%.

⁶⁹³ Al respecto, ver MARÍN GARCÍA, I., *InDret*, pp. 9 y 19; ARANA DE LA FUENTE, I., *ADC*, pp. 1636. MAS BADIÁ, M. D., 1995, p. 230 y ss., también hace referencia a la inexistencia o ilicitud de la causa, el consentimiento viciado o la rescisión por lesión. Por su parte, niega la usura como posible mecanismo de

6.2 MODERACIÓN SOLO EN CASOS DE INCUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR

En consonancia con la línea general del trabajo, mantenemos la necesidad de la existencia de un mecanismo a través del cual pudieran ser controlados posibles abusos en la fijación de las penalizaciones por incumplimiento. En la contratación con consumidores se han previsto expresamente este tipo de extralimitaciones, considerándolas como cláusulas abusivas⁶⁹⁴ pero, dado que esta normativa protectora no es de aplicación en el ámbito de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios, encontrar un apoyo normativo fuera de la legislación de consumo tendría una gran repercusión como mecanismo de control en este tipo de contratación entre profesionales.

Sin embargo, como ya se ha dejado entrever, no parece estar tan claro que sobre el vigente art. 1154 Cc se pueda sustentar un control para las cláusulas penales «abusivas». Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, entre la que podemos destacar a Albaladejo⁶⁹⁵ o a Díez-Picazo⁶⁹⁶, para quien esta norma no permite reducir o moderar una pena convencional por ser excesiva «ya que éste es tema que pertenece a la autonomía de la voluntad de las partes» y tan sólo puede el juez entrar a actuar cuando ha sido prevista para el incumplimiento total y éste ha sido parcial o irregular. En los mismos términos se expresa Cabanillas⁶⁹⁷, Amunátegui⁶⁹⁸, Díaz Alabart⁶⁹⁹, Carrasco⁷⁰⁰, Marín García⁷⁰¹ y Arana de la Fuente⁷⁰². Para la última autora, poniendo el acento en lo que consideramos la piedra angular del verdadero problema, «su ejercicio ex-

control el TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2004 [RJ\2005\74], conociendo de una cláusula penal contenida en un contrato «de prestación de servicios de información y de equipos para ello» entre dos empresas para el supuesto de resolución del mismo.

⁶⁹⁴ Así lo dispone el art. 85.6 TRLC que prohíbe «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»; el art. 87.6, haciendo referencia a «la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados»; o, por último, el art. 88.1, al considerar abusivas las cláusulas que supongan «la imposición de garantía desproporcionadas al riesgo asumido».

⁶⁹⁵ ALBALADEJO, M., 2011, pp. 275 y ss.

⁶⁹⁶ Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 468-469.

⁶⁹⁷ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 1991, p. 160.

⁶⁹⁸ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., 1993, pp. 64, 65, 175, entre otras.

⁶⁹⁹ DÍAZ ALABART, S., 2011, pp. 98, 113, entre otras.

⁷⁰⁰ CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 830: «en el artículo 1.154 existe un ajuste de la cláusula a un nuevo supuesto de hecho, pero no un juicio de desvalor sobre el contenido de la cláusula». Es decir, sitúa la moderación del art. 1145 Cc, no en el desequilibrio intrínseco de la cláusula penal sino en que la circunstancia sobrevenida de un cumplimiento parcial del contrato hace desproporcionada la penalización prevista inicialmente.

⁷⁰¹ MARÍN GARCÍA, I., *InDret*, pp. 6 y 11.

⁷⁰² ARANA DE LA FUENTE, I., *ADC*, p. 1682.

cediendo las previsiones legales puede desvirtuar la voluntad común de las partes manifestada en el contrato», de tal forma que no debería utilizarse como instrumento que permitiera al juzgador modificar las cláusulas penales que considerara desproporcionadas «salvo una reforma legislativa»⁷⁰³.

Partiendo de estos razonamientos no sorprende saber que, como ya se ha apuntado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, salvo casos aislados, mantiene una postura clara respecto a los supuestos en los que los jueces ostentan la facultad de moderación: no procede cuando se trata de un incumplimiento total de la obligación⁷⁰⁴ ni tampoco cuando el incumplimiento de la obligación sea parcial pero precisamente tal fuera la situación prevista por las partes en la cláusula penal⁷⁰⁵ (incluyendo en estos casos el frecuente

⁷⁰³ Es muy expresiva para reforzar la postura de la doctrina mayoritaria la lectura de los antecedentes del art. 1154 Cc, concretamente, los art. 1081 y 1085 del Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA. En el primero, se permite la posibilidad de que el acreedor reclame a su elección el cumplimiento de la obligación o el de la pena estipulada contra el deudor moroso pero solo en el caso de que así se hubiera pactado y reconociendo a los tribunales la facultad de moderar la pena «si fuere excesiva (*sic*)». En cuanto al art. 1085, claramente delimita el supuesto de hecho para que sea aplicable la moderación a los incumplimientos parciales y excluye a los totales: «El juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo». El autor alude a la posición respectiva de las partes «y todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio» como criterios a tener en cuenta por el juez para la modificación, en su caso, de la pena (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 583). Nos parece evidente que cuando el incumplimiento es «en el todo» no se está dentro del ámbito de aplicación de la moderación de la pena convenida y, por otra parte, que el art. 1.081 no ha tenido continuidad en el Código civil vigente. Al respecto, DÍAZ ALABART (2011, p. 96), pone en evidencia que de las dos funciones que el juez tiene en el Proyecto –facultad moderadora general para evitar abusos y facultad moderadora en el supuesto de incumplimiento parcial–, el Código civil solo ha mantenido la segunda, faltando un artículo que recoja la moderación de la pena excesiva aunque, matiza, se incluyó la previsión de moderación equitativa genérica del art. 1103. «No es posible saber si la no inclusión del primero se produjo precisamente por la existencia de esa nueva regla general, pero una cosa encaja con la otra», aventura la autora.

⁷⁰⁴ Desde el punto de vista de los incumplimientos totales, la STS 10 de marzo de 2014 [RJ\2014\1467] declara que no hay lugar a la moderación de la cláusula penal inserta en un contrato de mantenimiento de ascensores en una residencia de ancianos pues se ha producido el evento específicamente previsto, en este caso concreto, el ejercicio unilateral de la facultad de desistimiento. También acerca de un supuesto de desistimiento unilateral, en un contrato de obra y dirección de la misma, se resuelve en idéntico sentido en la STS 21 de junio de 2004 [RJ\2004\3956]. En el mismo sentido, SSTS 18 de marzo de 2014 [RJ\2014\2409] (cláusula penal ante la terminación anticipada de un contrato de prestación de servicios de asesoramiento patrimonial), 26 de marzo de 2009 [RJ\2009\2387] (incumplimiento de la obligación de venta en un (pre)contrato de opción de compra sobre una finca), 1 de junio de 2009 [RJ\2009\3192] (contrato de transmisión de acciones y una cláusula penal en la que se prevén varios posibles incumplimientos entre los que está el supuesto de que los transmitentes no cumplan la obligación de no competir en el mercado en que opera la adquirente) y de 4 de mayo de 2011 [RJ\2011\3728] (contratos de arrendamiento de obra para la edificación de un hotel y un parking anejos a un campo de fútbol en los que se incluye una cláusula penal para el supuesto de que se produjera una modificación de la calificación urbanística de los terrenos donde se encuentra ubicado el campo de fútbol).

⁷⁰⁵ En estos casos, «para cada grado de cumplimiento parcial del contrato», existe una pena distinta, según señala UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, pp. 164-169. En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., 2011,

supuesto de las llamadas cláusulas penales moratorias, pues el retraso constituye aquí un incumplimiento total⁷⁰⁶). ¿Cuándo, pues, ha aceptado la jurisprudencia una moderación de la pena? Como se ha expuesto en reiteradas ocasiones a lo largo de este punto, el Tribunal Supremo no tiene problemas para reconocer la moderación en los incumplimientos parciales o irregulares⁷⁰⁷.

p. 102; VIVES MARTÍNEZ, G., 2000, pp. 576 y ss. La STS 1 de octubre de 2010 [RJ\2010\7307] descarta el uso de la potestad judicial moderadora de la pena convencional porque el incumplimiento parcial o defectuoso –falta de pago total del precio convenido en una compraventa de fincas– es el pactado como supuesto condicionante de la aplicación de la pena, debiéndose estar, entonces, a lo pactado por la partes, que decidieron garantizar cada uno de los pagos en que se fraccionaba el precio con un conjunto de cláusulas penales de funcionamiento sucesivo en el que la anterior operaba sobre la siguiente. También, SSTS 14 de junio de 2006 [RJ\2006\3133], 14 de septiembre de 2007 [RJ\2007\5307] (respecto de una compraventa de finca), 20 de junio de 2007 [RJ\2007\3861] (acerca de un contrato de compraventa de un solar con vivienda en construcción), 3 junio de 2015 [RJ\2015\2735] (contrato de cesión de derechos audiovisuales). Ver, asimismo, MACÍAS CASTILLO, A., AC, pp. 2688-2691.

⁷⁰⁶ Entendiendo que no procede la moderación de la cláusula penal moratoria en virtud al art. 1154 Cc, entre otros, DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, p. 396; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *CCJC*, p. 369; ARANA DE LA FUENTE, I., *ADC*, pp. 1655 y ss.; DÍAZ ALABART, S., 2011, p. 250. Respecto del contrato de obra, MARTÍNEZ MAS, F., 2005, pp. 105 y ss. En relación con el contrato de *leasing*, UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, pp. 168-169. Así lo afirma el TS en su sentencia de 15 de octubre de 2008 [RJ\2008\5692], respecto de un contrato de obra para la construcción de un horno de colada para fusión de fritas que incluye una cláusula por la que se penaliza el retraso con un 2,5 por ciento semanal sobre el montante de la obra («no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria [...], por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular»). Siguiendo este razonamiento se pronuncia también el TS en sus sentencias de 7 de febrero de 2002 [RJ\2002\2887] (conociendo de un contrato de obra), de 12 de julio de 2011 [RJ\2011\5112] (acerca de un contrato de construcción de una estación de servicio de gasóleo A en el que se incluye una cláusula penal de 1200 euros diarios en el caso de retraso en la entrega), de 17 de marzo de 2014 [RJ\2014\1505] (contrato de arrendamiento de máquinas recreativas con asistencia técnica),

⁷⁰⁷ Un ejemplo de ello es la sentencia de 7 de mayo de 2012 [RJ\2012\8004], que, ante un incumplimiento parcial de la obligación de pago del precio en la compraventa de un conjunto residencial integrado por dos bloques de viviendas (24 en total), entiende moderable la cláusula penal prevista para un incumplimiento total del pago del precio aplazado. Por su parte, la STS 12 de diciembre de 2008 [RJ\2008\8008], tiene en cuenta que el incumplimiento llevado a cabo por una de las partes en un contrato de gestión no es exactamente el previsto en la cláusula penal. En virtud del mencionado contrato, una de las partes queda obligada a administrar un inmueble –compuesto de locales comerciales, oficinas y aparcamientos– englobando la gestión, entre otras funciones, los contratos de arrendamiento, cobro de rentas, limpieza, seguridad o mantenimiento del conjunto. Se prevé que la renuncia anticipada al contrato por parte de la entidad propietaria del edificio generará la obligación de una indemnización equivalente a la cuantía fija total del año en curso. Ante el incumplimiento por la parte encargada de la gestión de sus obligaciones contractuales, la propietaria solicita que se tenga por extinguido el vínculo contractual. Confirma el Supremo la moderación de la pena llevada a cabo por el Tribunal de apelación porque considera que la causa de la extinción del vínculo no ha sido la prevista por las partes –la denuncia *ad nutum*–, sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta –denuncia con justa causa. «Tal conclusión, obtenida por analogía», sostiene, «no es contraria al sentido que la jurisprudencia, respetuosa con la voluntad presunta de los contratantes, atribuye a la norma del artículo 1154 del Código civil». Por último, conociendo de una cláusula penal por demora incluida en un contrato de arrendamiento de obra para la construcción de una nave industrial con dos viviendas y oficinas, sí que da el visto bueno a su moderación la sentencia de 27 de abril de 2005 [RJ\2005\3769]. Este supuesto de hecho representaría el caso de una cláusula penal moratoria –como acabamos de apuntar, no se considerarán moderables porque precisamente el presupuesto (retraso) constituye el incumplimiento total– en el que sí se ha entendido que procede la reducción de la

De todo lo hasta aquí dicho podemos concluir que tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina mayoritaria mantienen una postura clara en contra de la aplicación del 1154 Cc a supuestos distintos a los expresamente contenidos en el artículo ⁷⁰⁸.

Esto no obsta para que nuevas tendencias se hagan eco de las inquietudes de la doctrina minoritaria: la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos contiene una nueva regulación de la cláusula penal, siendo precisamente la novedad más notable la relacionada con la facultad de moderación de los jueces. El art. 1150 de la Propuesta, equivalente al 1154, dispone que «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

Basta una lectura rápida del precepto –que no solo hace referencia a las cláusulas sustitutivas sino que también incluye expresamente las punitivas– para darnos cuenta de que con esta nueva redacción, sí que estarían incluidos los casos de cláusulas exorbitantes, incluso, hasta podría parecer que sólo esos ⁷⁰⁹. Esta incorporación –y en estos términos– ha sido acogida por parte de la doctrina con ciertas reservas. Como aspectos positivos ⁷¹⁰, cabe reseñar el acercamiento que supone a la normativa europea y de Derecho comparado, o la reducción de la inseguridad que implicaría su regulación en el Derecho positivo (no olvidemos que, a pesar de la línea jurisprudencial constante del TS, hay ciertos pronunciamientos que han recurrido al art. 1154 Cc para moderar excesos de las cláusulas penales). Por supuesto, y como principal virtud desde nuestra óptica, una reforma así permitiría hacer frente a los abusos cometidos

misma: en la medida en que sí se ha producido la entrega de las instalaciones, siendo aceptadas y utilizadas con provecho, no se puede hablar realmente de un incumplimiento total sino parcial. También, SSTs 15 de abril de 2014 [RJ2014\312218] y 18 de junio de 2015 [RJ2015\2763].

⁷⁰⁸ Es más, la STS 7 de abril de 2014 [RJ2014\2184], tras fallar en contra de la moderación de una cláusula penal inserta en un contrato de prestación de servicios de gestión y asesoramiento en cuestiones urbanísticas de la ejecución de una promoción inmobiliaria por tratarse de un incumplimiento total (resolución anticipada del contrato), fija como doctrina jurisprudencial que «en un contrato por negociación, cuando expresamente se prevé una pena convencional para el caso del desistimiento unilateral ya de una, o ambas partes, la cuantía de la pena establecida no puede ser objeto de la facultad judicial de moderación» (también lo hace en la STS 10 de marzo de 2014 [RJ2014\1467]). Es de notar que, si leemos el texto de la resolución, por «contrato por negociación» hay que entender tanto los contratos en cuya formación ambas partes han participado como los contratos entre empresarios mediante condiciones generales. La sentencia argumenta en contra de aplicar a estos contratos la normativa especial de consumo quedando sujetos «al régimen general del contrato por negociación».

⁷⁰⁹ Efectivamente, no encontramos mención alguna en el artículo a los supuestos incluidos en el actual 1154 Cc, esto es, el incumplimiento parcial o irregular. Para MARÍN GARCÍA, *InDret*, p. 12, la omisión no es deliberada sino fruto de un olvido de la Comisión, con lo que en versiones futuras se introducirá de nuevo.

⁷¹⁰ Acerca de las razones favorables a la regla contenida en el art. 1150, ARANA DE LA FUENTE, I., *InDret*, pp. 10-14.

mediante penas excesivas, situaciones tan sólo cubiertas ahora en la legislación con consumidores.

Sin embargo, también se pueden encontrar inconvenientes. Para Marín García⁷¹¹, tiene un dudoso encaje en nuestro ordenamiento jurídico, siempre rígido en lo que a revisión de los contratos por cambio de las circunstancias se refiere⁷¹². A ello se suma el hecho de que no se restrinja la revisión judicial de la pena por equidad, diferenciando las cláusulas pactadas entre profesionales, llegando, incluso, a instaurar un régimen que sería más favorable para el deudor que el reservado a los consumidores en el TRLC. Se ha destacado por la doctrina la distorsión del principio de autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda* que se podría producir⁷¹³ y, de ahí, la necesidad de sujetar a un control estricto las motivaciones de los tribunales cuando procedieran a moderar una pena por ser ésta excesiva⁷¹⁴.

Por otro lado, se ha visto de forma negativa que tanto las cláusulas penales con función indemnizatoria como aquellas puramente punitivas («indemnizaciones convenidas» y «penas convencionales») puedan ser moderadas y se haga en base al *daño efectivamente sufrido*, lo que tiene sentido en el caso de la primera pero no en el supuesto de que la pena se haya configurado precisamente para coaccionar el cumplimiento del hipotético incumplidor puesto que se estaría vulnerando la voluntad de las partes que han querido dotar a la cláusula de una función puramente penal⁷¹⁵.

Si en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones y contratos se ha constatado esta evolución favorable a la moderación de la pena convencional sustitutiva desproporcionada, no parece distinta la conclusión a la que se ha de llegar a la vista del Anteproyecto del Código mercantil en la parte general sobre contratos mercantiles, cuyo art. 417-5 *in fine* (antiguo

⁷¹¹ MARÍN GARCÍA, *InDret*, pp. 11-12.

⁷¹² Recordemos la aplicación muy restrictiva por parte de la jurisprudencia de la cláusula *rebus sic stantibus* (por todos, Díez-PICAZO, L., 2008, pp. 1065-1067), salvo ciertas sentencias que parecieran flexibilizarla con motivo de la crisis económica –SSTS 30 de junio de 2014 [RJ2014\3526] y 15 de octubre de 2014 [RJ2014\6129]– (ver nota a pie núm. 298).

⁷¹³ Esta deformación es apuntada por MARÍN GARCÍA, *InDret*, p. 11; ARANA DE LA FUENTE, I., *InDret*, p. 10. Los pronunciamientos en las sentencias del TS acerca del 1154 del Código civil también son constantes en esta línea. Sólo a modo de ejemplo, SSTS 1 de junio de 2009 [RJ2009\3192] y 14 de septiembre de 2007 [RJ2007\5307].

⁷¹⁴ ARANA DE LA FUENTE, I., *InDret*, p. 14, cree que el problema fundamental no reside en la atribución de un poder discrecional de moderación a los Tribunales de instancia sino en la forma de ejercitar el mismo. Por su parte, MARÍN GARCÍA, *InDret*, p. 12, tilda de «no demasiado escrupulosa» la Propuesta, en la medida en que no se exige ninguna cautela para el juicio de proporcionalidad del Juez como podría ser, apunta, el recurso a un perito, como en el Derecho austríaco.

⁷¹⁵ FELIU REY, J., *ADC*, pp. 208-210. El autor se muestra contrario a la moderación de las cláusulas penales punitivas, además, por el hecho de que se podría ver afectada la inmediatez y eficacia de la exigibilidad de la cláusula penal al ser necesario entrar a debatir sobre el carácter o no excesivo de la misma.

art. 66.2 de la Propuesta de Anteproyecto) de forma clara admite que la suma establecida como cláusula penal «podrá, en todo caso, ser modificada por el juez si fuera notoriamente desproporcionada al daño efectivamente sufrido». De este modo, el texto mercantil recogería una regulación algo más completa de la pena convencional (recordamos que el art. 56 Ccom contiene una regulación parca al respecto) y se alinearía con la postura de la legislación civil.

6.3 CLÁUSULA PENAL SUSTITUTIVA Y CONDICIONES GENERALES ENTRE EMPRESARIOS

Llegados a este punto, parece claro que en el ordenamiento jurídico español y en la actualidad los contratos mediante condiciones generales entre empresarios no se ven afectados por ningún tipo de control específico en lo que a cláusulas penales sustitutivas se refiere. Hemos concluido que, a la luz del art. 1154 Cc y la jurisprudencia mayoritaria que lo aplica, no se puede afirmar que sea un mecanismo apto para moderar penas excesivas. Por otra parte, a diferencia de este precepto del Código civil, el TRLC sí que contiene menciones que protegen a los contratantes débiles frente a abusos en este tipo de cláusulas, pero su ámbito de aplicación se restringe a los consumidores y no incluye a los empresarios adherentes. Siendo éstos también, en ocasiones, sujetos a tutelar en la medida en que en estos contratos se reproducen ciertos rasgos característicos de las relaciones con consumidores, podría parecer en un primer momento que habría que recibir de forma positiva la idea que contiene el art. 1150 de la Propuesta de Reforma en la medida en que, por estar contenida en el Código civil, sería de indudable aplicación –supletoria– a las relaciones entre empresarios (sin olvidar que el Anteproyecto de la norma mercantil también prevería una disposición en el mismo sentido). Esto, efectivamente, conllevaría la posibilidad de protección de los adherentes empresarios frente a cláusulas penales excesivas. Sin embargo, entendemos que una forma de contrarrestar –dentro del ámbito de este trabajo– algunos de los aspectos negativos de la Propuesta que han sido criticados por la doctrina, podría ser volver la vista hacia la legislación alemana y realizar alguna modificación en dicha Propuesta.

Retomamos, así, el Derecho alemán para llamar la atención sobre un hecho: que este ordenamiento jurídico excluye de la aplicación de la moderación de las cláusulas penales del § 343 BGB⁷¹⁶ a los contratos entre comerciantes.

⁷¹⁶ El §343 BGB dispone que si una cláusula penal es desproporcionadamente alta, será reducida por el juez a una suma adecuada a instancias del deudor. Para valorar lo que es adecuado, debe ser tomado en consideración todo interés legítimo del acreedor, no solo el interés patrimonial.

No lo hace en el propio precepto, sino desde el Código de comercio alemán⁷¹⁷. La razón de una exclusión así en un ordenamiento jurídico que, como sabemos, sí que otorga protección específica a ciertos contratos aunque estén celebrados entre empresarios –control de contenido en contratos mediante condiciones generales– entendemos que quizás es, precisamente, ésa: los contratos entre profesionales que considera el Derecho alemán dignos de tutela, esto es, los contratos mediante condiciones generales, ya están protegidos mediante una cláusula general de buena fe (§ 307 BGB), que puede ser aplicada a cualquier condición contractual y, por tanto, también a las cláusulas penales⁷¹⁸.

En España, a la vista de la Propuesta de Reforma del Código civil –poniéndolo en relación con la regulación del Código de comercio al respecto– no se excluiría en principio ningún tipo de contrato: tendrían cabida tanto los contratos celebrados entre particulares, como los contratos con consumidores (teniendo en cuenta, eso sí, su regulación específica) o entre empresarios y, por otra parte, tanto los contratos negociados como los de adhesión. Este hecho puede generar distorsiones y es, como ya se ha señalado, que esté mejor protegido el deudor en general vía Código civil que la figura del consumidor a través de su propia normativa específica y de aplicación preferente.

¿Tendría sentido en el ordenamiento jurídico español una exclusión al estilo de la alemana? Es decir, ¿conllevaría algún efecto positivo excluir del ámbito de aplicación del art. 1150 PM los contratos entre empresarios? Con todo el texto de la Propuesta en vigor y a la luz de los argumentos en contra que se han apuntado, nos parece que sí. Efectivamente, los arts. 1261 a 1264 de la Propuesta de Reforma del Derecho de obligaciones y contratos son los encargados de introducir la regulación de las condiciones generales de la contratación en el marco del Código civil, ampliando el ámbito de aplicación respecto de la normativa vigente al referirse, en su art. 1262 y respecto del control de contenido, al adherente en general e incluyendo, por tanto, al adherente empresario. Así, éste, si bien no tendría la posibilidad de beneficiarse de una moderación *ex art. 1150 PM*, sí que podría acudir a la nulidad de una cláusula penal por contravenir la cláusula general de la buena fe (art. 1262.1 PM). El

⁷¹⁷ El § 348 HGB así lo dispone, negando la posibilidad de que una pena convencional recogida en un contrato mercantil pueda ser disminuida en aplicación del parágrafo 343 BGB.

⁷¹⁸ Obviamente, sin perjuicio de que luego la cláusula pase o no el control de contenido y sea declarada o no abusiva. En todo caso, nos remitimos al apartado correspondiente al Derecho alemán (Primera parte. Capítulo II. I. 1), en el que se expone el sistema de protección del BGB mediante dicha cláusula así como mediante el mecanismo de la *Indiztheorie*. En este sentido, la mención a la cláusula penal está recogida, además, en el apartado 6 del § 309 (lista negra), en referencia a aquellas cláusulas que permitan al acreedor recibir el pago de una pena convencional en el caso, entre otros, de incumplimiento en el pago o de que la otra parte se desvincule del contrato.

problema principal que rodea el hecho de querer instaurar un control de contenido respecto de lo pactado por los contratantes es, siempre, la autonomía de la voluntad. En definitiva, no se trata sino de conjugar el respeto por dicha autonomía con una protección de aquellos supuestos que sean merecedores de ella. En el caso de las condiciones generales de la contratación, sin que podamos hablar de una ausencia de consentimiento, sí que hay un claro desequilibrio entre las posiciones del predisponente y el adherente. Es evidente y así se ha reconocido en el caso de los consumidores con una legislación específica que incluye, en lo que ahora nos interesa respecto a las cláusulas penales, cautelas al efecto. Como defendemos desde este trabajo, esa posición débil de mero adherente también se puede ostentar aunque el mismo sea empresario. Pero, si bien entendemos que es un supuesto merecedor de protección, también consideramos que una regulación en la línea del ordenamiento jurídico alemán –excluyendo los contratos entre empresarios de la facultad de moderación– solventaría alguno de los problemas que la doctrina ha puesto de manifiesto respecto del art. 1150 de la Propuesta. Manteniendo todo lo dicho respecto a la necesidad de una guía que garantice una moderación adecuada de la pena por parte del juez, ya respecto de los contratos de adhesión entre empresarios, quizás podrían ser excluidos del ámbito de aplicación de este precepto si entendemos que sus necesidades de tutela –menores, en cualquier caso, que las de un consumidor– estarían cubiertas ya con la cláusula general del art. 1262.1 de la Propuesta y con la referencia expresa a las indemnizaciones desproporcionadas dentro del listado ejemplificativo que incluye (1262.3.h)⁷¹⁹.

De esta forma, se evitaría en cierta medida la problemática injerencia en la autonomía de la voluntad en casos en los que, por las características de la contratación o de los sujetos que participan, no es necesario un control material general de la pena pactada por las partes. Los contratos mercantiles negociados no se verían afectados por la actividad valorativa de los tribunales salvo en los casos de excesos o desproporción manifiesta de la pena sustitutiva, sin distorsionar así el principio *pacta sunt servanda*, mientras que

⁷¹⁹ Obviamente, con consecuencias distintas: mientras que el art. 1150 de la Propuesta conduce a una moderación de la pena convencional, el art. 1262 de la Propuesta conllevaría la nulidad de la misma por abusiva. Apunta al respecto, aunque referido a la contratación con consumidores, CAFFARENA LAPORTA, J., 2002, p. 1029, la manera de coordinar la aplicación de la disposición que tachaba de abusiva la cláusula penal desproporcionada –en aquel momento, contenida en la LCGC– y el art. 1154 Cc, ambos de carácter imperativo y con consecuencias diferentes. A juicio del referido autor, primero ha de decidirse si la cláusula es abusiva o no a los efectos de la normativa de consumo y, solo en el caso de que no lo sea –pues si es abusiva, sería nula–, entraría en juego el art. 1154 y su posibilidad de moderación de la pena si resulta desproporcionada, tomando como referencia el momento del incumplimiento (todo esto, como matiza CAFFARENA, partiendo de la opinión doctrinal minoritaria según la cual el art. 1154 Cc podría aplicarse para la revisión judicial de penas excesivas).

los contratos en los que media un adherente empresario susceptible de ser tutelado, tendrían una normativa a la que acudir en los casos de abusos del predisponente.

Con espíritu sintético y recapitulando brevemente en torno a lo expuesto en las líneas precedentes, no parece que el art. 1154 Cc pueda proporcionar apoyo para el control de cláusulas penales sustitutivas exorbitantes, ni siquiera dando entrada al argumento del déficit de autonomía de la voluntad característico en la contratación mediante condiciones generales y la correlativa necesidad de protección. Ciertamente, la inserción en un contrato de adhesión de una liquidación anticipada de los daños por incumplimiento totalmente desproporcionada y en perjuicio de la parte débil de la relación, es una práctica usual. Véase cómo el legislador, en diversos momentos de la regulación de consumo, ha creído conveniente incluir este tipo de supuestos como cláusulas abusivas. El problema es que el art. 1154 Cc piensa en un determinado supuesto de hecho cuando faculta al juez para la moderación de la cláusula penal, supuesto que se ciñe al incumplimiento parcial o irregular. Aunque en la base de esta reducción de la pena que corresponde al deudor se pueda identificar también un ánimo de conservar una proporción –que no se tenga que hacer frente, por ejemplo, a una cantidad pensada para el incumplimiento total cuando se presupone que una parte del interés del acreedor ha quedado satisfecho–, no está exento de dificultades extrapolar esta búsqueda de un resultado proporcional a casos claramente no subsumibles en el supuesto de hecho de la norma –esto es, incumplimientos absolutos–. El equilibrio que se pretende en uno y otro caso responden, a nuestro juicio, a motivaciones diferentes.

El mecanismo propuesto para controlar, en su caso, cláusulas penales excesivas impuestas por el predisponente a un adherente empresario será la buena fe del art. 1258 Cc, a la que dedicaremos la parte final del trabajo.

Junto con las cláusulas penales propiamente indemnizatorias –a cuyo régimen y posibilidades de moderación hemos dedicado el presente epígrafe–, existen las cláusulas penales punitivas. La razón de un tratamiento diferenciado entre ambas reside en las consideraciones añadidas que son necesarias en el caso de las cláusulas punitivas, precisamente por su carácter sancionador. Efectivamente, no podemos olvidar que, en virtud de un «pacto», estas cláusulas desempeñan una función, no meramente indemnizatoria sino sancionadora del incumplimiento. Así conceptuadas, el hecho de que un Juez modere este tipo de penas puede llevar a que se pierda esa función legítima de coacción. Esta es de hecho, si recordamos, una de las críticas que hace la doctrina al art. 1150 PM y su equiparación en cuanto al criterio con el que comparar la desproporción de la pena («el daño efectivamente sufrido», tanto en el caso de las «penas convencionales» como en el de las «indemnizaciones convenidas»).

Pero nos parece, no obstante, que también en el caso de las cláusulas penales punitivas pueden darse abusos en condiciones generales por parte del predisponente mediante la imposición a un adherente parte débil de la relación jurídica de una cláusula penal punitiva susceptible de ser considerada excesiva. Si bien admitimos la existencia de una diferencia clave entre la moderación de este tipo de cláusulas y la moderación de las sustitutivas, que viene asociada a la propia función esencialmente coactiva las primeras, esto no excluye que un predisponente, aprovechándose de su superioridad, pueda incorporar en un contrato no negociado un pena exorbitante, incluso teniendo en cuenta esta función coercitiva, es decir, que supere con creces la que ya, de por sí, tendría efecto coercitivo ⁷²⁰.

En la regulación del control de contenido de la PM en condiciones generales, un adherente empresario en esta situación no estaría amparado por la mención específica del art. 1262.3.h) PM. Efectivamente, el apartado h) del art. 1262.3 PM califica de abusivas, para todo adherente, aquellas cláusulas «que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada». Entendiendo que esta referencia a la *indemnización desproporcionada* alude solo a las cláusulas penales sustitutivas y no a las punitivas, solo el adherente empresario al que se le haya impuesto una cláusula penal sustitutiva de la indemnización desproporcionada podría acogerse directamente a esta prohibición expresa. Esto no impide, claro está, que pudiera obtener protección por la cláusula general de la buena fe del art. 1262.1 PM (aunque, en cuanto a las consecuencias, no podríamos hablar de moderación de la cláusula sino, en el caso de que resultara abusiva, de su nulidad).

En cuanto al Derecho positivo vigente y al igual que para el caso de las cláusulas penales sustitutivas merecedoras de control, se plantea en la Tercera Parte de este trabajo el control de cláusulas penales punitivas en contratos mediante condiciones generales, en su caso, a través de la figura de la buena fe del art. 1258 Cc, con todas las particularidades que presenta la moderación de una cláusula penal punitiva frente a una sustitutiva.

7. El artículo 217 de la LEC y la carga de la prueba

Los arts. 88 y 89 TRLC enumeran cláusulas en las que la abusividad está relacionada con la imposición de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, de forma general en aquellos casos en los que debería corresponder a la otra parte contratante (art. 88.2) o, más concretamente, respecto del incumpli-

⁷²⁰ En este sentido, consideramos muy acertada la afirmación de BASOZÁBAL ARRUE, X., 2004, p. 95, según la cual «la moderación no debe llegar a privar a la cláusula de su contenido punitivo, pues este es su contenido, y se encuentra amparado, dentro de ciertos límites, por nuestro derecho patrimonial». De ahí que el autor advierta que se debe diferenciar entre la desproporción que merece ser moderada respecto de la desproporción que es esencial a toda cláusula penal con función punitiva (p. 94).

miento del empresario proveedor a distancia de servicios financieros (art. 88.3) y respecto de las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios (art. 89.1).

Esta normativa, como sabemos, sólo es de aplicación a los contratos con consumidores, pero la Ley de Enjuiciamiento civil contiene un precepto que podría servir para controlar aquellas cláusulas que supusieran un desplazamiento abusivo de la carga de la prueba, siendo de aplicación a todo tipo de contratos, entre ellos los de adhesión y, desde el punto de vista subjetivo, los celebrados entre dos profesionales. Efectivamente, el art. 217 LEC, en sus apartados 2.º y 3.º, determina qué hechos corresponde probar al actor y al demandado reconviniente así como al demandado y al actor reconvenido, siendo de aplicación «siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes» (art. 217.6).

Se ha cuestionado si esta última mención a «una disposición legal» se podría referir también a una norma de naturaleza convencional⁷²¹, lo cual influiría en el carácter necesario o no del precepto. Parece, no obstante, que la doctrina aboga por entender que la distribución trazada por la ley respecto de la carga de la prueba no es materia disponible por las partes sino que es *ius cogens*, excluyendo, así, la posibilidad de pactos entre las partes que modifiquen lo dispuesto en el art. 217 LEC⁷²².

Además de la garantía que supone esta inalterabilidad de una distribución de la carga de la prueba que se presupone como la más justa⁷²³, de forma novedosa respecto a la anterior formulación –antiguo art. 1214 Cc⁷²⁴–, se han incluido expresamente una serie de principios flexibilizadores, recogidos en el apartado 7 del art. 217 LEC: «Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

⁷²¹ FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., 2000, p. 827.

⁷²² MONTERO AROCA, J., 1996, pp. 76-77, afirma la naturaleza procesal de estas reglas que, por tanto, son *ius cogens* y están excluidas de la disposición de las partes. En el mismo sentido, DÍAZ FUENTES, A., 2002, p. 41 y CARRETERO GONZÁLEZ, C., *RDBB*, p. 267. Para el primero, el hecho de que sólo se exceptione la aplicación de los referidos apartados por mandato de una disposición «contribuye a cerrar cualquier posibilidad al poder dispositivo de las partes». Sin embargo, también se han hecho eco de ciertas dudas: no es tan evidente para MONTERO AROCA, J., 1996, p. 76, ni para FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., 2000, p. 827, cuando la alteración de la carga sea en beneficio del consumidor.

⁷²³ De ahí que DE LA OLIVA SANTOS, A., 2001, p. 384, afirme que la clasificación de los hechos que se hace en los apartados 2 y 3 del art. 217 LEC no es gratuita porque, por ejemplo, «no resultaría razonable ni equitativo gravar al actor con la carga de probar, además del hecho constitutivo, a) que no se produjo ningún hecho que viciara de nulidad el contrato; b) que no se han cumplido las obligaciones derivadas ordinariamente del citado contrato...».

⁷²⁴ Arts. 1214 y 1215 Cc derogados por la Ley 1/2000, de 7 de enero.

Así, los tribunales, para la aplicación de lo dispuesto en el precepto cuyo estudio nos ocupa, deberán tener presente los criterios de la disponibilidad y facilidad probatoria. De esta suerte, hay que estar a la posición probatoria de las partes, teniendo en cuenta la que se halle más próxima a las fuentes de prueba o al conocimiento de los hechos y la disponibilidad de los medios probatorios ⁷²⁵.

Como manifiesta Luna Yerga ⁷²⁶, esto no implica una inversión de la carga de la prueba pero «sí evita que la imposibilidad de acreditar un determinado hecho perjudique a la parte que soporta la carga de su prueba pero no tiene una mayor disponibilidad o facilidad para probarlo». En este sentido, nos parecen importantes las consecuencias que se pueden extraer del art. 217.7 LEC respecto de la contratación mediante condiciones generales entre empresarios, ámbito en el que tiene capacidad para desarrollar un papel sustancial como mecanismo de protección de la parte débil. Nótese que el contrato de adhesión es un contrato en el que una de las partes tiene normalmente mayor poder que la otra. Partiendo de esto, la asimetría puede tener un reflejo también en la actividad probatoria, siendo una medida de protección el hecho de que se valore la mejor disponibilidad de probar de una parte respecto de la otra, flexibilizando, en su caso, la posible rigidez de la distribución de la carga probatoria. Esta idea, que ha sido ampliamente defendida en la contratación de consumo, no es ajena al tráfico jurídico mercantil cuando uno de los dos contratantes actúa como predisponente y el otro simplemente se adhiere al negocio jurídico. De este modo, y aunque en una medida que no tiene por qué ser en todos los casos tan evidente como en las relaciones con consumidores, la desigualdad existente entre las partes, el diferente control y conocimiento sobre el producto o servicio por parte de predisponente y adherente y la disparidad entre los recursos y medios para la defensa jurídica de ambos ⁷²⁷, también puede estar presente en algunas relaciones entre empresarios.

Aunque, como apunta Vallines, todas las normas legales sobre la carga de la prueba tienden a inspirarse en los criterios recogidos en el art. 217.7 LEC, el hecho de que expresamente se incluya, como una norma ubicada al final del precepto que contiene todas las reglas sobre la carga de la prueba y con cierta

⁷²⁵ Se ha definido la disponibilidad probatoria como la situación en la que «una de las partes posee en exclusiva un medio de prueba idóneo para acreditar un hecho, de tal modo que resulta imposible para la otra parte acceder a él», mientras que el principio de facilidad «exige tener en cuenta la existencia de impedimentos que dificulten a una de las partes la práctica de un medio de prueba, mientras que para la otra parte ésta resulta más fácil o cómoda» (LUNA YERGA, A., *InDret*, pp. 11 y ss.).

⁷²⁶ *Ibidem*, p. 12.

⁷²⁷ VALLINES GARCÍA, E., 2010, pp. 238-240, considera las normas sobre la carga de la prueba como un instrumento para la protección de los consumidores.

vocación de afectar al resto («para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo», reza *ab initio*) tiene sus consecuencias: en caso de conflicto entre una norma sobre la carga de la prueba y lo que se desprende de los criterios de disponibilidad y facilidad probatoria, primarán estos, pudiendo el juzgador, en definitiva, «diseñar reglas *ad hoc* sobre carga de la prueba, basadas en la mayor o menor proximidad de los litigantes a las fuentes de prueba necesarias para esclarecer los hechos controvertidos del caso, que gozarán de primacía frente a las reglas legales que resultarían aplicables en un principio». El hecho de que el juez pueda tener en consideración las concretas circunstancias de la relación para ponderar la carga de la prueba nos lleva a valorar positivamente la norma como mecanismo de protección real del empresario adherente, cuya posición de debilidad y desventaja respecto de la actividad probatoria puede ser una fuente de abuso por parte del empresario pre-disponente.

Atendiendo a lo expuesto en líneas anteriores, el juez debería declarar nula aquella cláusula en contratos predispuestos que imponga indebidamente la carga de la prueba al adherente, sin respetar lo previsto en el art. 217 LEc. Y también podría prescindir de la aplicación de una condición que, aún siguiendo ese reparto del art. 217, estuviera imponiendo al adherente en el caso concreto una prueba de extrema dificultad, atendiendo a la disponibilidad y facilidad probatoria de la parte débil de la relación jurídica ⁷²⁸.

⁷²⁸ Aunque en un ámbito totalmente distinto, el procedimiento arbitral de consumo, nos parece de interés traer a colación los comentarios de GETE-ALONSO (EC, pp. 40-48) acerca de la valoración y carga de la prueba en los contratos de telefonía, claro ejemplo de contrato mediante condiciones generales y un caso muy obvio de asimetría de información entre ambas partes. Tal y como se expone en el trabajo, el empresario de telefonía es quien controla el servicio en su totalidad teniendo el consumidor «escasa, nula o inadecuada información» y «dificultad en el acceso a los registros». Tienen trascendencia en estos casos, por ello, estos principios flexibilizadores que, según la autora, se deberían traducir en «exigir un mayor rigor en la prueba que hace, en estos casos, el demandado», partiéndose «de que, precisamente, la fuente de la prueba está bajo su control y disposición». Por su parte, la SAP Barcelona de 23 de noviembre de 2005 [JUR\2005\260127] conoce de un contrato de transporte, en el transcurso de cuyo cumplimiento se produce una pérdida parcial de la mercancía por el robo de una parte significativa de los objetos porteados. El órgano jurisdiccional pone de manifiesto la peculiaridad de la materia, en la que la única parte que normalmente está en condiciones de facilitar una versión de lo sucedido es quien de modo profesional se dedica a la actividad del transporte de las mercancías. Por lo tanto, aunque la norma sea que la prueba de los hechos corresponde al litigante que la reclama, no se deben olvidar los principios de facilidad probatoria, proximidad a la fuente de la prueba y lealtad procesal, «por lo que no es exigible a la cargadora que demuestre y justifique qué ha sucedido o cuáles son las razones que han motivado la pérdida o deterioro causante del daño que es el origen de la reclamación, pues ello supondría exigirle una prueba imposible, sin que ello resulte equivalente tampoco a excluir la limitación de responsabilidad de modo sistemático, ni a admitir a ultranza una inversión en la carga de la prueba también en este punto, sino a ponderar las circunstancias del caso concreto, valorando las relativas al lugar, tiempo y modo en que tuvieron lugar los extravíos o deterioros denunciados». También al hilo de sendos contratos de transporte, SSAP Sevilla de 13 de noviembre de 2003 [JUR\2003\8254] y Guadalajara de 2 de noviembre de 2006 [AC\2006\2234].

8. El artículo 54 de la LEC y la sumisión expresa en los contratos de adhesión

Las cláusulas de sumisión expresa, en la medida en que hacen que las partes se obliguen a litigar en determinados lugares, pueden suponer un beneficio desproporcionado para una de los contratantes en detrimento del otro, pudiendo implicar un atentado contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24 de la Constitución española⁷²⁹. Esto es lo que lleva al legislador a regular este tipo de pactos sancionándolos con la nulidad, en algunos casos y con base en un carácter imperativo de la normativa al respecto.

Sin embargo, no siempre –e, incluso ahora, no todas– las normas reguladoras de la competencia territorial fueron de naturaleza *ius cogens*. En un primer momento, bajo la vigencia de la LEC anterior, las cláusulas de sumisión expresa eran consideradas como válidas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad⁷³⁰. Posteriormente, producto de una clara tendencia doctrinal favorable a la restricción de la admisibilidad de los pactos en los contratos de adhesión, se comienza a producir un cambio en la orientación de la jurisprudencia, que pasa a encontrar problemas en este tipo de cláusulas en la medida en que obligan a la parte débil a «defenderse y litigar en Madrid (es decir, en un lugar concreto), con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamiento, etc.; y un correlativo beneficio para la entidad ahora demandante (parte pre-disponente), que no obstante tener negocios en numerosas poblaciones, cómodamente centraliza sus reclamaciones judiciales en la capital de España, donde, con un evidente ahorro económico, tiene garantizada su asesoría jurídica» (STS 12 de julio de 1996 [RJ\1996\5580], como primer exponente de la nueva corriente⁷³¹).

⁷²⁹ MÚRTULA LAFUENTE, V., 2012, p. 166.

⁷³⁰ Sólo se consideraban nulas aquellas cláusulas de sumisión expresa que violaran los requisitos legales exigidos por la LEC, que el TS concretaba «en las ideas de claridad y renuncia clara y terminante al fuero propio, por un lado, e igualdad entre las partes por el otro». Acerca de la evolución, ver MORO ALMARAZ, M. J.; APARICIO VAQUERO, J. P., *CCJC*, pp. 616 y ss.; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., *EC*, pp. 49-68; RIVERA ÁLVAREZ, J. M., *RDP*, pp. 727 y ss. Ni siquiera se consideraba en contratación con consumidores que, vía art. 10 LGDCU, existiera un desequilibrio injustificado que pudiera hacer aplicable el concepto de cláusula abusiva (ver TORRES LANA, J. A., *CCJC*, p. 1155; MORO ALMARAZ, M. J.; APARICIO VAQUERO, J. P., *CCJC*, p. 618). En contratación entre empresarios, da el Tribunal Supremo el visto bueno a cláusulas de sumisión expresa, entre otras, en la SSTS 19 de febrero de 1993 [RJ\1993\998], 29 de enero de 1997 [RJ\1997\146], 31 de octubre de 2000 [RJ\2000\8490] y 16 de mayo de 2008 [RJ\2008\3080]. En todas ellas la validez de la cláusula depende, en gran medida, de que se entienda prestado el consentimiento a la renuncia al propio fuero o no.

⁷³¹ VALLS LLORET, J. D., *CCJC*, pp. 85-90. En la misma línea, sentencias como la de 1 de febrero de 1997 [RJ\1997\672] (ver MORO ALMARAZ, M. J.; APARICIO VAQUERO, J. P., *CCJC*, p. 619) o la de 14

La LEc actual viene a cerrar el debate otorgando expresamente una mayor protección a la parte débil de los contratos de adhesión en lo que a cláusulas de sumisión expresa se refiere. Así, se incluye dentro de los supuestos en los que no es posible el pacto entre las partes relativo al desplazamiento de los fueros atributivos de competencia territorial. Efectivamente, el art. 54 LEc, en su apartado primero, establece una serie de excepciones al carácter dispositivo de este tipo de normas, mientras que el apartado segundo, directamente, declara que «no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios». Aunque pueda parecer, en principio, que la prescripción se centra en los consumidores, excluyendo así de la protección a los empresarios adherentes, el enunciado de la primera parte referido de forma genérica a los «contratos de adhesión» o a los contratos «que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes», conlleva que cualquier cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato de estas características, aún celebrado entre profesionales, estaría viciada de nulidad⁷³². En principio el artículo no matiza y declara la nulidad de este tipo de cláusulas de forma general y en todo caso (siempre dentro de los supuestos previstos). Ahora bien, si la *ratio* de la norma es proteger al adherente, parece que no tendría sentido aplicar esta ineficacia a una cláusula de este tipo que convenga a ambas partes y, por tanto, también al adherente⁷³³.

de abril de 2000 [RJ\2000\3228] (ver DELGADO CORDERO, A. M., RdP, pp. 216 y ss.), reputan la cláusula de sumisión expresa como claramente perjudicial para el adherente débil –consumidores, en estos casos– en la medida en que supone la inclusión de obstáculos –obligatoriedad de pleitear en lugar distinto y puede que alejado de su domicilio, donde se celebró y se desarrolla el contrato– que le disuaden de reclamar sus derechos y le dificultan la defensa de los mismos cuando es demandado. En contratos de adhesión entre empresarios, las SSTs 27 de abril de 1998 [RJ\1998\2933] y 18 de septiembre del mismo año [RJ\1998\6398] reflejan asimismo la voluntad jurisprudencial de proteger a la parte débil con los mismos argumentos frente a estas cláusulas (e, incluso, dando la sensación de que recurren al concepto de abusividad de la, en ese momento, reciente LCGC –en ese caso, a nuestro juicio, erróneamente–). Una resolución singular en la que se declara la nulidad de una cláusula de sumisión expresa pero por cauces distintos a los del resto de la jurisprudencia es la STS 20 de enero de 1998 [RJ\1998\391]. En este supuesto, la argumentación en base a la que se tiene por no válida la cláusula es el art. 24.1 de la Constitución española. Este razonamiento parte de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el referido precepto por el hecho de que «mediante dicha cláusula se escape de la necesidad de aproximar la competencia geográfica y territorial al justiciable, con clara lesión, tutelado por el art. 24.1 de la Constitución Española». Comentario y críticas a la sentencia en RIVERA ÁLVAREZ, J. M., RDP, pp. 723-739.

⁷³² Acerca de ámbito de aplicación subjetivo del art. 54.2 LEc, GARCÍA PÉREZ, C. L., 2009, pp. 1383-1384. No es de la misma opinión SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., 2000, pp. 421-422.

⁷³³ Aplicación jurisprudencial de esta normativa la encontramos en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid de 3 de mayo de 2006 [AC\2006\1342], en la que el órgano jurisdiccional aplica directamente el art. 54 LEc e indirectamente el art. 8.1 LCGC y declara nula una cláusula de

9. La financiación empresarial. Los intereses en el contrato de préstamo y la Ley de la usura

Que los préstamos financieros son un tipo de financiación relevante para la empresa es un hecho constatado⁷³⁴. Si tenemos en cuenta, además, que en su mayor parte esta financiación se destina al mero hecho de mantener en marcha su negocio⁷³⁵, parece lógico concluir que *préstamos financieros* y *bancos* son elementos imprescindibles para el desarrollo empresarial. Esta relación, en la que en muchas ocasiones la supervivencia de la empresa depende de la financiación que le otorgue el banco o entidad de crédito mediante préstamos –entre otras figuras–, puede dar lugar a abusos por parte del prestamista, como podría ser la fijación de un tipo de interés excesivo o la existencia de un perjuicio desproporcionado para el prestatario a resultas de otras condiciones del negocio jurídico. Y esta impresión se refuerza si tenemos en cuenta que en este tipo de contratos existe una desventaja informativa incuestionable para el cliente, que debe manejar un sinfín de términos y conceptos de difícil acceso y enten-

sumisión expresa contenida en un contrato de franquicia (también ante un contrato de franquicia y con los mismos fundamentos jurídicos, SAP Madrid de 17 de abril de 2008 [JUR\2008\188215]). La STSJ Cataluña de 4 de abril de 2013 [RJ\2013\6382], por su parte, reconoce *obiter dicta* la limitación que implica el art. 54.2 LEC también en contratos entre empresarios (se trata de un contrato de permuta financiera de intereses –SWAP– entre una entidad bancaria y una empresa). Sin embargo, no resulta de aplicación al supuesto concreto ya que se trata de una cláusula de sometimiento a arbitraje (que debía celebrarse en Barcelona según la estipulación mientras que el adherente tenía su domicilio en una localidad de la provincia de León). «A la vista de que la prohibición contenida en el art. 54.2 LEC se refiere solo a la determinación indisponible de la competencia territorial de los tribunales ordinarios y no tiene ningún precepto correlativo en la Ley de Arbitraje», argumenta el Tribunal, no hay ninguna normativa prohibitiva al respecto, aunque el arbitraje supusiera la renuncia al fuero territorial.

⁷³⁴ Según las últimas estadísticas disponibles del INE (ver «Acceso a financiación de las empresas» en http://www.ine.es/inebmenu/mnu_empresas.htm), que divide los tipos de financiación empresarial entre préstamos financieros, financiación de capital y otros tipos de financiación (entre los que se encuentran como más importantes el *leasing*, el descubierto en cuenta corriente o línea de crédito, entre otros), el primero y el último son los más frecuentes. Del elenco de fuentes a las que la empresa acude para solicitar préstamos financieros, no sorprende el porcentaje tan sumamente elevado respecto del resto que se atribuye a los bancos: así, en 2010, un 96,8% de empresas que solicitaron préstamos financieros acudieron a un banco, mientras que tenemos que descender hasta el 13,6% para encontrar la segunda fuente, en este caso, préstamos financieros de propietarios y directivos (hay que aclarar que las opciones no son excluyentes entre sí). Estas cifras no hacen sino confirmarse si atendemos a las previsiones para los años 2011-2013 que realizaba en este estudio el INE (no hay datos posteriores que las confirmen): se estimaba que un 78,5% de las empresas que necesitan financiación, recurrirían a los préstamos financieros, frente al 13,6% que representaría la financiación de capital y el 29,8% de otros tipos de financiación. De nuevo, en las perspectivas futuras del estudio sobre las fuentes de financiación que se necesitarían en estos años, y sin distinguir según tipo de financiación, los bancos figuran a la cabeza (93%), seguidos de las compañías de *leasing* (28,1%).

⁷³⁵ La previsión que realizaba el anterior estudio para 2011-2013 en cuanto a la finalidad a la que se dedicaría la financiación es que un 89% destinaría parte al mero hecho de mantener la marcha del negocio.

dimiento y que, además, suelen formalizarse mediante condiciones generales predispuestas por la entidad prestamista.

Ante este escenario, cabe preguntarse, por lo tanto, si el marco normativo permite un control de estas posibles situaciones de desamparo del prestatario cuando tiene la cualidad de profesional. Aunque existen diversos textos legales que tienen por objeto regular contratos de financiación o los servicios bancarios en general, no todos son de aplicación a nuestro supuesto de hecho. De esta manera, las referencias que pueda haber incluidas en el listado de cláusulas abusivas del TRLC solo afectan a los consumidores. Lo mismo podemos decir de la Ley de Crédito al consumo o de la posterior Ley de contrato de crédito al consumo⁷³⁶. ¿Qué normas, pues, nos pueden ser de utilidad para controlar abusos de las entidades de crédito con los empresarios?

Aunque de carácter limitado, existe normativa aplicable al sector bancario que tiene trascendencia en cuanto que implica obligaciones a cargo de las entidades de crédito respecto de los contratos celebrados con sus clientes⁷³⁷.

⁷³⁶ En la actualidad, los controles de intereses moratorios desproporcionados en contratos de consumo vienen de la mano, mayoritariamente, de la doctrina del Tribunal Supremo. Así, más allá del límite recogido en el art. 20.4 de la Ley de crédito al consumo (que establece, solo para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores, un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal) y del art. 114.3 Ley Hipotecaria (para los supuestos de préstamo o crédito hipotecario concertados para la adquisición de la vivienda habitual los intereses de demora no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero), ha sido el Tribunal Supremo el que, en sus sentencias de 22 de abril de 2015 [RJ2015\1360] y de 3 de junio de 2016 [RJ2016\2300], sienta doctrina y considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en los contratos de préstamo de consumo sin garantía y con garantía hipotecaria, respectivamente.

⁷³⁷ Además de las obligaciones que se citan en el texto principal, queremos llamar la atención sobre otras normas de conducta que deben observar entidades que presten servicios de inversión. Algunos productos financieros complejos, como *swaps* o permutas financieras, han sido utilizados por PYMES para proteger préstamos hipotecarios o la actividad comercial normal, como señala VÁZQUEZ GARCÍA, D., *Diario La Ley*, p. 3. Es relevante, por tanto, determinar si estos pequeños empresarios se ven tutelados por algún tipo de protección en este ámbito. En este sentido, la norma que regula las exigencias que deben cumplir las entidades de servicios de inversión cuando contratan con sus clientes es la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, del Mercado de Valores, que, adelantamos, incluye al cliente empresario –y no solo al consumidor– dentro de su ámbito de protección. Así, la Ley (art. 78) distingue entre clientes «minoristas» y clientes «profesionales» (y una tercera categoría, «contrapartes elegibles»), teniendo cabida dentro de la categoría de «minoristas» aquellos empresarios a los que no se les pueda encuadrar en ninguna de las otras dos categorías (que tienen como perfil, *grosso modo* y entre otros, el de ser sujetos con experiencia, conocimientos y cualificación para las decisiones de inversión y la valoración de los riesgos así como unas elevadas cifras de negocios, recursos propios o partidas de activos). Los minoristas (categoría donde, *a sensu contrario* a la vista de los requisitos, podría tener cabida un empresario adherente débil) son los clientes que tienen el mayor nivel de protección, estando obligada la entidad a cumplir determinadas obligaciones de diligencia, transparencia e información adecuada y que le permita al minorista comprender la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros (art. 79). Complemento de estas obligaciones, se prevén dos test, el de conveniencia y el de idoneidad (en función de que se presten servicios de asesoramiento o no), que están obligadas a realizar las entidades para conocer al cliente y concluir si los productos o servicios que van a contratar son idóneos. Es determinante para valorar las necesidades de protección, por tanto, el perfil del cliente, afirmación que corroboran las resoluciones de los tribunales que, conociendo

Así, en abril de 2015 se publica la Ley de fomento de la financiación empresarial (Ley 5/2015), que incluye dentro de su objetivo facilitar y flexibilizar la financiación bancaria a las PYMES mediante, entre otros, el reconocimiento de ciertos derechos en supuestos de cancelación o reducción del flujo de financiación por parte de la entidad de crédito⁷³⁸. Por otro lado, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, introdujo la idea de que una necesaria transparencia en el funcionamiento de los mercados conlleva la existencia de un marco adecuado de protección para los clientes, siendo necesario limitar la asimetría de información de tal forma que puedan adoptar sus decisiones económicas de la forma más conveniente⁷³⁹. El ámbito subjetivo de aplicación de esta norma, que tiene por objeto «garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito» (art. 1), se corresponde con los clientes personas físicas (que no estrictamente «consumidores»). Quedan excluidas, así, las personas jurídicas, entre las que podrían estar pequeñas y medianas empresas que no pueden verse favorecidas por una norma que, al fin y al cabo, establece unos deberes de información que podríamos calificar de básicos⁷⁴⁰. Incluso respecto de los clientes personas físicas, la norma contiene una previsión especial para los casos en los que actúan en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, en el sentido de rebajar su protección ya que se permite a las partes acordar que no se aplique total o parcialmente lo previsto en la Orden (art. 2.4). Con una excepción: lo establecido para los créditos y préstamos hipotecarios

do de productos financieros complejos, tienen en cuenta como elemento esencial de su argumentación el hecho de estar ante un cliente plenamente conocedor del mercado financiero y con una alta experiencia inversora o, por el contrario, ante clientes –aun siendo empresarios– ajenos al mundo financiero y sin experiencia en la contratación de productos complejos (recoge y clasifica la jurisprudencia reciente del TS al respecto, *ibidem*, pp. 36 y ss.)

En todo caso, con independencia de esta regulación y sin perjuicio de que nos remitamos a la parte final del trabajo, obligaciones similares se derivarían también del principio de buena fe, pues, como ha señalado la jurisprudencia, este principio tiene una gran importancia en relación con la protección en la contratación de productos financieros complejos, «y ello desde el prisma de una inexcusable necesidad tuitiva: proteger la libre emisión del consentimiento a la hora de contratar tales productos por quienes no son profesionales de los mercados financieros» (STSJ Madrid de 14 de abril de 2015 [JUR\2015\112359]).

⁷³⁸ Se trata, por un lado, de una obligación de dar preaviso por terminación o disminución sustancial del flujo de financiación a la PYME con una antelación mínima de tres meses (art. 1). Por otro, y complementario de lo anterior, la entidad de crédito debe informar de forma gratuita a la PYME acerca de su situación financiera e historial de pagos (art. 2). De esta forma, se pretende que la entidad tenga margen y herramientas para buscar nuevas vías de financiación o llevar a cabo un reajuste. Acerca de estos derechos, *vid.* NIETO CAROL, U., 2016, pp. 164 y ss.

⁷³⁹ EM de la Orden (párrafo 1.º).

⁷⁴⁰ Crítica esta exclusión, MÚRTULA LAFUENTE, V., 2012, pp. 13-14. Por el contrario, analiza esta normativa de transparencia aunque, en este caso, sorprendido por su aplicación «a empresas que, por definición, disponen de mayores capacidad y recursos para negociar y defenderse ante una entidad de crédito», MARTÍNEZ ESPIN, P., *CESCO*, pp. 2-3.

(Capítulo II del Título III). Por lo tanto, las partes podrán «acordar» no aplicar las medidas de transparencia incluidas en la norma –es decir, las entidades de crédito no se verán obligadas a tenerlas en cuenta a la hora de redactar sus condiciones generales predispuestas cuando contraten con un cliente persona física profesional⁷⁴¹– salvo en lo relativo a determinados aspectos de los créditos y préstamos hipotecarios, como la necesaria información precontractual, características de la oferta vinculante, información adicional obligatoria en el caso de determinadas cláusulas, la fijación de los tipos de interés, cálculo de la Tasa Anual Equivalente o el proceso de otorgamiento del préstamo o crédito. Parece, por lo tanto, que aún en este ánimo de reducir el campo de aplicación de la normativa protectora, hay un núcleo que el legislador considera necesario mantener intacto y es el relativo a los créditos y préstamos hipotecarios. Eso sí, a pesar de que el autónomo (persona física) es la forma predominante en la constitución de la pequeña y mediana empresa⁷⁴², consideramos que hubiera sido preferible elegir una noción de cliente más amplia para no dejar fuera de un marco de protección tan básico –en cuanto necesario– a muchas otras pequeñas y medianas empresas dignas de protección en este sentido⁷⁴³.

Añadido al ámbito reducido de aplicación, en su caso, de la norma citada, hay otra dificultad para considerarla como un verdadero control de posibles abusos: su naturaleza y las consecuencias del incumplimiento. La interpretación más acorde con la finalidad de la norma –la protección del cliente– sería aquella en la que, siguiendo a Vicent Chuliá⁷⁴⁴, se considerara a las órdenes y circulares normas que regulan contratos privados, con los efectos que esto

⁷⁴¹ La norma no hace en ningún momento distinción entre contratos negociados y no negociados con lo que entendemos que, cuando dice que las partes podrán «acordar» la exclusión de ciertas medidas, lo hace de forma general y no buscando el sentido más pleno del verbo, es decir, sin pretender oponer esos acuerdos a cláusulas no negociadas. De ahí que concluyamos la posibilidad de excluir la aplicación de algunas de las medidas de la Orden también en condiciones generales de la contratación.

⁷⁴² Según un estudio del INE acerca de la distribución de las empresas españolas según condición jurídica y crecimiento (2011), la persona física (autónomo) es la que forma que tiene más peso en la constitución de una pequeña y mediana empresa (52,5%), seguida de la Sociedad limitada (34,5%).

⁷⁴³ Sin embargo, la Circular 5/2012, de 27 de junio, que desarrolla la citada Orden de 2011, reproduce su ámbito de aplicación, protegiendo de nuevo solo a los clientes personas físicas y, en el caso de que éstos actuaran en el ámbito de su actividad profesional o empresarial, permite la posibilidad de pacto respecto de la aplicación o no de su contenido, «con la excepción de lo establecido en sus normas decimotercera a decimoquinta» (norma segunda), esto es, en lo referente a la Tasa anual equivalente, los tipos de interés oficiales y los índices de referencia aplicables para el cálculo del valor de mercado en la compensación por riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios.

⁷⁴⁴ VICENT CHULIÁ, F., *RdP, op. cit.*, pp. 77 a 79. El autor descarta también la opción de considerarla de naturaleza administrativa pero con efectos jurídico-privados porque, dado que en esencia regula materias de Derecho privado, «parece más coherente decir que son esencialmente normas privadas, reguladoras de los contratos bancarios, reforzadas por medidas administrativas, de vigilancia y sancionadoras –estatales o autonómicas– y no a la inversa, normas administrativas con efectos reflejos jurídico-privados» (p. 78).

conlleva en materia de incumplimiento [«nulidad de los actos contrarios a la norma (art. 6.3 Cc) y responsabilidad contractual por los daños o perjuicios causados al cliente (arts. 1101 a 1108 Cc)»]. El autor descarta, así, valorarlas como normas de naturaleza puramente administrativa, cuya infracción solo acarree sanciones administrativas. Bien entendidas como normas privadas, bien como normas con ciertos efectos privados⁷⁴⁵, la realidad es que asociar a su incumplimiento por parte de las entidades de crédito una mera sanción administrativa merma en la práctica su valor como criterio de control.

En esta búsqueda de un marco de control respecto del contrato de préstamo cuyo cumplimiento resulte imperativo, una norma de obligada mención es la Ley de Usura de 1908, a la que dedicaremos las siguientes líneas.

Aunque con un ámbito de aplicación más general que el que nos ocupa, a principios del siglo XX se promulga la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, conocida por todos como la *Ley Azcárate*. Con esta norma se pretendía reprimir conductas abusivas declarando nulo aquel préstamo que estipulara «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a cauda de su situación angustiosa, de su inexperiencia [...]»^{746 747}.

⁷⁴⁵ MÚRTULA LAFUENTE, V., 2012, p. 21, señala esta opción.

⁷⁴⁶ Acerca de los tipos de préstamos usurarios a los que hace referencia el legislador, entre otros, SABATER BAYLE, I., 1986, pp. 202 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., *RDP*, pp. 5 y ss.; 2012, pp. 136-137; BASOZABAL ARRUE, X., 2010, p. 1900; MONSERRAT VALERO, A., *ARD*.

⁷⁴⁷ La tramitación parlamentaria de la norma fue breve –apenas un año– (recoge la discusión parlamentaria, SABATER BAYLE, I., 1986, pp. 136 y ss.) Acerca de la Ley, entre otros, VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2002, pp. 128 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, pp. 62 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., *RDP*, pp. 4 y ss.; 2012, pp. 133 y ss. Acerca de los precedentes históricos, MARÍN GARCÍA, P., 1989, pp. 118 y ss.). De ella podemos destacar las alusiones a ordenamientos jurídicos vecinos, como el alemán, austriaco, inglés o sueco, como ejemplos de sistemas en los que se había ya pretendido poner coto a los «abusos escandalosos de los prestamistas», tal y como se señala en el Discurso que precede a la Proposición de Ley (SABATER BAYLE, I., 1986, pp. 149 y ss.). Sin embargo, el sistema de control que instaura la norma española, a diferencia de otros ordenamientos, no se basa en la fijación de un límite superior objetivo de los tipos de interés sino que remite a un sistema de fijación judicial, más flexible en cuanto a que el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta las circunstancias de cada momento y de cada supuesto de hecho concreto. De este modo, el art. 2 de la norma expresamente indica que «los tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes». En el ordenamiento jurídico alemán la voluntad de proteger a los prestatarios frente a tipos de interés demasiado elevados llevó a la promulgación de la Ley de usura de 1880 aunque, ante la generalización de su uso más allá de los contratos de préstamo de dinero, el legislador decidió incorporar la regla en el BGB, dando lugar al § 138. II (ZIMMERMANN, R., 2008, pp. 195 y ss.). Este apartado es precedido de otro (§ 138. I BGB) en el que se declara la nulidad de aquellos contratos contrarios al orden público y las buenas costumbres («*Sittenwidrigkeit*»), de carácter más abierto e indefinido y al que tendremos oportunidad de referirnos en los epígrafes correspondientes a la moral y orden público como límites a la autonomía de la voluntad. El § 138. II exige para que tenga lugar la figura de la usura («*Wucher*»), por una parte, que en el contenido del contrato se constatare una evidente desventaja de una de las partes debido a que los valores de la prestación y la contraprestación son manifiestamente desproporcionadas entre sí y, por otra, que la parte beneficiada por eso se haya aprove-

Se trata, la de la represión de la usura, de una norma totalmente vigente en la actualidad⁷⁴⁸ y respecto de cuyo ámbito de aplicación nos interesa resaltar dos notas. Por una parte, que no limita sus efectos a los contratos de préstamo mediante condiciones generales, siendo indiferente si se trata de un contrato negociado o no, aunque, eso sí, solo respecto de contratos de préstamo, o, como apunta el art. 9 de la norma, respecto de «toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido»⁷⁴⁹.

Por otra parte, la Ley de 1908 afecta a todo tipo de prestatario, esto es, tanto si ostenta la cualidad de consumidor como si es profesional. Es señalada tradicionalmente como punto de inflexión en la admisión de la aplicación de la Ley de Usura a los contratos mercantiles la sentencia de 13 de febrero de 1941 [RJ\1941\147], que incluye –aunque con sus peculiaridades– las operaciones mercantiles en su ámbito.⁷⁵⁰

chado de la angustia o aprieto («*Zwangslage*»), inexperiencia («*Unerfahrenheit*»), falta de criterio («*Mangel an Urteilsvermögen*») o debilidad de voluntad («*erhebliche Willensschwäche*») o de la parte perjudicada. Se trata, por tanto, de un caso concreto de contrato contra *bonos mores*, aunque con un ámbito de aplicación más restringido, teniendo como consecuencia la invalidez del contrato. MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, p. 249, consideran § 138. II BGB piedra angular del Derecho privado alemán así como una expresión de la concepción contractual de justicia al rechazar la idea de que los contratos puedan ser controlados sobre la base de un justo precio, aplicando solo el parámetro de intercambio justo. Además, *vid.* MAYER-MALY, T., 2004, p. 1174.

⁷⁴⁸ Afirman la constitucionalidad y vigencia de la norma DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 458-460; MÚRTULA LAFUENTE, V., 1999, pp. 263-267; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, pp. 62-65; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 26 de julio de 2012.

⁷⁴⁹ La doctrina ha barajado extender la aplicación tuitiva de la norma a otros negocios jurídicos como la venta con pacto de retro, la carta de gracia del Derecho catalán, el *leasing* o el *lease back*. *Vide* MÚRTULA LAFUENTE, V., *RDP*, pp. 13 y ss.; 33 y ss.; 2012, 143 y ss.; UREÑA MARTÍNEZ, M., 2003, pp. 122 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, pp. 94 y ss.; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 750, siendo el argumento fundamental para incluir dentro del ámbito de la Ley de Usura estos negocios jurídicos su finalidad o naturaleza financiera y la afinidad con el préstamo que implica.

Respecto del *leasing*, la jurisprudencia tiene una posición vacilante a la hora de reconocer la aplicación de la norma de 1908. A favor, entre otras, SSTS 8 de junio de 2006 [RJ\2006\8178], 27 de mayo de 1997 [RJ\1997\4126]; SSAP Alicante de 26 de abril de 2006 [AC\2006\878], Islas Baleares de 17 de enero de 2007 [JUR\2008\125362], Murcia de 7 de abril de 2011 [AC\2011\1181]. Expresamente contrarias a entender el *leasing* como un contrato equivalente al préstamo, SSTS 17 de marzo de 1998 [RJ\1998\1351], 2 de febrero de 2006 [RJ\2006\494] (criticada esta última en CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., 2002, p. 1054, y PARRA LUCÁN, M. A., *Nul: comentarios de sentencias*).

⁷⁵⁰ «[S]i bien la jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidas veces que no basta para la aplicación de la ley sobre usura que el interés pactado exceda del normal del dinero, en particular si el contrato de préstamo o similar reviste carácter mercantil o, más singularmente, si el capital se destina a operaciones industriales de problemático resultado», «no es posible interpretar esta doctrina en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, como se mantiene en el recurso, porque ni la letra de la ley lo admite, ni el espíritu de la norma lo consiente, ni la jurisprudencia lo autoriza en términos tan radicales, sino que, aun en esa esfera, cercena la libertad de contratación, y no obstante reconocer mayor tolerancia en operaciones presididas por la idea de lucro y, sobre todo, por razón

Como hemos señalado, la Ley confiere una gran libertad a los tribunales para calificar un préstamo como usurario, atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto⁷⁵¹. Es evidente que cuando la relación a juzgar lo sea entre empresarios los criterios a los que hay atender o, mejor dicho, el nivel de exigencia de dichos criterios debe ser diferente. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que «las operaciones mercantiles no quedan al margen de la Ley de Usura de 23 julio 1908, aunque al estar las mismas presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad de contratación y aplicarse la norma especial tan sólo cuando circunstancias muy cualificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso» (STS 8 de noviembre de 1994 [RJ\1994\8477]). Así lo ha entendido también la doctrina, que hace referencia a una necesaria mayor flexibilidad justificada por los riesgos empresariales o el mayor beneficio que puede obtener el prestatario como consecuencia de la inversión del capital prestado⁷⁵². En esta línea, la STS 7 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8531], al hilo de un préstamo mercantil, entiende que el interés no es usurario porque está dentro de lo establecido por la legalidad vigente en ese momento, la práctica y sus usos mercantiles: «la calificación negativa de la Sala se refuerza por un elemento de explicación justificativa de ese interés pactado, en razón a la dedicación de la actividad económico-empresarial con fines a la obtención de un lícito agiotaje en la inversión a realizar con tales préstamos con la mira a obtener «probables grandes beneficios».

Efectivamente, entre las pautas a las que han recurrido los Tribunales para apreciar o no la existencia de intereses usurarios —además de tener en cuenta el interés legal y del mercado del momento—, se pueden identificar el destino del capital, los beneficios futuros o el riesgo que sufre el prestamista plasmado en la existencia o no de garantías de la obligación, su cuantía y naturaleza o en la existencia de otras cargas o gravámenes⁷⁵³. Así, a modo de ejemplo, la ya citada STS 7 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8531] tiene en cuenta para desechar el carácter usurario de un préstamo mercantil la práctica, los usos mercantiles así como el destino del capital. Por el contrario, a la con-

del riesgo de pérdida o de recuperación del dinero prestado, no ha perdido de vista la ilicitud del interés notoriamente desmedido».

⁷⁵¹ Vid. Nota a pie núm. 747.

⁷⁵² MÚRTULA LAFUENTE, V., 1999, p. 272; VÁZQUEZ DE CASTRO, E., 2003, p. 682; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, p. 68.

⁷⁵³ En esta línea y aunque, como se ha advertido en la nota a pie de página núm. 749, la jurisprudencia es dudosa respecto de la aplicación de la norma de represión de la Usura al contrato de *leasing*, nos parece de interés en este punto traer a colación el matiz que introduce UREÑA MARTÍNEZ (2003, pp. 135-136): lo excesivo del interés en los contratos de *leasing* hay que evaluarlo en relación con los intereses para este tipo de operaciones financieras y no con los intereses pactados en préstamos ordinarios, dado que los primeros, por los diferentes riesgos que asumen las partes, suelen ser superiores.

clusión inversa llega el mismo órgano jurisdiccional en la sentencia de 7 de mayo de 2002 [RJ\2002\4045] al valorar las circunstancias en las que se había pactado un préstamo mercantil, no pudiendo deducir de la hipoteca constituida por el prestatario –de valor muy superior a la cantidad que debía devolver– que el riesgo no estaba cubierto: «el que el préstamo litigioso sea mercantil no evita el anormal interés pactado, que sobrepasa lo que es un lucro razonable». Por su parte, el Tribunal, en su sentencia de 18 de junio de 2012 [RJ\2012\8857] y conociendo de un contrato de préstamo hipotecario, razona que el interés estipulado no excedía, en su fecha, del que venían exigiendo otras entidades crediticias y que «tampoco podía considerarse desproporcionado pues pese a la garantía de la hipoteca se daba la existencia de otras cargas y gravámenes anteriores que aumentaban el riesgo crediticio de la operación».

Fuera del ámbito de la Ley de Usura, teniendo en cuenta el tipo de contratación que nos ocupa, entre empresarios y mediante condiciones generales, sólo quedaría el recurso a uno de los dos controles de la LCGC: por representar el interés retributivo el precio del contrato, esto es, un elemento esencial, cabría su inclusión en el control de incorporación⁷⁵⁴. De esta manera, como apunta Múrtula Lafuente⁷⁵⁵ –aunque refiriéndose al TRLC, pero entendemos de extensión a la LCGC que sí que ampara los contratos mercantiles–, cabría la posibilidad de un enjuiciamiento a través de este control de aquellas cláusulas «cuando no hubieran sido redactadas de una manera clara y comprensible para el adherente medio y llevaran a una alteración del interés final que debe de pagar el consumidor del crédito». «En este sentido», prosigue la autora, «hay que tener presente que resulta relativamente frecuente que las cláusulas sobre intereses y comisiones y su alcance no sean realmente conocidas por el consumidor en el momento de la celebración del contrato [...] y ello lleve a la alteración final de la cuantía del interés».

Hasta aquí, nos hemos referido al control del interés retributivo del contrato de préstamo, que está sujeto sin dudas a la Ley de Represión de la Usu-

⁷⁵⁴ En realidad, en este punto concreto no tiene tanta relevancia la diferencia de régimen respecto de la contratación con consumidores en la medida en que el razonamiento a aplicar es, en principio, el mismo: al tratarse los intereses remuneratorios de un elemento esencial, quedan excluidos del control de contenido regulado en el TRLC. Aunque excede del objeto que nos ocupa, una interesante sentencia en la que se analiza la cuestión de la concurrencia de la normativa sobre Usura y sobre Protección de consumidores es la STS 18 de junio de 2012 [RJ\2012\8857], comentada por ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 26 de julio de 2012; y ALVALREZ OLALLA, P., *ARCM*, pp. 51-60. Acerca de la posibilidad de control del objeto principal del contrato mediante la normativa de cláusulas abusivas en contratos con consumidores y teniendo en cuenta los últimos pronunciamientos, tanto del TSJUE como del Tribunal Supremo, CÁMARA LAPUENTE, S., CESCO.

⁷⁵⁵ MÚRTULA LAFUENTE, V., *RD*, pp. 22 y ss.; 2012, pp. 75 y ss.

ra⁷⁵⁶. Pero, ¿qué ocurre con el moratorio? ¿Está incluido dentro del ámbito de aplicación de la referida norma?

Antes de entrar a valorar esta posibilidad, conviene recordar, siquiera someramente, que la mora del deudor comporta unos efectos que el art. 1108 Cc, como sabemos y para el caso de las obligaciones pecuniarias a falta de pacto, concreta en el pago del interés legal⁷⁵⁷. Sin embargo, las partes pueden pactar –y así se hace frecuentemente, para fijar un interés superior– un porcentaje diferente mediante la inserción de una cláusula de intereses de demora. Pacto que también puede configurarse bajo la fórmula de una cláusula penal, lo que podría tener sus consecuencias en cuanto al control de los excesos al poder recurrir a dos vías ya analizadas en estas páginas y ajenas a la Ley de la Usura: por una parte, mediante el art. 1154 Cc –cuestionable para nosotros dada la postura que hemos mantenido acerca de la necesidad de que el incumplimiento sea parcial para que sea susceptible de moderación la cláusula penal y del funcionamiento de los intereses moratorios, que entran en juego cuando se produce un retraso⁷⁵⁸– y, por otra, a través del art. 1103 Cc⁷⁵⁹. En ocasiones, es difícil deslindar una figura de otra⁷⁶⁰. Saber si los intereses moratorios que se han pactado, son simplemente intereses moratorios, aunque excedan del interés legal del dinero y del interés retributivo que se ha fijado en el contrato –lo normal, repetimos–, o bien si ese exceso corresponde a la configuración del pacto como una cláusula penal, con una intención sancionadora, no es tan sencillo⁷⁶¹. Para distinguir en-

⁷⁵⁶ Mucho se ha escrito acerca del concepto de interés de la Ley de Usura y lo que incluye. Dejando a un lado el problema de los intereses moratorios, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha optado, no por un concepto amplio de interés, que reflejara el coste real o la rentabilidad del prestamista, incluyendo gastos y comisiones, sino, la mayoría de las veces, por una noción estricta en la que tiene cabida tan solo el tipo nominal. De este modo, como apunta parte de la doctrina, se está obviando que muchos de los abusos de las entidades de crédito se producen a través de los conceptos de comisiones y gastos, no tenidos tanto en cuenta por los clientes a la hora de contratar. *Vide* MÚRTULA LAFUENTE, V., 1999, pp. 274 y ss.; PETIT LAVALL, M. V., *RdP*, p. 184; VICENT CHULIÁ, F., *RdP*, pp. 79 y ss.

⁷⁵⁷ *Vid.* DÍEZ-PICAZO, L., 1991, pp. 62-64.

⁷⁵⁸ BASOZABAL ARRUE, X., 2004, pp. 94-94, 101.

⁷⁵⁹ Cuando se trate de un contrato con consumidores, resulta de aplicación, asimismo, la tutela prevista en el TRLC. Señalando estos cauces de control paralelos a la Ley de Usura, entre otros, MÚRTULA LAFUENTE, V., 1999, pp. 276-277; 2010, p. 10; BASOZABAL ARRUE, X., 2004, p. 92; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, pp. 83 y ss.

⁷⁶⁰ No es así, como señala RUIZ-RICO RUIZ, 1989, pp. 51 y ss., en aquellos casos en los que la deuda principal cuyo pago se retrasa no sea una deuda pecuniaria o en los que, siendo pecuniaria, la pena establecida consista en una suma global que no guarda relación con la cuantía de la deuda principal ni con el tiempo transcurrido (con matices, como señala el autor y DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 39-40).

⁷⁶¹ Y la cuestión se complica más, a nuestro juicio, si tenemos en cuenta, como ya hemos visto, las diversas funciones que puede desempeñar una cláusula penal. Citando, por ejemplo, a COCA PAYERAS (1994, p. 1055) o, más recientemente, a DÍAZ ALABART (2011, pp. 67-69 y 171 y ss), la cláusula penal puede desarrollar, sintetizando, una función de garantía de cumplimiento de la obligación principal, una función de posibilitar el desistimiento del cumplimiento de esta obligación principal y, asimismo, una función liquidadora de los daños y perjuicios que el cumplimiento tardío –en este caso de mora– ocasione al acreedor. En esta última faceta, sustitutoria de la indemnización y abono de intereses, la función se solapa con la propia del pacto de intereses moratorios, persiguiendo cuantificar los daños *a priori* para evitar problemas futuros en la concreción de su cuantía (DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, p. 58, estima más co-

tre una figura y otra, la doctrina ha recurrido a la voluntad de las partes y a las circunstancias concretas del caso aunque siendo conscientes de las limitaciones que estos criterios presentan ⁷⁶².

Para el supuesto que nos ocupa –su control–, consideramos que no tendrá tanta relevancia la distinción entre mero pacto de intereses moratorios indemnizatorios y cláusula penal. Por una parte y como hemos dejado anotado, porque siendo coherentes con lo que mantuvimos respecto del art. 1154 Cc y la moderación judicial de la cláusula penal, es complicado que pueda darse el supuesto de un incumplimiento parcial cuando de un retraso se trata, de tal forma que, limitando la posibilidad de aplicación de este precepto a los casos de incumplimiento parcial, no tendría cabida el control de intereses excesivos por moderación del juez. Es decir, este mecanismo «extra» de control asociado a la cláusula penal no supondría una diferencia a tener en cuenta porque para nosotros no es posible. Por otra parte, porque para nuestra argumentación de una posible aplicación de la Ley de Usura, bien a un pacto de intereses moratorios, bien a una cláusula penal moratoria, no va a ser relevante la institución ante la que nos hallemos. Volveremos sobre la cuestión.

Retomando el interrogante acerca de la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios, a juicio de la jurisprudencia mayoritaria la respuesta debería ser negativa. La sentencia estandarte de esta postura es la STS 2 de octubre de 2001 [RJ\2001\7141] que entiende que los intereses moratorios no son encuadrables en la Ley de 23 de julio de 1908 al seguir un concepto restringido de interés, según el cual, cuando la norma habla de intereses hace referencia a los intereses retributivos y no a los moratorios, de diferente naturaleza ⁷⁶³.

Efectivamente, los argumentos que avalan la postura contraria al control de los intereses moratorios mediante la Ley de Usura se basan en la diferente naturaleza de éstos respecto de los retributivos: mientras que los intereses retributivos se configuran como la contraprestación por la utilización de capital ajeno dentro del normal desenvolvimiento del contrato, los intereses moratorios requieren un comportamiento incumplidor previo del prestatario. Esta diferente naturaleza ha sido puesta de relieve por el Tribunal Supremo, que sitúa

recto referirse a esta función, no como liquidatoria, sino «como estimativa del daño, o de previa determinación del daño, resarcitoria o términos similares»).

⁷⁶² RUIZ-RICO RUIZ, C., 1989, pp. 52 y ss.; MESA MARRERO, C., *RdP*, p. 203.

⁷⁶³ «[L]os intereses de demora no tienen la naturaleza de intereses reales, sino que se califican como de sanción o pena con el objetivo de indemnizar los perjuicios causados por el retraso del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones, lo que hace que no se considere si exceden o no del interés normal del dinero, ni cabe configurarlos como leoninos ni encuadrarlos en la Ley de 23 de julio de 1908». En el mismo sentido, SSTS 26 de octubre de 2011 [RJ\2012\1126] y 4 de junio de 2009 [RJ\2009\4747]; SSAP Castellón, de 14 de marzo de 2013 [JUR\2013\219742]; Madrid, de 13 de diciembre de 2007 [VLEX-38459591] y 9 de mayo de 2008 [VLEX-40561916]; Granada, de 21 de enero de 2011 [JUR\2012\343748]; Álava de 13 de abril de 2011 [AC\2011\519].

a los intereses retributivos –recordemos, los únicos susceptibles de ser considerados como usurarios según esta postura– en consonancia con el carácter bilateral de la obligación y la equitativa equivalencia de las prestaciones, devengándose, en cambio, los intereses moratorios «por una previa conducta del deudor jurídicamente censurable» y sirviendo su aplicación tanto para «reparar [...] como para constituir un estímulo que impulse al obligado cumplimiento voluntario [...]»⁷⁶⁴.

Dicho esto, no es menos cierto que no se trata de una postura sin fisuras pues, como se ha apuntado, la Ley de 1908 se refiere al interés sin distinguir su clase o naturaleza⁷⁶⁵. Ahondando en este argumento y en busca de la aplicación de la norma que nos ocupa a los intereses de demora, algún autor ha razonado que la distinta caracterización entre ambos tipos de intereses no es razón suficiente para excluir a los moratorios de la Ley de Usura puesto que, en el fondo, también en éstos concurren las características esenciales de cualquier tipo de prestación de intereses y del mismo modo compensan al acreedor por la indisponibilidad del capital prestado, que lo sigue estando en el tiempo que excede desde la fecha fijada para el cumplimiento y hasta el cumplimiento efectivo⁷⁶⁶.

Por nuestra parte, para intentar avanzar en este planteamiento nos parecen reveladoras algunas sentencias recientes que introducen en la relación entre la Ley de Usura y los intereses moratorios ciertos matices, a nuestro juicio, muy interesantes. Así, la SAP Asturias, de 2 de junio de 2010 [JUR\2010\250691], al hilo de un préstamo hipotecario que se había suscrito para la compra de una vivienda⁷⁶⁷, señala y se pronuncia respecto de la discu-

⁷⁶⁴ STS 2 de octubre de 2001[RJ\2001\7141].

⁷⁶⁵ La SAP Álava de 13 de abril de 2011 [AC\2011\519], a pesar de que se pronuncia en contra del carácter usurario del interés de demora, concluye que «se estará a lo que es jurisprudencia, reconociendo, sin embargo las vacilaciones que tal resolución implica y que han motivado que en la doctrina de las Audiencias Provinciales también se haya optado a veces por aplicar esta norma a los intereses de demora» (ejemplos de estas «vacilaciones» se pueden encontrar en la jurisprudencia menor SSAP Valencia de 8 de febrero de 2006 [AC\2006\769] y Murcia de 11 de marzo de 2003 [JUR\2003\197418]), aunque también el Tribunal Supremo se ha manifestado en alguna ocasión a favor de la inclusión de los intereses moratorios en el ámbito de la Ley de Usura. Así, es conocida la sentencia de 7 de mayo de 2002 [RJ\2002\4045], que tiene por objeto precisamente un préstamo mercantil en el que se pacta un interés de demora del 30% sobre el principal e intereses, además de una cláusula de estabilización del 10% del importe adeudado. El Tribunal, aunque *obiter dictum*, afirma que «por el hecho de que los pactos sobre intereses de demora, anatocismo y cláusula penal sean permitidos por el Código civil no escapan a la aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908, que se refiere en el artículo 1 a la estipulación de un interés, sin distinguir» –matiza el órgano– «su clase o naturaleza».

⁷⁶⁶ MESA MARRERO, C., *RdP*, p. 202. Abogando por la aplicación de la Ley de Usura a los intereses moratorios convencionales, también RUIZ-RICO RUIZ, 1989, p. 51; VILLAGRASA ALCAIDE, C., 2002, p. 136.

⁷⁶⁷ Evidentemente, no se trata de un contrato entre empresarios.

sión doctrinal y jurisprudencial que «no puede desconectarse de las circunstancias concretas del caso enjuiciado». La Audiencia aboga claramente por la aplicación de la norma represora de la usura al supuesto de hecho, no por unos intereses remuneratorios altos sino por los intereses de demora, en conjunción con otros factores relacionados con las circunstancias y condiciones del préstamo⁷⁶⁸. Como señala el órgano jurisdiccional, hay que estar al caso concreto para admitir o no la extensión de la norma a los intereses moratorios, siendo relevante, en este préstamo, el elevado interés en sí mismo pero también el plazo pactado de devolución en relación con el importe nominal del negocio jurídico lo que, repitiendo el razonamiento de la Audiencia «determinaba la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, sustituyendo así al que, en condiciones normales, debía ser el remuneratorio»⁷⁶⁹. Idéntica reflexión fundamenta el fallo de la sentencia del mismo órgano con fecha 20 de julio de 2010 [JUR\2010\302747], confirmada por la STS 22 de febrero de 2013 [VLEX-42854358], en la que reproduce los razonamientos de la resolución de instancia.

Pues bien, este conjunto de resoluciones tendentes a extender los efectos de la Ley de Usura a los intereses moratorios⁷⁷⁰ introduce en su argumentación una serie de consideraciones que nos permiten hilar más fino. En estas sentencias –nos centramos en la SAP Asturias de 2 de junio de 2010 por ser aquella cuyos argumentos recogen las restantes–, el órgano enjuiciador no afirma de una manera absoluta la inclusión de los intereses moratorios dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Usura pero sí que la admite según «las circunstancias concretas del caso enjuiciado». El razonamiento clave para decantarse a favor de controlar el interés moratorio a través de la norma de 1908 es que

⁷⁶⁸ El importe es 183.131,25 euros de principal, el plazo de devolución 12 meses, el interés ordinario el 6 por ciento anual a liquidar en una sola cuota al vencimiento del préstamo y el moratorio el 24 por ciento, también anual pero devengado mensualmente.

⁷⁶⁹ «[...] ha de valorarse que los intereses moratorios, como sancionadores, son habitualmente superiores a los remuneratorios, pero ello no impide calificarlos como desproporcionados o notoriamente abusivos en casos como el presente, dada su elevadísima cuantía en relación al normal del dinero. Por otra parte, no puede desconocerse que el escaso plazo pactado para la devolución, inhabitual en préstamos de esta naturaleza y cuantía, y el que no se previeran pagos fraccionados, determinaba la operatividad del interés moratorio en una fecha próxima, sustituyendo así al que, en condiciones normales, debía ser el remuneratorio. De ahí que, de mantenerse la tesis de que la ley de 1908 no es aplicable a esta clase de intereses sancionadores, se estaría propiciando, al menos en este supuesto, una actuación contraria a lo que la propia norma trata de evitar. Situación cercana sino incardinable en el fraude de ley, proscrito en el art. 6 Cc, que no puede impedir la aplicación de la norma que se hubiera tratado de eludir».

⁷⁷⁰ Dentro de esta tendencia podemos citar, asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Arrecife, de 8 de abril de 2013 (Id. Cendoj: 35004420042013200001), que se apoya, entre otras, en las resoluciones de la AP de Asturias y del TS arriba citadas para declarar nulo el préstamo por lo excesivo de sus intereses moratorios aunque, a nuestro juicio, se centra en argumentos no tanto de técnica jurídica como generales referentes a la crisis económica.

–además de la cuantía elevada del mismo–, el plazo de devolución y la ausencia de pagos fraccionados determinan el devengo del interés moratorio en «sustitución» del que remunera.

Ha quedado claro en líneas anteriores que los intereses moratorios tienen una naturaleza fundamentalmente indemnizatoria y garantista devengándose ante un previo incumplimiento del deudor, hecho que los diferencia de los remuneratorios y, a la vez, siguiendo el parecer mayoritario, los excluye de su posible caracterización como usurarios. Pero hay supuestos en los que, produciéndose asimismo el incumplimiento, los intereses de demora (ya fueran configurados como un pacto de interés, ya como una cláusula penal) adoptan casi más un papel remuneratorio: unas difícilmente accesibles condiciones para el cumplimiento de la obligación –por ejemplo, un plazo corto de vencimiento en correlación a la cantidad debida– conllevan un casi certero devengo del interés moratorio. De este modo, si la configuración onerosa de la obligación hace previsible ya en el momento de su constitución el incumplimiento del deudor, la trascendencia o censura jurídica de esta conducta debería ser menor, lo que podría llevar a pensar que la diferencia de naturaleza entre interés moratorio y remuneratorio se atenúa⁷⁷¹. De alguna forma, se diluye la estrecha relación entre «interés moratorio» e «incumplimiento» pudiendo aceptar que, en estos supuestos, su función se aproxima más a la remuneratoria aunque de una forma encubierta. Como dice la Audiencia Provincial, el interés moratorio sustituye al que, en ausencia de circunstancias especiales, debía ser el remuneratorio y permite al acreedor percibir unos intereses excesivos que, por ser técnicamente moratorios, escaparían al control de la Ley de Usura, burlando de alguna manera, así, la finalidad de la norma⁷⁷².

⁷⁷¹ LÓPEZ Y LÓPEZ, en un trabajo acerca de la mora del deudor (*ADC*, p. 17), señaló que «el fenómeno del incumplimiento, para el general funcionamiento del tráfico [...], es un fenómeno residual y anormal, y como tal ha de ser tratado», en el sentido de sujeto a distintos principios. Pues bien, poniendo en relación esta afirmación con el incumplimiento que planteamos en este escenario concreto, el consecuente devengo de interés moratorio no debería ser tratado como «anormal» o «residual» por las características especiales de la situación.

⁷⁷² Esta idea pensamos que está en línea con la vertida por algunos autores que reconocen la posibilidad de aplicación del concepto de interés usurario a determinados pactos de interés moratorio o cláusulas penales. Respecto a esta última figura, DÁVILA entiende procedente la aplicación de la Ley de Usura cuando encubre un préstamo usurario sin que sea posible, por el contrario, en el caso de que simplemente se trate de una pena desproporcionada en relación al interés del acreedor en el cumplimiento de la obligación principal (*op. cit.*, pp. 455-456). En el mismo sentido se pronuncia RODRÍGUEZ TAPIA («la aplicación a supuestos análogos a los del art. 1.1 LU no alcanza a los intereses de cumplimiento o demora, sino a operaciones o negocios jurídicos que, ya por ser complejos, ya de forma indirecta, comportan una obligación pecuniaria para el deudor aunque no se llamen exactamente préstamo o crédito», *ADC*, p. 561). Asimismo, CABANILLAS (1991, pp. 1160-1161), JIMÉNEZ MUÑOZ (2010, p. 88) y MÚRTULA LAFUENTE (es de aplicación la Ley a «todo aquel interés moratorio cuya finalidad esencial no sea la de indemnizar por el retraso del deudor sino la de encubrir, bajo la forma de incum-

Así conceptualizado, incluso desde la postura restrictiva de la Ley de Represión de la Usura en relación con los intereses moratorios por la diferente naturaleza de éstos respecto de los retributivos, podría defenderse su control en casos como los señalados, siendo un criterio relevante al que atender las posibilidades efectivas de cumplimiento de lo pactado, según la configuración de la relación obligatoria y las circunstancias del prestatario.

Recapitulando en torno a la norma de 1908, es obvio que no se trata de una cuestión baladí tener presentes las opciones de recurso a la misma. No deja de ser una norma imperativa que, como tal, supone un límite a la autonomía de la voluntad. En este sentido, podría resultar útil en escenarios en los que no hay otra vía de control de contenido, como son los contratos de préstamo mediante condiciones generales entre empresarios –siendo deseable su extensión a otros contratos como el *leasing* o el *lease-back*, con los que comparte una función financiera y con una gran presencia en las operaciones mercantiles–, a los que no les son de aplicación la normativa por la que sí que se ven tutelados, por el contrario, los consumidores (esto es, el TRLC, la Ley de Crédito al consumo, la Ley de Contrato de crédito al consumo). Estamos, además, ante una materia en la que, tras años de contratación «despreocupada», se ha producido un aumento notable del cuidado por parte del legislador y la jurisprudencia. La pregunta reside, en todo caso, en determinar si se trata de un mecanismo útil de control en el sentido del enfoque de este trabajo. Tanto si en el prestatario concurre la cualidad de consumidor como de profesional, como hemos tenido ocasión de apuntar, los intereses retributivos a los que éste está obligado son susceptibles de ser calificados como usurarios, lo que traería como consecuencia la nulidad del préstamo, en el caso de condiciones generales. Probablemente al mismo resultado se llegaría mediante el control que proporciona la LCGC –TRLC si se trata de un consumidor– y que, por el procedimiento especial de contratación seguido y al tratarse de un elemento esencial, obliga a superar un control, no de contenido, sino formal: de no ser superado, implicaría la no incorporación de la cláusula y, dado que el interés retributivo representa el precio del contrato, parece que debería conllevar asimismo la nulidad del negocio jurídico. Nulidad para la que, sin embargo, se han tenido en cuenta criterios totalmente diversos en ambos casos: lo excesivo del interés en el caso de la Ley de Usura frente a la transparencia

plimiento, lo que en realidad es un pacto de intereses para la concesión de un préstamo», 1999, pp. 276-277). Es decir, como señala esta última autora, será de aplicación cuando lo que se pretenda sea desplazar el peso de la remuneración hacia la estipulación de las condiciones de una indemnización desorbitada, de tal forma que la naturaleza y finalidad de los intereses moratorios se desborde.

y la comprensibilidad de la cláusula –con independencia de la cuantía–, en el caso del TRLC o la LCGC.

En otro orden de cosas está lo referente a los pactos que recogen el interés moratorio –aquellos que, por otra parte, más nos interesan ya que, al fin y al cabo, respecto de los remuneratorios debería funcionar la competencia⁷⁷³–. Las normas (así como los criterios jurisprudenciales) que tienen como finalidad evitar los abusos por parte del predisponente en materia de intereses de demora indemnizatorios o de cláusulas penales moratorias en el ámbito del Derecho de consumo, no son de aplicación a los prestatarios que actúan como empresarios y la LCGC, por su parte, no dispone ningún tipo de control de contenido para estos supuestos. Aquí la aplicación de la Ley de Usura representaría, por tanto, un límite importante al poder de disposición del predisponente. La posición mayoritaria en la jurisprudencia, sin embargo, niega que la norma abarque los intereses moratorios. A nuestro juicio y como hemos señalado, aun manteniendo esta postura restrictiva habría una serie de supuestos en los que estos intereses, por la especial configuración del préstamo, desempeñan una función más cercana a la remuneratoria que justificaría su inclusión y control por la norma de 1908. Además, y sin perjuicio de la normativa específica que tutela a los consumidores, también a éstos beneficiaría esta particular aplicación de la Ley de Usura, en cuanto norma que no distingue en su ámbito subjetivo entre empresario o consumidor.

Cuestión distinta es lo adecuado de las consecuencias de la sanción de nulidad que propugna la norma: al ser considerado el contrato como nulo, el prestatario se ve en la tesitura de tener que devolver el monto total recibido. Esta situación, perjudicial para el teóricamente tutelado por la norma y cuya posibilidad de cumplimiento es cuestionable, ha querido ser paliada por parte de la doctrina apoyando una interpretación flexible de la nulidad y la posibilidad de mantener, junto con el efecto de la gratuidad del préstamo, el beneficio de los plazos marcados para la devolución progresiva del capital⁷⁷⁴. Se comprenderá que todavía más en el caso del interés moratorio la consecuencia podría considerarse un tanto desproporcionada (que se declare nulo un préstamo por una cláusula que, si el contrato siguiera su vida normal, no llegaría a entrar en juego⁷⁷⁵). Sin embargo, este obstáculo pensamos que no desvirtúa el razonamiento que se ha desarrollado de acoger bajo el ámbito de aplicación de la norma el

⁷⁷³ MIQUEL, J. M., *RJUAM*, p. 247.

⁷⁷⁴ Respecto de los efectos del préstamo usurario, *vide* RUIZ-RICO RUIZ, 1989, p. 55; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 420-421; ALBALADEJO, M., *ADC*, pp. 33 y ss.; DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., 1992, pp. 463 y ss.; SABATER BAYLE, E., *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*; BASOZABAL ARRUE, X., 2010, pp. 1900-1901; 2004, pp. 95 y ss.; JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., 2010, pp. 101 y ss.; MÚRTULA LAFUENTE, V., 2012, pp. 147 y ss.

⁷⁷⁵ MÚRTULA LAFUENTE, V., 1999, pp. 276-277.

supuesto que hemos barajado en último lugar, es decir, cuando el interés moratorio encubra, en sí mismo, un préstamo usurario representando, en cierto modo, una retribución del contrato⁷⁷⁶.

⁷⁷⁶ Respecto al efecto de la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios en contratos sujetos al TRLC, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de junio de 2012 (Caso Banco Español de Crédito, TJCE 2012\143), señaló que el art. 83 de la norma anteriormente citada no permite al Juez modificar el contenido de una cláusula abusiva en lugar de limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor. Criticó esta sentencia, no por la conclusión final sino por el razonamiento para llegar a ella, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (15 de febrero de 2012; 14 de junio de 2012; 30 de noviembre de 2013, todos ellos en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>). El autor manifestó que el referido art. 83 no permitía integrar el contrato con una cláusula que se aproxime a la declarada nula pero que no sea abusiva (lo que los alemanes denominan reducción conservadora de la validez) sino solo rellenar la laguna haciendo uso del Derecho supletorio, como si la cláusula declarada abusiva no existiera, no siendo pertinente, por tanto, que el TJCE declarara que el art. 83 TRLC era contrario a la Directiva. Lo positivo de esta solución es que proporciona incentivos al predisponente para no introducir en sus contratos cláusulas abusivas. En el caso de una cláusula de intereses moratorios, si el predisponente sabe que la cláusula, de ser declarada abusiva, simplemente va a moderarse hasta un porcentaje que no lo sea, no tendrá ningún motivo para no incluirla *a priori*: en el peor de los casos —que la cláusula abusiva sea detectada y declarada nula—, va a aplicarse el tipo de interés moratorio que debería haber sido estipulado desde el principio. Si, por el contrario, el Juez se limita a eliminar la cláusula operando, en su caso, el Derecho dispositivo (según el art. 1108 Cc, interés legal), la situación no es tan favorable para el predisponente, que se lo pensará dos veces antes de introducir un interés moratorio excesivo que se pueda volver en su contra. A favor de la integración mediante el Derecho dispositivo también MIQUEL (2014) y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (CCJC, pp. 344 y ss.). Por su parte, CARRASCO PERERA, A., CESCO, consideró esta doctrina derivada de la sentencia del Tribunal de Justicia como «*sorprendente*» y llamó la atención sobre los efectos perversos a los que puede dar lugar en algunos casos, como el del art. 1108 Cc: «El artículo 1108 Código civil no crea desincentivos suficientes a la morosidad. Ante una opción tan draconiana, más de un juez, que antes moderaba la tasa por costumbre, se verá impelido a, por no caer en una “barra libre de la morosidad”, dar por buenos intereses moratorios que ayer mismo condenaba de abusivos». Desde nuestro punto de vista, sin embargo, y aunque todas las opciones de tratamiento de las cláusulas abusivas tienen alguna consecuencia negativa, quizá la más justa sea la eliminación de la cláusula sin posibilidad de moderar pero sí de integrar. Si bien es verdad que el art. 1108 Cc, al señalar como interés moratorio a falta de pacto el legal, reduce el coste del incumplimiento para el deudor y que el fenómeno de la morosidad no es deseable para ninguna economía, también lo es que el acreedor que sufre directamente las consecuencias de la aplicación del Derecho supletorio es el «culpable» de haber incluido previamente la cláusula que, por elevada, se ha visto afectada de nulidad.

En todo caso, frente a la opción de moderar y la de eliminar el contenido de la cláusula pero integrándolo con el Derecho dispositivo, está la opción de eliminar, sin más y sin posibilidad de ser reemplazado, el contenido de la cláusula abusiva (salvo que la nulidad de la cláusula diera lugar a la nulidad de todo el contrato en perjuicio del consumidor). De hecho, es la postura que defiende en su señalada sentencia el TJUE (ratificado en SSTJUE de 30 de mayo de 2013 [TJCE\2013\145] y de 21 de enero de 2015 [TJCE\2015\4]) y, dentro de la doctrina, CÁMARA LAPUENTE, S., *AAMN*, pp. 630 y ss. El autor señala que realmente no existe laguna que integrar puesto que no faltó pacto sino que se declaró nulo el que había (de tal forma que el interés moratorio sería 0%). Algo parecido parece *a priori* concluir el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 2015 [RJ\2015\1360] (confirmada por las de 8 de septiembre de 2015 [RJ\2015\3977] y de 3 de junio de 2016 [RJ\2016\2300]). En ellas, sin embargo, el Tribunal, aunque declara que no cabe la moderación ni tampoco la integración de forma general con el Derecho supletorio, en aplicación de la doctrina del TJUE, señala que, por el contrario, sí que se sigue devengando el interés remuneratorio en la medida en que persiste la causa que motivó su devengo (la entrega del dinero al prestario y la disposición por este de la suma entregada). De este modo, la consecuencia sería la supresión del incremento del tipo de interés que supone el de demora respecto del retributivo. Una postura similar es la mantenida por PANTALEÓN PRIETO, F. (7 de julio de 2015, <http://almacendederecho.org/>).

10. La financiación empresarial. El crédito comercial y sus límites mediante la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

Cambiando radicalmente de ámbito, una norma a la que se ha hecho abundante referencia a lo largo del trabajo y que sí que supone una limitación expresa para los intereses de demora, además, en contratación entre empresarios, es la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales. Evidentemente, su ámbito de aplicación difiere por completo del que nos ha ocupado líneas anteriores puesto que se trata de un control, no respecto del crédito financiero sino respecto del llamado crédito comercial, por lo que será objeto de un apartado específico que abordaremos a continuación.

De forma sintética, puede afirmarse que, contrapuesto al crédito financiero –aquel que otorgan entidades financieras especializadas en proporcionar capital a otras entidades para financiar sus actividades y que podría encuadrarse en el epígrafe anterior–, se encuentra el denominado crédito comercial, una modalidad de financiación que resulta del aplazamiento del pago de una compraventa o suministro de bienes o de una prestación de servicios, esto es, una financiación que se proporcionan los comerciantes entre sí.

Tal y como indica Alfaro a modo de ejemplo, «el fabricante que provee a un distribuidor de determinadas mercancías le permite aplazar su pago hasta que el distribuidor las ha revendido y ha cobrado el precio de los consumidores finales»⁷⁷⁷. Dada la regulación de la mora en el Código civil y de Comercio, es necesario que las partes pacten expresamente el aplazamiento del pago: el art. 1100 Cc, en su último párrafo, señala que desde que uno de los obligados cumple su obligación, tratándose de una obligación recíproca, empieza la mora para el otro; el art. 339 Ccom, respecto de la compraventa, apunta que una vez que se hayan puesto a disposición del comprador las mercaderías, «empezará para el comprador la obligación de pagar el precio al contado o en los plazos convenidos con el vendedor», estando obligado, en caso de demora en el pago, a «pagar el interés legal de la cantidad que adeude al vendedor» (art. 341 Ccom); el art. 63 del mismo texto legal, por su parte, elimina el requisito de la interpelación al deudor para que éste incurra en mora.

Se han apuntado ventajas y desventajas del crédito comercial⁷⁷⁸, pero lo que realmente interesa ahora destacar es la importancia que tiene este meca-

⁷⁷⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *InDret*, p. 3.

⁷⁷⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *InDret*, p. 7, identifica los elementos que hacen atractiva la financiación mediante el crédito comercial y que tienen como base la relación comercial mantenida entre las partes. Desde un punto de vista más económico, MIR PARDO, L., *Diario La Ley*, p. 7.

nismo de financiación en el tráfico mercantil, siendo las operaciones comerciales al contado prácticamente inexistentes⁷⁷⁹. Y la trascendencia del crédito comercial es todavía mayor cuando nos referimos a la pequeña y mediana empresa. Así se desprende de un estudio realizado por el Banco de España en 2011⁷⁸⁰ en el que se constata que existen diferencias importantes en el peso del crédito comercial sobre el total activo o pasivo del balance, en función del tamaño de las compañías, siendo mayor en las pymes que en las compañías grandes, tanto en la financiación concedida como en la recibida. Esto no tendría mayor repercusión si no fuera porque, asimismo, se observa en el estudio que los periodos de cobro en las pymes tienden a ser más dilatados que los de las grandes compañías –y, además, y ya lo dejamos apuntado, claramente superiores a los límites que marca la regulación de la morosidad que estudiaremos a continuación–. En otros términos, y como señala el estudio, «las pymes tendieron a conceder un número de días de financiación muy superior al de las compañías más grandes»⁷⁸¹.

La diferencia de poder de negociación de las entidades de menor tamaño puede explicar esta conclusión y también justificar que determinados aspectos de la financiación mediante el crédito comercial hayan estado en el punto de mira del legislador. Si bien las partes son libres de acordar el aplazamiento del pago en sus operaciones comerciales, lo cual, además, presenta efectos positivos, la parte que ostente la posición más fuerte en la relación contractual puede explotar su superioridad más allá de lo que sería aceptable. Esta reflexión, entre otras, movió al legislador comunitario a regular los plazos que podían ser pactados por las partes en sus operaciones comerciales, lo que se hizo a través de la Directiva de 29 de junio de 2000 (DIR 2000/35/CE)⁷⁸². Esta norma –que sufre una modificación en 2011 en virtud de la Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero– es incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, modificada cinco años después por la

⁷⁷⁹ MIR PARDO, L., *Diario La Ley*, p. 7; GARCÍA-VAQUERO, V.; ALONSO F., *BEBE*, p. 69.

⁷⁸⁰ GARCÍA-VAQUERO, V.; ALONSO F., *BEBE*, pp. 72-73.

⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 75. En el mismo sentido se pronuncia MORANT VIDAL, J., *Noticias Jurídicas*, p. 2.

⁷⁸² El punto de partida de la misma se sitúa en la Recomendación 95/198/CE, de 12 de mayo de 1995 de la Comisión, que propugna la transparencia para hacer más rigurosos los plazos de pago en los contratos, el derecho de los acreedores a una indemnización adecuada si se supera el plazo convenido y la necesidad de simplificar los procedimientos legales de reparación y solución de litigios. El Parlamento Europeo, viendo el escaso impacto práctico de la Recomendación, duda de que un instrumento no vinculante jurídicamente sea el adecuado para garantizar unos plazos de pago razonables y pide a la Comisión Europea que, en consecuencia, estudie la posibilidad de convertir su Recomendación en una propuesta de directiva del Consejo (Resolución Diario Oficial n° C 211 de 22/07/1996 p. 0042), que finalmente ve la luz en el año 2000.

Ley 15/2010, de 5 de julio, para adaptarla a los cambios que se han producido en el entorno económico. La EM hace referencia al aumento de impagos, retrasos y prórrogas en la liquidación de facturas vencidas como resultado de la crisis, consecuencias que afectan a todos los sectores pero, en especial, a la pequeña y mediana empresa, dada su gran dependencia del crédito a corto plazo y sus limitaciones de tesorería. Con la reforma, que como veremos sigue la tendencia de endurecer las restricciones al aplazamiento del pago, se pretende corregir desequilibrios. Con fecha de 22 de febrero de 2013, se volvieron a ver afectados algunos aspectos de la norma a través del Real Decreto-Ley 4/2013, cuyo art. 33 está dedicado a la modificación de la Ley 3/2004. Real Decreto-Ley que dio lugar a la llamada Ley de Emprendedores, Ley 11/2013, de 26 de julio, que modifica también el régimen de lucha contra la morosidad, con algunas variaciones respecto de la norma de febrero y a la que debemos atender para analizar el texto vigente en la actualidad⁷⁸³.

La Ley 3/2004 tiene como ámbito objetivo de aplicación los pagos dinerarios efectuados como contraprestación en las operaciones comerciales realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración así como las realizadas entre los contratistas principales y sus proveedores y subcontratistas (art. 3.1), quedando fuera, entre otros, los pagos efectuados en las operaciones comerciales en las que intervengan consumidores, los intereses relacionados con la legislación en materia de cheques, pagarés y letras de cambio⁷⁸⁴ (art. 3.2)⁷⁸⁵.

Como se puede apreciar, la norma tiene un ámbito de aplicación amplio aunque delimitado por el hecho de que se trate de operaciones sinalagmáticas que den lugar a la entrega de bienes o la prestación de servicios (art. 1). Por no tener este carácter sinalagmático, parece que queda fuera de la Ley que nos ocupa el

⁷⁸³ Con posterioridad se ha visto afectada también por el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo pero sin que tenga repercusión a efectos de este trabajo pues la modificación a través de la disposición final 6.ª se limita a restringir la posibilidad de modificar el interés de demora en el caso de las operaciones comerciales realizadas con la Administración (art. 9.1, párrafo 3.º, *in fine* LMOC). Esta modificación se ve confirmada, a su vez, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que adopta medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

⁷⁸⁴ Acerca de las distintas interpretaciones respecto de esta última exclusión, ver PERALES VISCASILLAS, P., 2006, pp. 85-89; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *InDret*, pp. 14-17; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 854. También, sosteniendo otra postura, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *InDret*, pp. 15 y ss.; AGUILLAUME GANDASEGUI, G., *La Ley*, pp. 1691-1694.

⁷⁸⁵ Niegan la aplicación de la LMOC por resolverse el supuesto de hecho a través de la Ley Cambiaria y del Cheque, las SSAP Cáceres de 3 de julio de 2007 [AC\2008\753] y Salamanca de 12 de noviembre de 2012 [AC\2013\120]; por tratarse de una relación entre un empresario y un consumidor, la SAP Islas Baleares de 20 de abril de 2006 [JUR\2006\188750]; por no tratarse de operaciones comerciales –facturas por servicios fuera del tráfico ordinario de la empresa–, la SAP Madrid de 21 de octubre de 2013 [JUR\2014\3202].

contrato de préstamo aunque no así otros contratos, también de carácter financiero pero en los que sí se observa la estructura de una obligación recíproca, como, por ejemplo, el ya por nosotros conocido *leasing*⁷⁸⁶.

Acercándonos a las medidas que toma el legislador, son varios los mecanismos que utiliza para controlar los abusos que se pudieran producir en el crédito comercial, de los que nos centraremos en dos: el plazo de pago y la mora del deudor, incluyendo en este último caso, los presupuestos, el interés de demora y la indemnización por costes de cobro. La regulación concreta de cada uno de estos elementos se completa con un precepto, el art. 9, que recoge lo que podríamos denominar un control de abusividad, confiriendo al juez amplias facultades para, en su caso, determinar si el contenido de una cláusula se puede considerar abusivo y, como consecuencia, declarar su nulidad, tomando como referencia el derecho dispositivo y una serie de criterios con los que ponderar.

Comenzando con el plazo de pago, el art. 4.1 de la Ley 3/2004 en su redacción actual señala que el plazo en el que debe cumplir el deudor, salvo que se hubiera fijado fecha o plazo en el contrato, «será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad»⁷⁸⁷. A esto se suma lo dispuesto en el apartado tercero, según el cual «los plazos de pago indicados en los apartados anteriores podrán ser ampliados mediante pacto de las partes sin que, en ningún caso, se pueda acordar un plazo

⁷⁸⁶ AGUILLAUME GANDASEGUI, G., *La Ley*, p. 1694; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *AC*, pp. 863-865; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *InDret*, pp. 8-9. En contra de esta postura y entendiendo que el préstamo sí está sometido a la norma, PERALES VISCASILLAS, P., 2006, pp. 41-48; Miranda Serrano, L. M., *RDCD*, p. 22. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que no es, la de la naturaleza jurídica del contrato de préstamo, una cuestión pacífica en la doctrina. Acerca de las distintas categorías contractuales en las que se clasifica el préstamo, *vid.* BASOZABAL ARRUE, X., 2004, pp. 11 y ss. (concretamente, sobre su naturaleza sinalagmática o no, pp. 17-20).

⁷⁸⁷ De manera cuanto menos criticable, el legislador introduce en la reforma de 2010 una salvedad respecto al *dies a quo* y la factura: cuando la recepción de ésta se produzca por medios electrónicos, producirá los efectos de inicio del cómputo de plazo de pago, «siempre que se encuentre garantizada la identidad y autenticidad del firmante, la integridad de la factura y la recepción por el interesado» (art. 4.1, párrafo 3.º). No se entiende este precepto al no estar clara la fundamentación para que la factura electrónica reciba un tratamiento diferente a la tradicional (en este sentido, VICIANO PASTOR, J., 2010, p. 603; ÁLVAREZ OLALLA, P., *ARCM*, p. 3) y se ha intentado interpretar en el sentido de otorgarle idénticos efectos a ambas (antes de las reformas de 2013, DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., 2013, p. 105). Consciente de la falta de coherencia y de la desincentivación del uso de la factura electrónica que supone, la Dirección General de Comercio Interior, en un informe fechado en 2010 (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, 2010, pp. 7-8), concluye a favor de una interpretación jurídica del inicio del cómputo del plazo que «no puede ser divergente». La realidad es que las dos reformas sufridas por la Ley 3/2004 en 2013, en lugar de solventar el problema de interpretación y disipar dudas, han mantenido el texto inalterado, texto que se antoja bastante claro. Desde luego, lo más correcto sería la aplicación del principio de equivalencia funcional recogido, además, con rotundidad en el Anteproyecto de Código de Comercio (art. 421-9).

superior a 60 días naturales»⁷⁸⁸. Por lo tanto, parece que el plazo de pago al que hay que atender es, en primer lugar, el pactado por las partes y, subsidiariamente, un periodo de treinta días desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios⁷⁸⁹. Eso sí, a la libertad de pacto de los contratantes el legislador le pone un máximo imperativo (no se puede acordar un plazo superior «*en ningún caso*») y que equivale a los sesenta días naturales⁷⁹⁰.

No son desdeñables las críticas que han arreciado contra este recorte a la libertad contractual. La situación antes de la reforma de 2010 (y de la doble confirmación en 2013) era de semiimperatividad normativa⁷⁹¹: se fijaba en defecto de pacto el plazo de 30 días, exigiéndose una justificación objetiva para que las partes pudieran convenir un plazo mayor que el establecido en la norma como Derecho dispositivo pero siendo posible este pacto si pasaba el control de abusividad. Con el texto actual en la mano, queda claro que la norma por la que se prohíbe un plazo mayor de 60 días es totalmente imperativa, sin que quepa pacto en contrario al margen de cualquier control de abusividad. Algunos autores, como Alfaro o Viciano Pastor⁷⁹², han visto problemas de

⁷⁸⁸ El resto de disposiciones del artículo están relacionadas con la obligación del proveedor de hacer llegar la factura, las especialidades en el caso de factura por medios electrónicos o de agrupación de facturas y del régimen en el caso de haberse acordado un procedimiento de verificación de la conformidad de los bienes.

⁷⁸⁹ Tal y como señala la EM de la Ley 11/2013, de 26 de julio, para evitar la utilización de procedimientos de aceptación o comprobación para dilatar el pago, se precisa en la norma su plazo y cómputo, no pudiendo exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de recepción de los bienes o la prestación de los servicios, comenzando a contar el plazo de pago de los treinta días después de la fecha en que tenga lugar la aceptación o verificación de los bienes o servicios (art. 4.2 LMOC).

En este sentido, se presentaron dos enmiendas en la tramitación de la norma proponiendo que también se reflejara en el apartado relativo al límite máximo de 60 días el *dies a quo*, es decir, que este periodo se consideraba desde la fecha de recepción efectiva de las mercancías o de la prestación de los servicios. La justificación que se dio para tal modificación era evitar la incertidumbre legal sobre el plazo máximo aplicable en estos casos de tal forma que no cupiera la interpretación de que al plazo máximo de 30 días para la aceptación o comprobación se pudieran añadir 60 días de plazo de pago, resultando un plazo de 90 días desde la recepción efectiva de las mercancías. Las dos enmiendas –enmienda número 113 (Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia) y enmienda número 161 (Grupo Parlamentario Catalán Convergència i Unió)–, sin embargo, no prosperaron (Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, Proyecto de Ley de medidas de apoyo al emprendedor (procedente del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero), *BOCG*, Serie A, 29 de mayo de 2013, núm. 43-3, pp. 98, 139).

⁷⁹⁰ Dadas las diversas redacciones que ha tenido el precepto como consecuencia de varias reformas, se plantearon distintas interpretaciones respecto del juego de los plazos y su naturaleza, en algunos casos de difícil encaje entre sí [por ejemplo, tras el 2010, por un lado se prohibía imperativamente un plazo superior al señalado en la ley (art. 4.1) mientras que, por otro, se permitía si no era abusivo (art. 9)]. Acerca de estas contradicciones y su interpretación, ver ALFARO (30 de abril de 2010, <http://derechomercantiles-pana.blogspot.com>), VICIANO PASTOR (2010, p. 603), GÓMEZ LIGÜERRE (*InDret*, pp. 18 y ss.) o CARRION REAL (*Diario La Ley*).

⁷⁹¹ El término de «semiimperatividad normativa» lo introduce MIRANDA SERRANO, L. M., *RDCD*, p. 8. Nos remitimos a la nota a pie anterior para lo relativo a las distintas reformas.

⁷⁹² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 29 de junio de 2010; 30 de abril de 2010, <http://derechomercantiles-pana.blogspot.com>; VICIANO PASTOR, J., 2010, p. 602.

constitucionalidad en esta restricción, problemas a los que Carrión Leal suma la contradicción con el Derecho comunitario en la medida en que la Directiva de 2011, expresamente, no contempla el plazo de 60 días como imperativo⁷⁹³.

Pero no solo la relación entre la normativa comunitaria y la nacional en lo que a plazo de pago se refiere presenta problemas sino que también se ha escrito mucho acerca de la LMOC y su nexos con la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM, en adelante), cuyo art. 17 se encarga de la determinación de los plazos de pago a los proveedores. Dado que el ámbito de aplicación puede ser confluyente en algunos casos⁷⁹⁴, cabe preguntarse por la relación entre ambas normas y si la LOCM se ve afectada y, en su caso, cómo, por las restricciones de la Ley contra la morosidad⁷⁹⁵.

Aunque la LMOC deroga todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la Ley de morosidad salvo las que, «en relación a la determinación del plazo de pago, resulten más beneficiosas para el acreedor» (disposición derogatoria única), es la disposición adicional primera del mismo texto la encargada de regular de forma expresa la relación entre las normas, disponiendo la supletoriedad de la Ley de morosidad respecto del art.

⁷⁹³ Efectivamente, la Directiva de 2011 por la que se modifica la del año 2000, si bien señala también el plazo de 60 días como máximo, no lo inviste de la imperatividad de la norma española. Nótese que el art. 3.5 de la Directiva compele a los Estados miembros a velar por que el plazo de pago fijado en el contrato no exceda de 60 días naturales pero completa el precepto con un «matiz» muy relevante, que es la aceptación de pacto en contrario con condicionantes puesto que el límite que representan los 60 días lo es «salvo acuerdo expreso en contrario recogido en el contrato y siempre que no sea manifiestamente abusivo para el acreedor en el sentido del artículo 7». Es decir, el legislador comunitario contempla expresamente la posibilidad de que el aplazamiento sea superior a sesenta días. Intención que se corrobora con la lectura del Considerando 13: «En consecuencia, debe preverse que, como norma general, los plazos de pago contractuales entre empresas no excedan de 60 días naturales. No obstante, pueden darse casos en que las empresas necesiten plazos de pago más amplios, por ejemplo cuando las empresas desean conceder créditos comerciales a sus clientes. Por consiguiente, las partes deben seguir teniendo la posibilidad de acordar expresamente plazos de pago superiores a 60 días naturales, siempre que esta ampliación no sea manifiestamente abusiva para el acreedor». Así las cosas, las reformas de 22 de febrero y de 26 de julio de 2013, lejos de acercar el criterio español a la regulación de la Directiva, confirman la norma de 2010 y la introducción de un límite imperativo en el aplazamiento del pago, quedando en el aire la incertidumbre acerca de la adecuación entre ambos textos, Ley española y Directiva comunitaria.

⁷⁹⁴ A la vista del art. 1 de la LOCM, del art. 56 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y de los arts. 2.2, 3.3 así como 4.2 del Real Decreto 367/2005, de 8 de abril, no hay duda de que la LOCM afecta al comerciante minorista y mayorista (*vid.* MIRANDA SERRANO, L. M., *RDCD*, p. 22).

Acerca del ámbito de aplicación de la norma, ver también CASTILLO PLAZA, C. A., *RDCD*, pp. 126 y ss., y la respuesta de la Dirección General de Política Comercial del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a una consulta (Buzón Oficial de la Dirección General de Política Comercial en el enlace http://www.comercio.gob.es/es-ES/comercio-interior/Ordenacion-del-Comercio/PDF/Faq_OrdenacionComercio.pdf (pp. 10-11)).

⁷⁹⁵ Antes de entrar en la LOCM, cabe señalar que no es la única normativa que se puede ver afectada. Es el caso de la Ley de contrato terrestre de mercancías, cuyo art. 41 («demora en el pago del precio») debe ser reinterpretado conforme a la LMOC, a la que remite (EMPARANZA SOBEJANO, A., *RDM*, pp. 49-50).

17 LOCM⁷⁹⁶. La Disposición final segunda de la norma de 2004, por su parte, modifica precisamente el art. 17 de la LOCM, quedando el régimen de plazos de pago a los proveedores de la siguiente manera. En primer lugar, se atenderá al pacto entre las partes, a falta del cual se entenderá que el pago debe ser hecho antes de 30 días a partir de la fecha de entrega de las mercancías, no pudiendo, en ningún caso, prorrogarse este plazo en el supuesto de productos de alimentación frescos o perecederos. Para el resto de productos de alimentación y los productos de gran consumo podrán fijarse plazos que excedan de esos 30 días pero que no lo hagan de 60, salvo pacto expreso con requisitos, como es la existencia de «compensaciones económicas equivalentes al mayor aplazamiento y de las que el proveedor sea beneficiario». En todo caso, no podrán rebasar los 90 días. Para el resto de productos, se permite el pacto de aplazamientos que excedan de los 60 días siempre que quede instrumentado el pago en documento que lleve aparejada acción cambiaria, plazos que excedan de los 90 días, si este documento es endosable a la orden y que excedan de 120 días, pudiendo en este caso exigir el vendedor garantía mediante aval bancario o seguro de crédito.

Sin embargo, y aunque ya de por sí tener dos regulaciones para el plazo de pago con un ámbito subjetivo parcialmente coincidente y que no están totalmente coordinadas entre sí no es la mejor de las situaciones⁷⁹⁷, la Ley 15/2010, de reforma de la LMOC, vino a complicar todavía más el panorama. Sin mención alguna a la LOCM, regula en su Disposición adicional primera un régimen especial para productos agroalimentarios, según el cual, los productos de alimentación frescos y perecederos no podrán tener un plazo de pago que exceda de treinta días a partir de la fecha de entrada de las mercancías mientras que, en el caso del resto de alimentos, este plazo se puede ampliar a sesenta días sin que quepa ningún tipo de posibilidad de alargar el aplazamiento de pago. Si comparamos estas disposiciones con las recogidas en el art. 17 de la LOCM (tras el 2004) que se han expuesto en el párrafo anterior, se observa que, si bien no hay problemas con los alimentos frescos o perecederos (en ambos casos se prevé un plazo de treinta días improrrogable), sí que existe una

⁷⁹⁶ Art. 17 LOCM: «En el ámbito de los pagos a los proveedores del comercio que regula la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se estará en primer lugar a lo dispuesto por el artículo 17 de dicha Ley, aplicándose de forma supletoria esta Ley».

⁷⁹⁷ Criticado ampliamente por la doctrina: PERALES VISCASILLAS, P., 2006, p. 104; MIRANDA SERRANO, L. M., *RDCD*, p. 27. Es de observar, en todo caso, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas falló a favor de considerar correcta la trasposición española de la Directiva 2000/35/CE en lo que al art. 17 de la LOCM se refiere, desestimando así la demanda de la Comisión de las Comunidades Europeas (STJCE, Sala Primera, Caso Comisión de las Comunidades Europeas contra España. Sentencia de 11 de diciembre de 2008 [TJCE\2008\303]).

incompatibilidad respecto del régimen del resto de alimentos: para éstos, la LOCM permite el aplazamiento de pago hasta los sesenta días y, si median compensaciones económicas equivalentes a este mayor aplazamiento a favor del proveedor, hasta noventa días; por el contrario, la reforma de 2010 no permite la posibilidad de ampliar el plazo más allá de los referidos sesenta días. No se pronuncia el legislador, como sería deseable, acerca de la compatibilidad de ambas normativas, silencio que se ha mantenido tanto en el RD-Ley de 22 de febrero de 2013 como en la Ley 11/2013, de 26 de julio, generando una gran incertidumbre en una cuestión tan básica como es saber la propia vigencia de las normas a aplicar⁷⁹⁸.

A pesar de que es cierto que la limitación del plazo de pago en todos los casos y tipos de productos a los sesenta días sin posibilidad de pactar un plazo mayor está en consonancia con la que parece la intención del legislador de 2010, que ha querido introducir una regulación más estricta –tendencia que, por si cabía alguna duda, se ha visto confirmada en 2013–, y que existen sin duda argumentos que respaldan entender derogada el art. 17 LOCM, a falta de jurisprudencia, nos inclinamos por la vigencia de este precepto. No parece muy lógico que todo el régimen de plazos en él recogido –con la redacción que le dio de forma expresa, además, la propia LMOC en 2004– se quede sin virtualidad por una disposición tan genérica como la de la Ley 15/2010 que, además, no hace referencia en ningún momento a la LOCM y se refiere tan solo a un tipo de productos (los agroalimentarios), sin mención alguna al resto. Se estaría echando por tierra un régimen de plazos de pago con una simple omisión y una disposición derogatoria muy general (todas las normas de igual o inferior rango salvo, en lo relativo a los plazos de pago, las que resulten más beneficiosas para el acreedor)⁷⁹⁹. A todo ello se suma, de manera especial a nuestro juicio, la incertidumbre sobre la voluntad real del legislador: si bien, como apuntábamos, la intención aparente es endurecer la regulación en todas las operaciones comerciales, los debates parlamentarios y las enmiendas apro-

⁷⁹⁸ Incertidumbre tal que lleva a algún autor a hacer afirmaciones tales como que «*con casi total seguridad*» ha dejado en vigor el art. 17 LOCM (CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 853).

⁷⁹⁹ La Dirección General de Comercio Interior emitió en 2010 un informe «Sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamiento de pago» en el que analizaba, entre otras, la relación entre el art. 17 de la LOCM y la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010 (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Informe firmado el 28 de septiembre de 2010 y emitido tras la solicitud de aclaración por parte de una serie de Asociaciones de determinados aspectos, entre otros, del régimen de plazos para los productos regulados en el art. 17 de la Ley 7/1996). Aunque se trata de un informe no vinculante, como advierte el propio documento, su argumentación y conclusiones van en la línea de respaldar la vigencia del art. 17 LOCM –salvo en lo afectado por la Ley de 2010 respecto de los alimentos no perecederos ni frescos– por aplicación del criterio de especialidad frente al cronológico.

badas suscitan dudas acerca de esa generalidad pues parece desprenderse de ellos la voluntad de que siga vigente la LOCM⁸⁰⁰.

Y del plazo de pago pasamos a los otros aspectos de los que se ocupa también la Ley de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales buscando la protección de la parte débil de las relaciones, que son los relacionados con la mora del deudor, sus presupuestos y consecuencias. El art. 5 de la norma, sin que haya sufrido variaciones su redacción desde el 2004 a través de las distintas reformas, dispone el devengo automático de los intereses de demora ante el incumplimiento del plazo y sin necesidad de aviso de vencimiento o intimación alguna. No supone esto variación respecto del criterio general contenido en el Código de Comercio cuyo art. 63 también señala que el deudor se considera constituido en mora y, por tanto, obligado a pagar el interés correspondiente, desde el día siguiente al de vencimiento de la obligación, sin que sea necesaria la interpelación del acreedor, a diferencia del régimen general del Código civil⁸⁰¹. Nada que objetar tampoco respecto del art. 6 relativo a

⁸⁰⁰ MIRANDA SERRANO, en un trabajo de 2011 previo a la más reciente reforma de la Ley de morosidad, expone su postura a favor de la vigencia de los arts. 16 y 17 LOCM, sosteniendo la existencia de dos regímenes diversos de lucha contra la morosidad, uno general, representado por la Ley de morosidad, y otro especial, recogido en los artículos arriba citados (*RDCD*, pp. 19 y ss.). También a favor de la vigencia de los artículos de la LOCM, GÓMEZ LIGÜERRE, C., *InDret*, pp. 37-38; CARRASCO PERERA, A., 2010, p. 853; CASTILLO PLAZA, C. A., *RDCD*, pp. 123-126; PERALES VISCASILLAS, P., *RDCP*, p. 532. En contra, VICIANO PASTOR, J., 2010, p. 604; ALVAREZ OLALLA, P., *ARCM*, p. 4. Basa el autor su conclusión atendiendo a la Disposición adicional primera de la Ley 15/2010 así como sobre la voluntad del legislador, contraria a derogar los arts. 16 y 17 LOCM, tal y como se desprendió de la tramitación parlamentaria y una serie de enmiendas presentadas durante la misma que deben tenerse en cuenta a la hora de interpretar una norma según sus antecedentes históricos y legislativos. Pues bien, reforzando el argumento, lo mismo sucedió en la tramitación de la reciente Ley de 2013: el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia y el Grupo Parlamentario Catalán *Convergència i Unió* presentaron sendas enmiendas (número 123 y 192, respectivamente) proponiendo la incorporación a la Disposición derogatoria única de dos nuevos incisos: «Queda derogada expresamente la Disposición Adicional Primera. Régimen de pagos en el comercio minorista de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales. Queda derogado expresamente el artículo 228.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el artículo 17.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en lo que respecta a los productos de alimentación no frescos ni perecederos y gran consumo y el artículo 17.4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista». La justificación de los proponentes de la enmienda residía en la contraposición entre la normativa de antimorosidad vigente y la Disposición Adicional Primera de la Ley 3/2004 (es decir, la que remitía al art. 17 LOCM para regular los supuestos allí contemplados y determinaba que, en ese ámbito, la aplicación de la LMOC era supletoria), que debía ser derogada por conculcar la primera, al sembrar inseguridad jurídica y permitir que en el ámbito del comercio minorista se puedan ampliar los aplazamientos de pago por encima de los 60 días naturales para determinados productos. Sin embargo, las enmiendas fueron rechazadas en la tramitación parlamentaria, lo que puede llevar a concluir que, a *sensu contrario*, los citados artículos siguen vigentes. *Vid.* Enmiendas e índice de enmiendas al articulado, Proyecto de Ley de medidas de apoyo al emprendedor (procedente del Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero), *BOCG*, Serie A, 29 de mayo de 2013, núm. 43-3, pp. 105, 163-164.

⁸⁰¹ Para aquellos supuestos en los que puede haber distintas posturas en la doctrina acerca de la necesidad de interpelación, sí que supondría una mejora porque la Ley de lucha contra la morosidad es clara

los requisitos para que se puedan exigir los intereses de demora y que se concretan en dos: cumplimiento de su obligación por parte del acreedor y retraso en el pago por parte del deudor, a menos que éste «pueda probar que no es responsable del retraso»^{802 803}.

Ninguna gran modificación ha introducido el legislador en sus reformas de 2010 y 2013 en lo que al tipo de interés de demora se refiere. Buscando eludir que al deudor le salga más rentable no cumplir en plazo con su obligación de pago, el legislador ha querido fijar un interés más alto que el recogido en los textos legales generales (art. 1108 Cc y 341 Ccom). De este modo, el art. 7 permite a las partes pactar el interés moratorio que, en defecto de pacto, será «la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales». Límite que es relativamente imperativo puesto que, como tendremos ocasión de analizar al hilo del mencionado art. 9, las partes podrán apartarse de este tipo de interés siempre y cuando el pacto no sea considerado abusivo y, por tanto, nulo.

Además de la obligación de pago de un interés de demora, la Ley de lucha contra la morosidad dispone como consecuencia del incumplimiento del deudor responsable del retraso el pago de una indemnización en concepto de costes de cobro que haya sufrido el acreedor a causa de la mora y que hayan sido debidamente acreditados⁸⁰⁴. Así lo dispone el art. 8 del referido texto legal, que señala la cifra fija de 40 euros, que directamente se añadirá a la deuda principal. Esta cantidad, sin embargo, podrá ser aumentada si los costes de cobro debidamente acreditados que el acreedor ha tenido que soportar son superiores.

Pero si hay un precepto que reviste una gran importancia para nuestro trabajo no es otro que el art. 9 que, bajo la rúbrica «Cláusulas y prácticas abusivas», representa una gran novedad en la contratación entre empresarios al introducir por primera vez la idea de control de contenido, coto exclusivo has-

en aplicar el criterio de mora automática a todas las situaciones que entren en su ámbito de aplicación (*vide* DÍEZ-PICAZO, G., 2003, pp. 1741-1742; PERALES VISCASILLAS, P., 2006, pp. 123-124; 128 y ss.)

⁸⁰² En cuanto a la responsabilidad, se ha querido ver aquí una inversión de la carga de la prueba (PEREZ DE LA CRUZ, A., 2007, p. 484; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., AC, p. 858) o un incumplimiento entendido en sentido objetivo (DÍEZ-PICAZO, G., 2003, p. 1744; PERALES VISCASILLAS, P., 2006, pp. 209 y ss.).

⁸⁰³ La reforma de febrero de 2013 añade un tercer párrafo al art. 6 referido al supuesto de que las partes hubieran pactado calendarios de pago para abonos a plazos, aunque entendemos que el pacto de pago aplazado no puede vulnerar el límite de los 60 días imperativos porque, de lo contrario, sería tan sencillo como introducir una cláusula de este tipo para eludir la rigidez de la norma de lucha contra la morosidad.

⁸⁰⁴ Señala ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *InDret*, pp. 18-19, que el reconocimiento de esta indemnización no aumenta realmente la protección del acreedor al estar este derecho reconocido en el art. 1108 Cc.

ta ese momento, como sabemos, del Derecho de consumo⁸⁰⁵. Y lo hace con una terminología que se identifica claramente con la utilizada en el ámbito de la protección de consumidor (a modo de ejemplo, «será nula una cláusula contractual [...] cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del [...]»). Hay que destacar, además, el hecho de que este control de cláusulas abusivas se establece respecto de toda cláusula, esto es, no solo respecto de las condiciones generales sino también en relación con aquellas cláusulas que hayan sido individualmente negociadas.

En las distintas redacciones que ha tenido el art. 9 LMOC ha habido cambios sustanciales en el control de contenido que configura. No todos los criterios de valoración de la abusividad se han mantenido y, por otra parte, se ha incluido alguno adicional. Entre los que han sido eliminados en la última reforma de julio de 2013 se encuentra la prestación de garantías adicionales por parte del deudor⁸⁰⁶ así como la mención a los usos habituales del comercio. En este último caso, ya el legislador había dejado clara con anterioridad su intención de evitar que por la vía de los usos del comercio pudieran cometerse extralimitaciones. Por una parte, en el propio texto legal, con la advertencia de que no se consideraría uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos. Por otra, en la EM, al afirmar el desplazamiento de los usos del comercio que hubieran consagrado plazos de pago excesivamente dilatados y que la referencia a los usos de comercio como elemento de valoración del posible carácter abusivo de una cláusula «toma este extremo solo como un dato factual y objetivo que permite com-

⁸⁰⁵ Art. 9 LMOC: «1. Será nula una cláusula contractual o una práctica relacionada con la fecha o el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro cuando resulte manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, incluidas: a) Cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal. b) La naturaleza del bien o del servicio. c) Y cuando el deudor tenga alguna razón objetiva para apartarse del tipo de interés legal de demora del apartado 2 del artículo 7, o de la cantidad fija a la que se refiere el apartado 1 del artículo 8. Asimismo, para determinar si una cláusula o práctica es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas. En todo caso, son nulas las cláusulas pactadas entre las partes o las prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, o aquellas que excluyan el cobro de dicho interés de demora o el de la indemnización por costes de cobro prevista en el artículo 8. También son nulas las cláusulas y prácticas pactadas por las partes o las prácticas que excluyan el interés de demora, o cualquier otra sobre el tipo legal de interés de demora establecido con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 7, cuando tenga un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, entendiéndose que será abusivo cuando el interés pactado sea un 70 % inferior al interés legal de demora, salvo que atendiendo a las circunstancias previstas en este artículo, pueda probarse que el interés aplicado no resulta abusivo». La disposición final 6.º del Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, afecta al párrafo tercero del art. 9.1 LMOC, pero sin que tenga relevancia para nosotros. Simplemente añade un inciso final excluyendo la aplicación «a las operaciones comerciales realizadas con la Administración».

⁸⁰⁶ MIRANDA SERRANO, L. M., 2008, p. 396, relaciona estas garantías adicionales, entre otras, con las recogidas en la LOCM respecto de aplazamientos mayores, como el aval bancario o seguro de crédito o caución que el art. 17.4 exige para aplazamientos de pago superiores a los ciento veinte días.

parar la actuación de un operador con la situación del tráfico mercantil en cada momento»⁸⁰⁷. Permanece la obvia referencia a la naturaleza de los bienes o servicios⁸⁰⁸ así como a la existencia de una razón objetiva para apartarse de los valores fijados subsidiariamente por el legislador, aunque con algún matiz ya que, si antes se aplicaba para el plazo, el tipo de interés y la compensación, ahora solo se valora respecto de estos dos últimos, dejando fuera la posibilidad de que los contratantes se aparten de los plazos marcados en la norma aunque sea con un argumento objetivo⁸⁰⁹. Del mismo modo, la búsqueda de liquidez adicional por el deudor a expensas del acreedor o condiciones impuestas por el contratista a sus proveedores o subcontratistas no justificadas⁸¹⁰ son dos parámetros más que se proporcionan para valorar la abusividad de una cláusula. En cuanto a las incorporaciones, merece una crítica positiva la inclusión de la figura de la buena fe en el control de contenido. Así lo hace el primero de los criterios que recoge el art. 9.1, refiriéndose a «cualquier desviación grave de las buenas prácticas comerciales, contraria a la buena fe y actuación leal», criterio literalmente extraído de la Directiva de 2011 y que se convierte en una suerte de cláusula general⁸¹¹.

⁸⁰⁷ Señala ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDBB*, p. 232, que a pesar de que muchos usos comerciales han cristalizado en cláusulas o condiciones generales insertadas en formularios, este hecho no les excluye del control de abusividad.

⁸⁰⁸ Criterio elemental en la medida en que, como se puede ver en el estudio de las distintas cláusulas a lo largo de este trabajo, las características del bien o servicio objeto del contrato pueden hacer variar la valoración de las condiciones del mismo. Sin ir más lejos, por ejemplo, en la propia LMOC o en la LOCM, la cualidad de producto fresco o perecedero de un bien conlleva que el plazo de pago sea menor. Así mismo, este criterio está presente en el control de contenido en contratos con consumidores (art. 82.3 TRLC). Tal y como explican LEMA DEVESA y TATO PLAZA (*DN*, p. 8), la naturaleza del servicio o producto puede determinar de forma importante su período de rotación, entendiéndose por éste el período aproximado que tardará el comprador en proceder a su reventa y recuperar la inversión. Si el plazo de pago que se fija es en gran medida superior a ese período de rotación, la abusividad puede venir de la mano de una financiación u obtención de liquidez del deudor a costa del acreedor.

⁸⁰⁹ RUIZ MUÑOZ, M., 2013, pp. 306-307, se centra en este criterio por considerarlo aglutinador del resto ya que, al final, se trata de valorar si existe una justificación o no para que el contenido de la cláusula se aparte de la regulación legal. Dentro de estas razones objetivas, se plantea la posibilidad de que una de las circunstancias a tener en cuenta para la admisión de una cláusula sea el precio: por ejemplo, a mayor plazo de pago, un precio superior que compense los gastos del aplazamiento. Sin embargo, con la vigente redacción de la ley, solo quedaría margen para este sistema de tarifas hasta los 60 días, por no estar permitidos aplazamientos mayores.

Esta idea es similar a la planteada por LEMA DEVESA, C.; TATO PLAZA, A., *DN*, p. 12, a la inversa, a través de los ampliamente utilizados en el tráfico mercantil *descuentos por pronto pago*, es decir, aquel descuento que compensa por la reducción de los plazos de pago establecidos legalmente. El interrogante que plantean los autores es si podría ser declarada abusiva una cláusula que recogiera un descuento significativamente superior al coste legal del dinero. Nótese que, aunque la finalidad de la LMOC sea la de acortar los plazos de pago en las operaciones mercantiles, una cláusula de este tipo no dejaría de generar un notable perjuicio al acreedor y permitiría al deudor, por el contrario, obtener una liquidez adicional a sus expensas.

⁸¹⁰ La redacción de la norma, «si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas» deja claro que la comparación con las condiciones que al contratista le son impuestas es un ejemplo de razón objetiva pero no el único con lo que, al final, se trata de ver las condiciones están objetivamente justificadas.

⁸¹¹ Llama la atención la escasa armonización con este texto que presenta el Anteproyecto de Código Mercantil, que dedica una serie de artículos a regular la morosidad en el cumplimiento de los contratos

Pues bien, tras este conjunto de elementos para valorar la abusividad de las cláusulas según las circunstancias, se añade en la reforma de julio de 2013 un último párrafo que parece incluir algún supuesto de cláusulas «negras», como se suelen denominar, por contraposición a las «grises» —en la medida en que aquéllas serán nulas siempre, sin necesidad de previo análisis por el operador jurídico—, así como una presunción. En cuanto a lo primero, el tercer párrafo del art. 9.1 LMOC afirma tajantemente que son nulas, «en todo caso», aquellas cláusulas o prácticas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora o que excluyan su cobro o el de la indemnización. Y cierra el párrafo el legislador con dos reiteraciones y la referida presunción. Repite expresamente la prohibición de exclusión del interés de demora y la nulidad de aquellas que de forma abusiva supongan cualquier otro efecto sobre el tipo de interés establecido subsidiariamente en el texto legal, aunque, en este último caso, aportando un dato para la valoración: se presumirá abusivo un interés que sea un 70% inferior al legal de demora, siendo ésta una presunción *iuris tantum*.

Las nada desdeñables y continuas reformas que ha sufrido la Ley de lucha contra la Morosidad, la redacción ciertamente criticable en algunos aspectos, la existencia de duplicidades, diversos criterios de determinación de la abusividad de las cláusulas y de cláusulas «grises» y «negras», hacen aconsejable una recopilación y puesta en claro de las ideas que se han expuesto en líneas anteriores para determinar los límites a la autonomía de la voluntad que supone en su ámbito de aplicación y en su redacción actual la norma⁸¹²:

— En cuanto a los requisitos para exigir el interés de demora, será nula en todo caso aquella cláusula que exija unas condiciones diferentes a las marcadas por la ley en el art. 6, esto es, generalizando, cumplimiento por el acreedor de sus obligaciones y retraso del deudor en el pago.

mercantiles así como, en concreto, la «Morosidad en operaciones entre empresarios o entre éstos y los poderes públicos» (arts. 418-4 a 418-6), con remisiones a la norma principal a aplicar, la LMOC. Entre otros aspectos, sorprende que, en materia de cláusulas que pueden verse afectadas de nulidad por diferir de lo marcado por el legislador, se señalen como criterios, junto con la naturaleza del producto, precisamente los dos eliminados con la última reforma de la Ley de lucha contra la morosidad: los usos de comercio y la prestación por parte del deudor de garantías adicionales (art. 418-6).

⁸¹² ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDBB*, pp. 219-220, en el año 2006 planteaba la duda de si el art. 9 se aplicaba tan solo respecto de las cláusulas de aplazamiento de pago e interés de demora o también podía ser invocado en relación con otras cláusulas. Si bien el autor concluía a favor de una interpretación flexible en beneficio del acreedor, siendo susceptible de tener que someterse al control toda cláusula que tuviera alguna conexión jurídica o económica con las cláusulas de morosidad, hoy en día parece que esas dudas han desaparecido en tanto en cuanto el propio art. 9 hace referencia a los distintos posibles pactos.

— Por lo que se refiere a la indemnización por costes de cobro, las partes pueden pactar una indemnización diferente a la dispuesta en el art. 8 (cantidad fija de 40 euros más aquellos otros costes de cobro debidamente acreditados en lo que la excedan), estando sujeto tal pacto al control de contenido del art. 9 para determinar si la compensación pactada resulta manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor o no. Sí lo será –y, por tanto, conllevará su nulidad en todo caso– el pacto que excluya la indemnización por costes de cobro.

— Respecto al interés de demora, será nulo sin lugar a valoración alguna el acuerdo que exonere al deudor de la obligación de pagar interés moratorio. Los contratantes pueden pactar el tipo de interés que consideren aunque, en el caso de que se separe del fijado por el legislador como subsidiario en el art. 7.2 (el aplicado por el Banco Central Europeo en determinadas operaciones más ocho puntos porcentuales) será susceptible de valoración por parte del operador jurídico que tendrá que determinar si es abusivo teniendo en cuenta los criterios del control de contenido establecido en el art. 9. Aunque tendrá que verse a la luz de las circunstancias del supuesto de hecho concreto, ya que se trata de una presunción *iuris tantum*, se presumirá la abusividad si el tipo de interés pactado es un 70% inferior al interés legal de demora.

— Por último, en cuanto al plazo de cumplimiento, en términos generales, a falta de pacto de las partes, será el de 30 días naturales tras la recepción de mercancías o prestación de los servicios. Las partes pueden acordar otro plazo de pago distinto (salvo productos de alimentación frescos y perecederos) siempre y cuando no supere los 60 días naturales, límite imperativo para la autonomía de la voluntad de los contratantes⁸¹³. El plazo pactado dentro de estos límites está sujeto al control de contenido del art. 9 porque, aun siendo inferior a los 60 días máximos, puede resultar, a la vista de las circunstancias, abusivo en contra del acreedor y, por ende, nulo.

¿Qué valoración merece esta norma? A pesar de sus buenas intenciones ha sido ampliamente criticada por el recorte que supone a la autonomía de la voluntad. No olvidemos que, además de la limitación a la libertad de pacto de plazo de pago, la Ley 3/2004 se aplica tanto a cláusulas abusivas contenidas en condiciones generales como aquellas que han sido individualmente negociadas (*a sensu contrario*, art. 9.3⁸¹⁴). Ciertamente es la Directiva la que insta a

⁸¹³ Esto sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17 LOCM ya que, a nuestro juicio y como se ha expuesto en líneas anteriores, existirían argumentos para defender su vigencia actual.

⁸¹⁴ Art. 9.3: «Serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1». Artículo que, a nuestro juicio, casi tiene más valor en este sentido, como indicador de que las cláusulas negociadas están incluidas en el ámbito de la norma, que para clarificar que las condiciones generales lo están.

controlar todo pago efectuado como contraprestación en operaciones comerciales, tanto inserto en cláusulas pactadas como en condiciones generales, pero también lo es que la norma comunitaria permite que las partes acuerden un plazo de pago mayor a los valores fijados por el legislador si no es abusivo (intuimos que siendo consciente de la importancia del crédito comercial en el tráfico mercantil), mientras que la regulación española es imperativa en ese sentido desde el giro que dio la Ley 3/2004 en con la reforma de 2010 y que se ha consagrado en 2013, de tal forma que, en principio, en ningún supuesto pueden los contratantes fijar un plazo superior al determinado por el legislador.

Además de por la doctrina⁸¹⁵, la oportunidad de esta rígida regulación es asimismo puesta en duda por el escaso impacto de la Ley 3/2004 en la moro-

⁸¹⁵ Según ALFARO (*InDret*, p. 9), resulta difícil justificar la intervención del legislador en el crédito comercial para imponer términos contractuales de forma imperativa. Más vehemente es VICIANO PASTOR (2010, p. 602) al afirmar que esta limitación a la libertad de las partes es «uno de los cambios en nuestro Derecho inter privados más importante de los últimos siglos» o ÁLVAREZ OLALLA (*ARCM*, *op. cit.*, p. 4), para quien la regulación supone una limitación a la autonomía de la voluntad insólita en las relaciones entre empresas. Apunta la autora que «una cosa es limitar la libertad de contratación, mediante el control de abusividad, en la medida en que tal libertad no ha sido ejercida de un modo efectivo por una de las partes debido a la supremacía del poder negociador del otro contratante, y otra muy distinta declarar nulo un pacto que fije un plazo de pago mayor al establecido legalmente, sin tener en cuenta que el mismo ha podido ser acordado, no desde la imposición, sino en virtud de una auténtica negociación, obteniendo ambas partes beneficio mutuo. En estos casos no hay razón alguna para anular la autonomía de la voluntad» (también a favor de un cierto margen para las partes, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 171; GÓMEZ LIGÜERRE, C., *InDret*, p. 7; CASTILLO PLAZA, C. A., *RDCD*, p. 111; MIR PARDO, L.; FORÉS CHACORI, E.; VIVES MARTÍNEZ, G., *Diario La Ley*, p. 8; RUIZ MUÑOZ, M., 2013, p. 303. No es de la misma opinión GONZÁLEZ PASCUAL, J., *Partida Doble*, p. 25). Efectivamente, como sabemos, en el Derecho privado español la intervención del legislador en un contrato es un hecho excepcional y su razón de ser se fundamenta, en el caso del control de contenido de las condiciones generales, en el proceso mediante el cual se formaliza el contrato, proceso caracterizado por un déficit de voluntad por parte del adherente, que justifica tal injerencia. *A priori*, tal déficit de voluntad no existe en el caso de cláusulas individualmente negociadas.

MIRANDA SERRANO (2008, pp. 379 y ss.) se ha detenido en el análisis del control de abusividad respecto de las cláusulas negociadas individualmente, ofreciendo dos interpretaciones para explicar el encaje. Una primera, que denomina «*liberal o de mercado*», según la cual el control de contenido de este tipo de pactos atendería contra el principio de la autonomía contractual y la libertad de empresa, de tal forma que el único modo de entender el art. 9 es en el sentido de que se aplica a aquellas cláusulas que aparentemente puedan parecer negociadas pero que, en realidad, no son producto de la verdadera autonomía de la voluntad sino de la situación de dependencia o dominio del deudor sobre el acreedor, quedando fuera del control de la norma, por tanto, aquellos pactos que sí son resultado de un verdadero proceso de negociación (en este sentido se manifiesta PERALES VISCASILLAS, P., 2006, p. 277; de opinión contraria es ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 164-165; sin descartar la primera solución pero encontrando serios obstáculos para su aplicación, RUIZ MUÑOZ, M., 2010, p. 300). Eso podría explicar mejor el porqué del control aunque la realidad es que la norma no parece exigir que exista ningún tipo de dependencia o similar sino que se aplicar, directamente, a todo pago. En virtud de la otra interpretación, la «*social o socializante*», teniendo presente la experiencia y realidad práctica, el legislador, en su búsqueda de erradicar la morosidad comercial, lo que ha hecho es incluir en el control del art. 9.1 todo pacto partiendo de la sospecha de que existe algún tipo de déficit de funcionamiento de la autonomía privada cuando las partes se separan de la regulación legal sobre el interés o los plazos sin que exista una justificación objetiva para ello. Apunta el autor arriba citado que este razonamiento queda ínsito al concepto de cláusula abusiva, de la que no

sidad comercial: en 2012 España se sitúa claramente entre los países con mayor tasa de morosidad (93 días de media), muy por encima de los 54 días de la media europea⁸¹⁶. Se achaca a diversos factores como el desconocimiento de la norma (dudoso argumento en la actualidad puesto que ya en 2012 el 93% de las empresas afirmaron conocer la legislación sobre morosidad⁸¹⁷), la ausencia de cultura de cobro y excesiva permisividad ante los retrasos en el pago⁸¹⁸, quizá fundadas sobre el temor de los empresarios a estropear las relaciones comerciales con la otra parte contratante, más todavía si existe una cierta dependencia, algo habitual⁸¹⁹ (de hecho, en 2012, un 53% de las empresas admitieron no reclamar nunca los intereses de demora y un 24% casi nunca⁸²⁰). Por otra parte, aunque la norma incluye por primera vez en el ámbito de la contratación entre empresarios procedimientos para la defensa de los intereses colectivos mediante las acciones de cesación y de retracción de la LGCG por parte de ciertas entidades (asociaciones, federaciones y corporaciones de empresarios, profesionales, trabajadores autónomos y de agricultores que tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros, Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación y colegios profesionales –arts. 9.4 y 5), la

tiene mucho sentido hablar, en sentido técnico, cuando ha existido una verdadera negociación individual y sí en caso contrario: un gran desequilibrio no justificado en una cláusula hace pensar que no ha sido aceptada de forma libre por el contratante al que perjudica. Esta interpretación, a nuestro juicio más acertada, es la que permite explicar la aplicación de la Ley tanto a cláusulas impuestas como a aquellas otras formalmente negociadas sin que exista ninguna oposición frontal con la constitucionalidad o la tradición del Derecho de contratos.

⁸¹⁶ Datos obtenidos de diversos estudios, *vide* Plataforma Multisectorial contra la Morosidad (PMcM), Nota de prensa de 13 de febrero de 2013; BRACHFIEL, P., *PMcM*, pp. 42 y ss.; 13 de mayo de 2013, <http://www.pereBRACHFIELD.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/el-problema-de-la-morosidad-empresarial>; INTRUM JUSTITIA, European Payment Index 2013. En un nuevo informe sobre el año 2013, se señala que el promedio de plazo de pago disminuye hasta los 85 días (aunque solo representa un 8.6% menos y, en todo caso, los datos indican que un 68% de las empresas han sido obligadas a aceptar plazos mayores a los 60 días legalmente establecidos).

Cierto es que en junio de 2013, el Instituto Nacional de Estadística ha publicado un estudio según el cual el importe de los efectos de comercio impagados disminuye un 34,2% en junio respecto del mismo mes en el año anterior aunque también lo es que la financiación a través del descuento de efectos comerciales se va restringiendo cada vez más a las empresas con clientes solventes, lo que tiene su repercusión en los porcentajes de impagados (BOLAÑOS, A., «La financiación entre empresas cae al nivel más bajo en una década», http://economia.elpais.com/economia/2013/08/12/actualidad/1376340503_171303.html).

⁸¹⁷ BRACHFIEL, P., *PMcM*, p. 52.

⁸¹⁸ BRACHFIEL, P., 17 de mayo de 2013, <http://www.pereBRACHFIELD.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/los-condicionantes-de-la-morosidad>; *PMcM*, pp. 3, 5; Ministerio de Industria, Turismo y Comercio (*Observatorio PYME*, marzo 2010, p. 5).

⁸¹⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDBB*, p. 215; VIDAL DOBLES, L., L., *Diario La Ley*, p. 4; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *AC*, p. 880; MIRANDA SERRANO, L. M., *RDCD*, p. 5.

⁸²⁰ BRACHFIEL, P., *MPcM*, p. 53. De hecho, en el estudio llevado a cabo por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales, *Observatorio PYME*, marzo 2010, p. 5.

poca costumbre que hay en España del uso de estos mecanismos hacen dudar de su utilidad como protección^{821 822}.

Por último, la vía mayoritaria por la que los acreedores intentan resolver los incumplimientos de pago es la gestión amistosa (88%⁸²³) y, ante el fallo de estos mecanismos, el recurso a la vía judicial es muy bajo (23% de las empresas aproximadamente en España). La duración media de un pleito, las dificultades y altos costes de los procesos son, entre otros, factores que desincentivan a los acreedores a emprender acciones judiciales para reclamar el pago de sus créditos morosos, lo que ha sido identificado por muchos como el verdadero problema de la morosidad. De ahí que un denominador común en la doctrina sea la demanda de la instauración de un procedimiento adecuado para agilizar la posible reclamación ante los órganos jurisdiccionales⁸²⁴.

En definitiva, movido por la necesidad de atajar el creciente problema de la morosidad empresarial⁸²⁵, el legislador nacional ha traspuesto la Directiva europea de forma muy rigurosa en lo que a plazo de pago se refiere –tanto, que, como se ha visto, está en entredicho la coherencia entre ambos textos–. Por el contrario, sin embargo, deja algunos cabos sueltos que introducen una cierta inseguridad jurídica y que cuestionan la vocación de generalidad de la normativa. Así lo hace, entre otros, la duda acerca de la vigencia o no de de-

⁸²¹ Así lo apuntan ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDBB*, pp. 215, 236 y ss.; MIRANDA SERRANO, L. M., *RDCD*, p. 16. Este último autor, en este sentido, señala la conveniencia de haber incluido al Ministerio Fiscal como legitimado activamente para el ejercicio de estas acciones.

⁸²² Aun así, debemos resaltar que en los últimos años hay cada vez más jurisprudencia al respecto. A modo de ejemplo, consideran pertinente aplicar los intereses de demora de la Ley: las SSAP Valencia de 26 de marzo de 2008 [JUR\2008\190135], León de 18 de octubre de 2009 [JUR\2009\477446], Madrid de 3 de marzo de 2010 [AC\2010\938] y 22 de noviembre de 2010 [JUR\2011\64055], Almería de 5 de mayo de 2011 [JUR\2011\341595], León de 19 de abril de 2013 [JUR\2013\200467], Valencia de 30 de abril de 2013 [JUR\2013\254871]. Sobre el art. 4, SSAP Zaragoza de 16 de noviembre de 2010 [JUR\2010\41495] y Madrid de 19 de noviembre de 2015 [JUR\2016\16003] y, en relación con el art. 9, considerando la inexistencia de razón para apartarse de lo dispuesto en el art. 4 sobre el plazo, SAP Las Palmas de 29 de octubre de 2010 [JUR\2011\252950]. Sobre el art. 8 y la indemnización de los costes y gastos, SAP Murcia de 21 de marzo de 2013 [JUR\2013\153943], dejando entrever que los importes de los servicios de abogado y procurador para la reclamación de la deuda se ven incluidos (al final resuelve en sentido contrario pero por otros elementos) y SAP Madrid de 28 de julio de 2015 [AC\2015\1535].

⁸²³ BRACHFIEL, P., *MPcM*, p. 55.

⁸²⁴ ARRUÑADA, B., *InDret*, p. 10; AGUILLAUME GANDASEGUI, G., *La Ley*, p. 1689; VICIANO PASTOR, J., 2010, p. 605; MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., *AC*, pp. 888 y ss.; BRACHFIEL, P., 17 de mayo de 2013 y 28 de mayo de 2103. Desde la *PMcM* se ha propuesto también la implantación de medidas extrajudiciales como el mediador interempresas (BRACHFIEL, P., *PMcM*, pp. 96 y ss.)

⁸²⁵ Más si la Comisión Europea abre procesos de sanción contra los países que no cumplan con la Directiva contra la morosidad (15 de marzo de 2013, <http://www.pmcM.es/blog/noticias/la-comision-europea-ha-anunciado-que-muy-pronto-podran-empezar-a-abrir-procesos-de-sancion-contra-los-paises-que-no-cumplan-con-la-directiva-contra-la-morosidad>; 2 de julio de 2015, <http://www.diariofinanciero.com/2015/07/02/europa-estudia-sancionar-espana-por-morosa/>).

terminados preceptos de la LOCM, según los cuales se admitiría el pacto de plazos mayores a los 60 días para un colectivo muy amplio y que representa una buena parte del ámbito de aplicación de la LMOC, o la posible interpretación del límite de los 60 días plazo a añadir a los 30 del período de aceptación o comprobación de las mercancías, lo que daría un plazo total de 90 días⁸²⁶. En lo que a nosotros respecta, con sus luces y sus sombras, lo que está claro es que la Ley de lucha contra la morosidad ha supuesto introducir en nuestro ordenamiento jurídico por primera vez la idea del control de contenido en la contratación entre empresarios, respaldando a la doctrina que venía llamando la atención sobre el hecho de que el juicio de abusividad, con los ajustes pertinentes, no tenía por qué ser exclusivo del Derecho de consumo. Lo hace, además, «a lo grande», sujetando a control no solo condiciones generales sino también cláusulas producto de una negociación previa, y con alguna limitación importante de la autonomía de la voluntad, como es el ya ampliamente analizado supuesto del plazo de pago. El control de contenido que se instaura en el art. 9 del texto legal guarda una evidente similitud con la normativa tuitiva de consumidores. No es ajena la terminología, los criterios (es de aplaudir la inclusión de la buena fe, aunque no ha tenido lugar hasta la última reforma de julio de 2013) ni tampoco el esquema de funcionamiento. Se parte igualmente del Derecho dispositivo como modelo (el plazo –en algunos casos–, el tipo de interés o la indemnización fijadas por el legislador en la norma), teniendo que estar justificada cualquier desviación respecto de ellos si la cláusula es manifiestamente abusiva en perjuicio del acreedor, sujeto a tutelar. En caso contrario, la cláusula será nula. Por eso no resulta exagerado otorgar una gran importancia a la norma que nos ocupa y, en cierto modo, su valor como punto de inflexión porque, si bien puede no ser la única regulación que contenga la idea de un control en el ámbito contractual mercantil, la Ley de lucha contra la morosidad es, desde luego, la que lo estructura de forma completa y evoca el concepto de la «semi-imperatividad» del Derecho dispositivo. Es evidente el impacto de esto en un ordenamiento como el nuestro, que se negaba a reconocer al empresario adherente mayor protección que la que se desprendería del control de incorporación de la LCGC y el Derecho de obligaciones y contratos.

⁸²⁶ Nos remitimos a lo expuesto en líneas anteriores pero recordemos, brevemente, que en ambos casos se rechazaron durante la tramitación parlamentaria las enmiendas que iban dirigidas a eliminar cualquier género de duda acerca de la posibilidad de pactar plazos mayores a los 60 días desde la recepción de las mercancías o prestación de los servicios así como la derogación expresa de ciertos preceptos de la LOCM.

II. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: LA MORAL

Como sabemos, el art. 1255 Cc consagra tanto el principio de la autonomía de la voluntad como sus propios límites. Junto con la Ley imperativa, cuyo estudio nos ha ocupado los apartados anteriores, el legislador señala a la moral y al orden público como los otros dos cotos que tienen que observar las partes cuando ejercitan su libertad de contratación⁸²⁷. Estas dos figuras son, en contraposición, abstractas y variables. Tiene toda su lógica que sea así si pensamos en el carácter permanente de la Ley, Derecho positivizado, cuyo mejor complemento es un concepto flexible que permita colmar los posibles espacios que pudieran surgir como consecuencia de la cambiante realidad y que el legislador no haya contemplado, bien por imprevisión, bien por no ser aconsejable descender al detalle en la norma bajo pena de una excesiva limitación⁸²⁸.

No en vano, De Castro señaló la importancia de la moral, buenas costumbres y el orden público como medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia, «el buen orden jurídico». De esta manera, señala el autor, «el intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma naturaleza del Derecho, negar el amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia»⁸²⁹.

Inserta en una corriente que intenta romper con la idea tradicional de atenerse a la letra del contrato en todo caso, se publica en 1925 la obra de Ripert, *La règle morale sans les obligations civiles*, en la que el autor plasma su tesis acerca de la moralización del Derecho⁸³⁰. Poniendo en duda la concepción

⁸²⁷ «Libertad contractual y orden público actúan un poco a modo de vasos comunicantes: mientras que uno se llena, el otro se vacía...», JULIEN, J., 2012, p. 119.

⁸²⁸ En este sentido se pronuncia ESPIN (1954, pp. 57-58).

⁸²⁹ DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, p. 1037.

⁸³⁰ RIPERT, G., 1925, 398 p. El autor pone de manifiesto que no hay en realidad diferencia de ámbito, naturaleza y objetivo entre la regla moral y la jurídica, pues el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. La diferencia es de carácter: la regla moral deviene regla jurídica gracias a una sanción exterior necesaria para el objetivo a alcanzar. Cuando esta regla es así definida y sancionada por el legislador, se separa de la regla moral que le ha servido de fundamento, en el sentido de que el Derecho se identifica con el orden jurídico establecido que se sustenta a sí mismo (pp. 6-7).

Véase el estudio de ESPIN fechado en 1963 acerca de los conceptos de orden público y buenas costumbres en la doctrina francesa en el que, entre otras, llega a la conclusión de que el interés de doctrina y jurisprudencia por estas figuras no demuestra sino la voluntad de concebir el Derecho alejado de un pensamiento positivista y más tendente a la moralización del mismo (ESPIN CÁNOVAS, D., *ADC*, pp. 818-819).

imperante en la época según la cual la normativa tenía una precisión suficiente para dar lugar a una aplicación «casi matemática»⁸³¹ de la misma, reserva un papel importante al juez, al que confía un derecho de control que consiste en asegurar el respeto a la regla moral y censurar las manifestaciones abusivas de las voluntades individuales. Los textos existentes son, a juicio de Ripert, suficientes para probar que el legislador es consciente de la necesidad de recurrir a la ley moral para completar las reglas normativas establecidas por el Derecho, haciendo los tribunales aplicaciones constantes de estos textos⁸³². De hecho, señala que, precisamente, la influencia de las ideas morales es más curiosa de observar en la jurisprudencia que en la legislación, porque, aunque ciertas reglas de conducta moral son positivizadas, al legislador no le gusta erigirse en moralista y, además, lo tiene difícil dado el carácter abstracto, general y permanente de la ley, que difícilmente permite tener en cuenta la infinidad de deberes morales. El juez, por el contrario, se encuentra situado en el medio de intereses opuestos y se convierte en el árbitro que puede tener en cuenta los valores morales de los litigantes^{833 834}.

Habida cuenta de que, a pesar de su carácter extrajurídico, existe una clara relación entre moral y Derecho en general, y, en particular, que, en todo caso, el legislador lo erige como un límite a la autonomía de la voluntad, la cuestión es ahora intentar una aproximación al concepto de moral, concepto que, para empezar, hay que diferenciar de otros que también tienen una fuerte carga ética, como el de equidad, buena fe, abuso del derecho⁸³⁵, así como del

En este sentido, GUESTIN, J., 1993, pp. 106-107, señala la necesidad de determinación de las *bonnes moeurs* a pesar del riesgo de que, ante la falta de una moral objetivamente definida, haya que estar a las concepciones de los jueces a través de sus pronunciamientos.

⁸³¹ RIPERT, G., 1925, p. 385.

⁸³² *Ibidem*, p. 40.

⁸³³ *Ibidem*, pp. 34-35.

⁸³⁴ Acerca de las distintas tradiciones respecto de la relación entre «Derecho» y «Moral», ver HÄBERLE, P., *Dereito*, pp. 160-161; GASCÓN ABELLÁN, M., 1999, pp. 229 y ss.; FERNÁNDEZ, E., 1999, pp. 69 y ss.; PECES-BARBA, G., 1993, p. 12.

Ya en el ordenamiento jurídico privado, muchos son los autores que han llamado la atención sobre el peso de la moral: LLOPIS GINER, J. M., 1988, pp. 625 y ss. (en especial, pp. 639-654); DÍEZ-PICAZO, L., 2007, p. 59; JORDANO FRAGA, F., 1992, pp. 686-687; REVERTE NAVARRO, 1993, p. 255; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, pp. 141-142. En concreto, COSSÍO, M., 1994, p. 102, señala que la pretensión de jurisprudencia y autores de acercar la moral al Derecho tiene como intención que en ningún caso las reglas jurídicas puedan estar por encima de la moral, sino que se maten en función de la misma, ya que otra cosa se opondría a los postulados de la justicia, que constituyen el fin último del Derecho. Del mismo modo, GARRALDA VALCÁRCCEL, J., *RJN*, pp. 173 y ss., considera necesaria la influencia de la moral en el Derecho porque de otra forma se pueden dañar de modo grave situaciones dignas de protección jurídica, siendo la moral un concepto ético-filosófico esencial en la regulación de las relaciones sociales de las comunidades humanas. ÁLVAREZ LATA, N., 1998, p. 126, por su parte, califica los límites del art. 1255 como negativos, en el sentido de que son barreras y no objetivos a cumplir, lo que, en relación con la moral, apunta con acierto, implica que la pretensión no es que todos los contratos posean un determinado grado de moralidad sino, más bien, que no alcancen cotas de inmoralidad no permitida.

⁸³⁵ REVERTE NAVARRO, 1993, p. 260; CAPILLA RONCERO, F., 1995, p. 2834; GARRALDA VALCÁRCCEL, J., *RJN*, p. 174.

de orden público, aunque la conexión íntima con este último, que nos ocupará el siguiente epígrafe, es evidente⁸³⁶.

En nuestro Derecho nacional son numerosos los preceptos que incluyen una referencia a la moral o a las buenas costumbres⁸³⁷. Así, junto con el estu-

⁸³⁶ Son «dos figuras funcionalmente conexas», en palabras de JORDANO FRAGA, F., *RDM*, p. 686. Haciendo referencia a la vertiente moral del orden público, también ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 131. En la doctrina francesa, GUESTIN, J., 1993, p. 105; ESPIN CÁNOVAS, D., 1954, pp. 29 y ss; *ADC*, pp. 800 y ss.

Efectivamente, también la moral es límite a la autonomía de la voluntad en Francia, apareciendo recogida como tal en el art. 1133 Cc, precepto que completa al más general art. 6 del mismo texto legal. En el ordenamiento jurídico italiano, por su parte, si bien el art. 1322 Cc proclama la libertad de las partes para fijar el contenido del contrato dentro de los límites de la ley, el art. 1343 califica de ilícita aquella causa «*contraria a norme imperativa, all'ordine pubblico o al buon costume*». Así mismo, en el ordenamiento jurídico alemán, el § 138. I BGB declara nulos los contratos contrarios a las buenas costumbres («*gute Sitten*»), noción que englobaría tanto a la moral como al orden público (MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, p. 248) y que representa también un concepto jurídico indeterminado necesitado de concreción (MAYER-MALY, T., 2004, p. 1136; INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *InDret*, p. 8), quedando dicha concreción en manos de los jueces, conscientes, sin embargo, de los peligros que esto supone (MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, p. 248; ZIMMERMANN, R., 2008, p. 196). Haremos en un momento posterior referencia a la clasificación de supuestos en los que la doctrina ha agrupado las resoluciones de los tribunales que acuden al § 138 BGB para declarar la nulidad. Así, el objetivo principal de este parágrafo no es otro que evitar la formación de negocios jurídicos que son intolerables para la comunidad jurídica por apartarse de sus fundamentos éticos. Aunque, siguiendo a MAYER-MALY (2004, p. 1132), junto a este objetivo de eliminación («*Eliminationszweck*») se encuentra también un objetivo de disuasión («*Abschreckungszweck*»). Se trata el apartado primero de un precepto más general que el contenido en el § 138. II, dedicado, como ya señalamos en el epígrafe correspondiente, a la figura de la usura y en el que se detallan una serie de requisitos que restringen su aplicación, aunque teniendo el mismo fundamento (de hecho, las clasificaciones de la doctrina incluyen también los negocios usurarios como claro ejemplo de contrato contra *bonae fidei*). Como señala MARKESINIS (2006, p. 254), el ámbito de aplicación más acotado del segundo apartado del § 138 BGB ha incrementado los incentivos para buscar la nulidad alegando el primero, más general, si bien el hecho de que el legislador haya optado por no introducir un patrón de intercambio como único test de validez tiene que ser respetado por los tribunales. De ahí que, para la aplicación del § 138. I, la jurisprudencia exige, además de la prueba de una desventaja manifiesta, la presencia de ciertos factores invalidantes que siembren la duda acerca de la libertad con la que actuó el contratante. Sin embargo, en un gran número de casos este último requisito se ha suavizado mucho en comparación con el apartado referido a la usura: lo que ocurre en la práctica es que el requisito subjetivo del § 138. II reaparece diluido bajo la etiqueta de orden público del § 138. I BGB.

En el Derecho contractual europeo, intentando evitar la inestabilidad de los conceptos de inmoralidad, contrariedad a las normas imperativas, interés público, orden público y buenas costumbres, se hace referencia a una categoría amplia al regular los contratos ilegales. Así, en los PECL, el art. 15:101 niega los efectos a aquel contrato que sea contrario a los principios reconocidos como inderogables en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea mientras que en el DCFR, de forma similar, se dice que un contrato es nulo si infringe un principio reconocido como fundamental en las leyes de los Estados miembros (II. 7:301) (CASTRONOVO, C., 2005, 219-220; INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *InDret*, pp. 33 y ss.).

⁸³⁷ En la actualidad, la doctrina tiende a asimilar el concepto de «moral» con el de «buenas costumbres», importado este último del Código civil francés y que se mantuvo en el Proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851 (pp. 33-34), si bien luego fue sustituido por el de moral. Señalan la equivalencia de ambos conceptos DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, pp. 1036-1037; REVERTE NAVARRO, A., 1993, pp. 257-258; LÓPEZ Y LÓPEZ A. M., 2011, p. 601. Utilizándolo de forma indistinta, también GARCÍA AMIGO, M., 1965, p. 160; LACRUZ BERDEJO, J. L., 2007, p. 445; Díez-PICAZO, L., 2007, p. 156; LARENZ, K., 1994, p. 284; BERCO-

diado art. 1255, entre otros, el Código civil se refiere a la causa ilícita como aquella que se opone a las leyes o a la moral (art. 1275), prohíbe como objeto de un contrato servicios contrarios a las buenas costumbres (art. 1271)⁸³⁸ y el art. 1116 se centra en los efectos de las condiciones, entre otras, contrarias a las buenas costumbres⁸³⁹.

Sin embargo, el Código civil no proporciona una definición de lo que se puede entender como «moral» en cuanto a límite de la autonomía de la voluntad. Las aproximaciones a esta noción que se han dado en la doctrina son variadas⁸⁴⁰ a diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia que, como veremos,

VITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, p. 1479; HIDALGO GARCÍA, S., 2010, pp. 1369; ACEDO PENSO, A., *AFDUE*, p. 338.

⁸³⁸ Aunque hay un matiz diferenciador entre la función de la moral en ambos artículos: si en el art. 1255 se refiere a límite que afecta al contenido del contrato en el sentido de que lo que se declara inmoral es un pacto concreto del mismo, en el caso del 1275 la inmoralidad y, por tanto, ilicitud, afecta a la causa y, por ende, al contrato en su totalidad (lo mismo podría decirse si es el objeto del contrato el que se ve afectado de ilicitud). Al respecto, REVERTE NAVARRO, 1993, p. 261; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, pp. 144-145; Díez-PICAZO, L., 2007, p. 59; *ADC*, 1956, p. 1158. En todo caso, entendemos que, en función de la importancia del pacto concreto que trasgrede el límite de la moral del art. 1255 respecto del conjunto del negocio jurídico, así podría verse éste también afectado por la nulidad, no siendo así si es posible la eliminación del pacto por nulo sobreviviendo el resto del negocio jurídico (SANTOS BRIZ, J., 1992, p. 48; MIQUEL, J. M., 2011, p. 735).

Respecto a la moral del art. 1275 Cc, ver SSTS 19 de mayo de 1981 [RJ\1981\2081] y 1 de abril de 1982 [RJ\1982\1930].

⁸³⁹ De igual modo, en el Código de comercio se pueden encontrar abundantes referencias a la moral en la EM: respecto de la elección de la forma de los contratos, de los contratos celebrados en las Bolsas de Comercio, en cuanto a la cesión del seguro por el asegurador o el préstamo de fletes. No así en el texto en el mismo sentido que en el Código civil, lo cual no tiene mayor relevancia por ser esta última norma supletoria a aplicar. En cuanto al texto de la Propuesta de modernización del Derecho de obligaciones y contratos, podemos ver que mantiene las mismas referencias a la moral y buenas costumbres (dentro de las que aquí nos importan: como límite a la autonomía de la voluntad, en el art. 1237; en relación a la causa del contrato, art. 1238; condiciones contrarias a las buenas costumbres, art. 1112).

⁸⁴⁰ SCAEVOLA, tras poner de relieve la dificultad de su estudio dado que no está escrita a diferencia de la ley, señalaba que por moral cabe entender «el conjunto de principios dominantes en un pueblo y en una época determinados como reguladores de la conducta del individuo, ya consigo mismo, ya en orden a los demás. Ir contra esos principios, admitidos por el común sentir, por la conciencia general, es ir contra la moral [...] Tiene que ser así lo inmoral algo que rechace la opinión colectiva, con independencia de clase y estado, como contrario a la norma de la vida, ya individual, ya de relación» (1904, pp. 499-500). Para Reverte, son las «reglas según las cuales se juzgan las conductas y los comportamientos contractuales de una comunidad en un momento y lugar determinado; la valoración (positiva o negativamente) que se hace por la comunidad de acuerdo con sus creencias, principios e ideas» (pp. 256). Almagro, por su parte, se refiere a la moral desde «una óptica interpersonal», como «aquellos criterios que rigen la conducta humana por encima de las propias inclinaciones, no con fuerza de obligar, pero sí con la convicción de no ser reprochado socialmente, si se actúa de conformidad con ellos, dentro de una comunidad determinada. La valoración del reproche social dentro de una línea de flexibilidad que toma como referencia el criterio medio aceptable, opera con independencia de la voluntad del sujeto enjuiciado» (2000, p. 499), mientras que López y López, señala que «moral quiere indicar las convicciones éticas generalizadas de una sociedad, el conjunto de valores morales que dicha sociedad asumo como propios en un determinado tiempo y lugar» (2011, p. 601) y Llopis, entendía la moral como «el conjunto de reglas de comportamiento, en ocasiones fundadas en otro orden, que ordena a la

no ha recurrido de manera frecuente a la figura de moral y menos dando una definición de la misma⁸⁴¹.

En todo caso, las definiciones o descripciones de la moral que se suelen manejar tienen varios puntos en común que nos interesa destacar. En primer lugar, es manifiesto que no se trata en ningún caso de una moral entendida en sentido individual, esto es, de los valores o convicciones éticas de una persona concreta, sino interpretada desde una perspectiva social: solo pueden ser límite de la autonomía privada aquellas creencias aceptadas por la colectividad, por la sociedad, no estando permitido, por tanto, que el órgano juzgador se guíe por sus creencias particulares sobre lo que es o no moral⁸⁴². También es aceptado hoy día que, tras la promulgación de la Constitución de 1978 y el correspondiente aconfesionalismo del Estado (art. 16), la moral con trascendencia jurídica no se puede asimilar con una moral religiosa, por muy mayoritaria que sea⁸⁴³. Por otra parte, el carácter de límite abstracto y cambiante es intrínseco a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, lo que hace que sea relativo, referido a una comunidad y en un momento y lugar concretos⁸⁴⁴. De forma sintética, la STS de 19 de octubre de 1991 [ACV1992\186] afirmaba que «los límites de la moral y el orden público son conceptos jurídicos indeterminados, que como tales han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural».

Con estas características no es de extrañar que no haya sido un instrumento al que los tribunales hayan recurrido de forma abundante para limitar la autonomía privada pues un concepto tan impreciso conlleva una proporcional dificultad a la hora de aplicarlo a supuestos de hecho concretos. De ahí que tan solo cuando la vulneración a la moral ha sido flagrante es cuando se ha visto sancionada con la nulidad vía art. 1255 Cc⁸⁴⁵. Esto tiene su explicación. Algu-

persona en cuanto a su dimensión individual y social, y que procuran su perfeccionamiento» (1988, p. 628).

⁸⁴¹ La STS 22 de mayo de 1993 [RJ\1993\3724] señala que la moral, «concepto más amplio que el jurídico de ilicitud», «ha de relacionarse con conductas y disposiciones humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, probidad, recato, buenas costumbres o ciudadanía rectamente entendida y ordenadamente practicada que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social».

⁸⁴² ÁLVAREZ LATA, N., 1998, p. 166; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2005, p. 1479; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, pp. 142-143; HIDALGO GARCÍA, S., 2010, p. 1370; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., 2011, pp. 600-601.

⁸⁴³ ACEDO PENSO, A., *AFDUE*, p. 340; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 167-168; PASTOR VITA, F. J., *La Ley*, p. 1222; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, p. 141; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., 2011, p. 601.

⁸⁴⁴ ESPIN CÁNOVAS, D., 1954, p. 13; GARCÍA AMIGO, M., 1969, pp. 257-258; REVERTE NAVARRO, 1993, pp. 255; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 165-166; PASTOR VITA, F. J., *La Ley*, p. 1222; HIDALGO GARCÍA, S., 2010, p. 1369; LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., 2011, p. 601. Aunque Díez-Picazo, L., *ADC*, 1956, p. 1157, considera a la moral como el más preciso de los tres límites al ser el orden público y la ley fluctuantes.

⁸⁴⁵ ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 167-170; MIQUEL, J. M., 2002, p. 470; 2011, p. 735,

nos autores han advertido de los peligros de una desmesurada expansión de la moral como límite que, en la práctica, «podría llevar a la imposición de un credo moral, sin guardar el debido respeto a convicciones legítimas, aunque minoritarias» (López y López⁸⁴⁶). Álvarez Lata, por su parte, se plantea la utilidad real de la moral como límite de la autonomía privada —a la vista de la dificultad para definir el contenido de la moral social real y los escollos que presenta para el juez su aplicación—, concluyendo a favor de una restricción del papel de la moral que permitiera su empleo solo en aquellos ámbitos en los que existiera suficiente certeza en la determinación del concepto, «como efectivamente se viene haciendo por la jurisprudencia», matiza⁸⁴⁷.

¿Qué tipo de pactos o contratos han sido declarados nulos por la jurisprudencia por contravenir la moral?⁸⁴⁸ No representa una gran ayuda para calibrar

⁸⁴⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., 2011, p. 601.

⁸⁴⁷ ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 170-172. La autora señala como uno de los ámbitos en los que la moral podría desenvolverse como límite a la autonomía privada sería el de la moral profesional, puesto que aquí suele haber una cierta uniformidad en los usos de la profesión (precisamente, la vulneración de la ética profesional es una de las categorías de contratos contrarios a las buenas costumbres que la doctrina alemana ha hecho a partir de la jurisprudencia que aplica el § 138 BGB, tal y como veremos en el pie de página siguiente).

Aprovechando esta mención a las reglas profesionales, traemos a colación el llamado pacto de *quota litis*, pacto que tradicionalmente se ha considerado contrario a la ética del abogado, cargado de una cierta connotación inmoral, y cuya prohibición, de hecho, está incluida en el art. 3.3 del Código Deontológico de los Abogados de la Unión Europea. Declarando su inmoralidad, SSTS 12 de noviembre y 1956 y 10 de febrero de 1962. Sin embargo, la jurisprudencia española ha levantado esa prohibición declarando que tal pacto no constituye una vulneración de la ley, la moral o el orden público (STS 13 de mayo de 2004 [RJ2004\2739] y, argumentando en relación al Derecho de la competencia, STS 4 de noviembre de 2008 [RJ2009\338]). Vid. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., *AFD*, pp. 3 y ss.; ALONSO PÉREZ, M. T.; ALMAGRO MARTÍN, C., 2014, pp. 110-112.

⁸⁴⁸ Antes de ver algunos de los supuestos, nos parece de interés hacer referencia a la doctrina alemana y las diversas clasificaciones que ha hecho de los ámbitos en los que la jurisprudencia ha podido encontrar vulneraciones a las buenas costumbres en virtud del § 138 BGB que, como sabemos, engloba bajo el concepto «*gute Sitten*» a la moral y el orden público —por lo que hacemos extensivo lo aquí expuesto al régimen del orden público, a tratar en el siguiente epígrafe—. Siguiendo a MAYER-MALY (2004, pp. 1144 y ss.), los grupos de casos o criterios [que no tienen el carácter de supuestos de fronteras fijas y totalmente separadas (*ibidem*, p. 1143)] serían los vinculados con: i) La seguridad del orden establecido («*Die Absicherung anerkannter Ordnungen*»), dentro de los cuales nos interesa destacar la vulneración de la ética profesional. Como advierte el autor, el hecho de que exista un estatuto en una profesión no lo hace relevante para el §138. I directamente sino que debe tratarse del cumplimiento de deberes públicos (*ibidem*, p. 1145). Citando a HEINRICH, por el reconocimiento jurídico del estatuto de una profesión y la realización de las tareas de interés común puede una contravención a dicho código convertirse en una contravención a las buenas costumbres (HEINRICH, H., 2006, p. 136). En este grupo de casos cabe incluir también aquellos contratos contrarios a los principios de la moral sexual y del orden familiar; ii) La defensa contra las limitaciones a la libertad («*Die Abwehr von Freiheitsbeschränkungen*») pues, si bien es cierto que son un elemento inherente al compromiso que implican los negocios jurídicos, puede ser tan amplia esta limitación que cause una vulneración de las buenas costumbres. En esta categoría, reseñamos la libertad de decisión económica, dentro de la cual el autor engloba los supuestos de contratos en los que la capacidad de una de las partes para ejercitar libremente su voluntad en el negocio jurídico está reducida, en general, e identifica tipos de contratos, en particular, en los que puede haber problemas como los contratos de suministro de cerveza (con una necesaria limitación a 20 años para que no constituya el

el alcance de ésta como vía de control de contenido por sí misma hacer un repaso de los casos en los que los tribunales han concluido vulnerado este concepto⁸⁴⁹ en la medida en que, en muchos de ellos, se resuelve aplicando no estrictamente la moral como límite del 1255 Cc sino una norma ya positivizada que, si bien implícitamente contiene u originariamente tuvo su fundamento en la moral, hace que el límite a la autonomía privada siga residiendo en el art. 1255, pero a través del recurso a la Ley.

Este es el caso de la Ley de Usura de 1908, norma ya estudiada por nosotros en este trabajo. Los supuestos de hecho castigados con la nulidad por usurarios bien podrían acarrear la misma consecuencia por ser inmorales (recordemos que hablamos de intereses desproporcionados para las circunstancias, de aprovechamiento por parte del prestamista de situaciones angustiosas o de debilidad del prestatario, etc)⁸⁵⁰. Así lo pone de manifiesto la SAP Madrid de 12 de noviembre de 2012 [JUR\2013\25282] al identificar el control que se establece a través de la ley de represión de la usura con una plasmación de los controles generales o límites del art. 1255, particularizándose como una san-

largo período una contravención a las buenas costumbres), de energía o de instalación de máquinas automáticas. Este elemento –el control de las limitaciones a la libertad– frecuentemente aparecerá vinculado a los tres siguientes a la hora de declarar la nulidad de un contrato (MAYER-MALY, T., 2004, p. 1153); iii) La defensa contra los abusos de superioridad («Die Abwehr der Ausnutzung von Übermacht»). A pesar del principio de la autonomía de la voluntad que rige el derecho de contratos y de que como mejor funcione éste sea con un equilibrio de fuerzas entre los contratantes, hay que contar con que a menudo una de las partes ostenta una posición considerablemente más fuerte que la otra. Abusar de esta hegemonía puede ir contra las buenas costumbres (*ibidem*, p. 1158). El autor hace referencia, además de a supuestos en los que una de las partes tiene una posición privilegiada (arrendador, empleador, prestador, entre otros), a los casos de monopolio; iv) Defensa contra daños de terceros («Die Abwehr der Schädigung Dritter»); v) Defensa contra desequilibrios graves («Die Abwehr von schweren Äquivalenzstörungen»), teniendo en cuenta que no todo desequilibrio es susceptible de ser contrario a las buenas costumbres, sino solo aquel que sea grave. Además, para alcanzar la nulidad debe haber otros factores adicionales, bien aquellas circunstancias de las que habla el § 138. II (usura), bien un elemento subjetivo –especialmente una actitud reprochable– que tenga relevancia a los efectos del § 138. I (*ibidem*, p. 1167); vi) Defensa contra la comercialización reprochable («Mißbilligte Kommerzialisierung»), es decir, aquellos casos en los que la aceptación de una remuneración puede hacer a un negocio jurídico contrario a las buenas costumbres si la comercialización es reprobada en ese ámbito de la vida. Otros autores, por su parte, han realizado diversas clasificaciones aunque, en general, con unas u otras categorías, los grupos de supuestos vienen a ser similares. Así, en el caso de HEINRICHS, H., 2006, pp. 129 y ss., la clasificación más general parte de diferenciar entre aquellas conductas ilegítimas hacia la otra parte contratante y las contrarias hacia la comunidad o terceros. También, DÖRNER, H., 2005, pp. 94 y ss. En inglés, siguiendo esta última clasificación, MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, pp. 254 y ss. Una breve reseña en español a la sistematización de los contratos inmorales en aplicación del § 138 BGB, INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., *Indret*, pp. 10-11.

⁸⁴⁹ No incluimos en las resoluciones citadas los casos vinculados con la moral sexual, matrimonial, familiar, etc.

⁸⁵⁰ DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, pp. 1036-1037; SANTOS BRIZ, J., 1992, p. 47; HIDALGO GARCÍA, S., 2010, p. 1369. Acerca de la Ley de Usura en el Derecho alemán, también nos remitimos a lo expuesto en el epígrafe correspondiente acerca del § 138. II BGB, ver nota a pie núm. 269.

ción a un abuso inmoral especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación.

También es el caso de la exoneración de responsabilidad y el art. 1102 Cc, como ya puso de manifiesto García Goyena respecto del artículo homólogo en el Proyecto, el 1012, señalando que el pacto es contrario a las buenas costumbres⁸⁵¹. Ripert, por su parte, incluía los acuerdos que suprimen la responsabilidad penal o civil dentro de los inmorales, siendo contrarios a las buenas costumbres por permitir trasgredir la regla moral sin incurrir en la sanción legal asociada a esta infracción. En lo concerniente a la responsabilidad civil y en el caso de las cláusulas de exoneración por dolo o falta grave equivalente declaradas nulas por la jurisprudencia, veía el autor el respeto a la regla moral, entendiendo que la libertad contractual se acaba cuando se intenta escapar a la observancia del deber de no dañar al otro⁸⁵². Ha estudiado la relación de estas cláusulas con la moral García Amigo, que pone de manifiesto que las cláusulas de irresponsabilidad facilitan la negligencia del deudor y evidencia, en particular, el innegable carácter inmoral de aquellas que limitan la responsabilidad del transportista en el caso de daños causados a las personas⁸⁵³.

Pastor Vita, en relación con la cláusula contractual en virtud de la cual el adherente responderá de los vicios de la cosa vendida o de la exactitud de las informaciones suministras a la otra parte con independencia de que ésta tenga

⁸⁵¹ GARCÍA GOYENA, F., 1852, pp. 48-49.

⁸⁵² RIPERT, G., 1948, pp. 53 y ss.

⁸⁵³ GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 37-38, 160-164, 201-203. Asimismo, *vid.* ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 149-153.

El Tribunal Supremo, en su conocida sentencia de 4 de julio de 1953, y conociendo de un accidente ferroviario que tiene como consecuencia las lesiones y fallecimiento de una madre y su hija, respectivamente, entiendo que la exención de responsabilidad que rezaba en el anverso del billete es contraria al art. 1255 Cc. El texto de la cláusula era el siguiente: «Este billete está concedido bajo la expresa condición de que la RENFE no responde de ninguna clase de perjuicios que puedan ocasionarse al portador del mismo y demás personas en él comprendidas». Si bien la renuncia de responsabilidad es viable en materia penal después de cometido el delito, no lo es realizada con anterioridad a la posible comisión delictiva, lo que sería tanto como admitir una vulneración grave de los principios morales. También relacionado con la exoneración de responsabilidad, la STS 13 de mayo de 1983 [RJ\1983\2687] recurre a la moral para interpretar una cláusula del seguro de ocupantes de automóviles. A juicio del órgano jurisdiccional, no es aceptable eliminar la tutela contra los daños a las personas menores de 16 años y mayores de 70, personas lisiadas, imposibilitadas, paralíticas, ciegas, etc., teniendo que entenderse la cláusula del ámbito subjetivo como limitación para contratar un seguro pero no para ser protegidos como personas transportadas, «ya que entenderlo de otra suerte estaría reñido con básicos postulados de moral ante los que se detiene la autonomía de la voluntad negocial (art. 1255 del Código civil)». Por otra parte, varias son las sentencias que se han pronunciado a favor de la improcedencia de indemnización en el caso de accidentes de tráfico por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas: partiendo del principio de la «no asegurabilidad del dolo», el riesgo anormal producido queda incurso en la inmoralidad proscrita por el art. 1255 Cc, quedando excluidos de la cobertura los daños personales o materiales causados intencionalmente cuando existe sentencia penal condenando al conductor del vehículo como autor del delito (SSAP Islas Baleares de 18 de marzo de 2005 [JUR\2005\115505] y 14 de julio de 2006 [JUR\2006\252711]).

o no conocimiento de los mismos, califica, no solo de contraria a la buena fe sino de inmoral –y, por tanto, prohibida por el art. 1255 Cc– la conducta según la cual «el predisponente conocía el vicio y no lo comunicó al adherente para poder, de este modo, justificar una posible y ulterior resolución contractual»⁸⁵⁴.

Se ha visto igualmente fundamento moral en las limitaciones al acreedor de los arts. 1859 y 1883, respecto de los contratos de prenda, hipoteca y anticresis y en algunos de los supuestos de la lista de cláusulas abusivas contenida en el TRLC⁸⁵⁵. Uno de ellos es el recogido en el art. 86.2 y ya citado, relacionado con la exclusión o limitación de responsabilidad, en este caso por los daños, muerte o lesiones causadas al consumidor por una acción u omisión del empresario en el cumplimiento del contrato (*vid.* STS 4 de julio de 1953, ya citada). Asimismo se considera inmoral la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión a él no imputables (art. 89.2) y la imposición al consumidor de bienes o servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.4). Esto implicaría la posibilidad de declarar nulas este tipo de cláusulas aún insertas en contratos entre empresarios⁸⁵⁶.

¿Qué ocurre en el ámbito de las condiciones generales de la contratación? ¿Puede ser la moral del art. 1255 Cc un límite efectivo, en especial para los abusos que sufren los adherentes? Como apunte previo, un ejemplo de supuesto en el que situaciones de imposición de cláusulas se controlaron mediante la noción de buenas costumbres es el de la jurisprudencia alemana de finales del siglo XIX y principios del XX respecto de cláusulas impuestas por empresas en un claro abuso de posición de dominio: en un primer momento los jueces hicieron del parágrafo 138 I BGB un instrumento de control de contenido aunque enmarcado siempre en situaciones de monopolio, lo que dejaba fuera muchos supuestos en los que también podían darse imposiciones abusivas y llevó a los jueces a cambiar su razonamiento a favor de la utilización de otro criterio como era la buena fe contenida en el parágrafo 242 BGB⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ PASTOR VITA, F. J., *La Ley*, p. 1221, aunque claramente este comportamiento podría calificarse también de contrario a la buena fe.

⁸⁵⁵ MIQUEL, J. M., 2002, pp. 460-461; VICENT CHULIÁ, F., 2004, p. 62.

⁸⁵⁶ Por el contrario, no se entiende que una cláusula penal inserta en un contrato de explotación de máquinas recreativas y en virtud de la cual, ante un incumplimiento contractual, la empresa arrendadora obtendría la ganancia que iba a percibir en el caso de explotación de la máquina, sea un pacto inmoral o antisocial (SAP Palencia de 7 de marzo de 2001 [AC2001\808]).

⁸⁵⁷ Nos remitimos aquí al pie de página núm. 847, en el que se hace referencia a los supuestos en los que la jurisprudencia ha podido considerar contrarios a las buenas costumbres. Además, explicado al hilo del análisis de la moral como límite a la autonomía privada por ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 185 y ss. Optando por la figura del orden público económico como preferible a las buenas costumbres en este supuesto, GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 163-164.

La vinculación tan estrecha que existe entre moral y contratos mediante condiciones generales la expone Miquel. Citando a Kant y su máxima «actúa de tal modo que la norma de tu conducta pueda valer también como el principio de una ley general», plantea la idea de que los contratos de adhesión pueden no cumplir con este mandato de la moral, entendida en sentido propio. Así, esta formulación kantiana llevada al terreno de los contratos predispuestos, es la que realmente subyace en el control material de los mismos e implicaría que el predisponente tiene vedada la configuración del contenido del contrato siguiendo exclusivamente sus intereses y obviando los del adherente, pues si las cláusulas se desvían de las reglas de la que puede considerarse ley general solo en beneficio del que las predispone, parece que en principio no cumplen con un precepto básico de la ley moral⁸⁵⁸.

Santos Briz, por su parte, le otorga a la moral bastante peso en el control de contenido, señalando que este límite del art. 1255 «facilita a los Tribunales un abierto control de las condiciones generales»⁸⁵⁹. También Pastor Vita encuentra una conexión entre las cláusulas predispuestas y una posible vulneración de la moral, en el sentido de que valores constitucionales como los de igualdad, dignidad y libre desarrollo de la personalidad pueden verse quebrantados si un sujeto impone su voluntad unilateral, aunque el autor matiza que debe tratarse de un contenido abusivo para que los tribunales puedan tacharlo de inmoral pues las condiciones generales no son inmorales en sí mismas⁸⁶⁰.

En este sentido, es cierto que los contratos predispuestos no tienen por qué contravenir, en sí mismos, la moral. Si el predisponente, como apuntaba Mi-

⁸⁵⁸ MIQUEL, J. M., 2002, pp. 468-469. A tal efecto resulta interesante traer a colación la STS 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823] que tiene por objeto una cláusula de desistimiento unilateral en un contrato de agencia (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *CCJC*, pp. 3657-3663). Se trata de un contrato de adhesión, lo que resalta en especial en su argumentación el Tribunal. La cláusula según la cual el contrato «puede ser rescindido por cualquiera de las partes sin alegar causa alguna, avisando a la otra por carta certificada con un mes de antelación por lo menos a la fecha en que haya de tener efecto la anulación», sería inválida si es injusta por perseguir el predisponente sus intereses a costa de la otra parte, «lo que ocurre con la cláusula de rescisión sin expresión de la causa, que puede ocultar lo contrario a la moral que ordena preservar el art. 1255 del Código civil, como es, entre otras, la consecuencia de rescindir el contrato sin previa liquidación de las operaciones negociales pendientes». Esta facultad que había introducido en el contrato de adhesión el predisponente –de forma aparentemente equilibrada pues se reconocía la misma a ambas partes– permitía privar a los agentes de ciertos derechos reconocidos por la Ley, como era el de percibir una fracción de las comisiones si, a la extinción del contrato, el agente llevara al menos tres años vinculado con la entidad aseguradora. Ésta, desiste poco antes de dicho plazo, burlando el derecho reconocido al agente e introduciendo así un desequilibrio injustificado y contrario a la moral. De ahí que la única interpretación que cabe es no admitir el desistimiento sino cuando exista causa suficiente, sea momento adecuado y se guarden los principios de moralidad y buena fe, dejando debidamente liquidado el contrato a satisfacción de ambos contratantes.

⁸⁵⁹ SANTOS BRIZ, J., 1992, p. 51. Respecto de pactos concretos que podrían ser declarados contrarios a la moral, pp. 47-48.

⁸⁶⁰ PASTOR VITA, F. J., *La Ley*, p. 1222.

quel, se guía en su determinación unilateral del clausulado del contrato por la idea del imperativo categórico kantiano de actuar de tal modo que esa conducta particular pueda ser ley universal, no existiría contravención a la moral en sentido propio por el mero hecho de que estemos ante un contrato de adhesión. En el caso de que el predisponente se desvíe de esas reglas que pueden considerarse universalizables es cuando la validez del contenido es cuestionable. El problema es que esta situación es la frecuente. Por otra parte, ¿cuándo se puede considerar que la desviación es tal que es susceptible de ser punida por contraria a la moral, en el sentido de nuestro art. 1255 Cc? La realidad es que la considerable dificultad de concretar qué es moral y qué inmoral (cuándo se ha separado «demasiado» el predisponente respecto de esas reglas universalizables) resta utilidad al concepto como mecanismo de control. En el sentido de límite genérico cumple un papel fundamental a modo de coto a la autonomía privada complementario al Derecho positivizado, pero no resulta «eficaz» a la hora de su aplicación, que es precisamente lo primordial si pretendemos encontrar una figura que funcione como control de contenido general en los contratos predispuestos. Qué cláusulas pueden ser tachadas de inmorales y cuáles no puede ser una valoración debatible en muchos ámbitos. Como dice Larenz respecto de la moral dominante, «las concepciones acerca de lo que está moralmente permitido, o de lo que ya no lo está, son hoy, en muchos sectores, ampliamente discrepantes»⁸⁶¹. Queda, pues, en manos de los tribunales identificar esa moral dominante y sus implicaciones en el supuesto concreto, con lo que solo van a recurrir a la moral como límite cuando el contenido de la cláusula puesta en cuestión suponga un evidente atentado contra la misma, situaciones que, además, por manifiestas, posiblemente coincidan con normas ya positivizadas en el ordenamiento jurídico. Parece, pues, que el papel de la moral como control general de extralimitaciones del predisponente es limitado y que, salvo en determinados ámbitos en los que el contenido de «lo moral» es indiscutible, hay otros conceptos, también indeterminados pero que aportan más seguridad jurídica, a favor de los que optar como mecanismos de control⁸⁶². Para empezar, y aunque igualmente con sus limitaciones, el orden público.

⁸⁶¹ LARENZ, K., 1994, p. 284. Ponemos esto en relación con las opiniones en el mismo sentido de ÁLVAREZ LATA.

⁸⁶² No es de extrañar, pues, que GARCÍA AMIGO se expresara en los siguientes términos: «En nuestra opinión, es evidente que las buenas costumbres, o si se quiere la moral, ponen un límite insalvable a la autonomía contractual y, por tanto, a la validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad. Pero la impresión y elasticidad del concepto pone en manos del juez un poder en cierto modo discrecional, a que será él quien aprecie la moralidad social, poniendo en peligro la validez del *pacta sunt servanda*. Ciertamente que cuando no haya otro recurso para eliminar las convenciones de no responsabilidad injustas debe recurrirse a éste, pero entendemos que cuando haya otro medio práctico para evitar la injusticias no debe

III. EL ARTÍCULO 1255 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD: EL ORDEN PÚBLICO. EL ORDEN PÚBLICO ECONÓMICO

Lo expuesto en relación con la ley imperativa y la moral en cuanto a límites de la autonomía de la voluntad se podría repetir en este apartado, en especial lo referente a la moral, por tener muchos aspectos en común con el orden público, como ya adelantamos⁸⁶³. El carácter relativamente abstracto y variable que comparten ambas figuras les permite ser complemento adecuado de la ley positivizada, con un cariz más permanente. De este modo, la jurisprudencia y la doctrina señalan a la moral y al orden público como conceptos jurídicos indeterminados. «Y como tales», recordando lo dicho por la STS 19 de octubre de 1991 [RJ\1991\7452]⁸⁶⁴, «han de ser aplicados de acuerdo con el total ordenamiento jurídico y vivencia socio-cultural», afirmación de la que se desprende otra característica, su carácter relativo⁸⁶⁵. En esta imprecisión reside una virtud del concepto de orden público –su flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad–⁸⁶⁶. Pero también su «talón de Aquiles» para el propósito que nos ocupa pues es poco operativo configurar un control de contenido de condiciones generales sobre un elemento de no fácil definición. No obstante, como tendremos ocasión de ver, presenta unos matices diferenciadores respecto de la moral que, dentro de su abstracción, a nuestro juicio lo acercan a las peculiaridades que presenta la relación entre la autonomía de la voluntad y los contratos predispuestos.

En el Código civil se encuentran varias menciones al orden público pero solo tres representan su vertiente de límite a la autonomía privada. Se trata de los arts. 6.2, 594 y el en estas líneas analizado 1255, en los que la exclusión

recurrirse a este último» (1965, pp. 162-163). También para ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 188-189, la moral es excesivamente estrecha para determinar cuándo una cláusula es abusiva y no es suficiente para combatirlas.

⁸⁶³ Recordamos que el § 138. I BGB, cuando hace alusión al concepto de «*gute Sitten*» se refiere tanto a la moral como al orden público, siendo de utilidad, por tanto, todo lo dicho al respecto en el apartado de la moral.

⁸⁶⁴ En el mismo sentido, STS 2 de noviembre de 1990 [RJ\1990\8456].

⁸⁶⁵ Como señala Díez-PICAZO, L., *ADC*, 1956, p. 1157, determinar cuándo una materia es de orden público y, por tanto, excluida del ámbito de la autonomía privada no puede hacerse nunca *a priori* y dependerá en cada caso de la idea política vigente en el momento. Señalan también la indeterminación del concepto, ESPIN CÁNOVAS, D., 1954, p. 13; *ADC*, p. 817; DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, pp. 1023 y ss., 1029; REVERTE NAVARRO, 1993, p. 269; ACEDO PENSO, A., *AFDUE*, pp. 325, 346 y ss.; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 173 y ss.; ALMAGRO NOSETTE, J., 2000, pp. 499-500; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 189; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, p. 145.

⁸⁶⁶ Como apunta GORDILLO, estamos ante un «concepto válvula», a modo de órgano respiratorio del sistema positivo ya que su utilidad radica justamente en su indeterminación (1995, p. 4635).

voluntaria de la ley aplicable y la renuncia de derechos en ella reconocidos, el establecimiento de servidumbres por el propietario y los pactos y acuerdos de los contratantes en general, topan con esta figura a modo de barrera⁸⁶⁷.

Posiblemente la dificultad de aprehensión de la noción de orden público⁸⁶⁸ tenga que ver en parte con su abundante utilización en múltiples sentidos, empleo abusivo o innecesario del que advirtió De Castro, «como adjetivación retórica, para dar énfasis a alguna consecuencia implícita del carácter imperativo de una norma», aconsejando dejar a un lado este sentido laxo del término y centrarse en su valor de término técnico. Por otra parte, por su vinculación con diferentes vertientes, como se desprende de la definición del Tribunal Supremo de orden público nacional en las conocidas sentencias de 5 de abril de 1966 y de 31 de diciembre de 1979 [RJ\1979\4499], como aquel «integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada».

Aunque las definiciones de orden público que ha intentado la doctrina son diversas sí que parece haber un común denominador entre ellas que nos interesa resaltar: se trata de valores básicos de una importancia tal que son

⁸⁶⁷ Las otras menciones al orden público en el Código civil se refieren a la costumbre como fuente del Derecho, que no puede ser contraria a la moral o al orden público (art. 1.3); a la concesión otorgada por el Ministerio de Justicia de la nacionalidad española por residencia (art. 21); a la imposibilidad de aplicación de la ley extranjera, en general, cuando resulte contraria al orden público (art. 12.3); la imposibilidad de aplicar leyes extranjeras que, en materia de separación y divorcio, lo reconozcan de forma contraria al orden público (art. 107.2).

También en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje está presente el orden público como límite (art. 41.1.f) pero, en este caso, de la actuación arbitral y referido a lo que sería un orden público procesal, tal y como explica la TSJ País Vasco de 15 abril de 2013 [RJ\2013\4807]. Dicho precepto ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que se han valorado para anular o no laudos en relación con el orden público motivos tales como la falta de imparcialidad de los árbitros (SAP Madrid de 29 de julio de 2005 [JUR\2005\210775]); un laudo basado en cláusula arbitral abusiva inserta en un contrato de adhesión suscrito por el usuario que impone el sometimiento a un arbitraje (SAP Barcelona de 13 diciembre de 2005 [AC\2006\1943]); la vulneración o no del principio de igualdad de las partes (SAP Madrid de 25 enero de 2007 [JUR 2007\177406]); la idoneidad del árbitro (SAP Las Palmas de 23 marzo de 2009 [JUR\2009\248636]); o la motivación del laudo (STSJ Galicia de 10 mayo de 2013 [RJ\2013\4815]).

⁸⁶⁸ En el ordenamiento jurídico francés es conocida la obra de MALAURIE, P., 1953, quien ponía de relieve el gran número de definiciones que existen acerca del orden público (pp. 4 y ss.; *appendice*). Intentando dar una definición general y unitaria del orden público, «que es uno en su definición, múltiple en sus aplicaciones» (p. 71), el orden público del Derecho civil sería el buen funcionamiento de las instituciones civiles, definiéndose por los rasgos específicos de la institución en la que se ejerce (p. 70). Recordamos que los arts. 6 y 1133 del Código civil francés son los que regulan los contratos contrarios a la moral y al orden público.

En cuanto al ordenamiento jurídico alemán, nos remitimos a lo expuesto en el apartado de la moral respecto al concepto de «*gute Sitten*» del parágrafo 138 BGB, que dispone la nulidad para los contratos contrarios al orden público o las buenas costumbres y que se ha utilizado para proteger a la parte estructuralmente más débil.

inalterables por la voluntad privada⁸⁶⁹. Teniendo en cuenta esto, son muchos los interrogantes que se han planteado respecto de la noción de orden público, como, por ejemplo, su relación con la ley imperativa o su vinculación con las normas constitucionales. En cuanto a lo primero, se trata de una cuestión ampliamente desarrollada por la doctrina, como no podía ser de otra forma a la vista de las aproximaciones al concepto y la nota común a todas ellas anteriormente comentada (la indisponibilidad para los particulares). Sin ánimo de profundizar en la materia, en detrimento de la postura que sostiene la igualdad entre ambos límites, parece que lo más adecuado es diferenciar ley imperativa y orden público, por más que se asocie «norma inderogable por pacto» con «norma imperativa»⁸⁷⁰.

En cuanto a la vinculación del orden público con las normas constitucionales, algunos autores han querido configurar «orden público» como «orden constitucional», entendiendo que el valor de supremacía del primero viene dado por su identificación con el contenido de la norma suprema⁸⁷¹. Sin em-

⁸⁶⁹ Como apuntaba MALAURIE, P., 1953, p. 67, si bien todo lo que es imperativo no es de orden público, sí que todo lo que es de orden público es imperativo. En cuanto a aproximaciones al concepto, para Díez-PICAZO (*ADC*, 1956, p. 1159) una materia es de orden público cuando «está tan íntimamente enraizada en los principios fundamentales de la organización de la comunidad que su régimen jurídico no puede ser modificado por los particulares». JORDANO FRAGA (*RDM*, p. 658) se refiere a esta figura como el «conjunto de directrices fundamentales emergentes del ordenamiento, directrices que responden a exigencias y necesidades colectivas y que, por tanto, no pueden ser alteradas (menoscabadas) por los particulares». DE CASTRO, F., *ADC*, 1982, pp. 1030-1031, 1034), por su parte, entendió que el orden público lo conforman aquellos principios o directivas que en cada momento informan las instituciones jurídicas, resaltando el carácter técnico del concepto, como una figura, a diferencia de la moral y las buenas costumbres —referidas al sentir del pueblo y apoyadas en la realidad social—, creada por los juristas y que responden al propósito de atender al buen orden del sistema jurídico, al ajuste entre las normas positivas y extrapositivas en el ordenamiento jurídico. En este sentido, utiliza el término orden público para referirse a las normas «que alcanzan valor preferente respecto de otras, también imperativas, del mismo ordenamiento». Entre otros, *vide* también REVERTE NAVARRO, 1993, p. 265; ALMAGRO NOSETE, J., 2000, pp. 499-500; ÁLVAREZ LATA, N., 1998, pp. 121-122.

⁸⁷⁰ Como apunta Díez-PICAZO, además de que supondría reducir de tres a dos límites los del art. 1255 Cc —cuando el legislador ha querido expresamente diferenciar entre ley y orden público—, desde el punto de vista conceptual no sería tampoco posible la identificación pues pueden existir leyes imperativas que no afecten al orden público y actos contrarios al orden público sin una norma imperativa positivizada que los prohíba (Díez-PICAZO, L., *ADC*, 1956, pp. 1158-1159; 2007, p. 54). En el mismo sentido, STS 7 de julio de 2006 [RJ\2006\4715] y, en cuanto a doctrina, GULLÓN BALLESTEROS, A., 1991, p. 35; GORDILLO CAÑAS, A., 1995, p. 4635; ACEDO PENSO, A., *AFDUE*, p. 336; BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., 2002, p. 292; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, p. 1479; ATAZ LÓPEZ, J., 2009, p. 146. Retomando las palabras de DE CASTRO, las normas contenidas en el concepto de orden público tienen ese «valor preferente» respecto de otras normas, también imperativas, lo que establece de por sí una diferencia. ÁLVAREZ LATA, N. (1998, pp. 122 y ss., 176 y ss.), se apoya en el art. 6.2 Cc para apostar por un concepto de orden público omnicompreensivo, integrador de todo lo indisponible por los particulares, incluida también la ley imperativa, aunque no exclusivamente. Por su parte, GUESTIN, J., 1993, pp. 91-93, respecto del encaje del orden público en el ordenamiento jurídico francés, concluye que el orden público y ley imperativa no se confunden porque el primero tiene otras fuentes además de la ley.

⁸⁷¹ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., 2002, p. 296, señala que el hecho de que el concepto de orden público venga acompañado del de la ley, limitando ambos la autonomía privada, y dado que el orden consti-

bargo, y a pesar de que, obviamente, el contenido del orden público tiene que estar en consonancia con la Constitución, no se limita a sus principios, sino que es «un concepto polivalente, jurídicamente indeterminado y flexible, que por su propia naturaleza se acomoda a las más variadas situaciones de la vida pública. En consecuencia, puede hablarse de un orden público económico, social, político, urbanístico, civil, sanitario, internacional, general, local, etc., con apelación en cada caso a los intereses comprendidos en dichas expresiones» (STC 5 de diciembre de 1984 [STC 117/1984])⁸⁷².

El interrogante que puede plantear esta variedad de supuestos acerca de si existe o no un único concepto de orden público queda resuelto si entendemos que la noción de orden público es una, no obstante sus distintas manifestaciones que, en todo caso, comparten una serie de características comunes entre sí tales como ser un concepto jurídico indeterminado y cumplir una función protectora de ciertas reglas y principios⁸⁷³. En todo caso, una de esas

tucional es el único que puede anteponerse a la propia ley, la noción que nos ocupa no puede referirse a otra cosa distinta que al propio orden constitucional. También estableciendo una cierta equiparación, aunque como señala expresamente, sin llegar a la absoluta identificación entre orden público y Constitución, ACEDO PENSO, A., *AFDUE*, pp. 359-360: la noción de orden público estaría formada por aquellas disposiciones constitucionales que defienden la dignidad de la persona y los derechos fundamentales de ésta, así como por los principios básicos que se extraen de la Constitución y la jurisprudencia que los aplica.

⁸⁷² ATAZ LÓPEZ, J., 2009, pp. 146-147. Así lo dispone también el TS en la sentencia de 30 de mayo de 2007 [RJ\2007\3608], donde estima como contraria al orden público la falsa celebración de la Junta Universal de una sociedad—declarando nulo el acuerdo correspondiente— puesto que, si bien reconoce que se trata de un concepto de contornos imprecisos, resulta indudable que no cabe limitar su alcance a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente. Alude el órgano jurisdiccional a un «orden público societario», que se vería afectado por la actuación objeto del litigio, que «ataca a los más elementales principios de la vida social». En el ordenamiento jurídico alemán la doctrina entiende asimismo que, aunque se trata de un concepto inevitablemente vinculado con la Constitución, es erróneo restringir el concepto de orden público al impacto de los derechos humanos en la esfera del derecho privado (MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., 2006, pp. 248, 253).

⁸⁷³ SÁINZ MORENO, F., *REDA*, pp. 602 y ss.

Siguiendo con los pronunciamientos jurisprudenciales acerca del orden público y la diversidad de vertientes que abarca, se ha encontrado contrario a esta figura un contrato de cesión de negocio celebrado a perpetuidad, por ser «opuesto a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la libertad del deudor contraria al orden público» (STS 26 de octubre de 1998 [RJ\1998\8237]); al hilo de un contrato de arrendamiento de local, vincula la AP de Madrid—desde el punto de vista procesal— la reducción de oficio de una pena manifiestamente excesiva con el orden público (sentencia de 19 de enero de 2002 [JUR\2002\72789]); en la sentencia del mismo órgano jurisdiccional de 31 de marzo de 2005 ([AC\2005\391]), se incluye dentro del orden público económico las obligaciones de transparencia patrimonial y contable, lo que ocurre también en la SAP Santa Cruz de Tenerife, de 25 de octubre de 2012 [JUR\2013\223910], que apunta que el empresario mercantil se ve obligado por determinados deberes de contabilidad sujetos a ciertos requisitos formales dirigidos a potenciar técnicamente el fiel reflejo contable de la situación de las partes y que no pueden ser soslayados por estar configurados dentro del orden público económico. También en el ámbito de los derechos reales se manifiesta el orden público como límite, a juicio de la SAP Málaga de 17 de abril de 2013 ([JUR\2013\224600]). Por el contrario, no se ha considerado materia de orden público el cumplimiento o incumplimiento de la *traditio* (titularidad discutida en una tercera de dominio, STS 30 de diciembre de 1993 [RJ\1993\9908]); la acreditación de la exigencia de *quorum* legal para la adopción de un acuerdo de responsabilidad del administrador de una sociedad,

manifestaciones del orden público citada en la anterior sentencia del Tribunal Constitucional, se ha venido en llamar orden público económico y, por sus características, es precisamente la vertiente que más nos interesa del orden público en Derecho de contratos, en general y, como pieza del control de contenido de las condiciones generales de la contratación, en particular.

1. El orden público económico

La doctrina francesa ha distinguido tradicionalmente del que denomina «*ordre public politique et moral*» el «*ordre public économique et social*»⁸⁷⁴, concepto que es más reciente y que, a diferencia del primero, considerado el orden público «clásico» y al que se le asocian efectos negativos como límite a la autonomía privada en su finalidad de hacer respetar los principios esencialmente políticos y morales, se aplica al intercambio de bienes y de servicios en él mismo considerado en lugar de tenerlo en cuenta solo en lo que sus consecuencias respecto de instituciones tales como la función pública o la familia se refiere⁸⁷⁵. A su vez, la doctrina ha dividido la vertiente económica del orden público en «*ordre public économique de direction*» y «*ordre public économique de protection*», estando vinculado el primero con la intervención del Estado en las actividades económicas para hacer proteger las reglas de interés general mientras que el orden público de protección tiene como objetivo, por el contrario, asegurar la protección de intereses particulares de determinados sectores o contratantes necesitados de tutela. Dentro de estos supuestos, entre otros, se sitúan los contratos de adhesión y, en concreto, la protección a los consumidores ante la evidente insuficiencia del Derecho común de los contratos⁸⁷⁶.

STS 11 de abril de 2003 [RJ\2003\3269]); la renuncia al ejercicio de las facultades que la titularidad sobre una marca otorga, cedido su uso, STS 7 de julio de 2006 [RJ\2006\4715]. Por otro lado, la AP de Navarra no ve afectado el orden público por una cláusula en un contrato de arrendamiento en virtud de la cual el arrendatario renuncia expresamente a los derechos que el art. 6 de la LAU de 1964 le concede, salvo en lo relativo a la prórroga forzosa, pactando que el contrato se regirá por las estipulaciones de las partes y, subsidiariamente, por lo dispuesto en el Código civil, a las cuales libremente las partes se acogen (SAP Navarra, de 1 de marzo de 1993 [AC\1993\325]). En este caso, más que el orden público del art. 1255 Cc, parece que se trata del supuesto de renuncia de derechos (en el mismo sentido, STSJ Navarra de 15 de mayo de 2006 [RJ\2006\4498]).

⁸⁷⁴ RIPERT, G., 1948, p. 257, señaló que, debido a la evolución de las relaciones económicas y el papel del Estado en ellas, hay, de forma paralela a la organización política del Estado, una organización económica, del mismo modo obligatoria y a la que denomina «orden público económico».

⁸⁷⁵ GUESTIN, J., 1993, pp. 100, 107. De forma desarrollada, acerca del orden público político y moral (pp. 100-107) y del orden público económico y social (107-123).

⁸⁷⁶ *Ibidem*, pp. 109 y ss. También JULIEN, J., 2012, p. 119.

En España, la noción de orden público económico es introducida en la legislación con la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia (actualmente derogada). Según la EM, partiendo del «concepto tradicional del orden público» que «como idea que constituye jurídicamente una cláusula de salvaguardia con eficacia en el campo civil, en el penal y en el administrativo, es por su propia naturaleza un concepto en blanco que la legislación va en cada momento concretando», con la referida ley se delimita uno de sus aspectos más importantes, «adjetivándolo dentro de un sistema administrativo de economía libre y configurando así un orden público económico». Como continúa el legislador, la consecuencia inmediata de que el principio de libre competencia sea una manifestación del orden público económico es la nulidad absoluta de las prácticas restrictivas que contempla la norma y que atentan contra este principio.

La jurisprudencia recoge este concepto, ejemplo de lo cual es la STS cercana en el tiempo a la publicación de la norma, de 31 de diciembre de 1979 [RJ1979\4499], que habla de «la posibilidad de construir un esquema del orden público llevado a la esfera de la economía, defendiendo la libre iniciativa sobre la base de limitaciones impuestas a la autonomía privada y protegiendo la libertad de actuación frente a las hegemonías monopolísticas»⁸⁷⁷. Sin perjuicio de otros ejemplos a los que se hará referencia en las próximas líneas, más recientemente, el mismo órgano jurisdiccional, en su sentencia de 5 de febrero de 2002 [RJ2002\1600], vincula la noción de orden público económico a la intervención del Estado en la vida económica, manifestada en normas imperativas y principios básicos del orden económico que, aun no habiéndose traducido en normas de aquella categoría, deben limitar la autonomía de la voluntad privada sin posibilidad que ésta pueda desenvolverse en contra.

Por lo tanto, de la necesaria interrelación entre las leyes y el mercado surge el orden público económico⁸⁷⁸, lo que implica elevar a categoría jurídica aquellos principios que conforman la estructura de un orden económico ajeno al Derecho, dotándole con la misma eficacia que se atribuye al concepto en el que se inserta, el orden público⁸⁷⁹. Definido por el Tribunal Supremo en esta última resolución de 2002 como «el conjunto de reglas obligatorias en las relaciones contractuales concernientes a la organización económica, las relacio-

⁸⁷⁷ SÁINZ MORENO, F., *REDA*, p. 138, de hecho, ve el interés especial en esta sentencia en que, precisamente, declara que el principio de libre competencia, incluido dentro del concepto de orden público económico y como manifestación del orden público en general, es un límite para la contratación civil (también alude a este origen la STS 30 de diciembre de 1993 [JR1993\9902])

⁸⁷⁸ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 189. De forma más extensa la relación entre Derecho y mercado, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *RDCE*, pp. 101-120.

⁸⁷⁹ SÁINZ MORENO, F., *RAP*, p. 597.

nes sociales y la economía interna de los contratos». Díez-Picazo⁸⁸⁰ apunta una noción amplia de orden público económico, que englobaría tanto las actividades del Estado dirigidas a conformar la sociedad desde el punto de vista económico como aquellas directrices básicas con arreglo a las cuales en un momento dado se organiza la estructura y el sistema económico de la sociedad. Siguiendo a De Castro, sin embargo, se diferencian dos planos que no deben confundirse: las normas imperativas derivadas de la actividad de la Administración en la economía, que no tienen por qué ser necesariamente parte del concepto de orden público; y lo que se ha venido en llamar constitución económica de una sociedad, entendiendo por tal, no solo el contenido económico de la Constitución sino también –y esto se correspondería con lo que el autor llama orden público económico en sentido estricto–, aquellos principios y directrices que, sin estar reflejadas en la constitución política, son la base del desarrollo de la actividad económica de la sociedad⁸⁸¹.

Díez-Picazo identifica algunos de estos principios y reglas básicas que intervienen en el campo económico y en los que nos detenemos para analizar el papel especial que puede desempeñar la figura del orden público económico en la contratación mediante cláusulas predisuestas, entrelazando el contenido de esta figura jurídica indeterminada con el especial proceso de formación de la voluntad que tiene lugar en los contratos no negociados. Entre estos principios señalados por el autor, se encuentran el derecho a la propiedad privada, la libre iniciativa y libertad económica, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe y moralización de las relaciones económicas así como el principio de seguridad jurídica.

Si el art. 33 de la Constitución española reconoce el derecho a la propiedad privada⁸⁸², el art. 38 del mismo texto contempla «la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado», libertad íntimamente vinculada con el principio de libre iniciativa privada y teniendo ambos la dignidad y autodeterminación humana como fundamento último⁸⁸³. Entre otras implicaciones, tanto de la

⁸⁸⁰ DÍEZ-PICAZO, L., 2009, p. 53.

⁸⁸¹ DE CASTRO (ADC, 1992, pp. 1048-1049) previene en su trabajo de 1982 acerca de la conveniencia de distinguir, dentro de la noción de orden público económico, las restricciones a la libertad de contratación derivadas del intervencionismo del Estado respecto de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad derivadas del art. 1255 Cc, asociándose a las primeras una eficacia positiva, mientras que las segundas desempeñan una eficacia negativa, como límite para la libertad de contratar que se basa en normas extrapositivas y cuya finalidad sería «evitar que, por medio de la libertad de contratar, los órganos del Estado se encuentren obligados a imponer algo que repugne el buen sentido de lo justo o de lo moral».

⁸⁸² En la STS 22 de enero de 2008 [RJ\2008\215], al hilo del art. 515 Cc y la limitación de usufructo a favor de persona jurídica a 30 años, el Tribunal afirma que «se trata de una regla imperativa en cuanto vela por el orden público económico, en el que es pieza importante la libertad de la propiedad».

⁸⁸³ PAZ-ARES, C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 2002, p. 359.

libertad de empresa como de la libre iniciativa privada se deriva la libertad de contratación⁸⁸⁴, es decir, que los intercambios se produzcan de manera libre y de acuerdo con la voluntad de los interesados. Como sabemos, la idea de que en los contratos de adhesión hay una falta de voluntad en el sentido de consentimiento ya está superada pero lo que está claro es que este tipo de contratación no se basa en un acuerdo libre de voluntades en el sentido pleno de la expresión. No quiere decir esto que todo contrato predispuesto, por el mero hecho de serlo, sea contrario al orden público (por ser contrario al principio de libertad de contratación)⁸⁸⁵ pero lo que sí que parece difícil es pensar que existe esta total libertad de contratación cuando lo que firma el adherente es un clausulado lesivo para sus intereses, que le perjudica y ello sin justificación alguna, bien por otro beneficio que equilibra el negocio jurídico en su conjunto, bien por el tipo de contrato, el tipo de prestación, etc. Esta libertad de contratación, presupuesto necesario para el funcionamiento del mercado puede, en ocasiones, verse puesta en entredicho en la contratación mediante condiciones generales. El Estado está llamado por el legislador constitucional a garantizar unas condiciones que aseguren el efectivo ejercicio del derecho, sin injerencia estatal, pero esto, lejos de ser un argumento contra el control de contenido en contratos predispuestos, lo es a favor: en este tipo de contratación no hay esa libertad, ese acuerdo de voluntades totalmente autónomas o soberanas, con lo que la intervención tiene como finalidad, precisamente, su garantía, asegurar la igualdad, la protección de la parte débil, pues la actuación económica en libertad es fundamental para la sociedad⁸⁸⁶.

También la idea de que nuestro orden económico se asienta sobre el principio de la conmutatividad del comercio puede ser conectada con la protección de todo adherente. Una de las implicaciones que deriva Díez-Picazo de esta directriz es la necesidad de que el intercambio de bienes y servicios debe guardar el mayor equilibrio posible. El art. 1289 Cc, criterio residual de interpretación que llama a atender, en caso de duda y en los contratos onerosos, a la «mayor reciprocidad de intereses» refuerza este argumento. Si bien ese equilibrio no se exige respecto de las prestaciones en los contratos de adhesión, pues ni siquiera en la contratación con consumidores los elementos esenciales están sujetos a control de contenido⁸⁸⁷, la apelación a una necesaria armonía entre los derechos y obligaciones de

⁸⁸⁴ Díez-Picazo, L., 2007, p. 56, habla de libertad de mercado, libertad de empresa, libre competencia económica y libre contratación. Goig Martínez, J. M., 1998, p. 737, concreta en tres las libertades en las que despliega sus efectos la libertad de empresa: libertad de inversión, libertad de organización y libertad de contratación. Paz-Ares, C.; Alfaro Águila-Real, J., 2002, p. 378, señalan que no pueden ejercerse las libertades económicas sin que, entre otras cosas, se garantice la libertad contractual y la fuerza vinculante de los contratos.

⁸⁸⁵ Albiez Dohrmann, K. J., 2009, p. 189, apunta que aunque las condiciones generales de la contratación chocan con principios tan importantes para el contrato como son la libertad y la igualdad contractual, una vez que su uso ha sido aceptado, forman parte del mismo orden público.

⁸⁸⁶ En palabras de Díez-Picazo, «las personas solo son libres si pueden actuar libremente en el ámbito económico». Salvando las distancias, esta sería la idea que subyace en el ámbito del Derecho de consumo y de defensa de la competencia, legislaciones que no tienen, en principio, un alcance restrictivo de la libertad de empresa (Satrústegui, M., 2010, p. 381).

⁸⁸⁷ Si recordamos, en la Ley de Consumidores y Usuarios de 1984 sí que se hablaba de «justo equilibrio de las contraprestaciones» como requisito, entre otros, para que una cláusula no fuera abusiva. Sin

las partes es una constante en el ámbito del control de contenido de los contratos predispuestos ya que la idea de que cada contratante espera recibir tanto como se propone a entregar⁸⁸⁸ se debe entender referida al contrato en su conjunto.

Ya se ha aludido en el apartado anterior a la moralización de las relaciones económicas, de igual forma que la buena fe, con una presencia transversal en todo el trabajo, tiene su propio espacio como figura esencial para el control de contenido en las condiciones generales de contratación de varias formas, siendo la más importante la buena fe recogida en el art. 1258 Cc, que se desarrollará en la última parte del trabajo. En cuanto al principio general de seguridad jurídica⁸⁸⁹, contenido en el art. 9.3 de la Constitución, en su vertiente de seguridad en el tráfico jurídico puede tener sus implicaciones en el ámbito de los contratos de adhesión. Si, en general, merece protección la confianza razonable suscitada objetivamente por una situación jurídica⁸⁹⁰ y la seguridad del tráfico justifica en algunos supuestos, por ejemplo, la dispensa de la carga de averiguación por parte de uno de los contratantes de determinados aspectos, no parece descabellado trasladar este concepto al ámbito de los contratos predispuestos y pensar que, por sus propias características, también es merecedor de dicha protección aquel adherente de buena fe que firma un contrato confiando en que no hay cláusulas abusivas para él y al que no se le puede exigir una inspección y valoración atenta del clausulado, por mucho que su conocimiento y comprensión se presuponga por la existencia de un control de incorporación.

En el terreno de la casuística, son variados los pronunciamientos en los que los tribunales valoran la inclusión de una materia como de orden público económico –y, en su caso, su posible vulneración–. Junto a algunos de los ejemplos a los que se hizo referencia con anterioridad, cabe añadir otros supuestos diversos⁸⁹¹ aunque en ninguno de ellos el órgano jurisdiccional relaciona la

embargo, con la LCGC, se cambió el criterio pasando a requerirse al «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes», por considerarlo más adecuado.

⁸⁸⁸ LETE ACHIRICA, J., 2010, p. 1419.

⁸⁸⁹ Relación determinadas situaciones del Derecho de sociedades (reconocimiento de personalidad jurídica y consiguiente limitación de responsabilidad a los bienes y derechos de la sociedad) con la seguridad jurídica como integrante del orden público económico, STS 17 de marzo de 2011 [RJ\2011\2880] y SAP Cádiz de 26 de enero de 2009 [JUR\2009\157116].

⁸⁹⁰ Díez-PICAZO, L., 2007, p. 71.

⁸⁹¹ No es contraria al orden público la cláusula inserta en un contrato de compraventa de vivienda que limita el plazo para denunciar las deficiencias observadas en la vivienda a quince días desde la entrega, perdiendo, en otro caso, todo derecho a la reclamación, salvo por vicios ocultos: al tratarse de meras imperfecciones corrientes de alcance menor, la limitación no puede interpretarse como contraria al orden público pues no exonera *de facto* al deudor por el incumplimiento, y la diligencia en la denuncia que exige del acreedor para el resarcimiento se acomoda razonablemente al propio carácter de los vicios o defectos sobre los que recae (SAP Cantabria, de 23 de enero de 2001 [JUR\2001\132613]). Esta resolución, como se ve, conecta con la idea del necesario equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. A diferencia del transporte de personas, ámbito en el cual el orden público prohíbe las cláusulas de exoneración o restricción de la responsabilidad, en el transporte de cosas, salvo que haya mediado dolo o culpa grave, no se produce dicha colisión (SAP Madrid, de 4 de mayo de 2001 [JUR\2001\204544]). Siguiendo con responsabilidad, aunque en otra esfera, las normas sobre el régimen de responsabilidad de administradores y liquidadores

posible infracción al orden público económico, en su caso, con el hecho de que haya una imposición por parte de uno de los contratantes, aprovechando una situación de inferioridad de la otra. Donde sí que es relevante esta circunstancia es en dos ámbitos en los que los pronunciamientos que incluyen el orden público económico son frecuentes aunque sea para refrendar que se trata de materias claramente en él incluidas y las consecuencias que de ahí se derivan. Se trata del Derecho de la competencia y el Derecho de consumo.

Así, como no podía ser de otra manera a la vista de los orígenes del término en el ordenamiento jurídico positivizado español, las normas de defensa de la competencia forman parte del orden público económico. Están en conexión con la libertad de empresa anteriormente mencionada, una de cuyas implicaciones, además de la libertad de contratación, es la libre concurrencia económica (así lo pone de manifiesto la STS 3 de octubre de 2007 [RJ\2008\2922]).

La consecuencia de infringir el límite del art. 1255 Cc que representa el orden público –en su versión económica– conlleva la nulidad del pacto. «El concepto de orden público económico ha de imperar sobre el principio de autonomía privada de la voluntad apoyando la nulidad de pleno Derecho de aquellos pactos que restringen la libre competencia», dice la SAP Granada de 24 de febrero de 2001 [JUR\2001\126842], declarando nulo un acuerdo por el que se restringía la distribución de fondos editoriales en una zona geográfica si entraba en competencia con los firmantes⁸⁹². Por el contrario, la aceptación de un cálculo de los honorarios por servicios jurídicos basado en una cuota o porcentaje del beneficio obtenido es perfectamente amparable en lo dispuesto en el art. 1255 Cc, con independencia de la prohibición incluida en el Estatuto de la Abogacía respecto de la *cuota litis*, teniendo este hecho una trascendencia exclusivamente limitada al

tienen carácter imperativo, de tal forma que la exclusión o limitación de responsabilidad derivada de cualquier clase de acuerdo debe considerarse contraria al orden público (SAP Madrid, de 7 de abril de 2006 [AC\2006\1787]). En este caso, más que declarar la nulidad por contravención del orden público económico, se alude como refuerzo de la imperatividad de las normas que regulan estas responsabilidades concretas. Por otra parte, los tribunales han reiterado que «la perpetuidad es, salvo casos excepcionales (...), opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico» (idea que se puede poner en relación con la STS 26 de octubre de 1998 [RJ\1998\8237]). A pesar de esto, continúa la STS 8 de septiembre de 2014 [RJ\2014\4946], no puede considerarse como contraria al orden público y, por tanto, nula, la comercialización de participaciones o acciones preferentes, al ser una figura prevista por el legislador y que, como parte de los recursos propios de una entidad de crédito viene su perpetuidad justificada como una garantía: este régimen legalmente previsto para la emisión de participaciones preferentes, en el que destaca la perpetuidad, constituye una excepción a la reseñada prohibición jurisprudencial, que impide pueda sancionarse su comercialización con la nulidad por ser contraria al orden público.

⁸⁹² O bien, desde el ángulo opuesto, «cabe alegar que más regla general es en nuestro ordenamiento jurídico el principio de autonomía de la voluntad y aún más excepcional una sanción tan extraordinaria como es la nulidad de pleno derecho, únicamente justificada en materia de competencia cuando concurre la necesidad de proteger el orden público económico» (STS 31 de julio de 2007 [RJ\2007\5093]).

ámbito corporativo: «es claro que el pacto de honorarios en consideración al resultado de la hoja de encargo es consecuencia del principio de libertad de pactos y se inserta en un orden público económico que tiene la libre competencia como uno de sus principios rectores» (SAP A Coruña, de 9 de febrero de 2011 [JUR\2011\161167]).

Si es inabarcable la jurisprudencia que vincula orden público económico y defensa de la competencia y de la que solo hemos reseñado dos sentencias a modo de ejemplo, también son abundantes las referencias al derecho de consumo estrictamente hablando⁸⁹³, como bloque normativo incluido dentro de aquel concepto. No hay que olvidar que, en este caso, existe un refuerzo extra que es el art. 51 de la Constitución, que conmina a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios. En él se basa el principio de interpretación *pro consumatore*, «erigiéndose como uno de los principios básicos del llamado orden público económico de protección, vinculante para quienes interpretan y aplican el Derecho» (SAP A Coruña, de 21 de mayo de 2007 [JUR\2007\295652])⁸⁹⁴. Como ya se dijo respecto de la moral, las concretas prohibiciones de cláusulas abusivas contenidas en el TRLC no son sino una aplicación específica de la idea del orden público económico⁸⁹⁵. De hecho, un caso evidente en el que el orden público desempeña un papel limitativo de la autonomía de la voluntad es el de las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, aún en el caso de culpa leve, por los daños o lesiones causadas al acreedor, bien en su integridad física o moral o cualquier otro derecho fundamental, supuesto contemplado por el art. 86.2 TRLC y que también puede ser atacado por la vía de la contrariedad con la moral⁸⁹⁶, con independencia, por tanto, de que el contrato sea con un consumidor o entre empresarios⁸⁹⁷.

El inconveniente para el estudio de la aplicación de la nulidad por contravención del orden público económico en estos dos ámbitos –pactos que res-

⁸⁹³ Ya que el Derecho de defensa de la competencia también tiene, como fin último, la protección del consumidor.

⁸⁹⁴ En el mismo sentido, reconociendo el ámbito de los contratos de consumo como integrante del orden público económico, SSAP Murcia, de 31 de marzo de 2000 [AC\2000\1282], Lleida, de 14 de enero de 2002 [AC\2002\181] y 25 de octubre de 2003 [JUR\2004\26422], Islas Baleares, de 28 de septiembre de 2004 [JUR\2004\314731], Barcelona, de 1 de febrero de 2005 [JUR\2005\81376], Málaga, de 17 de abril de 2013 [JUR\2013\224600].

⁸⁹⁵ VICENT CHULIÁ, F., *RDP*, p. 62; SALELLES CLIMENT, J. R., 2007, p. 346.

⁸⁹⁶ Acerca de la relación entre este precepto y la moral, *cfr.* el apartado anterior relativo a la moral y el referido a las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad (Segunda parte. Capítulo III. I. 1.1.4.c)

⁸⁹⁷ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 654-655, señala que el orden público impone que el deudor responda en todo caso y de forma integral de aquellas obligaciones que atienen a la salvaguardia de la integridad física o moral del acreedor o cualquier otro derecho fundamental suyo. *Vide* también, ÁLVAREZ LATA, N., 1998, p. 181; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., 2009, p. 1074; MORALES MORENO, A. M., 2002, p. 1152.

tringen la competencia, cláusulas abusivas en contratos con consumidores— deriva del hecho de que la nulidad se articula principalmente a través de una norma positivizada y no del orden público como límite a la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc, estrictamente hablando. Las menciones al orden público son a modo de recordatorio de que se trata de una materia en él incluida y para «reforzar» su imperatividad. Es claro, no obstante, que en el fundamento de estas limitaciones se encuentra la finalidad protectora de las normas de orden público respecto de aquellos sectores que, por el desarrollo económico, de los mercados o las nuevas formas de contratación, han podido quedar en situación de desprotección, como es el caso de los consumidores o de empresarios débiles amenazados por las posiciones de dominio de otros empresarios (que, a su vez, tiene implicaciones para el consumo). Recordemos, en este sentido, la proyección del orden público económico como orden público de protección a la que se aludía al inicio del epígrafe.

En realidad, y aunque la regulación de consumo no le es de aplicación a los contratos predispuestos entre empresarios⁸⁹⁸, no podemos olvidar que lo que subyace detrás de este tipo de relaciones es también una situación de desigualdad, pues ésta viene dada —aunque con matices diferenciadores respecto los consumidores— por el hecho de ser adherente dentro de un proceso de formación del negocio jurídico peculiar. Por otra parte, recordamos que la propia EM de la LCGC, sin perjuicio de su dudoso sentido, vinculaba el posible control de contenido en las condiciones generales entre profesionales con la existencia de abuso de una posición dominante. No estamos lejos, pues, del fundamento del orden público económico. Como se dejó apuntado al hilo de las directrices básicas que Díez-Picazo identificó dentro de esta noción, el mero uso de condiciones generales no vulnera, por sí solo, el principio de libertad de contratación —y, por tanto, el orden público económico—. Ahora bien, si combinamos esto con un contenido desequilibrado a favor del predisponente y en perjuicio de la parte débil de la relación, contrariando a su vez otra regla del orden público económico, el principio de conmutatividad del intercambio, la respuesta, a nuestro juicio, tiene que ser distinta.

Jordano Fraga⁸⁹⁹ expone la especial función del orden público en el ámbito de las condiciones generales de la contratación y que se resume en procurar una justa distribución de los riesgos entre las partes. Por ejemplo, retomando las cláu-

⁸⁹⁸ Y habiendo descartado que el Derecho de la competencia pueda cumplir de forma satisfactoria el rol de protector del empresario adherente.

⁸⁹⁹ JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 690-691. Ya GARCÍA AMIGO, M., 1965, pp. 162-164, había encontrado preferente la vía del orden público económico que la de las buenas costumbres para atacar la eficacia de las convenciones de no responsabilidad monopolísticas.

sulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad, más allá de las referidas a las lesiones o daños de la persona, el orden público representa en los contratos de adhesión un límite ulterior respecto del dolo y la culpa grave, límite más exigente que viene justificado por la especial contratación en la que ambas partes no se encuentran en un plano de igualdad. «De este modo», apunta el referido autor, «surge la consideración del orden público como exigencia de justicia sustancial en las relaciones particulares, exigencia derivante de una justa distribución entre las partes de los riesgos del incumplimiento. Con esta idea de orden público chocan las cláusulas de condiciones generales que para toda una serie de contratos pretenden alterar el equilibrio que establecen las normas de la ley en tema de responsabilidad, descargando sistemáticamente sobre la parte débil los riesgos típicos de la actividad (debetoria) de la gran empresa-predisponente».

Este es el fundamento –la exigencia de justicia sustancial en las relaciones particulares, la justa distribución entre las partes del riesgo del incumplimiento– en el que se basan algunos de los supuestos de cláusulas abusivas contenidos en el TRLC, más allá del evidente referido a la exclusión de responsabilidad por muerte o lesiones: es el caso de la cláusula que impone al consumidor los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponden al empresario (art. 89.3) y la que transmite al consumidor y usuario las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables (art. 89.2)⁹⁰⁰ (esta última recordemos que también se había señalado como contraria a la moral). Si estas cláusulas presentan un problema de justo equilibrio contrario a las exigencias del orden público, esto podría ser un indicio para ser valoradas como «abusivas» también cuando el adherente sea un empresario, siempre teniendo en cuenta los matices diferenciadores respecto de la figura del consumidor en cuanto a nivel de diligencia exigible⁹⁰¹.

Para terminar, esta composición de lugar nos parece que no está muy distante de algunas de las ideas apuntadas por la doctrina alemana al hilo de la elaboración de categorías de supuestos que pueden dar lugar a la nulidad por una contravención del § 138 I BGB («*Sittenwidrigkeit*»). Si recordamos, uno de los criterios era las limitaciones excesivas a la libertad que, como se apuntaba, solían aparecer en las resoluciones conjuntamente con otros elementos, como el abuso de superioridad o de dominio y la existencia de desequilibrios

⁹⁰⁰ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 2002, pp. 1294-1295.

⁹⁰¹ En esta línea, aunque sin hacer referencia a la contratación adhesiva entre comerciantes, identifica ÁLVAREZ LATA (1998, p. 182) el orden público de protección como límite de las cláusulas restrictivas de responsabilidad cuando éstas afectan al contratante débil. SALELLES (2007, pp. 165, 284-285), por su parte, ya sí acerca del orden público económico y las cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad en contratos predispuestos entre empresarios, pone de nuevo el acento en el principio de equilibrio, en la exigencia de conmutatividad en los intercambios, como parámetro de valoración de la exclusión o limitación de responsabilidad estipuladas.

graves. Del mismo modo, aquí se conjuga la limitación a la libertad del adherente que supone la contratación mediante contratos predispuestos con un desequilibrio no justificado en el reparto de los riesgos del contrato para dar lugar a una situación contraria al orden público. Esta concreta articulación podría ser la fórmula para que el orden público funcionara como control de contenido de los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. El problema es determinar en qué casos esta yuxtaposición de limitación de libertad y desequilibrio puede considerarse realmente contraria al orden público. Está claro que el orden público, por su contenido íntimamente vinculado con las peculiaridades o vicisitudes de los contratos predispuestos, está más cerca de funcionar como límite en estos supuestos que la moral. Sin embargo, no ha sido muy utilizado como tal por la jurisprudencia, posiblemente porque no deja de ser un concepto jurídico indeterminado, con los problemas que ello comporta, y porque en un gran número de casos se vincula su infracción con el abuso de posición dominante, lo que limita su ámbito de aplicación. La doctrina, mirando al ejemplo de Alemania, que acabó abandonando el § 138 I BGB como fundamento del control de contenido de las condiciones generales para pasar a centrarse en el § 242 BGB, apuesta también por la más flexible figura de la buena fe como cláusula general sobre la que apoyar el control material. Aun así, como señala Miquel, el orden público económico se erige como un primer estadio en la historia del control de contenido de las condiciones generales que «aunque es insuficiente es mejor que nada»⁹⁰².

⁹⁰² MIQUEL, J. M., 2002, p. 473. En el mismo sentido se pronuncia ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 189, para quien, a pesar de ser una noción a tener presente en la contratación adhesiva, resulta poco operativo como control de contenido por su imprecisión y ambivalencia.

RECAPITULACIÓN

LA PROTECCIÓN DEL EMPRESARIO ADHERENTE MEDIANTE LAS REGLAS GENERALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES

Dada la no existencia de un régimen de control material específico en materia de contratación predispuesta para contratos entre empresarios y, por el contrario y como defendimos en la Primera Parte, sí la necesidad de protección de ciertos empresarios adherentes que ostentan una posición débil, debemos valorar las posibilidades de control que presentan esas normas generales imperativas o prohibitivas a las que remite el art. 8.1 LCGC. A esto hemos dedicado, precisamente, la Segunda Parte.

En primer lugar, descartamos la adecuación del Derecho de la competencia para cubrir esas necesidades de control puesto que, aunque esta rama y el Derecho de condiciones generales tienen elementos e incluso algunos objetivos en común, los supuestos a los que puede llegar el Derecho de la competencia son solo una parte de todos los posibles abusos que pueden producirse en el ámbito de la contratación predispuesta. No es de extrañar, en tanto en cuanto las normas de Derecho de la competencia, más directa o más indirectamente, tienen la vista puesta en el funcionamiento del mercado y de la competencia, mientras que la preocupación en los contratos de adhesión radica en que éstos se han formado con un déficit de autonomía de la voluntad por parte de uno de los contratantes, hecho que no tiene por qué afectar a lo primero.

Yendo ya al Derecho general de obligaciones y contratos, hemos desechado también la posibilidad de aplicación analógica del control de contenido previsto para los contratos de consumo: si bien podría decirse que hay identidad de razón, no parece que haya una laguna jurídica y menos desde la aprobación del TRLC. No se niega la existencia de control material en contratos predispuestos entre empresarios pero será el que derive de las normas genera-

les y no el específico previsto para los consumidores. Y precisamente al análisis de los límites generales a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 1255 Cc (la ley, la moral, el orden público) es a lo que se dedica el grueso de la Segunda parte. Tanto la moral como el orden público son dos figuras que, si bien representan un claro y contundente coto a la libertad de determinación del contenido de los contratos, tienen una operatividad limitada por su inherente imprecisión e indeterminación. Cuándo puede considerarse inmoral una desviación del predisponente a su favor en la fijación del clausulado del negocio jurídico o cuándo una conjunción de falta de libertad de contratación y ausencia de conmutatividad en el contenido del contrato es contraria al orden público (económico), es lo difícil de concretar. Es verdad que algunas conductas concretas han sido tipificadas, por ejemplo, en la normativa para consumidores, lo que hace más sencilla su aplicación a contratos entre empresarios en la medida en que se individualizan y definen dichas conductas, pero se trata, en todo caso, de contados supuestos.

En cuanto a la protección que representa la ley imperativa, a la vista de lo analizado, el precepto que más posibilidades presenta es el art. 1256 Cc y su interdicción de la arbitrariedad. Esta norma abarca muchos supuestos y su propia *ratio* —no dejar el contrato en manos de uno de los contratantes— está relacionada con la idea del uso peligroso que un predisponente puede hacer de los clausulados predisuestos: el problema no es su utilización en sí sino su posible mala utilización por la parte que tiene la posición preeminente que, aprovechándose de ella, puede pretender hacer lo que quiera con el contrato. Lo prohibido, por tanto, es que el contrato quede al mero arbitrio o voluntad de una de las partes pero no hay reproche jurídico, por el contrario, si la cláusula se refiere al arbitrio *boni viri*, esto es, aquél sujeto a un criterio determinado y objetivo, o bien si existe una justificación para esta reserva de facultades de decisión unilateral a favor del predisponente que se aparta de la composición equilibrada de intereses en el contrato. El genérico supuesto de hecho del art. 1256 Cc está necesitado de una concreción que no ha llevado a cabo la jurisprudencia y para la que es útil, de nuevo, tomar como referencia el listado de las cláusulas abusivas del TRLC en contratos con consumidores. Esta aproximación no supone una aplicación extensiva de las normas de Derecho de consumo fuera de su ámbito (ni siquiera al estilo de la «*Indiztheorie*» alemana) pues la nulidad de estas cláusulas en contratos entre empresarios sería, en su caso, por contravención con el propio principio imperativo de interdicción de la arbitrariedad.

En aplicación de este artículo hay cláusulas que devendrían directamente nulas y otras que podrían serlo, tal y como hemos concluido, si no van acom-

pañadas de unas reglas determinadas y objetivas o no existe una compensación o justificación para el beneficio unilateral del predisponente.

Un primer grupo de cláusulas que se podrían ver afectadas por este principio serían aquellas que directamente representan la prohibición del art. 1256 Cc al disponer que algún aspecto relevante del contrato queda a la voluntad del predisponente, bien mediante la atribución al mismo de facultades que pueda ejercitar a su libre arbitrio «unilateralmente», bien con alguna otra expresión que tenga similares consecuencias. Es el caso de la reserva de facultades de modificación del contrato, de dar por terminado el mismo o el caso del privilegio de interpretar el contrato o de poder determinar si los bienes o servicios objeto del mismo se adecúan a lo pactado. Estas dos últimas cláusulas, en todo caso, podrían ser nulas tanto en virtud del art. 1256 Cc como por aplicación de las reglas –imperativas para todo adherente– de interpretación del contrato en condiciones generales.

También pueden ser contrarias a la interdicción de la arbitrariedad otras cláusulas que, aunque formalmente no suponen la reserva por parte del predisponente de una facultad de decidir de modo arbitrario sobre algún aspecto del negocio jurídico, pueden conllevar, según su configuración, las mismas implicaciones en contratos mediante condiciones generales. Es el caso de cláusulas que establezcan plazos indeterminados o excesivamente amplios para aceptar o rechazar la oferta o para el cumplimiento de la prestación, cláusulas que configuren una prórroga tácita del contrato de tal forma que sea difícil para el adherente la desvinculación del mismo o cláusulas que restrinjan la eficacia de acuerdos particulares –válidamente adoptados– mediante la exigencia de formalidades adicionales o la supeditación a una ulterior aceptación por el principal-predisponente.

El art. 1256 Cc puede tener relevancia asimismo frente a cláusulas que limitan los derechos básicos del *adherente acreeedor* frente al incumplimiento o cumplimiento defectuoso. Es el caso de la supresión de la facultad de resolución del contrato ante el incumplimiento grave del predisponente, cláusula nula, en nuestra opinión, por dejar en manos de este último el contrato sin permitir la desvinculación del adherente. También de las cláusulas de modificación de la responsabilidad, según sobre qué obligaciones recaigan y cómo sea la limitación. Si el efecto es dejar desprotegido al adherente, sin justificación ni compensación, la interdicción de la arbitrariedad podría ser un límite a la autonomía de la voluntad, del mismo modo que lo es siempre el art. 1102 Cc respecto, en este caso, a cualquier exoneración o limitación de la responsabilidad en caso de dolo o culpa grave. Las mismas precisiones son válidas para la responsabilidad por vicios ocultos, sumando en este caso la

protección que supone el imperativo art. 1485 II Cc frente a una cláusula que limitase la responsabilidad del vendedor-predisponente de saneamiento en caso de mala fe. Por el otro lado, en cuanto a limitación de los derechos básicos del *adherente deudor*, éste tiene asegurada su protección frente a cláusulas que pudieran eliminar su facultad de consignación o limitarla de cualquier modo mediante formalidades añadidas a las del art. 1176 Cc, al ser éste de naturaleza *ius cogens*.

Así conceptualizado, concluimos que el art. 1256 Cc, a pesar de su amplitud, no puede hacer frente a supuestos que, sin ser contrarios a la interdicción de la arbitrariedad, suponen también un perjuicio desproporcionado para el adherente empresario débil y que, por tanto, se quedan sin protección. Lo mismo ocurre en el caso de las cláusulas penales exorbitantes que, a nuestro juicio, no pueden moderarse recurriendo al art. 1154 Cc, pues si bien se trata de un precepto imperativo, está concebido solo para que el Juez adecúe la pena prevista para un incumplimiento total en caso de que el incumplimiento sea parcial pero no para la moderación de cláusulas penales desproporcionadas en casos de incumplimientos totales. Por último, también ha sido objeto de análisis (aunque en la Primera parte) una norma imperativa de interpretación, la regla *contra proferentem* contenida en el art. 1288 Cc, ampliamente utilizada en materia de condiciones generales para intentar paliar abusos de los predisponentes pero respecto de cuyo supuesto de hecho y cuya naturaleza meramente interpretativa y no de norma de control de contenido debemos ser conscientes.

Por otro lado, fuera del Código civil y de comercio encontramos normas imperativas que suponen un límite a la autonomía de la voluntad del predisponente en materia procesal. Una cláusula que imponga al adherente una carga de la prueba que se aparte de la composición dispuesta en el art. 217.2.º y 3.º LEC, será nula. Más todavía: el Juez puede dejar sin aplicación una cláusula que, a pesar de respetar dichas reglas, suponga un abuso para el adherente atendiendo a la concreta disponibilidad y facilidad probatoria de las partes (art. 217.7.º LEC). Aunque esta norma es de aplicación a todo contrato, negociado o no, es fácil colegir el papel que puede representar en la contratación mediante condiciones generales, en la que la desigualdad evidente entre la posición de las partes conlleva también una desigualdad frente a los medios probatorios. Teniendo en cuenta esta necesidad de protección del contratante adherente, el art. 54 LEC, por su parte, declara nulas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en condiciones generales impuestas por una de las partes –para todo adherente–, buscando con ello eliminar obstáculos que pudieran dificultar el ejercicio judicial de sus derechos.

Cambiando de ámbito, uno sensible por la relevancia que tiene para la actividad empresarial es el de la financiación. Quizás por esto la primera norma en nuestro ordenamiento jurídico que regula expresamente un control de contenido en torno a una cláusula general para contratos entre empresarios (apoyada en la buena fe, las buenas prácticas comerciales y la idea de la necesidad de una razón objetiva para apartarse del Derecho dispositivo), es una norma vinculada con la financiación, en concreto, con la derivada del crédito comercial. La LMOC pretende, así, controlar posibles abusos ligados, especialmente, a los plazos de pago de las mercancías y los tipos de interés de demora, para lo que dispone, en unos casos, una serie de límites inamovibles para las partes y, en otros, un margen de actuación sujeto a un control de abusividad. Eso sí, hay que tener en cuenta que, aunque afecta a los contratos predispuestos, no solo le es de aplicación a ellos sino que su ámbito abarca también a los contratos negociados. La razón última de la norma no reside, por tanto, en un problema de falta de autonomía bilateral de la voluntad, como en el caso de los contratos predispuestos (aunque algunos casos no estén totalmente desvinculados del mismo porque se puede presuponer que plazos o intereses desproporcionados solo pueden provenir de una imposición). Plazos de pago y tipos de interés de demora abusivos, entre otros, están por tanto sujetos a control en las operaciones del llamado crédito comercial. No ocurre lo mismo en el caso de los intereses de demora y la financiación empresarial obtenida a través de entidades financieras o de crédito. Las medidas protectoras de las «Pymes» introducidas por la Ley de financiación empresarial están enfocadas al flujo en sí mismo de financiación y no tanto a las condiciones de ésta. Por su parte, las obligaciones de transparencia que se encuentran en la normativa aplicable al sector bancario no son suficientes ni desde el punto de vista subjetivo –por afectar solo al empresario persona física–, ni desde el punto de vista objetivo –por restringirse a unos aspectos básicos de los créditos y préstamos hipotecarios– ni, tampoco, desde el punto de vista de sus consecuencias jurídicas –el control implicaría meras sanciones administrativas–. Tampoco la Ley de Usura de 1908 supone un límite general en los contratos de préstamos y similares pues el control de un interés desproporcionado es de aplicación no al interés moratorio sino solo al interés retributivo, elemento esencial –y, además, tomado éste en un sentido estricto, sin comisiones o gastos añadidos al tipo nominal–. Ahora bien, consideramos que también un tipo de interés –nominalmente– de demora que, atendiendo a las posibilidades efectivas de cumplimiento del adherente y según la configuración del contrato, sea desproporcionado y cumpla una función más próxima a la retributiva, podrá ser sancionado por la citada Ley de carácter imperativo.

En cualquier caso, como apuntábamos, ninguna de las normas protectoras en materia de financiación de la actividad empresarial tiene como fundamento explícito la existencia de un déficit de autonomía de la voluntad derivado de una contratación no negociada. Esto no es relevante en la financiación comercial, donde el adherente empresario débil está protegido –sin perjuicio de que también se abarquen los contratos negociados–, pero sí en los contratos estrictamente financieros pues son claras las necesidades de protección en este sector, en el que lo habitual es la contratación mediante condiciones generales y donde no es raro la existencia de una gran diferencia de fuerza entre el predisponente (entidad financiera) y el adherente (empresario débil).

Hasta aquí, esta breve vista panorámica de los supuestos de posibles abusos cubiertos por los límites generales a la autonomía de la voluntad del art. 1255 Cc. Aunque la tipología de cláusulas que se ha visto es variada, no cabe duda de que son muchos los casos que no quedan cubiertos por estas normas generales imperativas y prohibitivas. Son, los analizados en el Capítulo III de la Segunda parte, aspectos que se extraen a la autonomía de la voluntad en todo tipo de contratos, también en los negociados, en los que ambas partes son libres de autodeterminarse y autorregular sus intereses en un plano de relativa igualdad. Pero, como se ha venido repitiendo a lo largo del trabajo, esta plena autodeterminación no se da en los contratos predispuestos en los que, precisamente, el problema es la falta de libertad. La consecuencia lógica es que el control que puede ser adecuado para contratos negociados posiblemente no lo sea para aquellos en los que no ha habido posibilidad de tal negociación, porque las necesidades de protección son, en su caso, más intensas. No se trata de salvaguardar solo determinados intereses esenciales de los que los sujetos no pueden disponer por su carácter básico o necesario, sino de garantizar algo más, un resultado material equilibrado en aquellos negocios jurídicos cuyo proceso de formación no lo garantiza.

Así las cosas, los límites generales a la autonomía de la voluntad se quedan cortos para cubrir todos los posibles abusos en contratos no negociados puesto que, al partir del presupuesto de libertad e igualdad de las partes, el umbral del control es menor. Así lo hemos visto en estos dos capítulos: al hilo del estudio del Derecho imperativo y a la par que se delimitaban y concretaban los supuestos o requisitos para facilitar al máximo su utilización como normas de control de contenido, han ido surgiendo otros supuestos relacionados que también podrían representar abusos en la contratación no negociada y que no se cubren, sin embargo, con el recurso a la ley imperativa, la moral o el orden público. Dos ejemplos muy significativos son las cláusulas penales y ciertas cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, ambas de uso habi-

tual en la contratación y, en especial, en la contratación entre empresarios. No es raro ver excesos en la configuración de estas cláusulas mediante las que el predisponente aprovecha su posición para imponer al adherente riesgos que no le corresponderían o garantías desproporcionadas frente al incumplimiento, sin compensación ni justificación objetiva alguna. En el caso de que el adherente sea un no consumidor susceptible de ser protegido por su posición, será necesario recurrir a un control diferente al que representa el Derecho imperativo, en concreto, según lo que se defiende aquí, a la buena fe del art. 1258 Cc. Precisamente a esta figura dedicaremos las líneas que siguen y, con ello, la última parte del trabajo.

TERCERA PARTE

**LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258
COMO POSIBLE MECANISMO DE CONTROL
DE CONTENIDO EN LOS CONTRATOS
MEDIANTE CONDICIONES GENERALES
ENTRE EMPRESARIOS**

CAPÍTULO I

LA BUENA FE EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL CÓDIGO DE COMERCIO

En las páginas anteriores hemos visto cómo el Derecho de la competencia y los criterios generales de control del Derecho de obligaciones y contratos, si bien son lógicamente aplicables a los contratos predisuestos entre empresarios, dejan muchos supuestos de posibles abusos por parte del predisponente en este tipo de contratos sin resolver. Bien porque su generalidad impide que puedan suponer una vía de nulidad para aquellos supuestos que no impliquen una vulneración flagrante del ordenamiento jurídico (véase orden público, moral), bien porque, por el contrario, tienen un ámbito de aplicación delimitado, que no siempre ha sido desarrollado en todas sus posibilidades teniendo en cuenta el factor predisposición o que –en algún caso, como el de interpretación *contra proferentem*– se han aplicado más allá de la finalidad de la norma, precisamente, para suplir estas carencias. Dado que nosotros defendemos la oportunidad de un control de contenido en contratos mediante condiciones generales entre empresarios, es necesario encontrar una pauta o un concepto que permita hacer frente de forma general a todos los excesos que pudiera cometer el predisponente frente a un empresario adherente. Pues bien, la noción de la buena fe, a la que se recurre junto con la idea de desequilibrio de derechos y obligaciones en la legislación de consumidores, podría ser ese criterio de control también en condiciones generales de la contratación entre empresarios, con las salvedades que veremos.

En cualquier caso, y como paso previo, hay que decir que no es casualidad dedicar estas líneas en exclusiva a la figura de la buena fe, como núcleo sobre el que asentar un posible control de contenido de condiciones generales fuera de la LCGC y dentro de las reglas generales del Derecho de obligaciones y

contratos. La buena fe, como hemos tenido ocasión de ver en las alusiones a las distintas fórmulas de control material, es el centro de todas ellas. Así lo es en el ámbito del Derecho de consumo (Directiva 93/13/CEE y, como consecuencia, nuestro TRLC y las leyes traspuestas de los países vecinos, que hacen referencia a cláusulas contrarias a las exigencias de la buena fe) y también en los sistemas que amplían su ámbito subjetivo a todo adherente. Recordemos el § 307 BGB y su «*Treu und Glauben*» o la «*boa-fé*» del art. 15 de la *Lei de cláusulas contratuais gerais* portuguesa. Los textos europeos de Derecho de los contratos también hacen de la buena fe un elemento esencial de la definición de cláusulas abusivas, tal y como demuestra el art. 4:110 PECL («*en contra de los principios de la buena fe*»), el art. II- 9:403 DCFR («*en contra de las exigencias de la buena fe*») o el 6:301 de los Principios Acquis («*contraria a las exigencias de la buena fe*»). Asimismo ocurre en normativa sectorial, como la Ley contra la Morosidad, que introduce en su última reforma la figura de la buena fe en el control material respecto de cláusulas o prácticas relacionadas con el plazo de pago, el tipo de interés de demora o la compensación por costes de cobro (art. 9). Y en esta línea se ha mantenido la Propuesta de Modernización de la Sección Civil de la Comisión de Codificación, al configurar su control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente recogido en el art. 1262.

Se podría decir, por tanto, que, al igual que hablar de condiciones generales de la contratación es hablar de control de contenido, hablar de este control, es hablar, a su vez, de buena fe. Carecemos sin embargo en la normativa dedicada a los contratos predispuestos en nuestro ordenamiento jurídico, de una cláusula general de la buena fe aplicable a todo adherente en el sentido de la contenida en el art. 82 TRLDCU, sólo de aplicación a los contratos con consumidores y respecto de la que no cabe, a nuestro juicio, la analogía⁹⁰³. Pero la buena fe está presente también en legislación no restringida al Derecho de consumo y, por ende, aplicable a todo tipo de contratos⁹⁰⁴. Es necesario, así, ver las posibilidades como fundamento de un control de contenido de ciertos preceptos que aluden a la buena fe.

En este sentido, es incuestionable que la buena fe es un criterio central en nuestro ordenamiento jurídico privado⁹⁰⁵. De hecho, las referencias a la buena fe son constantes a lo largo de nuestra normativa siendo, a la vez, un concepto de abundante recurso por los Tribunales. Sin embargo, estamos ante una noción que

⁹⁰³ *Vide supra* Segunda parte. Capítulo II.

⁹⁰⁴ Es más, como señaló DE LOS MOZOS, J. L., 1965, p. 137: «el campo del Derecho mercantil es una de las zonas donde más libre e intensamente se ha desarrollado el principio de la buena fe».

⁹⁰⁵ «La buena fe es un criterio que ningún Derecho justo puede desterrar con independencia de sus previsiones», en palabras de ALGUER, J., *RJC*, p. 550.

puede ser utilizada en diversos sentidos y respecto de la que se han hecho diferentes clasificaciones. Una primera distinción es la por todos conocida buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Si la primera es un estado de conciencia, concretamente, de falta de conciencia de antijuridicidad ante un defecto jurídico, la buena fe objetiva (la que nos interesa en este trabajo) se abstrae de la intención, conocimiento o desconocimiento del sujeto determinado, para centrarse en el modelo de conducta con el que se trata de regular un determinado supuesto de hecho, es decir, en el modelo de conducta que debe observarse⁹⁰⁶. Por otra parte, las alusiones normativas a la buena fe se pueden agrupar, siguiendo a Díez-Picazo⁹⁰⁷, en torno a tres categorías. Mientras que, por un lado, se puede entender la buena fe como ignorancia de la lesión que se ocasiona en un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho (coincidiría, en este caso, con la buena fe subjetiva), otra acepción de este concepto se centra en la confianza en una situación jurídica objetiva. Pero el interés lo presenta para nosotros el último grupo de casos: aquéllos en los que buena fe significa «rectitud y honradez en los tratos y supone un criterio o una manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos» (buena fe objetiva).

En relación con este último sentido, centrándonos en el campo de las obligaciones y los contratos⁹⁰⁸, nos ocuparemos de dos de los preceptos mencionados, 7.1 y 1258 Cc, para analizar su aptitud como cauce de control de contenido en contratos mediante condiciones generales, aunque adelantamos que el art. 1258 es el que encierra un verdadero potencial en este aspecto. De hecho, después de hacer algunas observaciones sobre la generalidad de la buena fe del art. 7.1 Cc y la función integradora de la misma noción del art. 1258 Cc, pasaremos a aportar los argumentos que nos llevan a defender la postura de aquellos autores que abogan por un control de contenido a partir de esta cláusula general.

I. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO: ARTÍCULO 7.1 DEL CÓDIGO CIVIL

El principio general de la buena fe se positiviza en el ordenamiento jurídico español en 1974 con la voluntad de, manteniendo el juego concreto de la buena fe en cada una de las instituciones jurídicas, «enunciarla como postula-

⁹⁰⁶ Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1995, pp. 835-836.

⁹⁰⁷ Díez-Picazo, L., 2007, pp. 60-61.

⁹⁰⁸ Resaltan lo decisivo del principio de la buena fe en todo el campo de las obligaciones VON TUHR, A., *RDP*, p. 341; ALGUER, J., *RJC*, p. 435.

do básico por cuanto representa una de las más fecundas vías de irrupción del contenido ético social en el orden jurídico»⁹⁰⁹. Así, el art. 7.1 dispone que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». Esta mención explícita viene a consolidar un principio general del Derecho existente en el ordenamiento y que, como tal, ya informaba el sistema jurídico. Con su inclusión en el Código civil pasa de ser una fuente informadora o subsidiaria del Derecho a ser una fuente primaria, con valor de ley⁹¹⁰. A pesar de las consecuencias favorables que se asociaban a esta positivización, la doctrina le restó importancia a los frutos de reafirmar el principio de buena fe sobre el argumento de que, por una parte y en palabras de Montés⁹¹¹, el legislador se había limitado a explicitar uno de los principios generales que ya la doctrina y la jurisprudencia habían recogido, pues de manera previa a la reforma, el art. 1258 Cc había servido como apoyo a los Tribunales para llevar a cabo tareas de interpretación e integración de normas y contratos conforme a los postulados de la buena fe. Por otra parte, no se habían suministrado pautas o claves que permitieran al intérprete explicar la eficacia y alcance del principio.

En este sentido, hay que colocar la buena fe del art. 7.1 Cc en el mismo plano que la contenida en el art. 1258 del mismo texto: buena fe como regla de conducta que la conciencia social exige en cada caso conforme a un imperativo ético dado⁹¹², buena fe considerada objetivamente. El hecho de que se hayan obtenido de este último artículo consecuencias más extensas que las que se derivan del 7.1⁹¹³ está relacionado con el carácter indeterminado del mismo, innato a su naturaleza de principio general del Derecho positivizado y que impide que se puedan determinar de antemano los deberes concretos que conlleva la actuación conforme a la buena fe⁹¹⁴.

Esto no implica que la formulación del principio de la buena fe en el art. 7.1 Cc se deba considerar inútil⁹¹⁵. Su ubicación en el Título Preliminar

⁹⁰⁹ Así reza la EM del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se dota al art. 7.1 Cc de su redacción actual. Acerca de sus antecedentes (fundamentalmente el art. 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964) y de la tramitación de la norma, *vid.* MONTÉS PENADÉS, V. L., 1977, pp. 356 y ss. También, BATLLE VÁZQUEZ, M., 1978, p. 117; GULLÓN BALLESTEROS, A., 2000, p. 395.

⁹¹⁰ *Ibidem*, p. 395. Para LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., 1998, p. 500, por el contrario, no parece que sea la formulación con carácter general de este principio pues el precepto indica sólo una particular aplicación de la regla principal de la buena fe, pero no la única.

⁹¹¹ MONTÉS PENADÉS, V. L., 1977, p. 365.

⁹¹² Díez-PICAZO, L., 2007, p. 61.

⁹¹³ MONTÉS PENADÉS, V. L., 1977, p. 367.

⁹¹⁴ Acerca del carácter abstracto del art. 7.1 Cc, *vide* LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., 1998, pp. 502-503; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1995, p. 831; BATLLE VÁZQUEZ, M., 1978, p. 118; ROCA GUILLAMÓN, J., 1993, pp. 447 y ss.; GULLÓN BALLESTEROS, A., 2007, pp. 64-67 y 84-85.

⁹¹⁵ Díez-PICAZO, L., 1977, p. 10, resalta que, a pesar de que no se trata de una «genuina innovación», «la inserción de un texto en el Título Preliminar contribuye de manera muy eficaz a dinamizarlo».

reafirma el principio general y no deja duda sobre la extensión del mismo más allá de las relaciones obligatorias a todas las relaciones de carácter patrimonial. Así, la regla de la buena fe debe ser aplicada en las reglamentaciones privadas entre particulares dentro del campo de la autonomía privada, a través de los negocios jurídicos⁹¹⁶. Sin embargo, sí que parece estar lejos de conseguir ser un precepto de aplicación directa por la excesiva abstracción con la que se recoge. Ciertamente, en el enunciado («los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe») se echa en falta una mayor concreción del supuesto de hecho –«*si se puede llamar así*», matiza Miquel⁹¹⁷– y la consecuencia jurídica, elementos que conforman una norma en sentido técnico.

Como ya se apuntó con anterioridad, no estamos ante un caso en el que con una pequeña labor de subsunción se puede definir un supuesto de hecho y la correspondiente consecuencia jurídica sino que el art. 7.1 Cc exige algo más: determinar esos supuestos de hecho y las consecuencias jurídicas encuadrables en el contenido material del mandato legal. En este sentido, el legislador no ha proporcionado pautas que ayuden al intérprete a aplicar la idea de buena fe a las múltiples situaciones, dispares entre sí, en las que tiene cabida este principio. En palabras del Miquel⁹¹⁸, «el artículo 7 entendido como una autorización para la búsqueda de fundamentaciones de las decisiones judiciales en valores como la honestidad, fidelidad y protección a la confianza suscitada por la otra parte, permite al juez la realización de los mismos pero le exige una labor de concreción para la que el legislador no le presta ayuda en el mismo artículo 7.1».

Efectivamente, las menciones a la buena fe del art. 7 Cc están presentes de forma reiterada en la jurisprudencia, que entiende que «consagra como norma el principio general de derecho de ese nombre, con lo que implica un mandato jurídico con eficacia social organizadora». Incluso se recalca su naturaleza de buena fe objetiva y lo vincula con el ámbito contractual disponiendo que «ese carácter objetivo se encamina a comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos» (STS 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217])⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Para MONTÉS PENADÉS, V. L., 1977, p. 371, de hecho, la única novedad es la posición sistemática y la extensión a todo el campo de las relaciones patrimoniales.

⁹¹⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1991, p. 39. Por otra parte, es conocida la distinción que realiza Díez-PICAZO, L., 1977, pp. 11-12, entre la buena fe como parte de un supuesto de hecho, como concepto técnico-jurídico, y la buena fe como principio general (con el que se identifica la buena fe contenida en el art. 7.1 Cc).

⁹¹⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1991, p. 39.

⁹¹⁹ «[...] [L]a buena fe, como principio general del derecho» –señala la STS 19 de enero de 2005 [RJ\2005\518], por su parte– «ha de informar todo contrato y obliga a un comportamiento humano objeti-

Pero el precepto que nos ocupa no figura (en general) de forma solitaria en las argumentaciones de los tribunales en sede de contratos, sino casi siempre relacionado con otros preceptos que también recogen la noción de la buena fe en su vertiente objetiva. Uno de los que será elemento clave de este trabajo por su mayor concreción es el ya apuntado art. 1258 Cc, asiento de la buena fe como fuente de integración del contrato. Pero también fuera del Código civil tiene su espacio la buena fe del art. 7.1, como es el caso, por ejemplo, de la Ley de Competencia Desleal, cuyo mandato contenido en el art. 5, cuando reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe, no es sino una derivación de este principio general positivizado: «La referencia a la buena fe que se contiene en el artículo 5 de la Ley 3/1991 viene hecha a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que se encuentra acogida en el artículo 7.1 del Código civil como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos [...]» (STS 15 de octubre de 2001 [RJ\2001\9441])⁹²⁰.

Debido a la generalidad del art. 7.1 Cc no extraña, por tanto, que esta disposición sea citada al hilo de múltiples y variados supuestos aunque no observamos, sin embargo, resoluciones en las que la buena fe del art. 7.1 Cc haya sido mecanismo –por sí mismo– para declarar la nulidad de una cláusula, lo que no sorprende a la vista de lo expuesto en párrafos anteriores: parece claro que un precepto tan impreciso, formulación de un principio general, con un ámbito de aplicación tan extenso, con un supuesto de hecho vagamente definido y enfocado hacia el ejercicio de los derechos, difícilmente puede ser el punto central en el que apoyar un control de contenido en materia contractual⁹²¹.

vamente justo, legal, honrado y lógico en el sentido de estar a las consecuencias de todo pacto libremente asumido, sin frustrar la vocación o llamada que el mismo contiene a su cumplimiento, de forma que quien contrata u oferta contratar queda obligado, no sólo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; la buena fe no se refiere a la buena fe subjetiva (creencia, situación psicológica), sino a la objetiva (comportamiento honrado, justo), a la que se alude en el artículo 7 del Código [...]». En el mismo sentido, entre otras, *vide* SSTS 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906], 9 de octubre de 1993 [RJ\1993\8174], 8 de junio de 1994 [RJ\1994\4905], 26 de octubre de 1995 [RJ\1995\8349], 13 de abril de 2004 [RJ\2004\2619], 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217], 17 de septiembre de 2010 [RJ\2010\8865].

⁹²⁰ Señalan esta vinculación, entre otras, también SSTS 19 de abril de 2002 [RJ\2002\3306], 24 de noviembre de 2006 [RJ\2007\262], 8 de octubre de 2007 [RJ\2007\6805]. Recordemos, no obstante, lo dicho al hilo del análisis del Derecho de la competencia (Segunda parte. Capítulo I) acerca de que no se debe interpretar esta buena fe objetiva en una clave excesivamente civilista.

⁹²¹ Es más, DÍEZ-PICAZO, L., *ADC*, 2011, p. 1872, llega a señalar que tanto la buena fe del art. 7 Cc como el abuso de derecho son límites del ejercicio de los derechos subjetivos y significan que los derechos subjetivos ya adquiridos no pueden ejercitarse en forma que sea contraria con los módulos establecidos y «por consiguiente», concluye, «no hay nada en el artículo 7 Cc que resulte aplicable a la contratación».

II. LA BUENA FE EN EL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL

El art. 1258 Cc dispone que los contratos obligan «no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». El contenido de un contrato, se nos dice, es más amplio de lo que pueda parecer a la vista del clausulado expresamente pactado. El art. 1258 Cc contiene, así, una norma de integración del negocio jurídico y cita, como una de las fuentes externas a la voluntad contractual, la buena fe, buena fe que, como en el caso anterior, hay que entenderla en su faceta objetiva⁹²².

Por su parte, el art. 57 Ccom obliga, en el ámbito de los «contratos de comercio», a su ejecución y cumplimiento «de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones».

Aunque en alguna ocasión se ha señalado como precepto equivalente al art. 1258 Cc⁹²³, también se ha puesto de manifiesto, en sentido contrario, que en él la buena fe tiene un ámbito limitado al cumplimiento y ejecución de los contratos y no a su integración⁹²⁴. De ahí que, en cualquier caso, se recurra al art. 1258 Cc para la integración también de estos contratos, por vía de la remisión del art. 50 Ccom.

A pesar del carácter genérico del precepto o, quizás, como consecuencia, las menciones a la buena fe del art. 1258 Cc se encuentran de forma abundante en la jurisprudencia y cumpliendo, además, diversas funciones de las que mencionaremos algunas⁹²⁵. Comenzaremos con la buena fe en su faceta her-

⁹²² Sin perjuicio de que después profundicemos en la buena fe como criterio de integración, dejamos aquí citados algunos comentarios sobre el art. 1258 Cc y la buena fe: ROCA GUILLAMÓN, J., 1993, pp. 447 y ss.; ALMAGRO NOSETE, J., 2000, pp. 517 y ss.; DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., 2009, pp. 1482-1485; GARCÍA RUBIO, M. P., 2010, pp. 1374-1375.

⁹²³ GONDRA, J. M., 1992, p. 190; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 384 (aunque, como se señala en la nota a pie siguiente, este autor matiza su postura con posterioridad); VILA FLORENSA, P., 2002, pp. 502-503.

⁹²⁴ DE LOS MOZOS, J. L., 1965, p. 137; GARCÍA AMIGO, M., AC, p. 6. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDM*, p. 422, modifica su posición sobre la equiparación entre ambos artículos, pasando a entender que no es correcta, al menos en lo que se refiere a las fuentes de integración del contrato: la buena fe a la que se refiere es la buena fe *in executivis*, no en su función de integración; los usos son interpretativos, es decir, en el sentido del art. 1287.1 Cc; no hay referencia al Derecho dispositivo mercantil. Este autor propone entender que el precepto equivalente en el Código de comercio al 1258 Cc no es el 57 sino el art. 2 Ccom. La función principal de este artículo no sería la de regular las fuentes del Derecho mercantil sino la de «especializar» la prelación de fuentes de éste, haciendo prevalecer los usos, tan importantes en el tráfico mercantil, sobre el Derecho dispositivo.

⁹²⁵ ECKL, C., 2013, p. 51, enumera una serie de funciones que desempeña la buena fe en el Derecho contractual: directiva para la interpretación del contrato; origen de varios tipos de obligaciones accesorias; estándar para la valoración de cláusulas contractuales (incluso las cláusulas generales de contratación);

menéutica –mera interpretación de la voluntad común de las partes– (1), para seguir con la integradora –imposición a las partes, en su caso, de deberes más allá de los pactados e incluso contra su voluntad– (2)⁹²⁶. Desde allí, se planteará la posibilidad de dar un paso más y recurrir a la buena fe como criterio de imposición negativo en condiciones generales de la contratación respecto de aquellos contenidos «pactados» por las partes y que sean contrarios a este principio general del Derecho (Capítulo II).

1. Como criterio de interpretación

Sin perjuicio de la función integradora que literalmente se deriva del art. 1258 Cc y que nos ocupará el próximo apartado, la buena fe de este precepto ha cumplido de forma frecuente para la jurisprudencia una función de interpretación. El hecho de que la buena fe sea un principio general que informa todo el ordenamiento jurídico hace que en la tarea de dar sentido a las declaraciones de las partes intervinientes en un contrato haya que tener en cuenta la exigencia de un comportamiento según «las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida» (por todas, STS 21 de noviembre de 2003 [RJ\1090\2003])⁹²⁷.

Así las cosas, no sorprende que la buena fe sea citada como uno de los principios rectores de la interpretación del contrato, en clara relación con «las ideas de confianza y de autorresponsabilidad»⁹²⁸, a pesar de no estar incluida dentro de los criterios recogidos en los arts. 1281 a 1289 Cc. Efectivamente, no se encuentra una mención expresa a esta regla en los artículos dedicados a la interpretación –como sí que ocurre en el caso de los usos, fuente de integración en el precepto que nos ocupa y, a la vez, pauta para la interpretación de los contratos, tal y como reza el art. 1287 Cc– pero es innegable que buena parte de las reglas de interpretación están inspiradas en el principio de buena fe⁹²⁹. Un ejemplo claro de ello sería el art. 1288 y su criterio de interpretación *contra*

rechazo del abuso de derecho; liberación del deudor en los casos de excesiva onerosidad y cláusula *rebus sic stantibus*; instrumento supletorio para flexibilizar las disposiciones legales con trascendencia para el Derecho contractual.

⁹²⁶ Puntualizamos que en la recopilación jurisprudencial de la buena fe como criterio de interpretación e integración se han incluido algunas sentencias referentes a consumidores que pueden ser de interés para poder ilustrar la situación.

⁹²⁷ También se refleja la importancia que este principio tiene en sede de interpretación en la STS 22 de diciembre de 2005 [RJ\2006\1217].

⁹²⁸ DíEZ-PICAZO, L., 2007, pp. 499-500; ROJO AJURIA, L., 1995, p. 3694.

⁹²⁹ LASARTE, C., *RD*, p. 68.

proferentem, ampliamente utilizado por la jurisprudencia precisamente en el ámbito de los contratos de adhesión y sobre el que hemos tenido ocasión de pronunciarnos.

Además de constatar su presencia en la argumentación de los Tribunales⁹³⁰, son dos los aspectos que debemos señalar. Por una parte, matizar el papel de la buena fe en su faceta interpretativa. Por otra, apuntar la relación entre la interpretación y la función integradora –rol principal, el de la creación de deberes accesorios, de la buena fe del art. 1258–.

En cuanto a la primera cuestión, Lacruz⁹³¹ alude a un triple aspecto de la buena fe en relación con la interpretación del contrato: buena fe como lealtad y corrección que el intérprete debe suponer en el contratante, buena fe como desenvolvimiento leal que objetivamente debe darse mediante la interpretación a las relaciones contractuales y, por último, buena fe como protección a la confianza del destinatario en el sentido objetivo de la declaración e imposición de la correspondiente responsabilidad al declarante. Debe advertirse que en ninguno de los tres aspectos el propósito es realmente averiguar la voluntad de los contratantes, lo que lo convierte en un criterio objetivo.

Ciertamente, aunque la interpretación haya de buscar la voluntad común a una y otra parte, también hay reglas hermenéuticas que pretenden, en cambio, atribuir a las cláusulas un sentido, no derivado de la intención de los contratantes sino obtenido a través de criterios objetivos teniendo en cuenta el significado normal y usual de sus declaraciones. Nos referimos a la denominada interpretación objetiva que, según la doctrina, está recogida en los arts. 1284 a 1289 Cc, por contraposición a la subjetiva que preconizan los arts. 1282 a 1283 del mismo texto⁹³². Así conceptuada, la buena fe sería un criterio de interpretación objetivo, tal y como subrayó De Castro⁹³³ al afirmar que «el recurso a la buena fe no es 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».

⁹³⁰ Deriva el Tribunal Supremo consecuencias de la función interpretativa de la buena fe del art. 1258 en sus sentencias de 26 de mayo de 1986 [RJ1986\2823], 27 de mayo de 2003 [RJ2003\3931], 5 de diciembre de 2008 [RJ2009\13], 3 de noviembre de 2010 [RJ2010\8017] y 26 de noviembre de 2012 [RJ2012\11210]. Del mismo modo, la jurisprudencia menor también hace alusión a la buena fe del art. 1258 como criterio «que debe presidir todo contrato», tal y como afirma, entre otras, la SAP Murcia de 10 de mayo de 2011 [JUR\2011\214539].

⁹³¹ LACRUZ, J. L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (*et al.*), 2007, p. 503.

⁹³² Acerca de los criterios que deben presidir la interpretación, las dos tendencias que tradicionalmente enfrentadas son recogidas por CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, pp. 718 y ss.; DÍEZ-PICAZO, L., 2007, p. 497; ROJO AJURIA, L., 1995, p. 3693.

⁹³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., 1985, p. 89.

La cuestión de fondo que subyace es que la buena fe del art. 1258 no tiene un carácter meramente interpretativo. Salvo alguna opinión inicial y que se debe considerar ya superada⁹³⁴, así lo ha defendido la doctrina. Díez-Picazo⁹³⁵ calificó en su momento como errónea la afirmación de que la buena fe constituyera únicamente un criterio de interpretación de los contratos y que, por consiguiente, para ser aplicada fuera necesario un punto de apoyo en la voluntad de las partes «pues ello entrañaría conceder eficacia a la voluntad de no comportarse conforme a la buena fe». Tampoco para Roca Guillamón⁹³⁶ el art. 1258 puede ser considerado como una norma de carácter simplemente interpretativo puesto que los efectos se generan con independencia de la voluntad de las partes, sin que puedan ser excluidos por las mismas y sin que quepa, por lo tanto, hablar de una labor de reconstrucción de la voluntad no expresada claramente u omitida.

De hecho, como sabemos, en el referido precepto es donde residen las directrices para una operación jurídica relacionada con la interpretación pero diferenciada y de mayor calado, como es la integración del contrato, siendo una de esas directrices la buena fe.

2. Como fuente de integración

Aun en el caso de que el tenor de las cláusulas de un contrato no deje lugar a dudas, pueden darse supuestos en los que el negocio esté o devenga «inacabado». Por una parte, por la normal ausencia de previsión minuciosa por las partes de las consecuencias que se pueden derivar del contrato que las vincula. Por otra, porque una o más cláusulas o parte de ellas puedan ser declaradas nulas por un órgano judicial pero subsistir el resto del negocio jurídico. Ante esta naturaleza incompleta del mismo, ya sea previa o sobrevinida, tiene cabida la figura de la integración, dirigida a resolver las dificultades planteadas por la falta de voluntad respecto de un problema concreto⁹³⁷.

De esta suerte, en relación al segundo de los supuestos, es frecuente la invocación de la buena fe del art. 1258 en su papel integrador como consecuencia de una previa declaración de nulidad parcial que conlleva la necesidad de

⁹³⁴ CANO MATA, A., *ADC*, pp. 193-206.

⁹³⁵ Díez-PICAZO, L., 1979, p. 388.

⁹³⁶ ROCA GUILLAMÓN, J., 1993, p. 426.

⁹³⁷ Acerca de la integración, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1995, pp. 3636-3642; CASTÁN TOBEÑAS, J., 2008, p. 722; Díez-PICAZO, L., 2007, pp. 63 y ss.; LACRUZ, J. L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (*et al.*), 2007, pp. 499 y ss.

integrar el contrato subsistente. Es más, no puede ser de otra manera cuando existen remisiones legales expresas a este artículo fuera del Código Civil, como el 10.2 LCGC, que obliga a la integración de la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por este precepto del Código civil, o el art. 9.1 LMOC. Pero incluso en ausencia de estas remisiones y dado el carácter de precepto de Derecho común del art. 1258, el operador jurídico tendría que recurrir al criterio de la integración contractual conforme al principio general de la buena fe objetiva en el contenido⁹³⁸.

Ahora bien, no es necesario que concurra ninguna de las dos situaciones anteriormente citadas (falta de previsión de las partes, nulidad parcial) y que exista una laguna contractual para la aplicación del art. 1258. Ante un contrato existente, el contenido del mismo se compone, en todo caso, tanto de lo expresamente pactado cuanto de las consecuencias derivadas de las fuentes heterónomas de integración del contrato⁹³⁹. Esta proyección de la buena fe –como fuente de integración que es– implicaría, en palabras de Díez-Picazo⁹⁴⁰, el nacimiento de una serie de deberes especiales de conducta e incluso una ampliación de los deberes que han asumido las partes expresamente.

También el Tribunal Supremo ha reconocido esta faceta integradora de la buena fe contenida en el art. 1258 que, «en su sentido objetivo, consiste en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto, por lo que deben estimarse comprendidas en las estipulaciones contractuales aquellas obligaciones que constituyen su lógico y necesario cumplimiento»⁹⁴¹,

⁹³⁸ Es de señalar que el art. 83.2 TRLC que, en el mismo sentido, disponía que «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de la buena fe objetiva», se vio afectado por el art. Único 27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo [en cumplimiento de la STJUE 14 de junio de 2012 (Caso Banco Español de Crédito, TJCE 2012\143)], por el que se suprimía esta facultad de modificación del Juez, de tal forma que ahora solo puede limitarse a dejar sin aplicación la cláusula declarada abusiva. Sin perjuicio de esto y junto con los otros artículos mencionados, también el 65 TRLC incorpora una mención a la buena fe en su vertiente de criterio de integración del contrato pero al amparo del principio constitucional de protección del consumidor: «los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de la buena fe objetiva...». En este caso, sin embargo, el legislador se está refiriendo a la integración, no en el caso de nulidad parcial, sino en el de la inclusión de obligaciones al margen de las «pactadas» por las partes, cuestión de la que nos ocuparemos a continuación. Acerca de la aparente disparidad de criterios en las tres normas citadas –sólo art. 1258 (art. 10.2 LCGC), art. 1258 y buena fe objetiva (antiguo art. 83.2 TRLC), sólo buena fe objetiva (art. 65 del mismo texto)– ver CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, p. 580.

⁹³⁹ LASARTE, C., *RD*, p. 73. En el mismo sentido, LACRUZ distingue entre la autointegración, mediante la que los vacíos producidos por la carencia de regulación privada pueden llenarse en virtud de la fuerza expansiva de la propia regulación, y la heterointegración, objeto del precepto comentado y que implica la intervención de otros criterios externos [LACRUZ, J. L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (*et al.*), 2007, p. 500].

⁹⁴⁰ Díez-Picazo, L., 2007, p. 63.

⁹⁴¹ *Vide* SSTS 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] y 17 de febrero de 1996 [RJ\1996\1408]; SAP Cádiz de 19 de enero de 2007 [JUR\2007\158260]; SAP Valencia de 29 de abril de 2008 [JUR\2009\264850];

si bien también teniendo en cuenta que «el carácter genérico del artículo 1258 ha de armonizarse con los más específicos que para cada contrato y en cada supuesto contiene el Código Civil y que la posibilidad de ampliar o modificar, a su amparo, lo estrictamente convenido, ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del artículo 1258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del 1283, según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas en casos diferentes de aquéllos sobre los que los interesados se propusieron contratar»⁹⁴². Sobre esta visión restrictiva del papel integrador del art. 1258 y, en concreto, de la buena fe, volveremos más adelante aunque dejamos aquí apuntado que este argumento restrictivo pierde fuerza, a nuestro juicio, cuando se trata de condiciones generales, pues no existe como tal una voluntad común o un pacto real sobre los intereses de ambas partes.

Siguiendo con el papel doctrinal de los Tribunales, son abundantes los ejemplos jurisprudenciales en los que la buena fe del art. 1258 ha sido fundamento para el reconocimiento de determinados deberes accesorios de cumplimiento obligado para las partes, que se integran en el contenido del contrato con independencia de que hayan manifestado su voluntad expresamente en este sentido e, incluso, imponiéndose a la misma⁹⁴³. Tan amplio repertorio

SAP Madrid de 11 de marzo de 2010 [JUR\2010\207944]; SAP Castellón de 23 de noviembre de 2010 [JUR\2011\79622].

⁹⁴² Se utiliza este argumento para concluir la no exigibilidad de determinadas obligaciones en las SSTs 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] y 23 de marzo de 2007 [RJ\2007\2349]. Relaciona o deduce de la buena fe del art. 1258 Cc la existencia y exigibilidad de deberes contractuales no pactados CABANILLAS SÁNCHEZ, A., 2000 (apuntando una clasificación de deberes de protección en determinados contratos, pp. 299 y ss.)

⁹⁴³ Ilustran esta afirmación, respecto de la obligación accesoria de entrega de licencias de diversa naturaleza, la STS 14 de octubre de 1991 [RJ\1991\6918] y las SSAP Cádiz de 19 de enero de 2007 [JUR\2007\158260] y Madrid en su sentencia de 11 de marzo de 2010 [JUR\2010\207944]; respecto de una obligación de inscripción de dominio, STS 17 de febrero de 1996 [RJ\1996\1408]; referente a una obligación de inscripción de dominio, STS 15 de noviembre de 2006 [RJ\2006\8056]; como fundamento para determinar un deber accesorio de información o asesoramiento, vinculado con la necesidad de proteger las legítimas expectativas, confianza, o representación que sobre el fin del contrato se forja en la otra parte, STS 25 de mayo de 2005 [RJ\2005\4088], SSAP Guadalajara de 27 de noviembre de 2000 [JUR\2001\52880], Valencia de 29 de abril de 2008 [JUR\2009\264850] y Málaga de 7 de mayo de 2009 [JUR\2009\372108]; respecto de la obligación de subrogación de un adquirente nuevo en la constitución de un aval bancario necesario, SAP Castellón de 23 de noviembre de 2010 [JUR\2011\79622]; en cuanto a la obligación de custodia de los titulares de aparcamientos de vehículos, antes de la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, *vid* STS 22 de octubre de 1996 [RJ\1996\7238] (sentencia comentada por ESPIAU ESPIAU, S.; MULLERTA BALMAÑA, R., *RDP*, p. 787; en general, DÍEZ-PICAZO, L., 2010, pp. 347 y ss.) así como SSAP Madrid de 5 de febrero de 2000 [AC\2000\850], de 2 de marzo de 2004 [JUR\2004\249590], SAP Vizcaya de 5 de marzo de 2009 [JUR\2009\322674], SAP Cuenca de 1 de septiembre de 2009 [JUR\2009\390243], SAP A Coruña de 26 de octubre de 2011 [JUR\2011\391755] y SSAP Girona de 8 de julio de 2009 [JUR\2009\431315] y Valencia de 30 de diciembre de 2009 [JUR\2010\150362], respecto de un contrato paralelo, el de amarre.

jurisprudencial demuestra la importancia de la función integradora de la buena fe incluida en el art. 1258 Cc, no sólo en lo que pudiera considerarse su papel más directo, como puede ser completar una laguna contractual consecuencia de una nulidad parcial, sino también en su labor de imponer reglas de conducta objetivas adicionales a las pactadas y a las cuales no pueden sustraerse los contratantes.

Pues bien, si, como hemos visto, a la buena fe se ha recurrido para darle un sentido a la voluntad de las partes cuando ésta es ambigua (interpretación), para deducir una solución no prevista expresamente por las partes pero que puede ser inferida de su voluntad (interpretación integrativa) y, especialmente en lo que a nosotros nos interesa, para incluir deberes con independencia de la voluntad de los contratantes –y, repetimos, incluso en su contra– (integración), avanzamos un paso más y nos planteamos ahora una nueva vertiente de este criterio: la buena fe y su posible función como control de contenido.

CAPÍTULO II

LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 CC COMO REGLA DE CONTROL DE CONTENIDO

I. POSIBILIDAD DE RECURRIR A LA BUENA FE DEL ART. 1258 CC PARA ARTICULAR EL CONTROL DE CONTENIDO

Hasta aquí, repetimos, hemos visto cómo a la buena fe contenida en el art. 1258 Cc se le atribuyen funciones de interpretación y de integración, teniendo gran relevancia para nosotros, dentro de estas últimas, la posibilidad de imponer a las partes ciertos deberes accesorios con independencia de que hubieran sido pactados expresamente o, incluso, en contra de la voluntad de las partes.

Partiendo de esta idea, se ha propugnado la posibilidad de dar un paso más: de igual modo que se pueden imponer deberes a las partes al margen de su voluntad si se consideran preceptivos de acuerdo con la buena fe, tiene sentido que también se pudiera poner en duda la validez de aquellos «pactos» de las partes que contravinieran este principio. Así lo expone Miquel⁹⁴⁴, que encabeza el sector doctrinal que defiende la posibilidad de un control de conteni-

⁹⁴⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2011, pp. 736-737. Con anterioridad, 2002, pp. 463 y ss. También a favor de la protección de los empresarios frente a cláusulas que sean «abusivas» a través del art. 1258 Cc, ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, pp. 217-219, quien afirma que «entre todas las normas del Derecho privado, el artículo 1258 es el que mejor puede ofrecer una protección a los empresarios frente a cláusulas que sean abusivas, puesto que permite que la buena fe opere como límite, para después sancionar, corregir e integrar la cláusula que es contraria a la buena fe. La buena fe ex artículo 1258 puede cumplir la misma función que la buena fe del artículo 82.1 LGDCU. Es tan cláusula general como ésta».

do negativo respecto de los contratos con condiciones generales entre empresarios con apoyo en el art. 1258 Cc:

«Este precepto tiene una clara función integradora del contenido contractual. La buena fe aquí impone contenidos contractuales no pactados expresamente. No se trata de una interpretación de la voluntad, ni solamente de una reconstrucción conforme a una hipótesis sobre esa voluntad que no ha sido expresada, sino de normas objetivas que incluso se imponen a la voluntad de una de las partes [...]. Esta concepción de la integración contractual presenta estrecho parentesco con la función de control de contenido mediante la cláusula general de la buena fe de los arts. 80 y 82. No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual también en contra de uno de los contratantes (el predisponente)».

Suscribimos por completo la idea de Miquel que hemos dejado aquí apuntada. Trataremos de exponer en las siguientes líneas los argumentos que nos han conducido a esa postura en el ámbito de la contratación mediante condiciones generales. Se incidirá en la idea desarrollada en la Primera parte acerca del déficit de autonomía de la voluntad que caracteriza a este tipo de contratación (1) y se resaltarán las propiedades particulares del concepto de buena fe del art. 1258 Cc –imperatividad, versatilidad, mecanismo de adaptación– para configurarse como una cláusula general de control (2). Por último, se razonarán las posibilidades de recurrir a esta figura más allá de su estricta función de integración, sin perder de vista la práctica jurisprudencial (3). Una vez argumentado esto, intentaremos dotar de contenido a la buena fe del art. 1258 Cc como mecanismo de control, ya en el siguiente epígrafe.

1. Superación de la máxima *pacta sunt servanda* como noción «intocable» en condiciones generales de la contratación

El primer obstáculo que se podría aducir contra esta teoría es la vulneración del principio de la autonomía de la voluntad: dejar sin validez algo que las partes contratantes han pactado expresamente, sería ir contra la autonomía privada de las mismas. No podemos olvidar los presupuestos sobre los que se basa la concepción moderna del contrato en la que el acuerdo de voluntades es la piedra angular y en la que, por tanto, se considera cualquier limitación a la libertad de contratación como un atentado contra la libertad de la persona⁹⁴⁵.

⁹⁴⁵ Nos remitimos aquí a lo expuesto en la Primera parte, Capítulo I, apartado II, en el que se hace referencia a la importancia del principio de la autonomía de la voluntad, preconizada tanto en el Código Civil como en el de Comercio y cuyas raíces han de buscarse en una concepción liberal del contrato.

No en vano, no sólo el art. 1258 y sus criterios no aparecen configurados en el Código Civil como un límite expreso a la autonomía de la voluntad —como sí que es el 1255—, sino que, recordamos, el Tribunal Supremo, en línea con la idea de una injerencia mínima del Derecho en la vida contractual, había llamado la atención sobre la necesidad de entender de manera restrictiva la función de integración que se le reconoce a este precepto⁹⁴⁶.

Efectivamente, una de las implicaciones de la buena fe es, precisamente, la fidelidad a la palabra dada. Pero, en el caso de los contratos que nos ocupan, cuyo procedimiento contractual adolece de una falta de libertad para la parte que simplemente se adhiere al contenido predispuesto, cabría plantearse hasta qué punto a esa palabra dada se le pueden exigir las mismas consecuencias que en los supuestos de contratación negociada. Esta alegada incompatibilidad entre el respeto a la autonomía de la voluntad y un control material distinto de los controles generales no lo es tanto cuando hablamos de condiciones generales de la contratación. Como hemos tenido oportunidad de analizar, la idea de dos contratantes en pie de igualdad y con plena libertad no se identifica con la forma de proceder en la contratación mediante condiciones generales⁹⁴⁷. Es por todos sabido que en estos casos existe un déficit de autonomía de la voluntad y que, precisamente por ello, el peligro de desequilibrio entre las partes es elevado. No es que el consentimiento sea inexistente pero no se ha prestado de la misma manera que en los contratos negociados sino que deriva de la adhesión por una de las partes al contenido ya predispuesto por la otra, circunstancia que no puede recibir el mismo tratamiento que cuando el contrato es resultado de la voluntad de ambos contratantes.

Por otra parte, la llamada a la aplicación restrictiva de la integración de deberes de las partes a través del art. 1258 Cc no ha impedido, como hemos visto, la existencia de una jurisprudencia asentada y que ha aprovechado esa función para reconocer un amplio catálogo de obligaciones accesorias para las partes que, aunque en sentido positivo, no dejan de suponer una injerencia en lo pactado por los contratantes. Y si esto es así en contratos negociados, pensamos que menos sentido tiene la visión restringida de la función de integración en contratos de adhesión: partiendo de lo dicho en el párrafo anterior, el

⁹⁴⁶ Vide STS 3 de diciembre de 1991 [RJ\1991\8906] (FJ 3.º, párrafo 1.º). Crítica ésta y otras resoluciones similares, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2002, pp. 939-940, nota al pie núm. 109.

⁹⁴⁷ Citando a DÍAZ ALABART, S., 2000, p. 62, «la libertad e igualdad de los contratantes, productos de la autonomía de la voluntad y postulados de nuestro Código Civil, hoy en día aparecen teñidos de un anacronismo irreversible, se han transformado en un mito jurídico, especialmente por lo que se refiere a la contratación en masa, contratación con condiciones generales».

argumento que está detrás –el respeto por lo que los contratantes quisieron– pierde fuerza en los contratos en los que no hay una plena autonomía bilateral de la voluntad.

Así las cosas, el control de contenido pretende evitar los abusos que se pueden producir por parte del predisponente ante este déficit de contractualidad. Esta idea está hoy en día plenamente aceptada en la contratación con consumidores⁹⁴⁸. En la medida en que hemos defendido que los abusos derivados de la desigual posición de las partes se pueden producir también en la contratación entre empresarios, la necesidad de un control material –aunque difiera en intensidad respecto del de los consumidores– es extensible a nuestro juicio a este tipo de relaciones, basándonos en el mismo razonamiento y sin que ello implique, por tanto, un recorte a la libertad contractual. Es decir, la contratación mediante condiciones generales, ya sea con consumidores, ya entre empresarios, presenta peculiaridades en cuanto al componente de la voluntad en la formación del contrato, lo que justifica que se rija por otros parámetros entre los que se encuentra la necesidad de un control adicional.

La oportunidad que presenta el art. 1258 como sede de control de contenido se entenderá si tenemos en cuenta que este precepto permite lo que podríamos denominar una injerencia positiva en el contrato a través de la integración del mismo, operación que ofrece un punto de conexión con la de control. No podemos olvidar, asimismo, que presenta carácter de *ius cogens*⁹⁴⁹ y que es sede por excelencia de la buena fe objetiva –criterio que presenta unas particularidades que le hacen idóneo para ser pieza central de un control de contenido–.

En todo caso, y para un tratamiento más profundo de estas cuestiones que dejamos aquí apuntadas, nos remitimos a los apartados correspondientes: por una parte, la justificación para un control de contenido no limitado a la contratación adhesiva con consumidores (véase, en especial, Capítulo I de la Primera parte); por otra, la aptitud de la buena fe del art. 1258 Cc para ser sede de dicho control, asunto éste último que será abordado en las siguientes líneas.

⁹⁴⁸ Por todos, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2011, pp. 715-718, quien afirma que «las condiciones generales en contratos con consumidores se someten a un especial control de contenido porque el procedimiento por el que se establecen no legitima su contenido». Por su parte, VALPUESTA GASTAMINZA, E., 2009, p. 410, contrasta los principios excepcionales respecto del derecho de consumo respecto del derecho privado «clásico».

⁹⁴⁹ Respecto del art. 1258, LACRUZ afirma que «es de *ius cogens* y su aplicación, ni puede ser eliminada por las partes ni requiere la preexistencia de una laguna contractual» (LACRUZ, J. L.; DE ASÍS, F.; LUNA, A. (et al.), 2007, 502).

2. **Idoneidad del concepto de buena fe para extender su ámbito de aplicación más allá de la función integrativa**

La vinculación de la buena fe con la idea de control de condiciones generales en la doctrina española la apuntaba ya De Castro⁹⁵⁰ en su trabajo de 1961. En él abordaba este tipo de contratación y señalaba a la buena fe y a las buenas costumbres como límites irrebasables de la eficacia de las condiciones generales. Sin entrar en más detalles, este autor reconoce el papel que la buena fe podría desempeñar como control material respecto de todo contrato mediante condiciones generales, al afirmar que «en nuestro Derecho vigente las condiciones generales podrían ser impugnadas, en cuanto lo sean, como contrarias a la buena fe y a las buenas costumbres o por constituir un abuso de derecho»⁹⁵¹.

Entre la doctrina más moderna podemos encontrar una tendencia favorable al desarrollo de la buena fe del art. 1258 Cc como límite a lo pactado por las partes en condiciones generales entre empresarios. Además del ya citado Miquel, planteando la necesidad de un control de contenido apoyado en este precepto «reinterpretado más allá de una función integradora del contrato», debemos hacer referencia a Albiez⁹⁵², autor que lamenta que la potencialidad que este artículo ha demostrado en las técnicas de la integración del contrato no se haya sabido utilizar para el control de las cláusulas abusivas, cuando el 1258 «puede asumir la misma función que el artículo 82.1» (TRLR) ⁹⁵³.

El examen de las concretas características que presenta el criterio de la buena fe objetiva nos permitirá entender mejor este potencial al que hace referencia la doctrina y al que, de una forma u otra, venimos aludiendo a lo largo del trabajo. Su carácter imperativo, su versatilidad o su faceta como mecanismo para adaptar el Derecho a la cambiante realidad social son varios de los aspectos que hemos seleccionado y que a nuestro juicio convierten a la buena fe del art. 1258 Cc en el candidato ideal para representar un límite al contenido de los contratos mediante condiciones generales concertados entre empresarios.

⁹⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ADC*, 1961, pp. 323 y 331.

⁹⁵¹ Esta postura no era defendida de modo unánime. Así, encontramos las palabras de GARCÍA AMIGO (1969, pp. 254-257) calificando de «forzado» el querer utilizar para esta finalidad el principio de la buena fe en el ordenamiento jurídico español, aun reconociendo la gran relevancia que tiene en todo el ámbito del Derecho privado y particularmente en materia de obligaciones y contratos.

⁹⁵² ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 218.

⁹⁵³ Señalan también, entre otros, el art. 1258 Cc como la cláusula general de ineficacia, BERCOVITZ, R., 2000, p. 268; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2009, pp. 1656 y ss.

Ciertamente, el hecho de que la buena fe sea un principio que impregna todo el ordenamiento jurídico y que las consecuencias de la integración del contrato no puedan ser eludidas por las partes, lo convierte en un criterio de carácter imperativo⁹⁵⁴. Nótese que, por una parte, la buena fe obliga aún al margen de la voluntad de los contratantes y que, por otra, no parece aceptable la licitud de un pacto por el que las partes limiten los efectos derivados de la buena fe del 1258: si bien son abiertamente admitidos en contratos negociados los pactos en virtud de los cuales los sujetos excluyen expresamente la aplicación de la ley dispositiva, no sería aceptable la posibilidad de que estos mismos contratantes puedan pactar la exclusión de la buena fe –en todas o alguna de sus funciones– en su relación contractual; si esto es así en contratos negociados, mucho menos será posible que las partes «pacten» restringiendo los efectos de este principio general en contratación mediante condiciones generales.

Esta imperatividad es uno de los argumentos que apoyan la idea de la buena fe del art. 1258 como un criterio más que adecuado para ser el instrumento central del control de contenido que estudiamos⁹⁵⁵. Evidenciando la buena fe del art. 1258 como límite a la autonomía de la voluntad, el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 2011 [RJ\2011\3153] afirma que «sin duda, lo acordado por los interesados lo fue en virtud del principio de autonomía de la voluntad que se recoge en el artículo 1255 del Código Civil. Ahora bien, este principio se desenvuelve con las limitaciones propias que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –artículo 1258 C– [...]». En este sentido, apunta Miquel⁹⁵⁶, el artículo 1258 Cc «ofrece ya la importante idea del sometimiento de la regla contractual a las exigencias de la buena fe».

⁹⁵⁴ La doctrina se ha pronunciado con diferente resultado acerca del carácter de la buena fe como fuente de integración: a favor de su carácter imperativo, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1991, p. 39; 1995, p. 832; LASARTE, C., *RDP*, p. 73; MONTES RODRÍGUEZ, M. P., 2011, p. 1744; GARCÍA RUBIO, M. P., 2010, p. 1374. Respaldao que se trata de un criterio dispositivo, DE LOS MOZOS, J. L., op. cit., p. 45; GARCÍA AMIGO, M., 1969, p. 255.

⁹⁵⁵ No podemos olvidar que la buena fe es una verdadera fuente de normas objetivas, tal y como manifestó DE COSSÍO Y CORRAL, A., 1955, p. 244. Es más, como apunta YZQUIERDO TOLSADA, M., *AFDUE*, p. 649, no solo le es lícito al juez, sino que es hasta obligado, buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes «(Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1959) tanto cuando las partes hayan establecido una regla suficiente, como cuando el acuerdo contradiga la norma imperativa de buena fe».

⁹⁵⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2002, p. 464.

Pero, además, el carácter versátil del concepto de la buena fe que hemos tenido oportunidad de deducir del estudio de los arts. 7.1 y 1258 Cc^{957 958}, hace de él, todavía más, un criterio idóneo para poder ser pieza clave del control de contenido. Ciertamente, una de sus mayores virtudes –esta posibilidad de una constante adecuación a la realidad– puede volverse un defecto si no se delimita pero coincidimos con Albiez⁹⁵⁹ cuando afirma, tras un análisis de la cláusula general de la buena fe como «límite por excelencia», que «no se puede prescindir de la buena fe en la definición de las cláusulas abusivas por muy diversas que sean las interpretaciones de este concepto». Ratifica este planteamiento el hecho de que la presencia de la buena fe sea una constante en la configuración de los diversos controles de contenido, tanto en los ordenamientos jurídicos comparados, como en los textos de Derecho europeo o en nuestra legislación nacional⁹⁶⁰.

El referido carácter abierto de la noción de buena fe le permite ser un mecanismo para adaptar la normativa a la cambiante realidad⁹⁶¹. Así lo han apuntado algunos autores, poniendo de relieve que la buena fe no es sino una vía para evitar las injusticias que pueden producirse por el carácter abstracto de las normas (o por la propia inexistencia de éstas) al ponerse en relación con las nuevas y cambiantes necesidades de cada momento. Teniendo en cuenta esto –advierte Lasarte– lo que requiere esta norma de carácter abierto es «una

⁹⁵⁷ Volvemos a incidir sobre el tratamiento conjunto de la buena fe contenida en ambos preceptos basándonos en que los dos supuestos hacen referencia a la vertiente objetiva de la misma a lo que se añade el hecho de que la jurisprudencia, como hemos tenido ocasión de comprobar, vincula en su argumentación en materia contractual a la buena fe de uno y otro artículo derivando, en muchos casos, las mismas consecuencias en cuanto a noción general de la buena fe. Afirman que el art. 7.1 y el 1258 deben situarse en el mismo plano, MONTÉS PENADÉS, V. L., 1977, p. 364; AVILÉS GARCÍA, J., *RCDI*, p. 1560, nota al pie número 67.

⁹⁵⁸ Señala lo abstracto y genérico del concepto de contrariedad a la buena fe, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *RDBB*, p. 872. Por su parte y en su momento, COSSIO afirma la buena fe como una verdadera fuente de normas objetivas, «un complejo de normas jurídicas que carecen de formulación positiva concreta» y que «son reunidas bajo esta designación impropia y ocasionada a equívocos» y le otorga el papel de conseguir que exista una conformidad «a una serie de principios que la conciencia jurídica considera como necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador ni establecidos por la costumbre o por el contrato; principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen carácter general pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto».

⁹⁵⁹ ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 212.

⁹⁶⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 94, denomina a la cláusula general de la buena fe como la «pieza central del control de contenido».

⁹⁶¹ Respecto de las cláusulas generales en general, aunque haciendo una amplia referencia a lo largo del trabajo a la buena fe, ver MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *AFDUAM*, p. 318. El autor señala a éstas como un instrumento indispensable para el progreso del Derecho y para que su aplicación responda a las exigencias de justicia que la sociedad reclama.

jurisprudencia decidida y atenta a los problemas actuales del mundo contractual»⁹⁶².

Pues bien, en el marco de la desprotección del empresario adherente existe en la actualidad la necesidad de un desarrollo de la buena fe del art. 1258 Cc por parte de los tribunales, como base para un posible control de contenido. De la misma manera que, como hemos tenido ocasión de estudiar, sí que se ha sabido sacar provecho a la faceta integrativa de este precepto, apoyando en él una amplia variedad de obligaciones accesorias que son impuestas a las partes, no podemos decir lo mismo en el caso de una cláusula de la buena fe que pudiera resultar de aplicación en la contratación por adhesión entre profesionales. No se nos escapa que hay una diferencia esencial: el art. 1258 aglutina, precisamente, los criterios de integración del contrato pero no representa –al menos de forma expresa– un límite a la autonomía de la voluntad. Ahora bien, teniendo en cuenta que en la contratación mediante condiciones generales no existe una verdadera autonomía de la voluntad bilateral sino imposición por una parte a la otra, puede defenderse la operatividad del art. 1258 Cc como posible freno a desequilibrios, es decir, puede defenderse que, partiendo de la ya aludida proximidad entre esta función de integración y una potencial labor de control y dejando a un lado la reticencia que siempre han demostrado los tribunales a desarrollar los conceptos indeterminados, la jurisprudencia elabore un argumento que justifique el uso de la buena fe del art. 1258 Cc más allá de la literalidad del art. 1258 Cc y permita una protección al empresario adherente mediante un control material de las cláusulas «abusivas» en estos contratos.

Salvando las diferencias, es el caso del ordenamiento jurídico alemán, en el cual fue la jurisprudencia, en un primer momento, la encargada de dar forma a este control de contenido partiendo de un precepto muy similar. Nos referimos al §242 BGB y su función de instrumento de control de contenido de las condiciones generales adquirida tras una progresiva transformación por parte de los tribunales⁹⁶³. Sin perjuicio de lo que ya se dijo acerca de la protección al empresario adherente en el ordenamiento jurídico alemán, recordamos que, efectivamente, la AGB-Gesetz de 1976 no hace sino codificar la protección que de forma previa se había desarrollado por la jurisprudencia a través de la cláusula general de la buena fe contenida en este parágrafo⁹⁶⁴.

⁹⁶² LASARTE, C., *RDP*, p. 78; COSSÍO Y CORRAL, A. de, 1955, p. 245.

⁹⁶³ WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., 2000, pp. 27 y ss., señalaron que, de hecho, se trata del desarrollo basado directamente en ese parágrafo más importante de los últimos cuarenta años.

⁹⁶⁴ Primera parte. Capítulo II. I. 1. No se puede abordar la idea de un desarrollo de la buena fe por parte de los tribunales más allá de su legalmente reconocido ámbito de aplicación sin detenernos en la obra

Aunque el art. 1258 español y el § 242 alemán no son idénticos⁹⁶⁵, no vemos por qué no podría llegar a alcanzarse un resultado siquiera similar a partir del referido precepto de nuestro Código Civil. Eckl llama la atención al respecto del deseo de construir en España algo parecido al § 242 BGB sin que la importancia que fue ganando el 1258 llegara a tener nunca la misma intensidad que su homólogo alemán, lo que explica el autor por «la supremacía del denominado dogma de la voluntad en el ámbito del Derecho contractual, siguiendo el modelo del art. 1134 del Code civil francés»⁹⁶⁶.

3. Encaje del artículo 1258 del Código civil como norma de control material

En todo caso, y siguiendo con el papel de los tribunales, la existencia y potencial de la buena fe del art. 1258 Cc no ha pasado totalmente desapercibido por nuestra jurisprudencia⁹⁶⁷. Si bien es cierto que no ha habido un desarrollo del art. 1258 Cc equivalente al alemán que le haya permitido de forma clara constituirse en un límite a lo pactado en contratación predispuesta, sí encontramos ciertas resoluciones en las que hay una voluntad por

que WIEACKER dedica a este principio general (WIEACKER, F., 1977, p. 51 (también, en especial, pp. 25, 39, 42 y 47). El autor, en un trabajo que data de 1955 pero que encaja perfectamente con nuestra problemática actual, aborda la aplicación que de la buena fe del § 242 BGB hasta ese momento hacen los tribunales alemanes, clasificando sus actuaciones en tres categorías, de las que nos interesa una de ellas, la actuación *contra legem*, mediante un nuevo Derecho judicial que va más allá de la realización de un proyecto legislativo y de la salvaguardia de la justicia en el comportamiento concreto de las partes. En este último caso, se pretende que el § 242 BGB tenga una función cuando los cambios sociales bajo los mismos criterios conviertan en injustas valoraciones hasta ahora justas. Volveremos sobre estas ideas.

⁹⁶⁵ Recordamos que el § 242 BGB dispone que el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico. Aunque tradicionalmente se ha considerado al art. 1258 Cc como el precepto equivalente al alemán, la STS 4 de julio de 2006 [RJ\2006\6080], entendió que el § 242 BGB estaba realmente más próximo al art. 7.1 Cc y al art. 57 CCom que al 1258 Cc.

⁹⁶⁶ ECKL, C., 2013, p. 45. Al respecto de esta diferencia de desarrollo del art. 1258 por parte de la jurisprudencia española en comparación con el llevado a cabo por la alemana al hilo del § 242 BGB, también ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2009, p. 214, apunta como posible causa una falta de cultura jurídica en nuestro país en el campo de los contratos de adhesión, siendo el interés entre los juristas prácticos, la litigiosidad sobre condiciones generales y el nivel de protección en Alemania incomparable con el español, limitado, además, prácticamente a los consumidores. Había puesto ya de manifiesto la diferencia abismal entre el desarrollo de parágrafo alemán y los equivalentes en España, Francia e Italia, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *AFDUAM*, p. 302; 2002, p. 938, nota a pie 102.

⁹⁶⁷ Todo ello, siendo conscientes de la postura que parece mantener el Tribunal Supremo respecto a la aplicación restringida de este precepto, que «contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe» pero sin que pueda pretenderse con base en él «que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato» (STS 30 de abril de 2015 [RJ\2015\2019]). Como argumentaremos en las siguientes líneas, nuestra posición sobre las posibilidades de la buena fe del art. 1258 Cc como mecanismo de control de contenido es distinta.

parte del órgano jurisdiccional de intentar paliar los posibles abusos que conlleva la contratación mercantil mediante condiciones generales recurriendo, bien directamente, bien de forma indirecta, a la noción de la buena fe objetiva de manera especial. Efectivamente, comenzando por este último supuesto, nos parece interesante dejar constancia de la existencia de resoluciones que se pronuncian acerca de la nulidad de determinados pactos y en las que se relaciona el papel de la buena fe objetiva –entre otros– con el control de la autonomía privada en las condiciones generales de contratación⁹⁶⁸, aunque no se constituya en torno a ella un control estructurado. En este primer conjunto de resoluciones⁹⁶⁹, la buena fe participa de todas ellas

⁹⁶⁸ Tomamos esta expresión del comentario de BERCOVITZ, R., *CCJC*, pp. 3663-3663. Se trata, la de 1986 (STS 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823]), de una sentencia relevante en la materia. El órgano jurisdiccional confirmaba la resolución de instancia declarando nula una cláusula inserta en un contrato mercantil de agencia de seguros con dedicación exclusiva del agente, en la cual se regula la posibilidad de rescisión (sic) del contrato por cualquiera de las partes sin necesidad de alegar causa alguna y con un preaviso de un mes. Aunque la nulidad de la cláusula se fundamenta en la contravención de la moral, la buena fe juega un papel relevante afirmándose que «la cláusula [...] ha de ser interpretada adecuándola a la buena fe y a la equidad» y que cuando se solicite la rescisión del contrato «haya causa suficiente y sea el momento adecuado y se guarden los principios de moralidad y buena fe, dejando debidamente liquidado el contrato a satisfacción de ambos contratantes».

⁹⁶⁹ Así, un ejemplo de recurso a la buena fe en colaboración con otros criterios y de la mano de la EM de la LCGC lo tenemos en la SAP León de 29 de abril de 2004 [JUR\2004\186010]. El órgano jurisdiccional se pronuncia acerca de un contrato de distribución y recogida de prensa y, más concretamente, del pacto en virtud del cual el transportista no comprueba ni recuenta en el punto de venta y mediante la firma de un albarán los ejemplares entregados y devueltos diariamente. La Audiencia considera que en este caso, incluso teniendo en cuenta la naturaleza del servicio y características del producto, se podrían cumplir los criterios que establece el párrafo octavo de dicha EM para extender el concepto de cláusula abusiva a contratos entre empresarios –tal y como sostiene «mayoritariamente la doctrina»– y que se resume en el abuso de posición dominante, la contrariedad de las exigencias de la buena fe y el desequilibrio importante de derechos y obligaciones. No encontramos en la sentencia, sin embargo, una argumentación en la que se desarrolle de manera concreta la regla de la buena fe sino que, de forma conjunta, identifica estos elementos en el sistema empleado para contabilizar las devoluciones, que supone «un trato desigual entre las partes contratantes, con beneficio exclusivo a favor de las hoy recurrentes, y notorio perjuicio para el demandante». También la buena fe aparece recogida junto con el desequilibrio injustificado y el abuso de posición dominante en la SAP Madrid de 21 de julio de 2003 [JUR\2004\86397] al hilo de un contrato de *leasing*. En el supuesto de hecho, el Tribunal entiende que la cláusula por la que se establece la posibilidad para el arrendador financiero de decretar el vencimiento anticipado de la operación por el impago de una o varias cuotas del mismo no supone un abuso ni es contraria a la buena fe ni causa un injustificado desequilibrio entre las prestaciones «sobre todo si se tiene en cuenta que el arrendatario financiero está disfrutando del bien cedido sin pagar las cuotas o canon derivados de su uso», no resultando el vencimiento anticipado de la operación una situación abusiva. La AP de Sevilla (sentencia de 30 de octubre de 1996 [AC\1996\2047]), por su parte, niega la aplicación de la LGDCU al contrato de *leasing* de un vehículo concertado por dos empresarios, lo que no obsta para que admita la posibilidad de un control de contenido en base a la buena fe en este tipo de contratos. Aunque concluye, de forma bastante lacónica, la no nulidad de las cláusulas en controversia, lo hace porque «no vulneran la buena fe del apelante ni pueden ser consideradas abusivas». También con base en la buena fe y el justo equilibrio, la SAP Madrid, de 20 de diciembre de 2004 [JUR\703\33919], al hilo de un contrato de concesión de automóviles deja sin efecto las limitaciones que se contemplan para la obligación del concedente de proceder a la recompra de los vehículos, piezas de recambio y herramientas especiales no utilizados. Lo mismo ocurre en el caso de la SAP Lugo, de 20 de junio de 2005

pero sin que haya un criterio uniforme: unas veces se configura como única directriz de un control de contenido expreso –bien con mención al art. 1258, bien sin respaldarse en ningún precepto–; otras se alega junto con otros criterios, como el desequilibrio y el abuso de posición dominante, ya sea al amparo del párrafo octavo de la EM de la LCGC o sin ninguna referencia al mismo; en otras, parece incluso que se tomaran calcados los parámetros de la cláusula general de buena fe de la legislación de consumo para determinar la abusividad de un pacto, aunque sin citarla⁹⁷⁰. En todo caso, nos resultan útiles para nuestra argumentación porque, por una parte y sin perjuicio de más sentencias que se sumarán a estas primeras, denotan que en la práctica judicial se aprecia en muchas ocasiones la necesidad de proteger al empresario adherente. Por otra parte, porque vemos que los elementos que se repiten junto a la figura de la buena fe, son los mismos que hemos utilizado y que utilizaremos para la configuración del control de contenido en torno al art. 1258 Cc. Efectivamente, en estas argumentaciones de los órganos jurisdiccionales suelen aparecer de forma conjunta la «buena fe», el «desequilibrio» y el «abuso de posición dominante». Para nosotros, mientras que la buena fe sería el instrumento jurídico a través del que se articularía el control material, la posición dominante del predisponente será una circunstancia a tener en cuenta como presupuesto de ese control material, del mismo modo que lo será, adelantamos, la existencia de un desequilibrio de derechos y obligaciones entre las partes. Aunque en estas resoluciones no se diferencie entre presupuestos de control y cauce para dicho control, tienen la virtud de admitir la posibilidad de que se declaren nulas por «abusivas» cláusulas también en contratos predispuestos entre empresarios y de vincular entre sí los conceptos antes referidos.

Pero también hay resoluciones que, además de reforzar la idea de necesidad de un control de contenido en los contratos predispuestos entre empresarios, toman como punto de partida la buena fe del art. 1258 Cc de cara a cues-

[JUR\213\2005], que conoce de una cláusula contenida en un contrato de *renting* en virtud de la cual el arrendatario debe seguir abonando las rentas aún en el caso de que la máquina no pudiera ser usada por falta de mantenimiento y asistencia técnica –obligación del arrendador– y debe aceptar el acceso del arrendador al local así como diversas modificaciones del material, sin posibilidad de reducción de renta. La Audiencia, sin referirse a ninguna norma en concreto, declara nulas estas cláusulas que mantienen la obligación de una parte sin contraprestación alguna por cuanto «pueden considerarse contrarias a la buena fe causando un importante desequilibrio o una desigualdad evidente de los derechos y obligaciones de las partes». Poniendo en relación estos conceptos, también, la SAP Madrid de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\108209] y el AAP Asturias de 14 de mayo de 2001 [AC\2001\1676].

⁹⁷⁰ No incluimos en este apartado aquellas resoluciones en las que de forma expresa se resuelven cuestiones relativas a contratos entre empresarios en base a la normativa de protección de los consumidores, por considerarla directamente una argumentación errónea.

tionar la validez de una cláusula. A diferencia de los supuestos anteriores, en éstos se plantea de una manera expresa esta norma como posible sede de un control de contenido en la contratación mediante condiciones generales⁹⁷¹.

⁹⁷¹ Parece ser éste el planteamiento de la AP de Granada, en sus sentencias de 21 de septiembre de 2007 [JUR\2008\23294] y 28 de abril de 2006 [JUR\2006\200439], en las que se pronuncia abiertamente acerca del art. 1258 como fundamento para la moderación de una cláusula penal en sendos contratos de obra que se considera desproporcionada («[...]esta Sala considera abusiva esta cláusula en el marco del artículo 1258 del Código civil, siendo totalmente desproporcionada la suma resultante de la pena con el precio total de la obra, pudiendo ser moderada la misma en lugar de declararla sin más nula así se admite expresamente en otros sectores de la contratación, como en el artículo 10 bis.2 de la LGD-CU o para cláusulas específicas en las relaciones entre empresarios, como en el artículo 9 de la Ley de Medidas contra la Morosidad en las Operaciones Comerciales»). También al amparo del art. 1258 Cc modera la AP de Murcia sendas cláusulas penales en contratos de explotación de máquinas recreativas por considerarlas contrarias a la buena fe contractual y generadoras de desequilibrio entre los contratantes en claro detrimento de la parte demandada (sentencias de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450] y de 14 de junio de 2011 [JUR\2011\265991]). De igual modo, la AP de Barcelona (sentencia de 29 de enero de 2010 [JUR\2010\179886]), cláusula de sumisión a arbitraje en un contrato de promoción de terminales de telefonía móvil con adherente mercantil) admite la posibilidad teórica de que una cláusula se declare nula con apoyo en el art. 1258 («Pero ello [la inaplicación de la normativa de consumidores y usuarios] no impide que, como en otras ocasiones, se pueda llegar a declarar la nulidad de una cláusula contractual, incluida en un contrato de adhesión, en la que la parte adherente no es consumidor sino una sociedad mercantil, si es abusiva por contradecir la buena fe y/o el justo equilibrio de las prestaciones, al amparo de los artículos 1255 y 1258 CC»). En el mismo sentido argumenta la AP de Pontevedra en su Auto de 4 de junio de 2012 [AC\2013\276] acerca de una cláusula de intereses moratorios en un contrato de negociación de efectos mercantiles mediante descuento («[...] las que impone la buena fe (arts. 7 y 1258 del mismo Código), entendida tanto en su función integradora del contrato como en el de límite o control de su contenido porque permite añadir deberes contractuales que pueden alterar las previsiones de una de las partes e imponerse en contra de su voluntad, podría plantearse suprimir pactos que no sean conformes con ella»). La SAP Murcia, de 16 de junio de 2011 [JUR\2011\265639] acepta el control de contenido sobre la base de la buena fe del art. 1258 Cc pero considera que no se dan los presupuestos para ello en el caso concreto mientras que la SAP Pontevedra de 29 de noviembre de 2013 [AC\2013\2295] «aun admitiendo la buena fe como principio general del Derecho de contratos, determinante de la ineficacia de una cláusula contractual que no la respete», ve un problema de falta de concreción de la contravención de la buena fe. La SAP Cuenca, de 30 de julio de 2013 [AC\2013\1667], por su parte, revoca la sentencia de instancia que había declarado nula una cláusula suelo en un préstamo hipotecario entre empresarios en virtud de los arts. 8.1 LCGC y 1258 Cc, pero por ser de aplicación a la cláusula enjuiciada un control de transparencia (volveremos sobre las cláusulas suelo y el control de transparencia material, a nuestro juicio aplicable también a los contratos entre empresarios, en su caso, *vide infra*, pp. 630 y ss.). También la SAP Madrid de 4 de junio de 2007 [JUR\2007\259763] recurre, junto con el art. 1255 Cc, a la buena fe contractual del art. 1258 Cc para declarar la abusividad de una cláusula contenida en un contrato de seguro de responsabilidad civil de un arquitecto técnico –al que, por fecha, no le era aplicable la LCS– según la que, para que la aseguradora aceptara el siniestro, era necesario que tuviera conocimiento fehaciente de la reclamación extrajudicial o judicial de la responsabilidad civil durante la vigencia de la póliza. Señala el órgano jurisdiccional que se trata de un contrato en el que el contenido ha sido predispuerto por la aseguradora derivado de su posición dominante y que dicha cláusula, en la medida en que tiene como finalidad reducir los derechos del asegurado debe entenderse nula no solo, por un lado, por ser ilícita y contraria al art. 1255 Cc, «sino también en base al art. 1258 Cc» ya que la buena fe contractual implica que se haya dado consentimiento sobre todos los elementos del contrato y esto no ocurre en el caso de que las condiciones generales incluyan cláusulas abusivas de exoneración de responsabilidad y correlativa limitación de los derechos del asegurado, «lo que debe llevar a entender nula dicha cláusula, pues aun tratándose de una póliza colectiva no excluye el carácter abusivo de la misma». Más rotunda y específica es la AP Valencia en su sentencia de 27 de junio de 2012 [TOL 2.635.994], conociendo de un contrato de mantenimiento de ascensores entre dos mercantiles, en el marco del que decla-

Pero, de todas ellas, si hay una resolución que presenta un gran interés en esta cuestión es la SAP Salamanca de 30 de diciembre de 2010 [JUR\2011\68753]. En este supuesto de hecho –un contrato de mediación inmobiliaria para el traspaso de un local de negocio– la cláusula controvertida dispone que, en caso de que la parte adquirente se volviera atrás, la señal (arras penitenciales) será repartida entre la parte cedente y la inmobiliaria (en la práctica, la inmobiliaria dará al cedente la cantidad de las arras descontando su comisión). El fallo determina que no hay ninguna duda de la validez de la misma sin que pueda, para valorar este aspecto, aplicársele la normativa sobre consumo. Sin embargo, lo realmente trascendental es que configura de forma expresa y sin ambages la buena fe contenida en el art. 1258 Cc como un verdadero control de contenido específico al que someter las condiciones generales del contrato entre empresarios e incluso aporta una serie de criterios a tener en cuenta⁹⁷². Estos criterios para determinar si hay contrariedad a la buena fe son tres y no desconocidos para nosotros: la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente; la ajenidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente; la transparencia en la predisposición de las condiciones generales. A la vista de los hechos probados, el contrato objeto de juicio –traspaso de local de negocio con ánimo de lucro– no es ajeno a la actividad empresarial del adherente sino propio de la misma, no existe acreditada ninguna posición de monopolio u oligopolio y no puede considerarse que la cláusula puesta en duda sea sorpresiva sino frecuente y usual en este tipo de negocios. A esto se suma que tampoco pueda alegarse falta de reciprocidad y proporcionalidad en la medida en que lo que se pactó en dicha cláusula es que las arras entregadas por el adquirente que después se volviera atrás en el contrato de traspaso celebrado serían repartidas entre el cedente y la inmobiliaria, a razón de la mitad cada uno, en compensación de gastos y perjuicios a ambos producidos.

ra la nulidad de sendas cláusulas de duración y cláusula penal para el caso de resolución unilateral por desproporcionadas e injustificadas: «[...] al margen de la legislación en materia de consumo, supone su nulidad conforme al Cc al vulnerar el justo equilibrio de las prestaciones que regula su art. 1258 debiendo tenerse por no puestos pero debiéndose integrar el contrato por nuestra parte y moderando los derechos y obligaciones de las partes».

⁹⁷² Así, sostiene que «[P]or consiguiente cuando nos hallamos ante los contratos celebrados por una persona física o jurídica que actúa con un propósito que no es ajeno a su actividad empresarial o profesional, como sucede en el presente caso, donde el empresario demandante que explotaba el negocio de hostel contrató con la inmobiliaria demandada el traspaso de dicho local de negocio, lo correcto será someter las condiciones generales del contrato realizado entre tales empresarios, no al control del TRLC, que no le es aplicable, sino a un control de contenido específico de conformidad a la buena fe del artículo 1258, siguiendo la sugerencia de la EM de la ley de Condiciones Generales de la Contratación, control en el cual se valorarán, entre otras circunstancias, si se ha generado el contrato en el ámbito de actividad habitual del empresario adherente».

Dos de estos parámetros –la posición de dominio y la ajeneidad del contrato respecto del sector habitual– fueron utilizados por nosotros en el Capítulo I de la Primera parte para delimitar los casos de empresarios adherentes susceptibles de ser protegidos por un control de contenido por ostentar una posición débil respecto del predisponente. En cuanto al requisito de la transparencia, volveremos sobre él en el apartado siguiente para ubicarlo como una de las implicaciones de la buena fe –junto con el equilibrio de obligaciones y derechos–.

En todo caso, lo que revela este elenco de resoluciones es que la búsqueda de protección para los empresarios adherentes no es una controversia meramente teórica. Ante este escenario jurisprudencial, nos parecen acertadas varias afirmaciones. Por una parte, se constata que no es del todo ajena a los tribunales la idea de que es necesario un control de contenido en los contratos predispuestos también en el caso en el que ambas partes sean empresarios, al menos en algunos pronunciamientos. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que a estas resoluciones deben sumarse todas aquellas otras que, a nuestro juicio erróneamente, aplican la legislación de consumidores a los contratos entre empresarios pero que lo hacen, precisamente, porque consideran que es necesario un control. Por otro lado, resulta claro el carácter imprescindible de la buena fe objetiva como pilar fundamental en la configuración de tal control. Ahora bien, aunque es cierto que la buena fe prácticamente en todos los casos es una de las directrices –e, incluso, la principal–, la escasez de pronunciamientos en este sentido y su insuficiente desarrollo nos impiden obtener una pauta, un común denominador, que pudiera servir de fundamento para decisiones posteriores y que, de esta forma, asentara la tan necesitada vía de control en los contratos entre empresarios.

Con carácter previo a concretar la aplicación práctica de la buena fe como instrumento de control material, debemos pararnos a completar la argumentación teórica que, pensamos, la respalda. Superado el obstáculo que podría representar el respeto al principio de *pacta sunt servanda* y destacadas las cualidades de la buena fe del art. 1258 Cc como regla de control material, resta un razonamiento que permita concluir el encaje de este planteamiento en nuestro ordenamiento jurídico, pues la realidad es que ni la LCGC ni, posteriormente, el TRLC han configurado un control de contenido específico fuera de los contratos de consumo. ¿Quiere esto decir que una protección del empresario adherente en este sentido chocaría frontalmente con la orientación de nuestro ordenamiento? A nuestro juicio, no. En apoyo de esta respuesta señalamos dos ideas que nos parecen indiscutibles y que eliminan la aparente contraposición con lo dispuesto por el legislador: por un lado, que la

LCGC defiende la protección del adherente y, por otro, que esta protección, en el caso de los empresarios adherentes y del control de contenido, tiene que llevarse por la vía de las normas imperativas, entre las que se encuentra la buena fe del art. 1258 Cc.

En cuanto a lo primero, estamos de acuerdo en que en el art. 8.1 LCGC se ha visto la intención clara del legislador de dejar fuera del control de contenido previsto para los consumidores a los contratos entre empresarios. Éstos solo tendrán como opción recurrir a la normas generales imperativas o prohibitivas o, como dice la EM, a las normas generales de nulidad contractual. Pero esto no quiere decir que el legislador considerara que los adherentes empresarios no eran merecedores de ningún tipo de tutela –nos referimos a la que representa el control material– sino que ésta tiene que ser diferente de la prevista para los contratos con consumidores y construirse fuera de la LCGC a partir de las normas generales de obligaciones y contratos⁹⁷³.

Esta idea del adherente empresario como susceptible de ser objeto de abusos, como sabemos, se repite y desarrolla en la EM de la norma que parece que viene a reconocer una suerte de control de contenido sujeto a unos términos similares al de los consumidores e incluso una cierta aplicación del listado ejemplificativo de cláusulas abusivas⁹⁷⁴. Somos conscientes de su falta de valor normativo directo y, de hecho, por ello negamos en su momento la posibilidad de extrapolar la aplicación del control de contenido previsto en la LCGC para los consumidores a los empresarios adherentes así como la eficacia directa del listado de cláusulas abusivas. Pero eso no impide que sí tenga un cierto valor interpretativo en la línea de reconocer la

⁹⁷³ En este sentido, el art. 8.1 LCGC, aunque repite lo obvio –indisponibilidad del Derecho *ius cogens*– y cumple la función de dejar clara la inaplicación de la cláusula general de la buena fe y equilibrio del siguiente apartado a los no consumidores, también recuerda su carácter de norma protectora del adherente frente al predisponente, al especificar que serán nulas las cláusulas vía art. 8.1 LCGC cuando la contravención sea «en perjuicio del adherente». La doctrina ha entendido tradicionalmente que esa mención sirve para reforzar el hecho de que el predisponente no puede invocar la infracción de las reglas de incorporación ni de nulidad (sobre el significado de la expresión, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2002, p. 430; BERCOVITZ, R., 2000, p. 262), pero también es una mención que recuerda que la Ley es imperativa y que tiene como finalidad proteger a los adherentes en la contratación mediante condiciones generales. El art. 8.1 descarta una protección equivalente a la de los consumidores pero nos permitiría aplicar las normas generales de obligaciones y contratos con un planteamiento más vinculado a la protección del adherente.

⁹⁷⁴ Recordamos expresiones tales como «no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de la nulidad contractual»; «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 «solo cuando exista un consumidor frente a un profesional es cuando operan plenamente la lista de cláusulas contractuales abusivas recogidas en la Ley».

existencia de situaciones en las que el empresario adherente también puede verse afectado por el especial procedimiento de contratación que se da en las condiciones generales, aunque remita a las normas generales para su solución.

Y en las normas generales es donde se ubica el art. 1258 Cc. Su texto hace referencia a dos tipos de fuentes del contrato: por un lado, autónoma, proveniente de la voluntad de los contratantes; por otro lado, heterónomas, atendiendo a las consecuencias que «según su naturaleza» sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. Esto quiere decir que obliga tanto a una cosa como a la otra. Ya hemos visto su aplicación en su función de integración, imponiendo deberes a las partes aun incluso con independencia de su voluntad. Pero, como habíamos dejado apuntado y siguiendo a Miquel, podemos dar un paso más y preguntarnos acerca de la posibilidad de que la buena fe actúe como límite a la autonomía de la voluntad. En el caso de que lo dispuesto por una cláusula sea contrario a las consecuencias derivadas de la buena fe, ¿qué prima?

El hecho de que el art. 1258 Cc recoja en principio una regla de integración del contenido del contrato y no de nulidad del mismo, no impide que alguna de las consecuencias de su aplicación, tal y como reza su texto, conlleven un efecto de mayor alcance que el integrativo. La injerencia positiva en el contrato que supone la introducción de deberes adicionales para las partes conformes a la buena fe se respalda en el carácter imperativo de la misma y se hace respetando lo expresamente dispuesto por la autonomía de la voluntad de las partes. Pero en los contratos predisuestos, la autonomía de la voluntad hay que entenderla de un modo distinto, con un peso necesariamente menor. En estricta aplicación del art. 1258 Cc –el contrato obliga al cumplimiento de lo pactado y también a las consecuencias conformes a la buena fe, usos y ley– puede darse una contradicción entre contenidos que provengan de distintas fuentes –autónoma y heterónomas–. Esa contradicción solo puede resolverse dando prioridad a una de ellas, es decir, eliminando la otra. Y, en el caso de que la fuente heterónoma sea la buena fe y la autónoma esté «degradada», desde luego que no nos parece que pueda ser aquélla la eliminada en la medida en que representa un principio general del Derecho indisponible para las partes, en la medida en que es fuente de normas objetivas. En un contrato no negociado en el que la voluntad de las partes se diluye –en el sentido de que se sustituye en cierto modo por la sola voluntad del predisponente, que hace uso de su derecho a determinar el contenido del contrato y también del derecho ajeno del adherente– se nos hace difícil sostener la afirmación de que una cláusula que sea contraria a la buena

fe sea válida por encima de este principio general del Derecho. De esta forma, el hecho de que el contrato obligue a «lo conforme a la buena fe» pasa de tener un sentido integrativo a implicar un límite en los contratos fruto de un déficit de la autonomía de la voluntad⁹⁷⁵.

Efectivamente, si estamos ante un contrato no negociado, la fuente autónoma, es decir, la autonomía de la voluntad de las partes –bilateral– tiene indudablemente una menor importancia en la medida en que el contenido del contrato o de la cláusula ha sido predeterminado por una sola de las partes y sin la participación de la otra. Así las cosas, tiene sentido que ante una «devaluación» de la fuente autónoma, las fuentes heterónomas aumenten su peso en relación con el contenido del contrato, en este caso, como límite al mismo. Por ejemplo, en un contrato negociado, ante una oposición entre la cláusula y la ley (en el sentido de Derecho dispositivo) tendría prioridad lo pactado por las partes aunque desplace a la norma. Esto sería también así con el Derecho vigente en la mano en contratos no negociados entre empresarios, porque la LCGC expresamente remite el control material en estos casos a las normas imperativas y, por lo tanto, excluye implícitamente que el Derecho dispositivo pueda ser en sí un límite al contenido. Sin embargo, como sabemos, nuestra Propuesta de Modernización sí que introduce en contratos mediante condiciones generales una presunción de abusividad de aquellas cláusulas que se separen de lo dispuesto por el Derecho dispositivo (art. 1262.4 PM). Es decir, apuesta por esta idea de que el Derecho dispositivo no es tan dispositivo cuando no hay una plena autonomía bilateral de la voluntad.

Esta búsqueda de una fórmula de control para luchar contra los abusos que se pudieran cometer en la contratación adhesiva mercantil a través de la ampliación del supuesto de hecho de una norma, no supone realmente una vulneración de la necesaria vinculación del Juez al Derecho porque esta vinculación hay que entenderla, no de forma rígida a la Ley si no como una vinculación al Ordenamiento Jurídico en su conjunto y al sistema social al que se debe y para el que ha establecido sus previsiones⁹⁷⁶. La actuación del

⁹⁷⁵ Es más, las implicaciones que se pueden llegar a deducir del papel de esta figura son mayores en los contratos predispuestos, pues hay más riesgo de que se incluyan pactos contrarios a la buena fe en un contrato no negociado que en un contrato en el que sí ha habido negociación. Nos parece interesante traer a colación las palabras de JIMÉNEZ HORWITZ, M., *ADC*, p. 521 cuando señala que las exigencias de la buena fe adquieren matices característicos allí donde la imposición de contenidos realiza un perjuicio sistemático del interés de una de las partes contratantes.

⁹⁷⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *AFDUAM*, pp. 316-317. Con una visión más estricta, Díez-Picazo subraya la necesaria vinculación de los jueces con las leyes y las fuentes del Derecho y cómo esto se ve afectado por lo que denomina la «tradición justiciera de nuestros jueces», es decir, la idea de que los jueces

Juez no solo tiene sentido para interpretar las leyes o colmar lagunas legales, sino también para dar forma a nuevas ideas jurídicas que hayan podido ser «*insinuadas*» en la propia ley, que no estaban presentes en el plan originario de esta ley o incluso que eran contrarios a él, y cuya realización por parte de la jurisprudencia rebasaría y modificaría, por tanto, el mismo⁹⁷⁷. Obvio es que este desarrollo debe estar, en todo caso, en consonancia con los principios directivos de todo el orden jurídico. Larenz, autor al que pertenece la idea anteriormente señalada, hace referencia a la posibilidad de que esta extensión se haga «atendiendo a un principio ético-jurídico», cuando nos encontramos ante un caso «que no puede ser solucionado de un modo que satisfaga la conciencia jurídica con los medios de la interpretación legal y de un desarrollo del Derecho inmanente a la ley, o bien una serie de tales casos», ilustrando, entre otros, con el ejemplo de la buena fe contenida en el §242 BGB, punto de partida de diversas doctrinas⁹⁷⁸. Este autor señala como condición previa de dicho desarrollo del Derecho superior de la ley la existencia de una cuestión que exija una respuesta jurídica pero que no pueda ser resuelta ni por la vía de una simple interpretación de la ley ni a través de un desarrollo inmanente de la misma⁹⁷⁹. Como límite, se fija el punto en el que ya no sea posible una respuesta sobre la base de consideraciones jurídicas, esto es, teniendo en cuenta todo el orden jurídico vigente.

Pues bien, la desprotección ante la que se encuentran los empresarios adherentes en el ordenamiento jurídico español es, en lo que a nosotros alcanza, un supuesto perfectamente reconducible a esta situación en la medida en que la ausencia de una vía de control de contenido da lugar a la existencia de una cuestión ciertamente relevante pero sin respuesta expresa en los textos legales. No en vano, recordamos, esta falta de extensión del control material más allá de los contratos con consumidores ha sido calificada como un desacierto político por una gran parte de la doctrina en la actualidad, opinión a la que nos sumamos por los argumentos ya expuestos en la parte inicial del trabajo. Ni las labores de interpretación ni de desarrollo inmanente de la ley permiten, como hemos tenido ocasión de estudiar, ofrecer una respuesta satis-

deben hacer justicia antes y por encima de aplicar mecánicamente las leyes y el Derecho *AFDUAM*, pp. 205 y ss.).

⁹⁷⁷ Acerca del desarrollo del Derecho, LARENZ, K., 1994, pp. 359 y ss., en especial, 410 y ss.

⁹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 410 y ss.; 424-425. LARENZ hace referencia al desarrollo del Derecho superior de la ley atendiendo a las necesidades del tráfico, a la naturaleza de la cosa y a un principio ético-jurídico.

⁹⁷⁹ Para LARENZ el desarrollo del Derecho inmanente a la ley es el derivado de la aplicación de la analogía (*ibidem*, pp. 363 y pp.)

factoria a esta necesidad de tutela. Necesidad que, sostenemos, sí que podría ser resuelta sobre la base de un desarrollo de la buena fe del art. 1258 Cc más allá de su sentido literal pero, a la vez, teniendo en cuenta consideraciones estrictamente jurídicas, como propuso Miquel. Esta idea de desarrollo «más allá del plan de la ley» es la que nos permitiría construir un puente entre la reconocida función de integración del 1258 y una potencial función de control, aprovechando la proximidad de ambas figuras. Proximidad en tanto en cuanto ambas representan, aunque con distinta intensidad, una suerte de injerencia en lo acordado por las partes. Volvemos a traer a colación la idea de que el «plus» que representa la función de control respecto de la de integración del 1258 se ve justificado, precisamente, por la falta de acuerdo –en su sentido más pleno– que se da en este ámbito. Así, la extensión pretendida no afectaría a la coherencia del ordenamiento jurídico porque la razón para tal intervención –las particulares características de la forma de contratación que nos ocupa– está claramente presente también en la contratación por adhesión entre empresarios⁹⁸⁰. Como dijimos al analizar la (no) posibilidad de analogía, la finalidad de la LCGC no se vería alterada por la aplicación de la buena fe del art. 1258 Cc como control de contenido⁹⁸¹.

En este sentido, pensamos que nada habría que reprochar a la utilización por parte de los Tribunales de un control de contenido sobre la base de la buena fe del art. 1258 Cc pues está en consonancia con aquél. Lo respaldan principios generales del mismo –como la libertad o la buena fe– y sería la mejor forma de dar cumplimiento a esa remisión a las normas generales del legislador en la EM respecto a la protección de los empresarios en la contratación mediante condiciones generales. En rigor, estaríamos ante un desarrollo del Derecho *extra legem* –rebasaría la función integrativa propia de este precepto– pero *intra ius* –se mantendría dentro del marco del ordenamiento jurídico y de sus principios⁹⁸².

⁹⁸⁰ Otra cuestión, como sabemos, es su intensidad.

⁹⁸¹ Al respecto del desarrollo judicial del Derecho superador de la ley en relación con el control de contenido de las condiciones generales del negocio, son elocuentes las palabras del ya referido autor alemán, LARENZ (1994, pp. 424-425), para quien la justificación a tal control se encuentra en el principio de libertad: «Se trata al respecto de la restricción de una libertad contractual, sólo formalmente entendida, a favor de un mínimo de justicia contractual material». Esta restricción se justifica porque la libertad contractual, «como principio ético-jurídico», «sólo se puede justificar el tiempo que ambas partes contratantes están en situación, al menos típicamente, de proteger igualmente sus intereses respecto a la conclusión del contrato». Y esta situación, señala el autor, no se da precisamente en las condiciones generales donde «[e]xiste el peligro de que quien utiliza las condiciones las establezca unilateralmente en provecho propio y de que el cliente sea inicuamente perjudicado por ellas».

⁹⁸² Aludiendo a esta idea de desarrollo *extra legem* pero *intra ius*, *vid. Ibidem*, pp. 410.

II. INTENTO DE CONCRECIÓN DEL CONCEPTO DE BUENA FE. LA BUENA FE, LA TRANSPARENCIA Y EL EQUILIBRIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES

Hasta aquí, hemos llamado la atención acerca del carácter indeterminado de la buena fe⁹⁸³ y su aptitud para ser fuente de soluciones jurídicas adecuadas a la cambiante realidad. Hemos defendido y justificado la necesidad de un desarrollo de la misma a partir del art. 1258 Cc. Se comprenderá, sin embargo, que este desarrollo de la buena fe por parte de los tribunales no se está planteando sin ningún tipo de control. Una cosa es que la formulación legal de la buena fe como una especie de cláusula general, abierta, permita al juez determinar en cada caso concreto el principio en función de las circunstancias y otra, como apunta Miquel⁹⁸⁴, que este principio sea coartada para que el juez simplemente sustituya el Derecho escrito por su arbitrio y evitarse, así, razonamientos más complejos o aplicar su sentimiento personal de justicia, peligro que hay que evitar.

Al hilo de la citada obra de Wieacker acerca de las funciones de la buena fe contenida en el § 242 BGB, Díez-Picazo⁹⁸⁵ evidencia los problemas que podría plantear la idea del principio de buena fe como una vía de introducción de un Derecho judicial que supusiera una desviación o ruptura del Derecho legal o legislado: además de otras consideraciones, para diferenciar este Derecho judicial de la simple «justicia del cadí» es necesario que este Derecho tenga «un pasado y un futuro», lo que se traduce en una cierta uniformidad, unos fundamentos homogéneos y una proyección hacia el futuro «como criterio directivo que sea seguido por los particulares destinatarios de las normas y, de alguna manera, como línea de actuación por el subsiguiente Derecho judicial». Se impone, así, una sistematización de las soluciones obtenidas a partir de la aplicación de este principio para disminuir la incertidumbre que puede provocar una cláusula general⁹⁸⁶. Cuanto más amplio sea el campo de decisiones, más se afinará en la labor de delimitar la forma de aplicación de este concepto indeterminado, siendo conscientes, a la vez, de que su carácter de cláu-

⁹⁸³ Como decía ALGUER, J., *RJC*, p. 507, «la buena fe es una de tantas nociones cuya elasticidad es tal, de poderse afirmar que todo el mundo la conoce, pero que nadie la conoce con precisión».

⁹⁸⁴ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1995, p. 831. En el mismo sentido, Díez-Picazo, L., 2007, p. 65., afirma la necesidad de poner un dique al arbitrio judicial porque «lo que no es en ningún caso la regla que ordena cumplir las exigencias de la buena fe o comportarse de acuerdo con ella es una puerta abierta al más absoluto arbitrio judicial».

⁹⁸⁵ Díez-Picazo, L., 1977, p. 17.

⁹⁸⁶ Miquel González, J. M., 1991, p. 47.

sula general siempre obliga al estudio a permanecer en un cierto grado de indeterminación⁹⁸⁷.

Existe un cierto número de resoluciones que se pronuncian acerca de la buena fe como norma de control material pero, en general, como hemos visto, con escasa profundidad en los argumentos que utilizan. Es complicado así establecer un estudio comparativo para llegar a fijar una pauta de aplicación de la buena fe en el ámbito que nos ocupa y más cuando en muchos casos existe una mera alusión a la buena fe sin un desarrollo ulterior⁹⁸⁸.

¿A qué obliga en materia contractual realmente la buena fe? Del análisis de la doctrina⁹⁸⁹ y la jurisprudencia⁹⁹⁰, se pueden extraer una serie de criterios

⁹⁸⁷ De nuevo, sobre las cláusulas generales, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., *AFDUAM*, pp. 298 y ss.

⁹⁸⁸ Al respecto recogemos las palabras de LASARTE, C., *RDP*, p. 78, autor que pide a los tribunales algo más que una mera invocación de la buena fe como principio general sin precisar los extremos en que fundamenta sus resoluciones.

⁹⁸⁹ Junto con las definiciones y anotaciones que se han ido haciendo a lo largo del texto, señalamos algunas otras: «Es contrario a las exigencias de la buena fe, dado un determinado procedimiento contractual en el que el consumidor no puede influir, que la regla contractual no responda a sus razonables expectativas de equilibrio de derechos y obligaciones, lo que sucederá si contradice las ideas fundamentales de la regulación legal o pone en peligro la obtención del fin del contrato» (MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2002, p. 934); «El deber de buena fe como fuente de integración contractual *ex art.* 1258 del Cc, que obliga a las partes a respetar el contenido contractual que, de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato, la otra parte podía legítimamente esperar» (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2009, p. 1641); «Las razones de la buena fe contractual desembocan, pues, en un orden primario. Cuando se pretende un equilibrio contractual “conforme a la buena fe” [...], se quiere precisamente aquella razón esencial del intercambio» (JIMÉNEZ HORWITZ, M., *ADC*, p. 520); «Obligación de cada una de las partes de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no comporte un sacrificio apreciable» (BIANCA, M., 2007, p. 527).

⁹⁹⁰ Junto a las resoluciones que hemos venido mencionando y entre otras muchas similares, podemos citar la STS 26 de mayo de 1986 [RJ\1986\2823] (se entiende contraria a la buena fe y la equidad y, por tanto, injusta, una cláusula que refleja una desigualdad entre las partes que coloca a una de ellas en situación de dependencia de la empresa); STS 26 de octubre de 1995 [RJ\1995\8349] («el principio de buena fe del 1258 Cc obliga a no frustrar el fin del contrato»); STS 13 de abril de 2004 [RJ\2004\2619]; STS 15 de noviembre de 2006 [RJ\2006\8056] (buena fe entendida como confianza, comportamiento coherente); STS 12 de julio de 2002 [RJ\2002\6047] («la buena fe a la que se refiere el art. 1258 Cc es un concepto objetivo, de comportamiento honrado, justo, leal [...] supone una exigencia de comportamiento coherente y de protección de la confianza ajena [...] de cumplimiento de las reglas de conducta insitas en la ética social vigente, que vienen significadas por los valores de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida [...] impone comportamientos adecuados para dar al contrato cumplida efectividad en orden a la obtención de los fines propuestos»); STS 8 de abril de 2011 [RJ\2011\3153] (limitaciones a la autonomía de la voluntad «que imponen las exigencias de la buena fe o la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos –art. 1258 Cc–» [...] «con lo que se trata de evitar que se produzca un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones que resultan del acuerdo retributiva [...] cláusula abusiva porque no mantiene una reciprocidad real y equitativa de las obligaciones asumidas por ambos contratantes»). También aplicaciones concretas: STS 12 de julio de 2002 [RJ\2002\6047] («no se ha infringido el 1258 Cc [...] porque el vendedor se ha dado al contrato cumplida y adecuada efectividad en relación con el fin concreto propuesto [...] sin que en modo alguno quepa desorbitar el alcance de lo estipulado, que podría romper el justo equilibrio de las prestaciones en juego»); SAP Madrid de 30 de noviembre de 2010 [JUR\2011\108209] («la buena fe consiste en no aprovechar situación de superioridad, no tener que sortear continuas trampas contractuales, que sea razonablemente previsible según la naturaleza del negocio [...]).

o consecuencias que se derivan de la buena fe en materia contractual con la siguiente formulación general:

— La buena fe obliga, en primer lugar, a un comportamiento leal, conforme a lo esperable, a las expectativas de las partes contratantes. Es indudable la conexión de esta idea con la de transparencia, tan presente y repetida en la contratación mediante condiciones generales.

— La buena fe obliga, también, a considerar los intereses legítimos de la contraparte. Evidentemente, entra dentro de lo normal perseguir los intereses propios –pues para ello las partes se involucran en contratos– y también que de un contrato se deriven más beneficios para una de las partes –más poder de negociación, mejor posición, etc.–. Pero esto no puede llevarse al extremo de perjudicar en exceso a la otra parte, es decir, de que el contratante quiera aprovecharse más de lo que sería lógico o proporcionado de su posición en el negocio jurídico.

De hecho, un límite último a esta desproporción o desequilibrio exagerado vendría representado por otra de las consecuencias de la buena fe: no pueden admitirse cláusulas que hagan perder la virtualidad al contrato como mecanismo para alcanzar la finalidad común que ambas partes perseguían al concertarlo⁹⁹¹.

La buena fe obliga a los contratantes a comportarse siguiendo estas pautas en todo tipo de contratos, es decir, también en aquellos en los que las partes se encuentren en posición de igualdad y negocian libremente el contenido del contrato. Por eso se puede decir que en el ámbito de las condiciones generales, en el que el predisponente tiene una clara posición de superioridad respecto del adherente y en el que es el encargado de redactar el contenido del contrato, estas directrices cobran un mayor valor: hay un mayor riesgo de que el contenido del contrato no sea transparente y de que trabaje para los intereses de una de las partes sin tener en cuenta a la otra, alterando en exceso una estructura equilibrada del negocio jurídico y, en especial, alterándola con la justificación de que prevalezca el solo interés del predisponente a costa del interés del adherente⁹⁹².

⁹⁹¹ En este sentido, ROCA GUILLAMÓN, J., 1993, p. 460.

⁹⁹² Aunque se trata de una afirmación respecto a la buena fe en sede de protección de consumidores, pensamos que la esencia de la idea también podría ser trasladable aquí: una cláusula puede ser contraria a la buena fe si, de forma leal y equitativa, no se podía razonablemente estimar que la contraparte aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (STJUE 14 de marzo de 2013 [TJCE\2013\89], STS 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088]).

Veamos por separado las dos formulaciones generales y posibles supuestos concretos en los que la buena fe del art. 1258 Cc puede jugar un papel de norma de control en contratos predisuestos entre empresarios. Antes, debemos recordar que no todo empresario adherente es susceptible de ser protegido y de ahí que, entremezclados con la argumentación acerca del deber de transparencia y de equilibrio de derechos y obligaciones, haya que tener en cuenta los ya conocidos parámetros de la fuerza relativa de predisponente y adherente y el sector en el que se enmarca el contrato en concreto. Para que proceda un control de contenido, por tanto, deberán darse primero los presupuestos para ello –falta de transparencia/falta de equilibrio, valoradas a la luz de la posición del adherente empresario–

La transparencia en la predisposición de las condiciones generales es uno de los criterios que la ya citada SAP Salamanca de 30 de diciembre de 2010 [JUR\2011\68753] propone para determinar la contrariedad con la buena fe en un contrato predisuesto entre empresarios, de forma conjunta con la ajeneidad del contrato realizado del ámbito normal de contratación del adherente y la posición de dominio que en el mercado ocupe el empresario predisponente. Además, de modo separado, analiza la proporcionalidad de la cláusula ⁹⁹³.

Para nosotros, como hemos dicho, la transparencia, más que un tercer parámetro para valorar la necesidad de protección del adherente, es realmente una consecuencia directa de la buena fe al mismo nivel o junto con el deber de un cierto equilibrio o valoración de los intereses legítimos de la contraparte. Como señalábamos arriba, la buena fe en este ámbito obliga, en esencia, a un comportamiento conforme a las expectativas (transparencia) y a tener en cuenta los legítimos intereses de la contraparte (cierta proporción o reciprocidad). Al fin y al cabo, que una cláusula sea transparente no supone que sea proporcionada o al revés. La transparencia, como resultado de la buena fe, implica no tanto la posibilidad formal de conocer el contenido del contrato –que vendría protegida por el control de incorporación– como la comprensibilidad real, en referencia a cláusulas que, aprovechando la dinámica de formación del contrato predisuesto, puedan ir contra la regulación que cabría esperar del contrato

⁹⁹³ Recordamos que, en este caso –cláusula de arras en un contrato de mediación inmobiliaria– no se entiende que la cláusula sea contraria a la buena fe porque no se trata de un ámbito extraño al normal de la contratación del adherente, no existe posición de monopolio u oligopolio por parte del predisponente, no hay un déficit de transparencia pues no se trata de una cláusula sorpresiva sino frecuente en este tipo de negocios y, por último, tampoco es desproporcionada. Por su parte, PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F., 2009, pp. 1657-1658 señala estos mismos elementos valorativos.

por parte del adherente⁹⁹⁴. Habrá que estar a su nivel de entendimiento, de experiencia y a la práctica contractual empresarial, circunstancias que se pueden deducir del conocimiento del sector en el que se contrata y de la posición relativa del adherente respecto del predisponente. Más que a las características del mercado (monopolio, competencia) nos referimos aquí a las propias del adherente en el sentido de capacidad para suplir a través del asesoramiento la debilidad de su posición en el contrato y, en su caso, de su desconocimiento del sector⁹⁹⁵.

Una cláusula que ha generado multitud de resoluciones recientemente es la llamada cláusula suelo en contratos de préstamo hipotecario. Ha sido declarada nula en contratos de consumo, pero no como resultado de la aplicación de un control de contenido –se trata de una cláusula vinculada a un elemento esencial del contrato y sobre la que no cabe, por lo tanto, tal control– ni de un control de incorporación, sino por no pasar el filtro de la transparencia necesaria que se le exige a este tipo de cláusulas: en los casos en que se ha declarado la nulidad se ha hecho porque no se había dado a conocer al adherente «tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo» (STS de 9 de mayo de 2013 [RJ\2013\3088])⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ De igual modo tienen que hacer los tribunales alemanes, recordemos, en la aplicación de la «*Transparenzgebot*» a través de los «*geltenden Gewohnheiten und Gebräuche*» en virtud del § 310 I BGB.

⁹⁹⁵ El art. 5.c del Proyecto de LCGC de 1997, que recogía expresamente un control de transparencia que se eliminó en la posterior tramitación de la norma, recurría como criterios para valorar si una cláusula era insólita a las circunstancias y, en especial, a la naturaleza del contrato.

⁹⁹⁶ También la STS 8 de septiembre de 2014 [RJ\2014\4660] incluye este control de transparencia «como parte integrante del control general de abusividad» (aunque en otro momento posterior, parece aproximar al control de «transparencia formal o documental», es decir, al de incorporación). Por su parte, la STS de 24 de marzo de 2015 [RJ\2015\845] vino a ratificar la vinculación de la falta de transparencia con el juicio de abusividad en la medida en que supone un desequilibrio sustancial (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, S., *AAMN*, pp. 601-608) y esta aproximación entre transparencia y abusividad es reiterada por el mismo órgano en la reciente sentencia de 3 de junio de 2016 [RJ\2016\2306]. Al respecto, y aunque siempre en el ámbito del Derecho de consumo (y las cláusulas suelo), cabe señalar la posición del TJUE sobre la cuestión. La STJUE 30 de abril de 2014 [TJCE\2014\105], al hilo de varias cuestiones prejudiciales, si bien dota del mismo contenido que el TS a este deber de transparencia, en el sentido de que implica la posibilidad de prever todas las consecuencias de la cláusula en concreto, no habla de dos controles de transparencia (uno formal, dentro del control de incorporación y otro material, cercano al de abusividad) sino de uno solo, pues la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva 93/13) «se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida [...]». Previamente, había asimilado el alcance de este art. 4.2 Directiva (para el caso de elementos esenciales) con el art. 5 del mismo texto (control de incorporación general). Sin embargo, después, habla en términos de «abusividad» de la cláusula y no de «no incorporación» de la misma. CÁMARA LAPUENTE, S., 2015, clarifica estas distintas opciones distinguiendo

Sin embargo, no ha ocurrido en general lo mismo en contratos entre empresarios pues la condición de no consumidor del adherente le impide beneficiarse de la interpretación protectora de esta sentencia del TS ya que solo le es aplicable el primer filtro que representa el control de incorporación pero no el de «transparencia sustantiva», como control autónomo entre aquél y el de contenido⁹⁹⁷.

Encontramos, no obstante, alguna jurisprudencia menor que sí que había fallado a favor de la nulidad de una cláusula suelo insertada en un contrato de préstamo en el que el adherente no tiene la cualidad de consumidor –con matices, como veremos–. Es el caso de la AP Cáceres en sus sentencias de 3 de junio de 2013 [AC\2013\1488] y de 26 de febrero de 2014 [AC\2014\458]. Aunque se señala que el examen de la cláusula debe hacerse desde la perspectiva de la LCGC y no desde la normativa protectora de los consumidores y usuarios, la conclusión es que la cláusula no supera ni el control de incorporación recogido en los arts. 5 y 7 LCGC ni «tampoco puede concluirse que en el contrato celebrado por Los Cuquillos, S. L., se cumplan los requisitos de transparencia establecidos por el Tribunal Supremo, como ya se ha expuesto anteriormente, por lo que la conclusión ha de ser la misma que la aplicada al resto de los contratos impugnados». A pesar de que se alude a los dos controles, el de incorporación y el especial de transparencia, los argumentos y los deberes de información activa que pone el órgano jurisdiccional a cargo del predisponente –y con los que no ha cumplido– realmente están más bien en el ámbito del último, el de transparencia material, puesto que el de incorporación exige la posibilidad de conocer pero no la com-

tres posibilidades: entender que ese deber de transparencia se sitúa en el ámbito del control de incorporación, con lo que la consecuencia sería la no incorporación de la cláusula (postura que defiende el autor); entender que se sitúa próximo al control de contenido, lo que llevaría a declarar la cláusula abusiva directamente (solución del Tribunal Supremo); solución intermedia (que es la que presumiblemente adopta el TJUE) y que pasa por no considerar directamente abusiva la cláusula sino valorar el resto de circunstancias, en el sentido de que lo no comprensible no tiene por qué ser abusivo (ver la STJUE 26 de febrero de 2015 [TJCE\2015\93]). Llevar este deber de transparencia al control de incorporación, como plantea CÁMARA LAPUENTE frente a las posturas de TS y TJUE (que hablan de «abusividad» de la cláusula y no de «no incorporación» de la misma), podría llegar a tener consecuencias para los contratos mediante condiciones generales entre empresarios puesto que a ellos sí le es claramente de aplicación este control (en similar sentido lo plantea ORDUÑA MORENO en su Voto Particular a la STS de 3 junio de 2016 [RJ\2016\2306]). En todo caso, y con independencia de estos razonamientos en el ámbito del Derecho de consumo que dejamos aquí apuntados porque nos parecen de interés, para nosotros también un adherente empresario débil está protegido en este sentido puesto que, como se razona en el texto principal, el deber de transparencia es consecuencia del principio de la buena fe.

⁹⁹⁷ Así lo habían puesto de manifiesto las sentencias del Juzgado de lo Mercantil Córdoba, de 7 de mayo de 2013 [JUR\2014\198199], de Bilbao, de 25 de junio de 2014 [JUR\2014\198198] y del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Zamora, de 3 de abril de 2014 [JUR\2014\198195]. Niega la nulidad de esta cláusula en contratos entre empresarios también la SAP Cantabria, de 20 de diciembre de 2013 [AC\2014\76]. Con el mismo razonamiento, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 9 de Barcelona, de 13 de febrero de 2013 [AC\2014\99] y negando la nulidad de la cláusula porque no hay problemas con el único control al que se pueden someter estos contratos, el de incorporación, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Oviedo de 26 de mayo de 2014 [JUR\2014\198197] (en este último caso, los adherentes eran abogados en ejercicio adquiriendo un local para su profesión con lo que el órgano jurisdiccional les presume amplios conocimientos jurídicos).

previsibilidad real de la cláusula. Es decir, extendían la doctrina de la STS 9 de mayo de 2013 a los adherentes empresarios del supuesto de hecho⁹⁹⁸.

Sin embargo, como sabemos, la STS de 3 de junio de 2016 [RJ\2016\2306] ha venido a acabar con esta disparidad de criterio aclarando que este control de transparencia reforzado –por ser próximo al control de abusividad– está reservado solo a la contratación con consumidores y no es de aplicación a la contratación mediante condiciones generales entre empresarios⁹⁹⁹.

Pues bien, nos parece que también las cláusulas suelo en contratos concluidos con un adherente no consumidor están sujetas a un control de transparencia, si se dan los presupuestos para ello. No en todos los contratos, evidentemente, pero sí en aquellos en los que se trate de un empresario que necesita financiación para su actividad profesional de una forma puntual, que carece de asesoramiento jurídico y/o económico y que, al fin y al cabo, y aun siéndole exigible un nivel de diligencia mayor que a un consumidor pues actúa en el marco de su negocio, prácticamente tiene su misma posición al firmar el clausulado predispuesto. Puede no ser el caso, por ejemplo, de una empresa constructora con una cierta trayectoria, que debe recurrir, en general, a este tipo de financiación como una fase más del proceso y a la que, por tanto, no le puede resultar totalmente ajena la trascendencia y los efectos de las condiciones de los préstamos hipotecarios, tan íntimamente ligados a la adquisición de terrenos y construcción de viviendas. Pero en distinta situación se encontraría, nos parece, el dueño de un pequeño negocio de reparación de ordenadores o de una tienda de ultramarinos, que acude al banco para financiar la compra de un local adyacente o de un camión de reparto y que perfectamente puede desconocer el alcance o significado de algunas cláusulas de normal inclusión en los préstamos hipotecarios, como lo es la cláusula suelo. En estos casos, si no se ha procurado la comprensibilidad real de la cláusula, podría defenderse que su inclusión es contraria a la buena fe en la medida en que se

⁹⁹⁸ No ocurre lo mismo en la SAP Córdoba de 18 de junio de 2013 [AC\2013\1880] pues, aunque se confirma la nulidad de la cláusula suelo en un contrato predispuesto entre empresarios, lo hace «por razonamientos jurídicos diferentes» (normas generales sobre consentimiento contractual y la interdicción de la arbitrariedad) a los del doble control de transparencia que se desarrolla en la citada STS y que no sería aplicable al supuesto de hecho pues no se trata de la prestataria de un consumidor.

⁹⁹⁹ Entiende el Tribunal que se trata de la solución más conforme con la opción tomada por el legislador: «Ni el legislador comunitario, ni el español», señala, «han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores». Por el contrario, nos parece más acorde a la posición que aquí defendemos el interesante Voto Particular del Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno a la sentencia. Entiende el Magistrado que la idea de transparencia que está detrás de este control ha cobrado ya cuerpo o fisonomía de auténtico principio jurídico, lo que hace que, a pesar de una ausencia de reconocimiento expreso –que tampoco prohibición– por parte de la normativa, no haya inconveniente en la aplicación extensiva del control de transparencia reforzado por parte de la jurisprudencia a la contratación entre empresarios. Comentan esta sentencia CÁMARA LAPUENTE, S., 2016 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2016.

trata de un contenido contractual que se ha incluido por el predisponente pretendiendo aprovecharse de la incomprensión de la contraparte ¹⁰⁰⁰.

Fuera de los elementos esenciales del contrato, otro tipo de cláusula de la que también se ha cuestionado su transparencia es la de garantía a primer requerimiento. Se trata de cláusulas frecuentes en el comercio internacional y en la contratación bancaria, que se incluyen por razones prácticas de agilidad y de aumentar la seguridad jurídica en las relaciones de los operadores asegurando el buen fin de las relaciones mercantiles ¹⁰⁰¹. La principal consecuencia de estas «garantías autónomas» es que basta la reclamación formalmente correcta del beneficiario de la garantía sin necesidad de probar el incumplimiento de la obligación principal garantizada, para que el garante esté obligado a efectuar el pago sin que le sea posible oponer ninguna excepción que no esté derivada de la garantía en sí ¹⁰⁰². Es decir, lo que busca el beneficiario es recibir el pago de forma inmediata tras la reclamación sin necesidad de entrar en discusión sobre la relación de la que depende la garantía ¹⁰⁰³. Dadas las consecuencias que un pacto así genera para el garante, que se ve colocado en la práctica en idéntica situación que el deudor del garante—, en su caso, para el deudor, contra el que se dirigirá después del garante—, su inclusión en contratos mediante condiciones generales se ha visto con suspicacia, no tanto en nuestra jurisprudencia como en la extranjera ¹⁰⁰⁴. En contratos entre empresarios, algunos autores las han calificado como cláusulas sorprendentes, faltas de transparencia ¹⁰⁰⁵. Aunque el grado de comprensión de

¹⁰⁰⁰ De hecho, el TS, en su reciente sentencia de 2016 y a pesar del fallo, parece dejar abierta una puerta para el uso de la buena fe del art. 1258 Cc como norma de control, al menos respecto de aquellas cláusulas que «modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato», es decir, frente a pactos sorprendentes. Desarrolla esta idea al hilo de la sentencia PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2016.

¹⁰⁰¹ ESPIGARES HUETE, J. C., 2006, pp. 41 y ss.

¹⁰⁰² *Ibidem*, p. 62. Sobre el concepto, *vide* BUSTO LAGO, J. M., 2006, pp. 79 y ss.; CARRASCO PERERA, A 2008, p. 500; Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento, *AJA*, pp. 2 y ss.

¹⁰⁰³ CARRASCO PERERA, A., 2008, p. 508.

¹⁰⁰⁴ Al respecto del alemán, es muy interesante el comentario de ESPIGARES HUETE, J. C., *DN*, pp. 25-32. El autor llama la atención sobre la solución que se adopta en un supuesto de hecho que enfrenta a una empresa constructora (adherente) y a la sociedad propietaria de una obra (predisponente) que contratan la realización de ciertos trabajos de revoque de interiores y de obras de construcción en seco. Mediante una condición general del contrato la empresa de construcción se obliga a aportar un aval a primer requerimiento en garantía de los derechos derivados del cumplimiento del contrato, aval que presta un tercero mediante escritura pública. Se declara la invalidez de la cláusula (condición general) por la violación del § 9.1 *AGB-Gesetz* (actual § 307 *BGB*, sede del control de buena fe). A juicio del Tribunal, supone un perjuicio desproporcionado la posibilidad de que el acreedor pueda exigir el pago desde el momento en que se inicia el supuesto de garantía sin mayor demostración o verificación que la de afirmar que tiene derecho a ello. De esta forma, se le permite eximirse del riesgo de insolvencia de la contraparte en la fase de cumplimiento del contrato—y que le corresponde, según la normativa— y se carga al adherente con los costes de la demanda y el riesgo de insolvencia para un proceso de reclamación y restitución (p. 27). Además, existe un gran riesgo de que el acreedor utilice abusivamente el aval como medio de liquidez, incluso sin haberse producido el supuesto avalado (p. 27).

¹⁰⁰⁵ INFANTE RUIZ, F. J., 2004, p. 217; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., 2009, pp. 1643-1644, en relación con 1655 y ss.; ESPIGARES HUETE, J. C., *DN*, pp. 30-31. A la misma conclusión se podría llegar si ponemos en relación el hecho de que las cláusulas que alteren sustancialmente el contrato convirtiéndolo en uno

un contratante empresario deba ser mayor que el de un consumidor, esto no quiere decir que se puedan descartar absolutamente situaciones de desprotección por parte de adherentes no consumidores. Y más, cuando se trata de un tipo de cláusulas sobre cuya configuración y efectos no ha habido una jurisprudencia clara¹⁰⁰⁶. Entra dentro de lo razonable que un pequeño empresario, cuando firma el contrato predispuesto, piense que la garantía por la que él se ve directamente obligado –si es garante– o bien aquella cuya constitución le ha sido impuesta para respaldar la obligación de la que él es deudor¹⁰⁰⁷, es una garantía «tradicional» que conserva la nota de accesoriedad y subsidiariedad y que sea por tanto sorpresiva una reclamación con independencia del cumplimiento de la obligación y sin la posibilidad de oponer ningún tipo de excepción.

Junto con un deber de transparencia, decíamos que la buena fe obliga también a considerar los intereses legítimos de la contraparte, a un equilibrio de derechos y obligaciones. Exigencia de equilibrio que, no olvidemos, también se deduce del art. 1289 Cc. Se trata, cierto es, de un criterio de interpretación de cierre, es decir, de aplicación cuando existe una duda en cuanto al contrato y no se puede resolver recurriendo a las reglas contenidas en los arts. 1281 a 1288 Cc previos. Bastaría, pues, que la redacción del contrato por el predisponente no generara ninguna duda o que ésta se resolviera mediante el resto de criterios. Pero también es verdad que la contratación mediante condiciones generales es un supuesto particular en cuanto a interpretación se refiere pues en ellos no existe, estrictamente hablando, una voluntad común de las partes que averiguar –en realidad, el contenido del contrato es el querido por el predisponente–. De ahí que, aun siendo de aplicación supletoria los criterios generales del Código

distinto son insólitas (antes de la LCGC, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, p. 264) con que la garantía a primer requerimiento sea un tipo contractual distinto, de carácter autónomo y no accesorio (CARRASCO PERERA, A., 2008, p. 501).

Todo esto sin perjuicio de que, según el caso, pudieran llegar a ser también consideradas contrarias a la buena fe, no por falta de transparencia, sino en el sentido de desproporción de los derechos y obligaciones, argumento de la resolución alemana arriba comentada (en nuestro caso, vía buena fe del art. 1258 Cc). Este es el argumento de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil [ACV2014\1672] para declarar la nulidad de un pacto de afianzamiento aunque, eso sí, en un contrato de adhesión con un consumidor. En este caso, el Juzgado entiende que el adherente renuncia a derechos que el Derecho dispositivo le otorga –beneficio de orden, excusión, división y extinción– sin causa que lo justifique alguna.

¹⁰⁰⁶ La doctrina ha puesto de manifiesto la –en general– confusa jurisprudencia que ha habido sobre este tipo de garantías a primer requerimiento, confusión que va desde la pluralidad terminológica para referirse al fenómeno hasta la duda acerca de si la simple mención «a primer requerimiento» rompe la accesoriedad de la garantía o es necesario interpretar más cláusulas para llegar a la verdadera voluntad de los contratantes (ESPIGARES HUETE, J. C., 2006, pp. 54 y ss.). Además, en algunas ocasiones, en lugar de desvincular la garantía respecto de la obligación de la que trae su sentido, los tribunales han tendido a interpretar las consecuencias como una mera inversión de la carga de la prueba (el beneficiario no tiene que demostrar el incumplimiento pero se permite al perjudicado probar el cumplimiento), lo que parece que desvirtúa los efectos de la figura (CARRASCO PERERA, A., 2008, p. 508; AJAr, pp. 1 y ss.)

¹⁰⁰⁷ Para ilustrar el caso de un abuso por imposición al deudor adherente de la obligación de aportar una garantía de este tipo, nos remitimos al pie de página núm. 1002.

civil, se señalen dos reglas especiales –la regla de la prevalencia de las condiciones particulares y la regla *contra proferentem*–. Y de ahí también que nos parezca de una relevancia particular el art. 1289 Cc cuando aboga por la interpretación del contrato, en última instancia, «en favor de la mayor reciprocidad de intereses». Está dejando claro que la regla general que subyace es ésta: la de un contrato equilibrado. El contrato es una institución dirigida a organizar los intereses de las partes. Y esto se sigue manteniendo también para los de adhesión, que en lo «único» que se diferencian de los negociados es en el procedimiento, pero no en que no sigan pretendiendo ser esta organización de intereses de *ambas* partes. Como decíamos antes, es evidente que un contrato puede reportar más beneficios para uno de los contratantes que para el otro. Pero también lo es que nadie contrata para «perder» siempre¹⁰⁰⁸. El equilibrio se convierte así en principio general al que aspirar en todo contrato¹⁰⁰⁹.

E indudablemente la mejor representación de ese equilibrio, esa mayor reciprocidad o mejor composición de intereses, la encarna, por definición, el Derecho dispositivo. Esto no es una idea novedosa. Es amplio el reconocimiento del Derecho dispositivo como algo más que una regulación presumiblemente querida por las partes y que entra en juego cuando se produce algún descuido por los contratantes. Es concebido como la regulación normal y el resultado de una ponderación cuidadosa de los intereses de las partes, cumpliendo, en este sentido, una función ordenadora. Llegados a este punto, es obligada la referencia a Raiser, como uno de los exponentes de la doctrina alemana, aquella que, partiendo de este enfoque más amplio, señaló la «semi-imperatividad» de las normas imperativas: si tienen esta función ordenadora, las partes podrán desviarse de ellas solo cuando exista una razón suficiente¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ Esta es la idea que está detrás de la afirmación de MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., RCDI, p. 1095, cuando dice, al hilo de los contratos de adhesión, que «la intervención de los Tribunales de justicia ha de consistir siempre en conseguir averiguar qué cláusulas han sido libremente impuestas y aceptadas y cuáles no lo han sido, lo que en definitiva se traduce en saber cuáles son justas y cuáles no». El autor vincula, de este modo, justicia y aceptación libre –o, *a sensu contrario*, injusticia e imposición–.

¹⁰⁰⁹ ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., 1978, p. 266.

¹⁰¹⁰ RAISER (RAISER, L., 1935, pp. 293-296) señala en su obra sobre las condiciones generales de la contratación que el orden que representan las normas dispositivas no es un orden cualquiera sino «*Recht*» –«*Derecho*», con mayúscula– en su sentido especial de objetivación de la idea de Derecho en la comunidad jurídica. En general puede ser calificado, por tanto, como el equilibrio natural o razonable de los intereses contrapuestos de las partes, lo que confiere a las normas dispositivas la tendencia de imponerse también respecto del orden contractual. Cobra relevancia, de este modo, el contenido de la regulación jurídica más allá de su cualidad formal de exigibilidad, de tal modo que es tomado como punto de referencia –«*Anhaltspunkt*»– para las limitaciones a la libertad contractual (pp. 295-296). Aunque el autor señala que hasta ese momento el *Reichsgericht* no había hecho demasiado uso de estos reproches respecto de desviaciones graves del Derecho dispositivo (p. 296), LARENZ (1985, pp. 87-90; 1987, pp. 74-76), recoge posteriormente el cambio en el panorama del ordenamiento jurídico alemán respecto a la función del Derecho dispositivo, volviéndolo a relacionar con el ámbito de la justicia contractual compensatoria y señalando su

En España, fue De Castro el encargado de exponer esta idea del Derecho dispositivo como límite a la autonomía de la voluntad por ser portador de la regulación equilibrada¹⁰¹¹.

La doctrina posterior se ha hecho eco de esta doble función del Derecho dispositivo –integración del contrato; control de la autonomía de la voluntad–¹⁰¹² coincidiendo en su especial importancia en el ámbito de la contratación mediante condiciones generales. Es más, si recordamos, la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos otorga todo el peso posible a esta función de control del Derecho dispositivo al establecer en su art. 1262.4, en relación con todo adherente, directamente la presunción de abusividad de las condiciones generales que se separen del mismo¹⁰¹³.

importancia en la contratación mediante condiciones generales dada la imposibilidad de que ambas partes hayan podido hacer valer sus objetivos. Cuando de la regulación del contrato quede claro que no se han tomado en cuenta en suficiente medida los legítimos intereses del cliente porque se excluyen algunas facultades legales sin conceder otras compensatorias, «en este caso la jurisprudencia deniega la eficacia jurídica a tales condiciones que perjudican injustamente al cliente. Es mérito del Tribunal Supremo Federal el haber seguido este camino y con ello haber puesto una barrera al abuso de la autonomía privada mediante condiciones generales de la contratación» (*ibidem*, p. 75). De esta forma, el Derecho dispositivo deja de ser una regulación meramente supletoria para representar también un modelo de una reglamentación conforme a los postulados de la justicia contractual compensatoria y de la equidad. Las normas dispositivas representan un límite del contenido contractual admisible que se pone en marcha en el caso de las condiciones generales de la contratación (1985, p. 89).

¹⁰¹¹ DE CASTRO, F., *ADC*, 1961, pp. 333 y ss. Señala el autor que «Las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señalan que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato» (*ADC*, 1982, pp. 1059-1061)

¹⁰¹² Recogida después, entre otros, por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., *RDP*, pp. 682 y ss.; JORDANO FRAGA, F., *RDM*, pp. 667 y ss.; ROCA GUILLAMÓN, J., 1993, pp. 459-461; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 1991, pp. 361 y ss.; MORALES MORENO, A. M., 1995, p. 2281; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 1996, pp. 4952 y ss.; 2002, p. 432, pie de página núm. 11; DÍEZ-PICAZO, L., 2007, p. 430; CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 500 y ss.

¹⁰¹³ De hecho, en materia de consumo y además de la cláusula general del art. 82 TRLC, uno de los grupos de supuestos de la lista de cláusulas abusivas, los contenidos en el art. 87, declaran la abusividad de aquellas cláusulas que no observen la *reciprocidad* en el contrato de tal forma que sean contrarias a la buena fe. Aquí se insertan cláusulas que ya hemos visto en contratos entre empresarios al vincularlas con normas de Derecho imperativo –obligación de cumplimiento para el consumidor aunque el empresario no haya cumplido; autorización para resolver discrecionalmente el contrato solo al empresario; facultad del empresario para quedarse con cantidades abonadas por el consumidor en concepto de prestaciones no efectuadas aunque sea primero el que resuelva el contrato; obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos del consumidor– junto con otras en materia de arras (retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia sin una indemnización al consumidor equivalente para el caso de que sea el empresario el que renuncie) o de redondeo al alza (del tiempo, del precio). Por su parte, el art. 86 del mismo texto legal señala directamente la nulidad «en cualquier caso» de las cláusulas que limi-

En nuestro caso, *de lege data*, el art. 8.1 LCGC parece que excluye la posibilidad de erigir en límite real de la autonomía de la voluntad en contratos entre empresarios al Derecho dispositivo en general, puesto que reduce a la contradicción con las normas imperativas o prohibitivas la posibilidad de declarar nula una condición general. Sin embargo, las normas dispositivas sí que pueden cumplir la función de referencia o modelo respecto del que hay que valorar si la desviación que supone la cláusula predispuesta puede ser considerada contraria a la buena fe y, por tanto, a través del art. 1258 Cc, ineficaz¹⁰¹⁴.

¿Cómo valoramos la gravedad de la desviación del clausulado predispuesto respecto del Derecho dispositivo? Si bien en el caso del adherente consumidor la protección es uniforme para todos ellos, como sabemos, no se puede aplicar el mismo criterio si hablamos de un adherente empresario porque las situaciones o características de un no consumidor que se adhiere a un contrato predispuesto pueden ser muy distintas. Aunque el procedimiento de contratación mediante condiciones generales hace ineficiente y no exigible, en general, la lectura del clausulado, la diligencia que se le puede pedir a un consumidor no es la misma que a un empresario que está participando en el tráfico jurídico con la intención de obtener un lucro, del mismo modo que tampoco son equiparables las situaciones en las que el empresario adherente opera en su ramo o en uno ajeno o tiene un gran poder de negociación que le sitúa en una posición de igual a igual con el predisponente o bien es dependiente de él. De este modo, y salvando el conjunto de normas que representa el Derecho imperativo –que supone una franja respecto de la que la desviación está siempre prohibida– en el resto de los casos –Derecho dispositivo– habrá que evaluar el alejamiento de una cláusula predispuesta respecto del modelo aportado por el legislador a la luz de aquellos parámetros, que funcionan, junto con la existencia de un desequilibrio, como presupuestos de necesidad de control de contenido en el caso de contratos entre empresarios. En este sentido, a mayor vinculación con el sector en el que se enmarca el contrato y, espe-

ten o priven al consumidor de derechos reconocidos por normas dispositivas (y, evidentemente, por las imperativas). Este art. 86 TRLC, como ha señalado MIQUEL (2011, p. 743), no significa que toda desviación respecto del Derecho dispositivo sea abusiva en general sino solo cuando tiene como resultado privar al consumidor de los derechos que esta norma le otorgaba. Si lo que hace la cláusula es desviarse de la norma dispositiva porque le concede un derecho al profesional, no tiene por qué ser nula. Al igual que en el caso anterior, algunos de los ejemplos ya los hemos analizado como cláusulas nulas también en contratos entre empresarios por su contravención de Derecho *ius cogens* –limitaciones de responsabilidad en caso de dolo o culpa grave; limitaciones de responsabilidad por daños, muertes o lesiones; limitaciones del derecho de consignación– y otras porque, aun tratándose de normas en principio dispositivas, portan a nuestro juicio derechos íntimamente vinculados con la esencia de la obligación, como es la facultad de resolución por incumplimiento grave en el supuesto de contratos recíprocos.

¹⁰¹⁴ Sobre esta operación, MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., 2011, pp. 738 y ss.

cialmente, a mayor independencia o fuerza del adherente respecto del predisponente, menor será la intensidad del control a aplicar y, por tanto, más irrelevante que lo pactado se aparte del modelo del Derecho dispositivo¹⁰¹⁵.

Teniendo en cuenta estos presupuestos y partiendo de que, a la vista de ellos, exista una necesidad de protección, pensamos que a través de la buena fe del art. 1258 Cc podrían dejarse sin validez en la actualidad cláusulas que representan un desequilibrio de obligaciones y derechos en perjuicio del adherente empresario y para las que el Derecho imperativo no supone un límite.

Algunos ejemplos han salido directa o indirectamente a lo largo del trabajo:

— Así, un tipo de cláusulas que volvemos a traer a colación y en las que la buena fe puede ser especialmente útil son las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad en casos distintos del dolo o la culpa grave o en supuestos que no pudieran albergarse en la interdicción de la arbitrariedad. Recordemos cómo en el sector del transporte de mercancías, la propia regulación suele atribuir un carácter relativamente imperativo a las normas de responsabilidad del porteador o transportista, impidiendo que éste, parte normalmente fuerte de la relación, pueda desviarse de ellas en su beneficio y en perjuicio del adherente. Fuera de este ámbito especialmente protegido, estas cláusulas, habituales por lo demás en todos los sectores de la contratación entre empresarios, podrían ser declaradas nulas por contravención de la buena fe del art. 1258 Cc. si son impuestas a un adherente empresario parte débil. Para que esto no ocurra, la distribución del riesgo fijada unilateralmente por el predisponente y que se aparta, en perjuicio del adherente, de la que resulta equilibrada, debería estar justificada o ser compensada de tal forma que se contrarresten y reequilibren las posiciones de las partes.

— También los abusos mediante cláusulas por las que el predisponente estableciera un plazo de preaviso para el desistimiento del contrato o para evitar la prórroga tácita del mismo que fuera inadecuado para el ejercicio de dichas facultades, podrían atajarse mediante la figura de la buena fe.

— Del mismo modo, respecto de plazos excesivamente largos para el cumplimiento de la prestación por parte del predisponente, por ejemplo, o de la imposición de formalidades añadidas a las esperables para la validez de

¹⁰¹⁵ Como se dijo en el Capítulo I de la Primera parte, no se sitúa de la misma manera frente a una cláusula que contenga un desequilibrio de derechos y obligaciones en un contrato predisponente, un pequeño empresario sin poder de negociación ni asesoramiento que, además puede estar contratando en un ámbito ajeno al de su actividad, que un empresario de una cierta envergadura y con recursos que, aun no habiendo participado en la determinación del contenido contractual, puede tener una posición de casi igualdad con el predisponente. *Vide supra* Primera parte. Capítulo I. III.

acuerdos individuales o su supeditación a un posterior consentimiento del predisponente cuando el acuerdo particular se ha cerrado válidamente con un representante del mismo.

— Por otro lado, podría también ser contraria a la buena fe una condición general que impusiera al adherente la obligación de prestar unas arras confirmatorias tan elevadas que supusieran un perjuicio para él por obligarle a prescindir durante un periodo largo de tiempo de una cantidad de dinero desproporcionada en función del contrato, sin justificación alguna para ello. Hay que tener en cuenta que la función de las arras confirmatorias es la prueba de la conclusión del contrato y no una verdadera garantía (como serían las arras penales, que asimilamos en lo que aquí respecta a las cláusulas penales¹⁰¹⁶). Respecto de una cláusula predispuesta por la que si el adherente desiste del contrato pierde la cantidad entregada (arras penitenciales), mientras que si lo hace el predisponente se obliga a devolverla pero sin doblar su importe, podría asimismo valorarse su contrariedad a la buena fe: el predisponente ha introducido una regla por la que él no pierde nunca nada en cuanto que puede desistir del contrato sin que, a diferencia del adherente, le suponga ningún coste (el art. 1454 Cc, equilibrando la situación de ambas partes, dispone que el comprador puede desistir del contrato perdiendo las arras entregadas y el vendedor, devolviéndolas por duplicado).

Además, y siguiendo con ejemplos de supuestos de desequilibrio que a través de la buena fe del art. 1258 Cc podrían dejarse sin validez en la actualidad —siempre, repetimos, que se den los presupuestos de protección del adherente empresario, esto es, situación de debilidad respecto del predisponente, teniendo en cuenta la ajeneidad del ámbito de contratación—, los encontramos en las cláusulas que se proponen como abusivas en la lista incluida en el párrafo 3.º del art. 1262 de la Propuesta de Modernización. Descartamos aquellas sobre las que no hay ninguna duda por representar supuestos de Derecho imperativo y que, por tanto, ya han tenido su espacio en el Capítulo III de la Segunda parte (limitación de responsabilidad en caso de muerte o daños personales, por dolo o culpa grave —del predisponente o sus auxiliares—; limitación de la facultad de consignación; reglas de interpretación). En cuanto a la exclusión de la facultad del adherente de resolver el contrato ante el incumplimiento grave del predisponente, aunque se trata de una norma *a priori* dispositiva, ya explicamos en su momento nuestra postura a favor de la «abusividad» de dicha cláusula en condiciones generales por la íntima vinculación de esta figura con

¹⁰¹⁶ *Vide supra* nota a pie núm. 684.

la propia esencia de las obligaciones sinalagmáticas y porque el adherente quedaría permanentemente vinculado y en manos del predisponente. Aun sin ánimo de profundizar en las distintas figuras, quedarían tres supuestos que, a nuestro juicio, podrían tener encaje en este control a través del art. 1258 Cc: *a)* las cláusulas que excluyan o limiten la facultad legal del adherente de compensar sus deudas con los créditos que ostente frente al predisponente (letra e); *b)* las que impongan al adherente que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionada (letra h); *c)* las que autoricen al predisponente a ceder el contrato cuando la cesión disminuya las garantías del adherente o perjudique su posición contractual (letra i).

a) La compensación, de hecho, está directamente relacionada con la buena fe puesto que, además de una función simplificadora de la operación de cumplimiento, tradicionalmente se ha identificado como fundamento de la figura el carácter objetivamente injusto y desleal del comportamiento de quien reclama un crédito, siendo al mismo tiempo deudor del demandado. Como señala Díez-Picazo al explicarlo, parece contrario a la buena fe pedir aquello mismo que luego ha de ser restituido¹⁰¹⁷. Por tanto, aunque es perfectamente válido en general el pacto limitando esta facultad¹⁰¹⁸, no vemos inconveniente en considerarlo como contrario a la buena fe en contratos en los que se impone al adherente a través de cláusulas predisuestas.

b) Lo mismo podría decirse respecto de las indemnizaciones por incumplimiento desproporcionadas. En el apartado correspondiente, negamos la posibilidad de utilizar el art. 1154 Cc como vía para reducir las cláusulas penales excesivas. Sin embargo, sí que podría este supuesto de hecho llegar a reconducirse a través del art. 1258 Cc y la prohibición de cláusulas que fueran contrarias al principio general de la buena fe: la función que subyace en la indemnización en caso de incumplimiento de obligaciones es la colocar al acreedor en la misma posición que tendría si no se hubiese lesionado su derecho de crédito¹⁰¹⁹, de tal modo que imponer una cuantía que, sin justificación alguna, exceda por mucho de la que razonablemente representaría las consecuencias del incumplimiento, supone aprovechar la posición contractual para

¹⁰¹⁷ Díez-Picazo, L., 2008, pp. 612-613. El mismo autor cita a Ferrini para reiterar esta idea: la compensación permite no exponer al que paga primero a la mala fe o a la insolvencia del otro (2008, p. 611). En el mismo sentido, Lacruz, J. L.; De Asís, F.; Luna, A. (*et al.*), 2007, p. 289, apunta que «evita que el deudor más presto en pagar corra el riesgo de no cobrar lo que se le debía después de haber satisfecho él su deuda (función de garantía)». Es más, como señala López Vilas, R., 1991, pp. 485, 504, en el Derecho romano, aun siendo una figura de alcance limitado, la negativa de una parte a admitir la compensación podía llegar a estimarse como una actitud dolosa.

¹⁰¹⁸ Así lo señalan, por ejemplo, López Vilas, R., 1991, p. 585; Díez-Picazo, L., 2008, p. 623.

¹⁰¹⁹ *Ibidem*, p. 781.

desvirtuar la figura a favor exclusivamente del predisponente y en perjuicio del adherente^{1020 1021}.

c) Por último, en cuanto a la cesión de contrato sin necesidad de consentimiento del contratante cedido-adherente, a pesar de que pueda resultar perjudicial para su posición contractual, difícilmente se puede defender que esta cláusula se habría incluido sin problemas o sin una compensación en otro punto si el contrato hubiera sido negociado. El requisito del consentimiento del contratante cedido para la validez de la cesión del contrato encuentra su razón de ser, precisamente, en proteger a éste pues con la cesión del contrato se produce la liberación del cedente y la pérdida de los derechos que el cedido pudiera tener contra él como consecuencia del mismo¹⁰²². Aunque se trata de una norma dispositiva que admite pacto en contrario, la cláusula mencionada se aparta considerablemente de lo que sería la composición neutra de intereses en el contrato y lo hace con unas consecuencias claramente beneficiosas para el que la ha impuesto y, correlativamente, siempre perjudiciales para el adherente, que ve cómo disminuye su protección y seguridad en el contrato (imposibilidad de oponer excepciones personales contra el cedente al margen del contrato; incertidumbre acerca de la posición del cesionario para cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, calidad de los productos o servicios o solvencia para responder en caso de incumplimiento)^{1023 1024}.

¹⁰²⁰ En este sentido, moderando una cláusula penal en un contrato de adhesión entre empresarios, por considerarla excesiva y generadora de un desequilibrio entre los contratantes, con apoyo en la buena fe del art. 1258 Cc, SSAP Murcia de 20 de mayo de 2010 [JUR\2010\238450] y de 14 de junio de 2011 [JUR\2011\265991].

¹⁰²¹ Incluso en el caso de la imposición de cláusulas penales punitivas podría la buena fe del art. 1258 Cc. suponer un límite. Si bien hay que tener en cuenta que la función punitiva de la cláusula conlleva, necesariamente, la fijación de una cantidad –en el caso de que la pena se trate de una suma de dinero– sensiblemente superior a la de los daños previstos, pues en esa diferencia radica el carácter coercitivo y sancionador, esto no implica que toda pena, por muy elevada que sea, pueda ser aceptable en el caso de un contrato predispuesto. El predisponente, aprovechándose de su preeminencia puede haber configurado una cláusula penal que, incluso teniendo en cuenta ese factor punitivo, sea exorbitante teniendo en cuenta el contrato o la prestación, de tal modo que el adherente incumplidor se vea compelido al pago de una pena totalmente desproporcionada y con la que no cabía contar.

¹⁰²² Por todos, Díez-Picazo, L., 2008, p. 1052; LACRUZ, J. L.; DE ASÍFS, F.; LUNA, A. (*et al.*), 2007, pp. 526-528.

¹⁰²³ Respecto de la cláusula similar contenida en el TRLC para los contratos en los que interviene un consumidor, CÁMARA LAPUENTE, S., 2011, p. 860 (en general, pp. 859 y ss). Aunque se trata de un supuesto cubierto por el art. 86.3 TRLC («la liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste»), el autor apunta que, en cualquier caso, podría igualmente declararse abusiva por la cláusula general del art. 82 TRLC.

¹⁰²⁴ En la SAP La Rioja de 12 de septiembre de 2014 [JUR\2014\252549] se declaran nulas algunas cláusulas de una cesión de contrato en virtud del art. 8.1 LCGC y del art. 1256 Cc pues el régimen al que queda sujeto la empresa adherente–cedida frente a la cesionaria (facultad de cesión a un tercero «los derechos de presente contrato» junto con otras previsiones en las que parece exonerar de toda responsabilidad

Y cerramos este apartado haciendo referencia a las consecuencias que podría tener el recurso a la buena fe como norma de control. Vaya por delante que nos parece una cuestión compleja que merecería una profundidad que excede de este trabajo. Algunas de las sentencias citadas tienden a moderar la cláusula que han considerado contraria a la buena fe –normalmente cláusula penal– sin declararla nula. En otros casos, se habla de declarar la ineficacia de la cláusula. Y, una vez declarada nula la cláusula por ser contraria a la buena fe, cabe preguntarse si el contenido eliminado se puede o debe integrar acudiendo a las fuentes de integración o bien este contenido se entiende simplemente suprimido sin posibilidad de ser reemplazado.

Estas distintas opciones han sido objeto de abundante jurisprudencia y de debate en la doctrina en el ámbito de los contratos de consumo y el TRLC. Efectivamente, como ya sabemos, a consecuencia de la STJUE de 14 de junio de 2012, el art. 83 del texto legal se modificó para dejar claro que el Juez no puede alterar el contenido de una cláusula que ha sido declarada abusiva (no cabe la denominada «reducción conservadora de la validez»), sino que tiene que limitarse a dejarla sin aplicación¹⁰²⁵. En general, la doctrina y los tribunales, en un principio, entendiendo que «moderar» no es lo mismo que «integrar», procedieron a dejar actuar las normas aplicables en defecto de pacto, siendo el Derecho dispositivo el reflejo de la composición de intereses más adecuada en defecto de otra voluntad. Como vimos al hilo de las cláusulas de intereses moratorios, en este supuesto implicaría la entrada del art. 1108 Cc, de tal forma que, en caso de mora, habría que estar al interés legal¹⁰²⁶.

al cesionario por los eventuales incumplimientos del contrato) es palmariamente desequilibrado en perjuicio de la parte débil.

¹⁰²⁵ Por otra parte, sí permite expresamente la moderación, por ejemplo, la LMOC. Así, en su art. 9 se dispone que el juez que declare la invalidez de dichas cláusulas abusivas integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 Cc y «dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia».

¹⁰²⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 15 de febrero de 2012; 14 de junio de 2012; 30 de noviembre de 2013. Del mismo modo, MIQUEL, 2014, señala que hay que proceder a integrar cuando algo que las partes debían regular según la lógica, no está regulado. Por ejemplo, si la cláusula de intereses moratorios se elimina por abusiva, como la regla contractual tiene que regular qué pasa cuando no se paga, se integraría con el art. 1108 Cc. Si, por el contrario, lo abusivo es la imposición del pago de un impuesto que no era necesario que se regulara, se suprime la cláusula y no existe referencia alguna a ello (en el fondo, pensamos que también sería recurrir al Derecho dispositivo en el entendido de que al final el impuesto correrá a cargo de quien la ley señale en defecto de pacto). Asimismo, BALLUGERA GÓMEZ, C., *Diario La Ley*, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *CCJC*, pp. 345 y ss., quien entendía que la STJUE no se opone a una «integración» del contrato contemplado sin la cláusula abusiva, integración que tendría lugar mediante el Derecho dispositivo que ya no ha sido desplazado, siendo esta la sanción adecuada para quien ha usado su libertad contractual imponiendo un contenido abusivo (p. 355).

En todo caso, nos remitimos a lo dispuesto en la nota a pie núm. 776 acerca de la postura del TJUE –que entiende que no cabe ningún tipo de integración– y de la adaptación de esta doctrina por parte de

Esta misma consecuencia, que ya mantuvimos respecto de los intereses moratorios en el epígrafe dedicado a la Ley de Usura y su valor como límite a la autonomía de la voluntad, es la que consideramos que conlleva la contrariedad de una cláusula con la buena fe, tal y como se ha expuesto en los párrafos anteriores¹⁰²⁷. Es decir, frente a una moderación de la cláusula, entendemos más adecuada la ineficacia de la misma. Este sería el resultado de contraponer una condición –fruto de una teórica autonomía de la voluntad, que no es tal, en sentido pleno– con el principio general de la buena fe, que obliga también a todo contratante. Y, una vez declarada la ineficacia de la cláusula, consideramos oportuno recurrir a la norma –en su caso– que se hubiera aplicado si no se hubiera pactado nada. Por una parte, porque el equilibrio neutro que representa el Derecho dispositivo es el que durante todo el trabajo se ha tenido, de una u otra manera, como referente. El Derecho dispositivo es la regulación consecuencia de tener en consideración a ambas partes como iguales, por lo que el sesgo proveniente de la desigualdad de posiciones entre predisponente y adherente, que podría mantenerse en cierta medida en una moderación de la cláusula por el Juez, se elimina y se garantiza un equilibrio real¹⁰²⁸. Por otra parte, y si bien como un buen argumento a favor de eliminar toda posibilidad de integración, se ha aludido al carácter de orden público de la normativa de consumo y su carácter sancionador¹⁰²⁹, no ocurre lo mismo en el ámbito de contratos entre empresarios y el marco normativo al que recurrimos para controlar posibles abusos. En cualquier caso, declarar la ineficacia de la cláusula impuesta contraria a la buena fe e integrar ese vacío, en su caso, recurriendo al Derecho dispositivo, cumple la función de control de abusos en contratos en los que no existe una plena autonomía bilateral de la voluntad y, además, también cumple una función preventiva –en la mayor parte de los casos– puesto que, aun inte-

nuestro Tribunal Supremo –en el caso de los intereses moratorios abusivos, si bien no cabe la integración con el interés legal, considera que sí que se sigue devengando el interés retributivo–.

¹⁰²⁷ Esta solución –ineficacia y posterior integración, en su caso– es la que también se recoge expresamente en otros ordenamientos jurídicos, como el alemán o el portugués, que también incluyen en su protección a los adherentes empresarios. Aunque estos casos se encuentran dentro de un control regulado expresamente por el legislador, en ambos ejemplos las consecuencias de no incorporación o abusividad –tras no llegar a formar parte del contrato o ser declaradas nulas– es el recurso a las previsiones legales («*gesetzlichen Vorschriften*», § 306.2 BGB) o a las normas supletorias aplicables, con recurso, si es necesario, a las reglas de integración de los negocios jurídicos («*normas supletivas aplicáveis*», art. 13.2 Lei de cláusulas contratuais gerais).

¹⁰²⁸ Dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *CCJC*, p. 348, que cuando la presencia de una cláusula se debe a la iniciativa del que tiene el poder de imponer el contenido contractual, el resultado de la reducción por el Juez no atendería a la asimetría entre las posiciones de las partes ni garantizaría un equilibrio real pues, esa reducción hasta «lo tolerable» seguiría manteniendo una cierta posición de ventaja que *ex ante* tenía una de las partes, que fue la que impuso en un principio la cláusula abusiva.

¹⁰²⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., 26 de marzo de 2015, apunta, como uno de los argumentos para negar el recurso a las fuentes de integración en el que caso de que se suprima una cláusula por abusiva al hilo del TRLC.

grando con la norma dispositiva, el predisponente se verá perjudicado. No de forma tan drástica, retomando como ejemplo el caso de los intereses moratorios, como si se suprimiera directamente la obligación de indemnizar la mora, pero su posición será peor que si el Juez hubiera moderado la cláusula hasta lo que *ab initio* no hubiese sido abusivo.

La nulidad según este razonamiento conllevará en ocasiones integrar el contrato mediante las fuentes generales de integración y en otras simplemente, por su configuración, implicará suprimir la facultad que se había reservado el predisponente o eliminar alguna limitación impuesta al adherente¹⁰³⁰. Del mismo modo que ante la supresión de la cláusula de intereses moratorios contraria a la buena fe entra en juego el art. 1108 Cc y el interés legal, si se suprime una cláusula de vencimiento anticipado que, sin ser considerada contraria al art. 1256 Cc sí que puede ser calificada de contraria a la buena fe, será el art. 1124 Cc y la regulación general de la resolución por incumplimiento a la que habrá que atender (concretamente, a un incumplimiento grave). En el caso de que se haya impuesto una cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad contraria a la buena fe, su ineficacia llevará a que la regla contractual sea el reparto de riesgos según el Derecho dispositivo. En el caso de que la cláusula contraria a la buena fe esté relacionada con la fijación de plazos (de cumplimiento, por ejemplo), y dado que no tiene sentido que con la eliminación de esa cláusula el predisponente pase de estar obligado al pago en un plazo muy amplio a estarlo sin plazo, podría integrarse éste recurriendo a los usos, que, como vimos, en el caso de los contratos entre empresarios en este ámbito tienen mucha relevancia. Si lo que se considera ineficaz es una prórroga automática, la consecuencia es que el contrato se da por terminado cuando llegue el plazo fijado en el mismo. En el caso de imponerse a los pactos particulares restricciones o formalidades añadidas de una naturaleza tal que conlleven su nulidad, aquéllos pasarían a tener validez con independencia de su forma (salvo excepciones, siguiendo el principio no formalista). Si se trata de arras confirmatorias contrarias a la buena fe, su supresión conlleva la ausencia de obligación para el adherente de tener que entregar cantidad alguna como «señal» y si la abusiva es una cláusula de arras penitenciales, la nulidad dará entrada al Derecho dispositivo (art. 1454 Cc)¹⁰³¹.

¹⁰³⁰ Como dice, por todos, ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 30 de noviembre de 2013, «la cláusula abusiva se sustituye, *in totum*, por la regla general que ha sido desplazada. Cuando la regla legal desplazada es “cero”, por “cero”. Cuando la regla general desplazada es “interés legal”, por el “interés legal”».

¹⁰³¹ CARRASCO PERERA, A., 2010, pp. 824 y ss., ante la nulidad por abusividad de una cláusula de arras penitenciales, opta por su supresión sin aplicación supletoria del art. 1454 Cc. De otra forma, señala, el predisponente no tiene ningún incentivo para no introducir una cláusula abusiva, pues, en el peor de los casos, acabará entrando en funcionamiento el art. 1454 Cc. Estamos de acuerdo en que se producen estos

Un caso especial es el de las cláusulas penales porque la excesividad en este tipo de condiciones generalmente se ha llevado por la vía de la moderación (quizás porque los preceptos a los que la doctrina y/o jurisprudencia han intentado recurrir puntualmente para enfrentarse a ellas hablan de *moderar* la cláusula [arts. 1154 y 1103 Cc]). Aquí, sin embargo, para ser coherentes con lo argumentado para el resto de las cláusulas en general, la consecuencia de la contrariedad con la buena fe sería la nulidad de la misma. En el caso de cláusulas penales sustitutivas, pensamos que su supresión por ser contrarias a la buena fe podría dar entrada a la regulación dispositiva de la indemnización por daños y perjuicios contenida en los arts. 1101 y ss. De este modo, el predisponente perdería el beneficio que representa una liquidación anticipada de los daños y pasaría a ver regulada su situación por las reglas generales de cálculo y prueba de la indemnización¹⁰³².

Más complejas son las consecuencias de una cláusula penal punitiva contraria a la buena fe por imponer una pena considerada exorbitante –aun teniendo en cuenta el factor sancionador que es intrínseco a la cláusula–. Aplicando lo expuesto en las líneas anteriores, no cabe una reducción del elemento punitivo de la cláusula hasta lo que «fuera conforme a la buena fe». Por ejemplo, la nulidad de una cláusula cumulativa, que permitiera al predisponente recibir el pago tanto de la indemnización de daños y perjuicios como de la pena, conllevaría la obligación del adherente de pagar solo las cantidades derivadas de las normas generales de resarcimiento de daños del Cc¹⁰³³. Es por ello que, aunque mantenemos que también en una cláusula penal punitiva puede darse la contrariedad con la buena fe, es cierto que una reducción de la pena hasta donde la sanción no fuera exorbitante, no encajaría con las posibles consecuencias pues tendría que ser privada totalmente de efectos¹⁰³⁴.

efectos no deseados, y de ahí que con anterioridad, en el texto principal, dijéramos que el recurso a las reglas de integración cumple una función preventiva *en la mayor parte de los casos*. Pero también es verdad que con una supresión de la cláusula, dejando el contrato como un contrato sin pacto de arras, es decir, estando ambas partes sujetas a su cumplimiento, se está perjudicando en igual medida a predisponente y adherente puesto que este último pierde la posibilidad de desistir del negocio entregando una cantidad fijada.

¹⁰³² Al hilo del comentario de la STJUE que prohíbe la reducción conservadora de la validez, parece ofrecer este planteamiento (en contratos de consumo) GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., CCJC, p. 354, al señalar que en las cláusulas penales de liquidación de daño derivado de incumplimiento con una cuantía desproporcionada se debe prescindir de ellas «lo que, creo, conduce a las normas generales de resarcimiento de daños». En contra se manifiesta ALFARO ÁGUILA-REAL, J., 30 de noviembre de 2013. El autor (dentro del contexto de los contratos de consumo y el TRLC y, es verdad, que sin especificar si se refiere a una cláusula penal sustitutiva o punitiva) afirma que cuando se pacta en condiciones generales una cláusula penal y es calificada de abusiva, la consecuencia es que el adherente no ha de pagar penalización alguna.

¹⁰³³ Dice GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., CCJC, p. 354, que cuando una cláusula penal se revela de carácter punitivo y abusiva, los tribunales tienden a denegar cualquier indemnización si no ha habido daños.

¹⁰³⁴ La única forma sería, quizás, recurrir a los usos o la buena fe, en este caso, como estricta fuente de integración del contrato según el art. 1258 Cc, aunque consideramos de difícil determinación qué pena –en el sentido de coerción o castigo– sería «la adecuada a la buena fe».

RECAPITULACIÓN

LA BUENA FE DEL ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONTROL DE CONTENIDO

A lo largo de todo el trabajo se ha planteado la necesidad de un control de contenido que pudiera hacer frente a los abusos que también en contratos entre empresarios se pueden producir, si éstos son resultado de un procedimiento que se caracteriza por el déficit de la autonomía de la voluntad. No todo empresario adherente es susceptible de ser protegido pero el hecho de no ser consumidor no le excluye en algunos casos de ser la parte débil de la relación y de que le sean *impuestas* verdaderas cláusulas «abusivas» por parte de un predisponente que hace uso en este sentido de su posición de preeminencia. A pesar de esto, la LCGC excluye un control específico de contenido para los contratos predisuestos entre empresarios, remitiendo a las normas generales imperativas y prohibitivas. El Derecho imperativo, si bien puede dar solución ejerciendo de límite en algunos supuestos, no llega a cubrir todos los escenarios potenciales de abusos, lo cual no es de extrañar en tanto en cuanto las normas de *ius cogens* son cotos a la autonomía de la voluntad pensados para cuando ésta existe en su sentido más pleno, no para cuando el proceso de formación del negocio jurídico ha adolecido de falta de autonomía privada bilateral. Son supuestos distintos que necesitan un tratamiento distinto.

Ante esta ausencia en nuestro Derecho de condiciones generales de una disposición legal específica para un control material de los contratos predisuestos entre empresarios, una solución es el recurso a la cláusula general de la buena fe. El control que hemos defendido en este apartado se basa en el principio general de la buena fe positivizado en el art. 1258 Cc como una norma de integración contractual a la que, sin embargo, pueden otorgársele

efectos más amplios. Volvemos a incidir en la idea de que, cuando estamos ante contratos en los que no existe una verdadera autonomía de la voluntad bilateral, pues una de las partes –el adherente– tan solo participa de la formación del contrato dando su consentimiento a un texto que plantea el predisponente y dejando en sus manos, por tanto, el hecho de que se hayan incluido también en el contenido del mismo sus intereses legítimos, si hay una contradicción entre lo así «pactado» y las consecuencias de la buena fe, obliga con prioridad lo segundo. Es decir, la trascendencia del concepto de «pacto» como manifestación de la autonomía de la voluntad y como ámbito en el que no es posible la injerencia externa se diluye como consecuencia del proceso típico de contratación mediante condiciones generales. Y esto ocurre también, repetimos, aunque sea con diferente intensidad que en el Derecho de consumo, en contratos mediante condiciones generales entre empresarios. En el fondo, no se opone a esta idea la LCGC, texto que tiene como objetivo la protección, mediante diversos controles, de la figura del adherente. Si bien es verdad que el control de contenido específico en ella articulado –actualmente, en el TRLC– se reserva para los contratos con consumidores, también lo es que se reconoce que los empresarios que se adhieren a un contrato mediante condiciones generales pueden sufrir abusos por parte del predisponente, aunque éstos tengan que reconducirse, en lo que a control material se refiere, por la vía de las normas generales imperativas y prohibitivas. Una de estas normas es, precisamente, el art. 1258 Cc y su mención a la buena fe, de aplicación a todos los contratos y, por tanto, también a los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. La buena fe puede desplegar respecto de ellos todos sus efectos, que incluyen la imposición de contenidos aun al margen de la voluntad de las partes pero también, pensamos, el control negativo de aquellas condiciones que resulten contrarias al principio general cuando no hay una autonomía bilateral plena. No hay contradicción aquí, realmente, entre el principio *pacta sunt servanda* y la injerencia en el contrato, pues la formación de las condiciones generales se caracteriza por un déficit de autonomía de la voluntad tanto si el adherente es consumidor como si es empresario. Tampoco entre ésta –la injerencia– y el ordenamiento jurídico, pues solo se rechaza que exista un control de contenido específico para contratos entre empresarios, como ocurre con consumidores, pero no que se pueda producir la nulidad de cláusulas contrarias a normas generales imperativas, como es, a nuestro juicio, la buena fe del art. 1258 Cc, cuando se contrapone con una fuente «falsamente» autónoma del contrato. Además, en línea con esta idea de necesidad de protección al empresario débil, vemos cómo en algunos sectores el legislador ha empezado a configurar de forma expresa un control de contenido en

ámbitos de contratación entre empresarios. Del mismo modo, y aunque no podemos hablar ni mucho menos de una posición unitaria, sí que encontramos en la jurisprudencia ejemplos de cómo los tribunales, ante situaciones de abuso en contratos entre empresarios, intentan darles una solución recurriendo, en especial, a figura de la buena fe, en conjunción con otros elementos que la complementan.

Antes de seguir con la configuración de la buena fe como norma de control hay que incidir en la idea de que, a diferencia del consumidor, no todo empresario adherente merece la misma protección puesto que sus características y situación pueden ser muy diversas. Se puede recurrir, por ejemplo, a un criterio objetivo y cerrado para intentar delimitar qué empresarios son, con mayor probabilidad, susceptibles de ser tutelados por el ordenamiento jurídico. Es lo que se hace en Holanda o en una reforma planteada en el Reino Unido recurriendo al concepto de «micro business», adherente al que considera especialmente sensible, delimitándolo en función del número de empleados¹⁰³⁵. Sin embargo, para dar cabida a todos los supuestos, como sabemos, se apuesta aquí por un sistema menos cierto y cómodo pero más flexible, al estilo del dispuesto en el ordenamiento jurídico alemán, francés –y en el portugués, sin perjuicio de las diferencias que supone la previsión expresa de listas negra y gris de cláusulas abusivas entre empresarios–, en los textos de Derecho europeo de contratos y en la Propuesta de Modernización nacional. Se trata de determinar caso por caso si se ha producido una contrariedad a la buena fe por parte del predisponente, según la necesidad de protección del adherente empresario. Para ello, habrá que estar al sector en el que se opera, pues no se le puede exigir a un empresario las mismas competencias si contrata dentro de su sector económico que si lo hace fuera. Pero, y con independencia de la ajeneidad del ámbito de negocio, también habrá que tener en cuenta, de forma especial, la posición relativa del adherente respecto del predisponente –tamaño, experiencia, capacidad de acceso a servicios de asesoramiento legal, estructura del mercado, dependencia del predisponente–. La valoración de una cláusula inserta en un contrato depende de un conjunto de criterios que van más allá del tamaño de la empresa aunque, evidentemente, éste sea un dato especialmente indicativo.

Si tomamos la buena fe del art. 1258 Cc como punto de partida para poder controlar los posibles abusos, debemos concretar sus implicaciones pues, como cláusula general que es, la amplitud y versatilidad que la caracte-

¹⁰³⁵ Además de este criterio, hay que tener en cuenta otros como el valor del contrato, el tipo de negocio o el sector en el que se contrata (ver MATO PACÍN, M. N., *CDT*, pp. 249 y ss.).

rizan tienen como contrapartida negativa su indeterminación. Sin querer ni poder eliminar ésta, a la vista de la jurisprudencia en el ámbito contractual, podemos decir que la buena fe objetiva del art. 1258 Cc obliga, por una parte, a un comportamiento conforme a las expectativas de las partes y, por otra, a tener razonablemente en consideración en la configuración del contrato también los intereses legítimos de la contraparte. Así las cosas, la buena fe en materia contractual conlleva, en primer lugar, un *deber de transparencia* que obliga al predisponente a que las cláusulas sean comprensibles no solo desde el punto de vista formal sino también respecto de la carga económica y jurídica que realmente suponen para el adherente. En segundo lugar, conlleva un *deber de proporción o equilibrio en la configuración de los derechos y obligaciones* de las partes, esto es, implica, como señalábamos, que el predisponente tiene que tener razonablemente en consideración los intereses legítimos del adherente. Estos deberes, teniendo en cuenta el proceso de formación de los contratos mediante condiciones generales –para todo adherente–, cobran una mayor trascendencia. Trascendencia que también alcanza en este ámbito el Derecho dispositivo, no como límite pero sí como referente que aporta el legislador de la mejor composición de intereses de las partes, pues no es sino a él a lo que debería tender una regulación contractual equilibrada. Así, el Derecho dispositivo, como mejor ponderación de los intereses de las partes, cumple la función de modelo respecto del que valorar la desviación de las cláusulas, valoración que tendrá que incluir, tanto en este caso como en el de la transparencia, las características del ámbito en el que se contrata y la posición de debilidad del adherente respecto del predisponente. De este modo, a través de la buena fe del art. 1258 Cc, consideramos que se pueden controlar todos aquellos abusos en condiciones generales para los que el Derecho imperativo no supone un límite, como es el caso de muchos de los supuestos citados a lo largo del trabajo (v. gr. ciertas cláusulas de limitación de responsabilidad, cláusulas relativas a plazos, a formalidades añadidas, a limitaciones de facultades de compensación, de cesión de contrato, arras o cláusulas penales). La consecuencia de que una cláusula fuera considerada contraria a la buena fe sería la nulidad, debiendo ser integrada con las reglas generales aplicables en defecto de pacto.

Concluyendo, el análisis desarrollado del tema nos lleva a afirmar que debe valorarse de forma negativa el nivel de protección que se puede obtener mediante los límites generales a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 1255 Cc para todo contrato. Se trata, a nuestro juicio, de soluciones parciales que resultan insuficientes para dar respuesta a todos los supuestos de abusos merecedores de protección en condiciones generales entre empresarios y

que, sin embargo, carecen de ella. Resulta preciso recurrir a una figura que pueda cumplir la función de protección, siendo el flexible concepto de la buena fe, presente en la mayoría de los controles de contenido, el que mejor recoge la esencia del planteamiento de partida: es contrario a la buena fe que el predisponente haga uso de su derecho y también del derecho ajeno –el del adherente– a determinar el contenido del contrato y, aprovechándose del peculiar proceso de formación del mismo y de su situación de superioridad, incluya un contenido beneficioso para él y perjudicial para el adherente, que éste no habría aceptado de haber tenido la oportunidad de tomar parte o influir en la configuración del clausulado.

En este sentido, nos sumamos a la doctrina autorizada que aboga por recurrir a la buena fe del art. 1258 Cc como norma de control de contenido en contratos mediante condiciones generales. Según este precepto, el contrato obliga a lo expresamente pactado (fuente autónoma) así como a las consecuencias conformes a la buena fe, al uso y a la ley dispositiva (fuentes heterónomas). El principio de la buena fe no puede ser desplazado por un contenido resultado de un proceso de formación que se caracteriza precisamente por un déficit de la autonomía de la voluntad. El hecho de que la fuente autónoma del contrato pase a ser *pseudoautónoma* en condiciones generales es lo que posibilita la conexión de la injerencia positiva de la buena fe como norma de integración con la injerencia negativa como norma de control de contenido. Esta aplicación de la buena fe del art. 1258 Cc más allá de su función integrativa es un desarrollo del Derecho *extra legem* pero *intra ius*: no supone una distorsión de nuestro Ordenamiento jurídico pues se protege al empresario adherente débil –porque también se ve afectado por la falta de una plena autonomía privada– recurriendo a reglas generales de obligaciones y no a un control específico como en el Derecho de consumo, que es lo que rechaza la LCGC.

El control que se puede instaurar a través de la buena fe del art. 1258 Cc permitiría, de esta manera, dar una protección general al adherente empresario que así lo merezca frente a los abusos que comete el predisponente aprovechando el especial mecanismo de formación del contrato mediante condiciones generales. Es necesaria la aplicación de un control de este tipo pues, por una parte, está demostrado que no solo el consumidor puede ser contratante débil y, por otra, el recurso al resto del Derecho imperativo vigente no es suficiente para cubrir todos los posibles supuestos de cláusulas «abusivas» que pueden darse en la contratación entre empresarios. No es, desde luego, una idea nueva entre la doctrina y la jurisprudencia –hemos visto cómo algunos tribunales tratan, con mayor o menor acierto, de reequilibrar las posiciones del

■ CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EMPRESARIO ADHERENTE

adherente y el predisponente—. Y tampoco se ha podido quedar al margen el legislador, que ha tenido que reconocer expresamente la necesidad de protección en algunos ámbitos (por ejemplo, en la LMOC o en el contrato de seguro o de transporte). Sin duda, la buena fe que contiene el art. 1258 Cc, norma de integración imperativa, fuente de comportamientos debidos y que representa uno de los principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico, puede ser una auténtica cláusula general sobre la que configurar un control de contenido. Aunque no esté expresamente concebida dentro del art. 1255 Cc, encontramos justificado que represente también un límite a la autonomía de la voluntad cuando realmente tal autonomía no es plena, es decir, en la contratación mediante condiciones generales.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENSO, A., «El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 14-15, 1996-1997, pp. 323-392.
- ACTUALIZA. Grupo para la reforma y actualización del Derecho privado en España, *Alegaciones a la Propuesta de Código Mercantil*, Madrid, 11 de noviembre de 2013.
- AGUILLAUME GANDASEGUI, G., «El ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la Ley 3/2004, de medidas de lucha contra la morosidad», *La Ley*, 2005, 4, pp. 1687-1695.
- AKERLOF, G. A., «The market for «lemons»: quality uncertainty and the market mechanism», en Goldberg, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge, 1989, pp. 24-28.
- ALBALADEJO, M., «La nulidad de los préstamos usurarios», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, n.º 1, 1995, pp. 33-49.
- *Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, 14 ed., Madrid, 2011.
- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, núm. 3, julio-septiembre 2002, pp. 1133-1227.
- «Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación», en González Porras, J. M.; Méndez González, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Sevilla, 2004, pp. 75-95.
- «Mercado interior, contrato y Derecho de la competencia», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, enero-junio, 2006, pp. 101-120.
- «El control de contenido de las cláusulas de morosidad en las operaciones comerciales (A propósito del artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 103, año XXV, julio-septiembre 2006, pp. 209-238.

- *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Navarra, 2009.
 - «Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control», en Sánchez Lorenzo, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Navarra, 2009, pp. 93-187.
 - «La necesaria influencia del Derecho privado europeo en la Propuesta», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 15-25.
 - «La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código civil: una tendencia muy europea», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 194-238.
 - «Primeras observaciones a la Propuesta de Código Mercantil en materia de condiciones generales de la contratación», *Diario La Ley*, núm. 8172, 17 octubre 2013.
 - «Diferencias terminológicas en torno al empresario y en los presupuestos de control de abuso en las cláusulas de los contratos B2B», Ponencia en la *Jornada Hispano-Alemana: Contratos estandarizados – entre la autonomía de la voluntad y el control jurídico*, Universidad de Münster, 24 de junio de 2016.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.^a ed. Traducción por Bernal Pulido, C., Madrid, 2007.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La interpretación de las condiciones generales de los contratos», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 183-184, enero-junio, 1987, pp. 7-61.
- *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991.
 - «La función de los usos en el Código de comercio (Notas para una reinterpretación del art. 2 C. de c.)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio-septiembre 1992, pp. 419-444.
 - Voz «Integración contractual (D.º Civil)», en AAVV, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3636-3642.
 - Voz «Leasing (D.º Mercantil)», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3915-3920.
 - «El proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 67, año XVI, julio septiembre 1997, pp. 839-902.
 - «Cláusulas abusivas, cláusulas predispuestas y condiciones generales», *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 4, 1998, pp. 53-70.
 - «Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 75-93.

- «Comentario al artículo 1», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 97-141.
 - «La nueva regulación del crédito comercial: una lectura crítica de la Directiva y de la Ley contra la morosidad», *InDret*, julio 2005.
 - «Delimitación de la noción de abuso de una posición de dominio», en Martínez Lage, S.; Petitbò Juan, A. (dirs.), *El abuso de la posición de dominio*, Madrid, 2006, pp. 193-226.
 - «EU late payments: Probablemente el primer caso de la infracción de derechos fundamentales por la legislación europea», 30 de abril de 2010, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
 - «¿Es una restricción proporcional de la libertad contractual prohibir todos los pactos contractuales sobre el plazo para evitar los abusos?», 29 de junio de 2010, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
 - «La arriesgada vida de una Abogado General: la reducción conservadora de la validez es contraria a la Directiva 13/93», 15 de febrero de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
 - «La Sentencia del TJ sobre la reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas», 14 de junio de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
 - «Supremo confirma que el control de las cláusulas predispuestas no afecta al precio», 26 de julio de 2012, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com>
 - «La cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado de un Juez de Santander», 30 de noviembre de 2013, <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es>.
- ALFARO, J.; CAMPINS, A., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 6.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, 1062-1067.
- ALGUER, J., «El concepto de la buena fe en la génesis y en la técnica del Derecho privado», *Revista Jurídica de Catalunya*, vol. 33, septiembre-octubre, 1927, pp. 422-439; 507-555.
- ALMAGRO NOSETE, J., «Comentario a los artículos 1255, 1256 y 1258», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, Barcelona, 2000, pp. 497-509, 515-520.
- ALMEIDA COSTA, M. J.; MENEZES CORDEIRO, A., *Cláusulas contratuais gerais, Anotação ao Decreto-Lei n. 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, 1986.
- *Direito das obrigações*, 11 ed., Coimbra, 2008.
- ALONSO PÉREZ, M. T.; ALMAGRO MARTÍN, C., «El arrendamiento de servicios», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Navarra, 2014, pp. 51-173.
- ALONSO SOTO, R., «Los contratos de distribución comercial», en Uría, R.; Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil, II*, Madrid, 2001, pp. 167-221.

- «Tipología de los contratos de distribución comercial», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 57-73.
- «Los contratos de distribución en la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 14, 2014, pp. 13-24.
- ÁLVAREZ LATA, N., *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, Granada, 1998.
- ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario a las Disposiciones Adicionales 1.^aI.2.^a y 1.^aI.8.^a», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Navarra, 2000, pp. 849-888; 938-990.
- «El nuevo plazo de cumplimiento de las operaciones comerciales entre empresas ¿Una infracción de las exigencias de la Directiva?», *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm 6, 2000, pp. 23-32.
- «No es posible el control de contenido sobre la cláusula de intereses remuneratorios. El Tribunal Supremo se manifiesta en contra de la doctrina del TJUE», *Aranzadi Civil-Mercantil*, *Revista doctrinal*, vol 1, núm. 11, marzo, 2013, pp. 51-60.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R., «Comentario al artículo 1124», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.^a ed., Granada, 2003.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1993.
- «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 46, 1998, pp. 357-374.
- ANAYA, G., «Propuesta española de Código mercantil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, diciembre 2013, pp. 41-66.
- ANGULO RODRÍGUEZ, L., «El contrato de comisión», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 267-280.
- ARANA DE LA FUENTE, I., «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 62, núm. 4, octubre-diciembre 2009, pp. 1579-1686.
- «Algunas precisiones sobre la reforma de la cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, octubre 2010.
- ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., *La equivalencia de las prestaciones en el Derecho contractual*, Madrid, 1978.
- ARIAS VARONA, F. J., «La asistencia en tierra en los aeropuertos (“Handling”) y la responsabilidad del prestador del servicio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 271, enero-marzo, 2009, pp. 135-184.
- ARMENTA DEU, T., «Del proceso monitorio», en VVAA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. II, Navarra, 2001, pp. 911-932.

- ARROYO, I; BOET, E.; MIQUEL, J. (*et al.*), *Ley de contrato de seguro con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 2003.
- ARROYO MARTÍNEZ, I., «Personal colaborador del empresario de la navegación», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2007, pp. 1263-1307.
- «Contratos de utilización del buque (III)», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2007, pp. 1469-1504.
- ARRUÑADA, B., *La Directiva sobre morosidad: una mala solución a un falso problema*, Madrid, 1999.
- «La Ley contra la morosidad comercial», *InDret*, julio 2004.
- ATAZ LÓPEZ, J., «La libertad contractual y sus límites», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo I, Valencia, 2009, pp. 127-170.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho. Ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Madrid, 1986.
- AVILÉS GARCÍA, J., «Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España», *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, septiembre-octubre 1998, núm. 648, pp. 1533-1585.
- BACHES OPI, S., *Distribución y Derecho de la competencia. El Reglamento de la Unión Europea sobre restricciones verticales*, Madrid, 2014.
- BADENAS CARPIO, J. M., «Comentario al artículo 2. Ámbito subjetivo», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Elcano, 2000, pp. 37-92.
- BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.
- «Comentario al artículo 1102», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», *Diario La Ley*, núm. 7507, 11 noviembre 2010.
- «Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. La reforma de la integración de cláusulas abusivas en casos concretos», *Diario La Ley*, núm. 8344, 1 julio 2014.
- BARCELONA, E., «Recesso ad nutum fra principio di buona fede e abuso del diritto: «solidarietà sociale» o inderogabilità del «mercato»? (Note a propósito di Cass. n. 20106/2009)», *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 165-216.
- BAREA NAVAMUEL, J., «Los sectores de la distribución comercial ante la regulación de los contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución comercial: una visión del Anteproyecto de Ley de contratos de distribución desde los operadores económicos», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 895-926.

- BARRES BENLLOCH, P.; EMBID IRUJO, J. M.; MARTÍNEZ SANZ, F., *Principios de Derecho Contractual Europeo*, parte III, Madrid, 2007.
- BARRÓN DE BENITO, J. L., *Condiciones generales de la contratación y contrato de seguro*, Madrid, 1999.
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Madrid, 2002.
- BASEDOW, J., «Kommentar zum § 305 BGB», en Jürgen, F.; Rixecker, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 5 ed., München, 2007, pp. 1013-1115.
- BASOZABAL ARRUE, X., *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004.
- «Comentario a los artículos 1740 a 1757», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 1883-1902.
- BATALLER GRAU, J., «Un Marco Común de Referencia para el contrato de seguro en la Unión Europea», *Revista española de seguros*, núm. 136, 2008, pp. 669-685.
- BATLLE SALES, G., «Las convenciones ilícitas en los negocios mercantiles. Reflexiones en torno al artículo 53 del Código de comercio», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 205, julio-septiembre, 1992, pp. 445-468.
- BATLLE VÁZQUEZ, M., «Comentario al artículo 7», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, Madrid, 1978, pp. 116-126.
- BECKER, F., «Die Reichweite der AGB-Inhaltskontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr aus teleologischer Sicht», *Juristenzeitung*, 22, November 2010, pp. 1098-1106.
- BELUCHE RINCÓN, I., *El derecho de desistimiento del consumidor*, Valencia, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., «Comentario a los artículos 1113 a 1124 y al artículo 1256», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra, 2009, pp. 1324-1338, 1479-1480.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a la sentencia de 26 de mayo de 1986», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 11, abril-agosto 1986, pp. 3657-3663.
- «Comentario a los artículos 1176-1181», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- «El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del leasing financiero», en Nieto Carol, U.; Muñoz Cervera, M. (dirs.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, tomo II, vol. 1, Civitas, Madrid, 1996, pp. 379-416.
- «Comentario al artículo 1», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 23-36.
- «Comentario al artículo 8», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 259-269.

- «Comentario a los artículos 1156 a 1181, 1254 y 1255», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 1370-1416, 1477-1479.
- *Apuntes de Derecho mercantil*, Navarra, 2013.
- «Comentario al artículo 3», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, 2015, pp. 86-99.
- BERENGUER FUSTER, L.; COSTAS COMESAÑA, J., «Derecho de la competencia y contratos de distribución», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., et al. (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 653-687.
- BERENGUER FUSTER, L.; GINER PARREÑO, C. A., «Comentarios críticos sobre la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 114, marzo 2010, pp. 22-34.
- BERGER, K. P., «Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmerverkehr», *Neue Juristische Wochenschrift*, 8, Februar 2010, pp. 465-470.
- BERGER, K. P.; KLEINE, L., «AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr», *Betriebs Beraten*, 40, 2007, pp. 2137-2141.
- «AGB-Gestaltung und Transparenzgebot-Beispiele aus der jüngeren BGH-Rechtsprechung zum unternehmerischen Geschäftsverkehr», *Neue Juristische Wochenschrift*, 49, 2007, pp. 3526-3530.
- «AGB, unternehmerischer Geschäftsverkehr, Indizwirkung der Klauselkataloge, Haftungsbeschränkungen», *EWiR*, 24. Jahrg., 11. Januar 2008, pp. 169-170.
- BIANCA, C. M., *Derecho civil. El contrato*, 2.^a ed., traducida por Hinestrosa, F.; Cortés, E., Colombia, 2007.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «La consagración legislativa de la ilicitud de las cláusulas de sumisión expresa», *Estudios sobre consumo*, núm. 48, enero 1999, pp. 49-68.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009.
- BRACHFIEL, P., «Directiva de Lucha contra las operaciones comerciales», *PMcM*, Madrid, 6 de abril de 2013.
- «El problema de la morosidad empresarial», 13 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/el-problema-de-la-morosidad-empresarial>
- «Los condicionantes de la morosidad», 17 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/morosidad/los-condicionantes-de-la-morosidad>
- «La reclamación de los impagados a través de los tribunales», 28 de mayo de 2013, <http://www.perebrachfield.com/el-blog-de-morosologia/recobro-de-impagados/la-reclamacion-de-los-impagados-a-traves-de-los-tribunales>
- BRENES CORTÉS, J., «Régimen jurídico de la solicitud y la proposición en el contrato de seguro. La formación del contrato de seguro», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 12, 2004., pp. 49-94.

- BRIGANTY ARENCIBIA, A., «La necesidad de una ley de distribución para el sector de la automoción», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 827-893.
- BULLARD GONZÁLEZ, A., *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*, 2.^a ed., Lima, 2006.
- BUSTO LAGO, J. M., *Las garantías personales atípicas en el ordenamiento jurídico español: configuración jurídica de las garantías «a primer requerimiento» y autónomas*, Navarra, 2006.
- «Comentario a la sentencia de 6 de septiembre de 2010», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 87, septiembre-diciembre, 2011, pp. 1433-1449.
- CABALLERO SÁNCHEZ, E., *El consumidor de seguros: protección y defensa*, Madrid, 1997.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «El leasing financiero y la Ley de Ventas a plazos de Bienes Muebles (Comentario a la STS de 28 de marzo de 1978)», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre, 1980, III, pp. 759-785.
- «La naturaleza del «leasing» o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 1, 1982, pp. 41-120.
- *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988.
- «La configuración del arrendamiento financiero (leasing) por la ley de 29 de julio de 1998, en la jurisprudencia y en el Convenio sobre leasing internacional», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1991, pp. 961-1018.
- «Comentario al artículo 1154», en Paz-Ares, C.; Díez-Picazo, L.; Bercovitz, R. (*et al.*) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991.
- «Comentario al artículo 55», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 467-473.
- *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, en el mercantil y en el laboral*, Madrid, 2000.
- «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 22.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1294-1295.
- «Introducción al estudio de los deberes de protección en el Derecho de obligaciones», en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, 2003, pp. 175-186.
- «El concepto de consumidor en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en Blasco, F.; Clemente, M.; Orduña, J., *et al.* (coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, tomo I, Valencia, 2011, pp. 377-399.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El control de nulidad de las cláusulas abusivas en los contratos de seguros por los tribunales civiles», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 9, año 41, octubre 2005, pp. 4-26.

- CAFFARENA LAPORTA, J., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 3.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1021-1029.
- CALAIS-AULOY, J., «De la notion de commerçant à celle du professionnel», en Didier, P., *Études de droit privé*, Economica, Paris, 2008, pp. 81-90.
- CÁMARA AGUILA, M. P., «Comentario a la Disposición Adicional 1.^aI.1.^a», en Berco-vitz, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Navarra, 2000, pp. 835-847.
- CÁMARA LAPUENTE, S., *El arrendamiento de bienes muebles*, Navarra, 2008.
- «Comentario a los artículos 3, 65 y 86», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, pp. 102-154, 579-586.
- «Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, pp. 829-870.
- «Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, pp. 910-933.
- «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, marzo 2011, pp. 84-117.
- «No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE 3 junio 2010 (Caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo», *Centro de Estudios de Consumo*, mayo 2013, www.uclm.es/centro/cesco.
- Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas (un resumen crítico), Ponencia dictada en la Academia Matritense del Notariado, 26 de marzo de 2015 (<http://www.elnotario.es/index.php/academia-matritense-del-notariado/4087-transparencias-desequilibrios-e-ineficacias-en-el-regimen-de-las-clausulas-abusivas-un-resumen-critico>)
- «Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo LV, 2015, pp. 551-643.
- «Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios», 27 de junio de 2016, <http://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>.
- CANO HURTADO, M. D., *La consignación como mecanismo de liberación del deudor*, Madrid, 2005.
- CANO MATA, A., «La interpretación de los contratos civiles», *Anuario de Derecho Civil*, 1971, tomo XXIV, pp. 193-206.
- CAPILLA RONCERO, F., Voz «equidad», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 2833-2834.

- CARBALLO FIDALGO, M., *Las condiciones generales de la contratación en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17-18 de febrero de 2011.
- CARRASCO PERERA, A., «Comentario a los artículos 1101, 1102 y 1104», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 374-475; 585-630.
- «Invalidez e ineficacia en los contratos con los consumidores», *Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, noviembre 2006, pp. 173-207.
- «Garantías a primer requerimiento», en Carrasco Perera, A.; Cordero Lobato, E.; Marín López, M. J., *Tratado de los Derechos de garantía*, tomo I, Navarra, 2008, pp. 499-552.
- «Una vez más: para qué sirven y qué hacer con las garantías a primer requerimiento», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 793, 2010 [BIBV2010V218]
- *Derecho de contratos*, Navarra, 2010.
- «Las cláusulas abusivas se eliminan, sin más: no cabe reducir las, moderarlas ni modificarlas», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 3, 2012.
- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Navarra, 2002.
- CARRETERO GONZÁLEZ, C., «Las cláusulas abusivas en las condiciones generales de los contratos relacionadas con la carga de la prueba», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 90, abril-junio 2003, pp. 251-272.
- CARRIÓN REAL, L., «¿Se pueden pactar en las operaciones comerciales plazos de pago superiores a 60 días? Por una interpretación sistemática y conforme a la normativa comunitaria de la ley de lucha contra la morosidad», *Diario La Ley*, núm. 7932, septiembre 2012.
- CASARES RIPOL, J., «Canales comerciales. Redes de distribución. Ideas nueva para ceremonias antiguas», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 75-92.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. III, Derecho de obligaciones, edición revisada por García Cantero, G., Madrid, 2008.
- CASTAÑEDA Y MUÑOZ, J. E.; OLMEDO, A., «Notas para un concepto de la consignación», *Cuaderno de Estudios Empresariales*, 1997, núm. 7, pp. 27-53.
- CASTILLO PLAZA, C. A., «Los plazos de pago de la Ley 15/2010: Incidencia de la Directiva 2011/7/UE y efectos en el comercio minorista», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 10, 2012, pp. 109-128.
- CIENFUEGOS MATEO, M., «Contrato de franquicia, ordenación del comercio y Derecho de la competencia», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2005, pp. 71-102.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La predisposición del contenido contractual», *Revista Derecho Privado*, tomo 63, enero-diciembre, 1979, pp. 667-687.

- CLEMENTE MEORO, M. E., *La resolución de los contratos por incumplimiento (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Valencia, 1992.
- *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*, Barcelona, 2009.
- *La obligación de pago del precio en la compraventa de inmuebles*, Barcelona, 2009.
- «Comentario al artículo 1124», en Cañizares Laso, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J., *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Navarra, 2011, pp. 229-239.
- COASE, R. H., «The problem of social cost», *The Journal of Law & Economics*, vol. III, octubre 1960, pp. 1-44.
- *La empresa, el Mercado y la ley*, Madrid, 1994.
- COCA PAYERAS, M., «Comentario al artículo 10.2», en Bercovitz, R.; Salas J. (coords.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pp. 313-329.
- Voz «Analogía», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, 1994, pp. 451-453.
- Voz «Cláusula penal», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, 1994, pp. 1054-1055.
- COESTER, M., «Kommentar zum § 307 BGB», en Staudinger, J.; Albrecht, K. D.; Christian B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, 2006, pp. 181-488.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *Informe sobre los Colegios Profesionales tras la transposición de la Directiva de Servicios*, 2012.
- COMMISSIONE PER IL DIRITTO EUROPEO DEI CONTRATTI, *Principi di Diritto europeo dei contratti (a cura di Castronovo, C.)*, Milán, 2001.
- CONSEJO SUPERIOR DE CÁMARAS DE COMERCIO, INDUSTRIA Y NAVEGACIÓN DE ESPAÑA, *Recopilación de Usos, Costumbres y Prácticas mercantiles seguidas en España*, Madrid, 1964.
- CORDERO LOBATO, E., «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra», *Revista de Derecho Privado*, año núm. 79, octubre 1995, pp. 875-898.
- «La jurisprudencia relativa a la contrato de distribución: exclusividad, inhibición de la competencia, desistimiento y otras cuestiones», *Aranzadi Civil*, núm. 13, 2008, BIB 2008/2444.
- CORTÉS, L. J., «Contratos bancarios (I) y (II)», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2001, pp. 499-564.
- COSTAS RODAL, L., «El leasing», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, 2.ª ed., Valencia, 2013, pp. 2980-3029.
- CRASWELL, R., «Freedom of contract, Ronald H. Coase Lecture», *Chicago Working Paper in Law & Economics*, diciembre 1994, 23 p.

- CRISTOFARO, G., «L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto», *Rivista di diritto civile*, anno L, n. 4, luglio-agosto 2004, pp. 667-693.
- CUADRADO PÉREZ, C., *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, 2003.
- DAMMANN, «Kommentare zu den §§ 308, 309 BGB», en Wolf, M.; Lindacher, W. F.; Pfeiffer, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, 2009, pp. 413-419.
- DÁVILA GONZÁLEZ, F. J., *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992.
- DE CASTRO VÍTORES, G., «Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 563-579.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., «Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en el proyecto de Ley Uniforme sobre la venta», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, octubre-diciembre, 1958, pp. 809-844.
- «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, abril junio, 1961, pp. 295-341.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1982, pp. 987-1085.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A., *El dolo en el Derecho Civil*, Madrid, 1955.
- *Frustraciones y desequilibrios contractuales*, Granada, 1994.
- DE ELERA-SAN MIGUEL, E.; HERNÁNDEZ M. C., «Limitaciones clásicas y actuales a la libertad de contratación», en Vaquer, A. (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho contractual europeo*, Valencia, 2005, pp. 615-675.
- DE LA OLIVA SANTOS, A., «Comentario al artículo 217», en De la Oliva Santos, A.; Díez-Picazo Giménez, I.; Vegas Torres, J., et al., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 2001, pp. 381-384.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., «El *dies a quo* en la ley de morosidad», en Candelario Macías, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Valencia, 2013, pp. 89-123.
- DELGADO CORDERO, A. M., «Cláusula de sumisión expresa y protección de los consumidores. Comentario a la STS de 14 de abril de 2000», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 6, 2001, pp. 213-218.
- «Contrato de leasing: régimen jurídico. Figuras contractuales afines: compra-venta a plazos y contrato de renting (Comentario a la STS de 14 de diciembre de 2004)», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005, pp. 175-182.
- DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.
- DE LOS MOZOS, J. L., *El principio de la buena fe*, Barcelona, 1965.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 15, 2005-2, pp. 25-52.
- *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Navarra, 2009.

- DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 1103», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1.º, 1989, Madrid, pp. 475-584.
- «Las arras (I)», *Revista de Derecho Privado*, año 80, enero 1996, pp. 3-38.
- «Las arras (y II)», *Revista de Derecho Privado*, año 80, febrero 1996, pp. 83-112.
- «Comentario al artículo 6», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 193-232.
- «Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 43-73.
- *La cláusula penal*, Madrid, 2011.
- DÍAZ FUENTES, A., *La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. Tratamiento y práctica*, Barcelona, 2002.
- DÍAZ MORENO, A., «El contrato de transporte terrestre», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil*, II, Barcelona, 2009, pp. 631-675.
- DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., «Comentario a los artículos 1258 y 1583 a 1587», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra, 2009, pp. 1482-1484; 1833-1837.
- DÍEZ GARCÍA, H.; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., «Las reglas legales de interpretación de los contratos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de Derecho de contratos*, tomo I, Valencia, 2009, pp. 848-887.
- DÍEZ-PICAZO, G., «La Directiva 2000/35/CE, sobre la *mora debendi* en las obligaciones comerciales. Un eficaz intento para luchar contra la morosidad», en Cabanillas Sánchez, A.; Caffarena Laporta, J.; Miquel González, J. M., et al. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1731-1747.
- DÍEZ-PICAZO, I., «Comentario al artículo 812», en VVAA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, pp. 1353-1359.
- DÍEZ-PICAZO, L., «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, pp. 1149-1182.
- *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1957.
- «Prólogo a Wieacker, F.», *El principio general de la buena fe*, Madrid, 1977, pp. 9-23.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, Madrid, 1979.
- «Comentario al artículo 1108», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 62-64.
- «Comentario al artículo 1255», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- «Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)», *Anuario de Derecho Civil*, abril-junio 1992, pp. 501-534.

- «La formación del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo, 1995, pp. 5-32.
 - Voz «Resolución», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, pp. 5889-5899.
 - «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 205-218.
 - «Comentario a los artículos 14 a 24», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 163-207.
 - «Condiciones generales de la contratación (esbozo de una evolución)», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 61-73.
 - *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 9.^a ed., Madrid, 2005.
 - «Cláusula penal y resolución de contrato», en AAVV, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, Madrid, 2006.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 6.^a ed., Navarra, 2007.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, 6.^a ed., Navarra, 2008.
 - *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. IV, Navarra, 2010.
 - «Erosiones en el contractualismo y abuso de las cláusulas abusivas (Comentario de la STS de 8 de abril de 2011)», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, 2011, fasc. IV, pp. 1869-1873.
 - «A vueltas con la autonomía privada en materia jurídica», *Diario La Ley*, núm. 7765, 29 diciembre 2011, 13 p.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES, A. M., *Los Principios del Derecho Europeo*, Madrid, 2002.
- DIRECCIÓN GENERAL DE SEGUROS Y PLANES Y FONDOS DE PENSIONES, *Criterios del Servicio de Reclamaciones*, <http://www.dgsfp.mineco.es/reclamaciones/criterios/servicioreclamacionescriterioscg.asp>.
- DISSAUX, N., «Clauses abusives: pour une extension du domaine de la lutte», *Droit & Patrimoine*, 240, octubre 2014, pp. 53-56.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, M. A., «Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 177, julio-septiembre, 1985, pp. 419-485.
- DORADO, P., «Hacia un nuevo Derecho civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año 54, tomo 108, 1906, pp. 497-522.
- DÖRNER, H., § 138, en Schulze, R. (redactor), *Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, 4.^a ed., Baden-Baden, 2005, pp. 93-97.
- DURANY PICH, S., «Comentario a los artículos 5 y 7», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 264-335.
- «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 1.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 978-989.

- ECHEVARRÍA SÁENZ, J. A., «La distribución mayorista: proveedores, centrales de compra y centrales de intermediación», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 93-160.
- «Problemas de política jurídica y de técnica jurídica en la regulación de los contratos de distribución», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 10, primer semestre 2012, 32 p.
- ECKL, C., «Algunas observaciones alemanas acerca de la buena fe en el derecho contractual español: de principio general del derecho a cláusula general», en Espiau Espiau, S.; Vaquer Aloy, A. (ed.), *Bases de un Derecho contractual europeo*, Valencia, 2013, pp. 41-52.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., «Comentario al artículo 6.3», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 409-425.
- EIDENMÜLLER, H.; FAUST, F.; CHRISTOPH, H. (*et al.*), «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil*, IV, octubre-diciembre 2009, pp. 1461-1522.
- EMBID IRUJO, J. M., «Comentario a los artículos 1, 2 y 3», en Boquera J.; Bataller, J.; Olavarría J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2002, pp. 49-60.
- EMPARANZA SOBEJANO, A., «Contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Valencia, 2009, pp. 5320-5353.
- «Autonomía privada y régimen jurídico del contrato de transporte por carretera: las condiciones generales de IRU (International Road Union Transport) y la Orden FOM/1882/2012 de 1 de agosto», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 286, octubre-diciembre, 2012, pp. 25-62.
- ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., «Duración de los contratos de distribución comercial», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 537-583.
- EPSTEIN, R. A., «The Neoclassical Economics of Consumer», *Minnesota Law Review*, núm. 92, 2007, pp. 803-835.
- ESCUIN IBÁNEZ, I., «La indemnización del porteador responsable: cuantía y límite de responsabilidad», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 275-282.
- ESPIAU ESPIAU, S.; MULLERTA BALMAÑA, R., «Relaciones contractuales de hecho y contratos de adhesión: Notas para el estudio del contrato de aparcamiento público», *Revista de Derecho Privado*, núm. 80, mes 11, 1996, pp. 787-814.
- ESPIGARES HUETE, J. C., «Garantías «a primer requerimiento» y condiciones generales de la contratación (comentario a Sentencia del TS alemán de 18 de abril de 2002)», *Derecho de los negocios*, año 16, núm. 174, marzo 2005, pp. 25-32.
- La garantía «a primer requerimiento». *Mecanismos de defensa frente a las reclamaciones abusivas del beneficiario*, Bolonia, 2006.

- ESPIN CÁNOVAS, D., *Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado*, Discurso de Apertura del año académico 1954-1955, Universidad de Murcia, 1954.
- «Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites de la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, pp. 783-820.
- ESTEVAN DE QUESADA, C., «Franquicia y abuso de dependencia económica», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo XXVI, 2005-2006, pp. 145-169.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., «Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos», *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, enero-abril, 1988, pp. 27-49.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J., *La compraventa con precio determinable*, Navarra, 2001.
- FALCO, G., *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Milán, 2010.
- FELIU REY, J., «Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVII, fasc. I, 2014, pp. 169-218.
- FENOY PICON, N., «La modernización del régimen de incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIV, fascículo IV, 2011, pp. 1481-1684.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., «Comentario al artículo 33», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 273-280.
- FERNÁNDEZ, E., «El Derecho y la Moral», en Peces-Barba, G.; Fernández, E.; De Asís, R. (dirs.), *Curso de teoría del Derecho*, Madrid, 1999, pp. 66-82.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M. A., *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, 1998.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.; MARTÍN REYES, M. A., «El contrato de seguro», en Fernández Ruiz, J. L., *Fundamentos de derecho mercantil*, tomo II, 3.^a ed., 1999, <http://vlex.com/vid/contrato-seguro-235363>.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., «Comentario al artículo 217», en Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, pp. 821-829.
- FERRANTE, A., «Precio de compra indeterminable, consumidor y acción de reducción del precio: ¿son compatibles en el Draft Common Frame of Reference?», *InDret*, 1/2010, enero 2010, 22 p.
- FERRER RIBA, J., «Comentario al artículo 6.1 y 2», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 361-408.

- «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 2.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 990-1007.
- FERRIER, D.; FERRÉ, D., «La réforme des pratiques commerciales (loi numéro 2008-776 du 4 août 2008)», *Recueil Dalloz Sirey*, n.º 32, 18 septembre 2008, pp. 2235-2240.
- FLETCHER, A.; KARATZAS, A.; KREUTZMANN-GALLASCH, A., *Small businesses as consumers: are they sufficiently well protected?*, Centre for Competition Policy, University of East Anglia, January 2014.
- FLORES DOÑA, M. S., «Contrato de leasing internacional en el Tratado UNIDROIT», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 36, diciembre 2001, pp. 105-142.
- GALÁN CORONA, E., «Los contratos de distribución. Ideas generales», en Herrero García, M. J. (dir.), *La contratación en el sector de la distribución comercial*, Navarra, 2010, pp. 21-39.
- GÁLVEZ CRIADO, A., «El derecho de desistimiento en los contratos indefinidos y en los contratos con consumidores en la Propuesta de Modernización del Código civil», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 509-543.
- GARCÍA AMIGO, M., *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965.
- *Condiciones generales de los Contratos civiles y mercantiles*, Madrid, 1969.
- «Consideraciones a la buena fe contractual», *Actualidad Civil*, núm. 1, 3 al 9 de enero de 2000, pp. 1-15.
- GARCÍA CANTERO, G., «Comentario al artículo 1504», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, 2.^a edición, Madrid, 1989, pp. 456-471.
- «Comentario a los artículos 1484 a 1490», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XIX, Madrid, 1991, pp. 361-394.
- *Estudios sobre el Proyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía*, Madrid, 2010.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852.
- GARCÍA PÉREZ, C. L., «Comentario al artículo 90», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, 2009, pp. 1361-1389.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Comentario al artículo 1258», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 2010, pp. 1373-1375.
- «Algunas consideraciones sobre las normas de obligaciones y contratos de la Propuesta de Código Mercantil», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 1, enero-marzo, 2014, pp. 7-27.

- GARCÍA-VAQUERO, V.; ALONSO F., «El crédito comercial en España: importancia relativa y evolución reciente», *Boletín Económico del Banco de España*, febrero 2011, pp. 68-77.
- GARCÍA VICENTE, J. R., «Comentario a la Sentencia de 25 de mayo de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 83, mayo-agosto 2010, pp. 761-771.
- GARCÍA VICENTE, J. R.; MARÍN PÉREZ, J. A.; VAQUERO PINTO, M. J., «La determinación de los honorarios profesionales (en particular, el arbitrio de parte)», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 11, enero-diciembre 1997, pp. 69-130.
- GARDELLA TEDESCHI, B., Article 8:109: «Clause excluding or restricting remedies», en Antonioli, L.; Veneziano, A. (ed.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, La Haya, 2005, pp. 387-389.
- GARRALDA VALCÁRCCEL, J., «La buena fe como vía para juridificar la moral», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 45, enero-marzo, 2003, pp. 173-178.
- GARRIGUES, J., Tratado de Derecho Mercantil, tomo III, vol. 1.º, *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1964.
- *Contrato de seguro de transporte*, Madrid, 1973.
- GASCÓN ABELLÁN, M., «La tesis kantiana acerca de la obediencia al Derecho», en Carvajal Cordón, J. (dir.), *Moral, Derecho y política en Immanuel Kant*, Cuenca, 1999, pp. 227-240.
- GENICON, T., «El régimen de las cláusulas limitativas de reparación: inventario y perspectivas», *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 13, diciembre 2009, pp. 123-159.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Valoración y carga de la prueba en el procedimiento arbitral de consumo (reclamaciones en el ámbito de la telefonía)», *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, pp. 41-50.
- GINER PARREÑO, C. A., *Distribución y libre competencia. El aprovisionamiento del distribuidor*, Madrid, 1994.
- «Condiciones generales de la contratación. Autonomía privada y competencia», *Estudios sobre consumo*, núm. 32, 1995, pp. 12-25.
- GITTI, G.; VILA, G. (a cura di), *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale*, Bologna, 2008.
- GOIG MARTÍNEZ, J. M., «Comentario al artículo 38», en Alzaga Villaamil, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid, 1998, pp. 731-745.
- GOLDBERG, V. P., «Standard forms and warranties», Goldberg, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge, 1989, pp. 167-168.
- «Institutional change an the quasi-invisible hand», en Goldberg, V. P. (ed.), *Readings in the economics of contract law*, Cambridge, 1989, pp. 169-173.
- GÓMEZ CALERO, J., *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1983.
- GÓMEZ LIGÜERRE, C., «El nuevo régimen legal de la morosidad en las operaciones comerciales», *InDret*, octubre 2011, 47 p.

- GÓMEZ MARTÍNEZ, C., «Comentario al artículo 812», en Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Barcelona, 2000, pp. 3797-3820.
- GÓMEZ POMAR, F., *Previsión de daños, incumplimiento e indemnización*, Madrid, 2002.
- «La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del Derecho», *InDret*, núm. 113, enero 2003, 23 p.
 - «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, julio 2007, 49 p.
- GÓMEZ POMAR, F.; GILI SALDAÑA, M., «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», *InDret*, enero 2010, Barcelona, 37 p.
- «Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 243-298.
- GONDRA, J. M., *Derecho Mercantil I. Introducción*, Madrid, 1992.
- GONZÁLEZ CASTILLA, F., *Leasing financiero mobiliario: contenido del contrato y atribución del riesgo en la práctica contractual y la jurisprudencia*, Madrid, 2003.
- «La operativa de los brokers on line y las cláusulas de exoneración de responsabilidad en la contratación electrónica de servicios de inversión», *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 8, primer semestre, 2011, 30 p.
- GONZÁLEZ LEÓN, C., «El control de condiciones generales: las cláusulas abusivas entre empresarios», en Carbajo Cascón, F. (dir.), *Los contratos de distribución en las Propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo. Repercusiones en el Derecho español y en la práctica contractual*, Valencia, 2015, pp. 217-231.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 5. Requisitos de incorporación», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 139-192.
- «Comentario al artículo 6. No incorporación», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 235-258.
 - «Comentario a los artículos 80 a 88, 89.1 a 5 y 91», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Navarra, 2009, pp. 1027-1320; 1320-1348; 1389-1392.
 - «Efectos de la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas (Abusa, que algo (ya) no queda)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, enero-abril 2013, pp. 339-355.

- GONZÁLEZ PASCUAL, J., «Medidas normativas para combatir la morosidad», *Partida Doble*, núm. 231, abril 2011, pp. 18-31.
- GONZÁLEZ PORRAS, J. M., «Modificaciones convencionales de la responsabilidad civil (Contribución al estudio de tales pactos en el contrato de transportes y su conexión con el seguro de la responsabilidad civil general)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 150, octubre-diciembre 1978, pp. 477-560.
- GORDILLO CAÑAS, A., Voz «orden público», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 4635-4637.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, Bolonia, 2001.
- «Contrato de transporte marítimo internacional bajo conocimiento de embarque (Reglas de La Haya, Reglas de Hamburgo y Reglas de Rotterdam)», *Anuario de Derecho Marítimo*, núm. 26, 2009, pp. 25-79.
- GUESTIN, J., *Traité de Droit civil. La formation du contrat*, 3.^a éd., LGDJ, 1993.
- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L. G. D. J., Paris, 2006.
- GUILLEMEN, J. F., «Débats. Table ronde: Le regard des professionnels: La violence-l'abus de dépendance», *Revue des contrats*, n.º 1, janvier 2009, pp. 362-363.
- GULLÓN BALLESTEROS, A., «Comentario del artículo 4», en Paz-Ares, C.; Díez-Picazo, L.; Bercovitz, R. (et al.) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991.
- «Comentario del artículo 6», en Paz-Ares, C.; Díez-Picazo, L.; Bercovitz, R. (et al.) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991.
- «Comentario del artículo 4», en Sierra Gil (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Barcelona, 2000, pp. 378-384.
- «Comentario al artículo 7», en Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, pp. 394-402.
- GUTIÉRREZ, A., «Comentario al artículo 2», en Massaguer, J.; Folguera, J.; Sala, J. M., et al. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia*, 2.^a ed., Navarra, 2010, pp. 117-213.
- HÄBERLE, P., «La ética en el estado constitucional. La relación de reciprocidad y tensión entre la moral y el Derecho», *Dereito*, vol. 5, núm. 2, 1996, pp. 159-165.
- HART, D., «Un caso ejemplar: la jurisprudencia sobre las condiciones generales del contrato», en Barcello, P.; Hart, D.; Mückengerger, U., *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*, 3.^a ed., Madrid, 1988, pp. 119-133.
- HARTKAMP, A. S., «Chapter 8, Law of obligations», en Chorus, J. M. J.; Gerver, P. H. M.; Hondius, E. H. (ed.), *Introduction to Dutch Law*, 4.^o ed., Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 135-162.
- HEINRICHS, H., «§ 138», EN PALANDT, O., *Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch Kommentare*, 65 ed., München, 2006, pp. 126-143.
- HELLWEGE, P., «§§ 305-310, Teil II: Geltungsgrund und Geltungsvoraussetzungen; Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit; Transparenzgebot» en Schmoeckel, J. R.; Zimmermann, R., *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Mohr Siebeck, 2007, pp. 1441-1474.

- HERNÁNDEZ, F., «Prohibición del abuso de posición dominante en el mercado», en Bello, M. P.; Hernández, F. (coords.), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Navarra, 2009, pp. 113-140.
- HERRADA ROMERO, R. I., *El contrato de garaje*, Madrid, 2001.
- HERRERO GARCÍA, M. J., «Comentario al artículo 1273», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, pp. 470-518.
- HESSELINK, M. W., «The ideal of codification and the dynamics of europeanisation: the dutch experience», en Vogenauer, S.; Weatherill, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, 2006, pp. 39-70.
- «Unfair terms in contracts between businesses», en Shculze, R.; Stuyck, J. (ed.), *Towards a European Contract Law*, Munich, 2011, pp. 131-147.
- HIDALGO GARCÍA, S., «Comentario al artículo 1255», en Domínguez Luelmo, A., *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 1368-1370.
- HUET, J.; CABRILLAC, R., «Validité-Objet (art. 1121 à 1123)», en Catala, P., *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, 2006, pp. 35-36.
- IDOT, L., «La protection par le droit de la concurrence», en Jamin, C.; Mazeaud, D. (dirs.), *Les clauses abusives entre professionnels*, Paris, 1997, pp. 55-71.
- INFANTE RUIZ, F. J., *Las garantías personales y su causa*, Valencia, 2004.
- INFANTE RUIZ, F.; OLIVA BLÁZQUEZ, F., «Los contratos ilegales en el derecho privado europeo», *InDret*, julio 2009, 58 p.
- JAMIN, C.; MAZEAUD, D., *Les clauses abusives entre professionnels*, *Collection Études Juridiques*, 3, Paris, 1998.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M., «La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LX, II, abril-junio, 2007, pp. 513-552.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., *La usura. Evolución histórica y patología de los intereses*, Madrid, 2010.
- JORDANO BAREA, J. B., «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita», *Anuario de Derecho civil*, fascículo I, enero-marzo, 1951, pp. 303-310.
- «Comentario al artículo 1288», en Paz-Ares, C.; Díez-Picazo, L.; Bercovitz, R. (et al.) (dirs.), *Comentario del Código civil*, tomo I, Madrid, 1991, p. 518.
- JORDANO FRAGA, F., «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 174, septiembre-diciembre, 1984, pp. 603-713.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil*, Madrid, 1992.
- JULIEN, J., *Droit des obligations*, Paris, 2012.

- KATZ, A., «Your terms or mine? The duty to read the fine print in contracts», *The Rand Journal of Economics*, vol. 21, núm. 4, Winter 1990, pp. 518-537.
- KIENINGER, E. M., «Kommentar zum § 307 BGB», en Jürgen, F.; Rixecker, R. (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 5 ed., München, 2007, pp. 1116-1251.
- KOLLER, I., «Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäftsbedingungen», en Baur, J. F.; Hopt, K. J.; Mailänder, K. P., *Festschrift für Ernst Steindorff*, Berlin, 1990, pp. 666-686.
- KOLLMANN, A., «AGB: Nicht nur theoretische Probleme (in) der Praxis», *Neue Juristische Wochenschrift*, 19, Mai 2011, pp. 1324-1325.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.º, 4.ª ed. Revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 2007.
- LANGHEID, T.; MÜLLER-FRANK, C., «Rechtsprechungsübersicht zum Versicherungsvertragsrecht im zweiten Halbjahr 2013», *Neue Juristische Wochenschrift*, 6, Februar 2014, pp. 354-358.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, 1985.
- *Derecho civil. Parte General*, Madrid, 1987.
- *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción y revisión de Rodríguez Molinero, M., Barcelona, 1994.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la Sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», *RDP*, enero-diciembre 1980, pp. 50-78.
- «Comentario al artículo 1129», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo II, Madrid, 1991.
- LAWSON, R., *Exclusion clauses and unfair contract terms*, 8 ed., London, 2005.
- LEMA DEVESA, C.; TATO PLAZA, A., «La Ley de Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y su incidencia en el comercio minorista», *Derecho de los Negocios*, año 16, núm. 193, diciembre 2005, pp. 5-16.
- LETE ACHIRICA, J., «Comentario al artículo 1289», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pp. 1418-1419.
- LETE DEL RÍO, J. M., «Reflexiones sobre la analogía», *Actualidad Civil*, núm. 4, 2003, pp. 99-118.
- LEUSCHNER, L., «AGB-Kontrolle im unternehmersichen Verkehr –Zu den Grundlagen einer Reformdebatte–», *Juristenzeitung*, 18, September 2010, pp. 875-884.
- LEVENEUR, L., «Une société commerciale n'est ni un consommateur, ni un non-professionnel», *Contrats Concurrence Consommation*, n.º 3, mars 2009, pp. 18-19.
- LEYVA SAAVEDRA, J., «Interpretación de los contratos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, vol. 27, 2009, pp. 443-475.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R., «El asunto Chronopost: cláusulas limitativas de responsabilidad contractual y servicio de transporte. Análisis comparativo de derecho español y francés», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 12, 2008, pp. 565-582.

- LLAMAS POMBO, E., «Comentario a los artículos 1101 a 1108», en Domínguez Luelmo, A. (dir.), *Comentarios al Código civil, Lex Nova*, Valladolid, 2010, pp. 1204-1224.
- LLOPIS GINER, J. M., «La moral y el Derecho, una relación doctrinal llevada al Código civil», en VVAA, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. III, Madrid, 1988, pp. 625-654.
- LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, C., «Las Reglas de Rotterdam», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, núm. 1, marzo 2010, pp. 165-185.
- LOCHER, H., *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 3 ed., München, 1997.
- LÓPEZ VILAS, R., «De la compensación», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo XVI, vol. 1, 1991, pp. 478-592.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 47, núm. 3, 1994, pp. 5-29.
- «Comentario al artículo 8», en Díez-Picazo, L. (dir. y coord.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, 1998, pp. 113-131.
- «Comentario al artículo 1.255», en Cañizares Laso, A.; Orduña Moreno, J.; Pablo Contreras, P., *et al.* (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Navarra, 2011, pp. 596-605.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «Ejercicio, límites y vicisitudes de los derechos subjetivos», en López López, A. M. (coord.), *Derecho civil. Parte general*, Valencia, 1998, pp. 497-541.
- LUNA YERGA, A., «Regulación de la carga de la prueba en la LEC», *InDret*, núm. 165, octubre 2003, 27 p.
- LUTZ, R., *AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, München, 1991.
- MACARIO, F., «Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?», *Revista di Diritto Civile*, anno 51, n.º 1, gennaio-febbraio 2005, pp. 663-708.
- MACDONALD, E., *Exemption clauses and unfair terms*, London, Edinburgh, Dublin, 1999.
- MACÍAS CASTILLO, A., «Cláusula penal en contrato: facultad moderadora del Juez. Análisis de la STS de 14 de septiembre de 2007», *Actualidad Civil*, n.º 22, diciembre 2007, pp. 2688-2691.
- MADRID PARRA, A., «Cumplimiento», en Morán Bovio, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3.ª ed., Navarra, 2003, pp. 285-321.
- MAESTRE BENAVENTE, R., «El ilícito de explotación de situación de dependencia económica en la jurisprudencia: a propósito de la SAP de Málaga de 12 de diciembre de 2005», *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 6, enero-junio, 2010, pp. 177-198.

- MALAUURIE, P., *L'ordre public et le contrat*, I, Reims, 1953.
- MALAUURIE, P.; AYNÈS, L.; STOFFEL-MUNCK, P.; *Droit civil. Les obligations*, 2.^a ed., Paris, 2005.
- MALAUURIE-VIGNAL, M., «Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle?», *Contrats Concurrente Consommation*, n.º 11, novembre 2008, pp. 12-18.
- MALO VALENZUELA, M. A., «La determinación del precio en la compraventa; del Derecho español al Derecho uniforme», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 81, núm. 692, noviembre-diciembre 2005, pp. 2003-2032.
- MAPELLI, E., *Régimen jurídico del transporte*, Madrid, 1987.
- MARÍN CASTÁN, F., «Los contratos de distribución en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., et al. (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 37-56.
- MARÍN GARCÍA, I., «Cláusula penal: la facultad moderadora del juez. Comentario a la STS, 1.^a, 17.10.2007», *InDret*, enero 2008, 13 p.
- «La cláusula penal en la Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, mayo 2009, 17 p.
- MARÍN GARCÍA, P. «Comentario a los artículos 1740 a 1757», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXII, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 19-161.
- MARÍN LÓPEZ, J. J., «El ámbito de aplicación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 113-217.
- MARÍN PÉREZ, P., «La crisis del contrato», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1964, año 62, tomo 216, pp. 669-730.
- MARKESINIS, B.; UNBERATH, H.; JOHNSTON, A., *The German Law of Contract. A comparative treatise*, 2.^a ed., Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., «La interpretación de los contratos de adhesión por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 581, julio-agosto, 1987, pp. 1083-1096.
- MARTÍN CASALS, M.; RUDA GONZÁLEZ, A., «Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2003», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 65, mayo-septiembre 2004, pp. 843-859.
- MARTÍN MARTÍN, A. J., «Supremo vs. Supremo (Doctrina sobre las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios)», *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 157 (2.^a época), mayo 2009, pp. 963-968.
- MARTÍNEZ BALMASEDA, A., «Régimen de responsabilidad del porteador: fundamento, supuestos y causas de exoneración», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 255-273.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, A., «Sobre el concepto y régimen jurídico del contrato de *renting*», *Revista Digital de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 3, 2010, pp. 79-124 (disponible online en: <http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/>

UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20III/04_MARTINEZCANELLASSEP-TIMAEDICION.PDF)

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», *Actualidad Civil*, núm. 2, 1994, pp. 243-253.
- «Notas sobre las «condiciones relativas al contenido» del contrato (utilidad, posibilidad, licitud y determinación)», en Vattier, C.; De La Cuesta, J. M.; Caballero, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Madrid, 2003, pp. 175-205.
- MARTÍNEZ ESPIN, P., «Nuevo régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (Análisis de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios)», *Centro de Estudios de Consumo*, marzo 2012, www.uclm.es/centro/cesco.
- MARTÍNEZ GALLEGO, E. M., *La formación del contrato a través de la oferta y la aceptación*, Barcelona, 2000.
- MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P., «Relevancia de la autonomía privada y de las condiciones generales de contratación en la determinación del régimen jurídico del contrato de transporte terrestre de mercancías», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 11, 2013, pp. 29-54.
- MARTÍNEZ MARTÍN, M., «Comentario a la STS de 13 de noviembre de 1995», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 41, abril-agosto 1996, pp. 591-603.
- MARTÍNEZ MAS, F., *La cláusula penal en el contrato de obra*, Madrid, 2005.
- MARTÍNEZ SANCHÍS, J. A., «Comentario al artículo 1504», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- MARTÍNEZ SANZ, F., «Comentario al artículo 25», en Martínez Sanz, F.; Monteagudo, M.; Palau Ramírez, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, 2000, pp. 409-424.
- «Comentario al artículo 79», en Boquera J.; Bataller, J.; Olavarría J. (coords.), *Comentarios a la Ley de contrato de seguro*, Valencia, 2002, pp. 961-963.
- «Comentario al artículo 1», en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 2009, pp. 19-27.
- «Comentario al artículo 5», en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 2009, pp. 61-77.
- «Comentario al artículo 3», Duque Domínguez, J. F.; Martínez Sanz, F. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Transporte Terrestre*, Navarra, 2010, pp. 69-74.
- «Ámbito de aplicación y cláusula general de competencia desleal», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 7, julio-diciembre, 2010, pp. 17-44.
- MARTÍNEZ SANZ, F.; HUGET MONFORT, J., «Margen de autonomía de la voluntad en la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 6, 2010, pp. 23-33.

- MARTÍNEZ SANZ, F.; JUAN Y MATEU, F., «Comentario a la Disposición Adicional Primera. I. 2.^a», en Menéndez, A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 2002, pp. 1008-1020.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. N., «La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre», *Actualidad Civil*, núm. 8, abril 2007, pp. 853-890.
- MAS BADÍA, M. D., *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995.
- MASSAGUER FUENTES, J., «La explotación de una situación de dependencia económica como acto de competencia desleal», en VVAA, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, Valencia, 1995, pp. 2203-2268.
- MATO PACÍN, M. N., «El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho Comparado y Europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol 7, n.º 2 (2015), pp. 216-282.
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, «Policy Options for Progress Towards a European Contract Law: Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final», *RebelsZ*, núm. 2, 2011, pp. 371-438.
- MAYER-MALY, T., «§ 138», en Jürgen, F. (redactor), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, Allgemeiner Teil*, §§ 1-240, 3 ed., München, 2004, pp. 1130-1182.
- MAZEAUD, D., «Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance en droit des contrats», en Didier, P., *Études de droit privé*, Paris, 2008, pp. 325-352.
- MELLADO RODRÍGUEZ, M., «Las cláusulas de vencimiento anticipado», en Nieto Carol, U. (dir.), *Contratos bancarios y parabancarios*, Valladolid, 1998, pp. 217-246.
- MENÉNDEZ, A., «El proceso de elaboración de la disciplina sobre condiciones generales en nuestro ordenamiento», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 49-59.
- MENÉNDEZ, A.; ROJO, A. (dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. I, 11.^a ed., Navarra, 2013.
- MENÉNDEZ MATO, J. C., *La oferta contractual*, Pamplona, 1998.
- MENICHINO, C., *Clauseole di irresponsabilità contrattuale*, Milán, 2008.
- MERKEL, H., «AGB-rechtliche Inhaltskontrolle von Bankentgelten im Geschäftsverkehr mit Unternehmen», en Habersack, M.; Joeres, H. U.; Krämer, A., *Entwicklungslinien im Bank-und Kapitalmarktrecht, Festschrift für Gerd Nobbe*, Köln, 2009, pp. 141-162.
- MESA MARRERO, C., «Intereses moratorios: entre la usura y la cláusula penal. Comentario a la STS de 2 de octubre de 2001», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 9, 2002, pp. 199-204.
- MINISTERIO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO, *Informe sobre la morosidad en las operaciones comerciales*, Observatorio PYME, marzo 2010.

- *Informe sobre diversas cuestiones interpretativas del régimen jurídico en materia de aplazamiento de pago*, Madrid, 28 de septiembre de 2010.
- MIQUEL, J. M., «Observaciones en torno a la buena fe», en AAVV, *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 497-507.
- «Comentario al artículo 7.1», Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 37-56.
- Voz «Buena fe (Derecho Civil)», en Montoya Melgar, A., *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 831-847.
- «Reflexiones sobre las condiciones generales», en Iglesias Prada, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid, 1996, pp. 4941-4961.
- «Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, pp. 297-326.
- «Comentario al artículo 8», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 428-482.
- «Comentario a la Disposición Adicional Primera, Tres», en Menéndez, A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 893-964.
- «Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998», *Revista Española de Seguros*, núm. 117, enero-marzo, 2004, pp. 4-46.
- «La nulidad de las condiciones generales», en Delgado Echevarría, J. (coord.), *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Navarra, 2007, pp. 193-223.
- «Comentario al artículo 82», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, pp. 711-753.
- «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 27, 2013, pp. 223-252.
- *Cláusulas abusivas*, Ponencia dictada en la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, 7 de abril de 2014.
- MIRANDA SERRANO, L. M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, 2008.
- «La Ley 15/2010, de modificación normativa de lucha contra la morosidad y su incidencia sobre el régimen de pago a proveedores de la Ley de Ordenación del comercio minorista», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, enero-junio 2011, 15-62.
- MIR PARDO, L.; FORÉS CHACORI, E.; VIVES MARTÍNEZ, G., «Tres visiones reales y críticas de la Ley 15/2010 de Medidas de Lucha contra la Morosidad», *Diario La Ley*, núm. 7580, marzo 2011.

- MONSERRAT VALERO, A., «Los supuestos de hecho de préstamos usurarios en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2011, pp. 147-164.
- MONTEAGUDO, M., «Comentario al artículo 16», en Martínez Sanz, F.; Monteagudo, M.; Palau Ramírez, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, 2000, pp. 315-320.
- MONTERO AROCA, J., *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 7.1», en VVAA, *Comentarios a la reforma del Código civil*, vol I, Madrid, 1977, pp. 356-371.
- «Comentario al artículo 1.124», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 1171-1255.
- «La responsabilidad por dolo», en Moreno Martínez, J. A. (coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, pp. 719-746.
- MONTES RODRÍGUEZ, M. P., «El artículo 1258 CC y las fuentes de integración objetiva del contrato», en Blasco, F.; Clemente, M.; Orduña, F. (et al.) (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente Montés Penadés*, tomo II, Valencia, 2011, pp. 1335-1372.
- MORALEJO MENÉNDEZ, I., «Comentario a la Sentencia de 18 de marzo de 2004», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, octubre-diciembre 2004, pp. 1309-1336.
- MORALES MORENO, A. M., «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1982, pp. 591-684.
- «Comentario al artículo 1485», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- Voz «Derecho dispositivo», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, 1995, pp. 2279-2282.
- «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 10.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1151-1157.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa», en Área De Dret Civil, Universitat de Girona (coord.), *El Dret civil català en el context europeu*, Girona, 2003, pp. 109-149.
- «Prólogo», en San Miguel Pradera, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004, pp. 21-23.
- *La modernización del Derecho de obligaciones*, Navarra, 2006.
- MORANT VIDAL, J., «Contra la morosidad en las operaciones comerciales», *Noticias Jurídicas*, septiembre 2003.
- MORILLAS JARILLO, M. J.; GONZÁLEZ FORNOS, M., «El contrato de handling, El arrendamiento de servicios», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (II)*, tomo V, Navarra, 2014, pp. 41-90.

- MORO ALMARAZ, M. J.; APARICIO VAQUERO, J. P., «Comentario a la sentencia de 1 de febrero de 1997», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, abril-agosto 1997, pp. 613-629.
- MOTA PINTO, C. A., «Contratos de adesão, Uma manifestação jurídica da moderna vida económica», *Revista de Direito e de estudos sociais*, ano 20, abril-diciembre 1973, pp. 119-148.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A., «La autonomía de la voluntad en las Reglas de Rotterdam», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 9, 2012, pp. 11-35.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *La prestación de intereses*, Madrid, 1999.
- «La usura: un viejo problema, una nueva perspectiva en tiempos de crisis», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2010, pp. 3-39.
- *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012.
- NAPOLI, E. V., «Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza», en Bianca, C., *Le condizioni generali di contratto*, vol. 2, Milano, 1981, pp. 3-82.
- NAVARRO CASTRO, M., «Comentario al artículo 1504», en Cañizares Laso, A.; De Pablo Contreras, P.; Orduña Moreno, J., et al. (dirs.), *Código civil comentado*, vol. III, Navarra, 2011, pp. 250-256.
- NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A.; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentario al artículo 1255», en Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, 2.ª ed., tomo II, Granada, 2009, pp. 2129-2133.
- NAVARRO PÉREZ, J. L., *Ley del contrato de seguro*, Granada, 1991.
- NEBBIA P., *Unfair contract terms in European Law, A study in Comparative and EC Law*, Oxford and Portland, 2007.
- NIETO CAROL, U., *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Navarra, 2016.
- O'CALLAGHAN, X., *Código civil, comentado y con jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid, 2006.
- OHLENDORF B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäß § 24 AGB-Gesetz*, Heidelberg, 1988.
- OPPO, G., «Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, pp. 43-55.
- OSSORIO MORALES, J., «Crisis en la dogmática del contrato», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1952, pp. 1175-1186.
- OSSORIO SERRANO, J. M., «El principio de la buena fe y su incidencia en el Derecho contractual europeo», en Ossorio Serrano, J. M. L (ed.), *Europa y los nuevos límites de la autonomía privada*, Granada, 2005, pp. 25-35.
- PACHECHO JIMÉNEZ, M. N., «La determinación del precio: fijación unilateral por una de las partes del contrato de compraventa», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Nuevas perspectivas del Derecho Contractual*, Barcelona, 2012.
- PADILLA GONZÁLEZ, R., «Auxiliares y agentes del empresario de la navegación», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.ª ed., Barcelona, 2009, pp. 1090-1108.

- «El transporte de mercancías en régimen de conocimiento. El contrato de pasaje. El contrato de remolque y otros contratos. Auxiliares de la explotación comercial del buque. Los contratos de utilización de la aeronave», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 1135-1161.
- PAGADOR LÓPEZ, J., «Los requisitos de inclusión de las condiciones generales: introducción y delimitación», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 19, abril de 1996, pp. 203-240.
- «Régimen jurídico de las condiciones generales y particulares del contrato de seguro», *Revista española de seguros*, núm. 87, julio-septiembre, 1996, pp. 83-130.
- *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*, Madrid; Barcelona, 1999.
- «Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 221-300.
- «La conformación del derecho interno español a impulso del derecho comunitario: el paradigmático caso de la Directiva de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», en Arroyo Martínez, I., I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. *Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Navarra, 2007, pp. 467-478.
- «Condiciones generales y cláusulas abusivas», en Rebollo Puig, M.; Izquierdo Carrasco, M. (dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid, 2011, pp. 1307-1442.
- PALAU RAMÍREZ, F., «Comentario al artículo 9», en Martínez Sanz, F.; Monteagudo, M.; Palau Ramírez, F., *Comentario a la Ley sobre contrato de agencia*, Madrid, 2000, pp. 191-207.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L., «El remedio resolutorio en la Propuesta de Modernización del Derecho de obligaciones en España: un estudio desde el Derecho Privado Europeo», en Albiez Dohrmann, K. J. (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, Barcelona, 2011, pp. 423-447.
- PANTALEÓN PRIETO, F., «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *Anuario de Derecho Civil*, 1991, pp. 1019-1092.
- Voz «Responsabilidad contractual» (D.º Civil), VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, IV, Madrid, 1995, pp. 5922-5926.
- «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», 7 de julio de 2015, <http://almacenederecho.org/>
- PARDO GATO, J. R., *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, Madrid, 2004.
- PARDOLESI, R., «Nuovi Abusi del Diritto: Percorsi di una Clausola Generale», *Danno e Responsabilità*, vol. 17, num. 12, pp. 1165-1177.

- PARRA LUCÁN, M. A., «Lease-back inmobiliario. Naturaleza del contrato. Usura. Pacto comisorio. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2006», *Nul: comentarios de sentencias*, núm. 3, 2007.
- PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario a los artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en Bercovitz, R. (dir.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 2000, pp. 271-309.
- «Comentario al artículo 1256», en Pasquau, M. (dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código civil*, 2.^a ed., Tomo II, Granada, 2009, pp. 2133-2138.
- PASSAGNOLI, G., «Commentario articoli 36, 38», en Vettori, G. (dir.), *Codice del consumo*, Padova, 2007, pp. 371-390.
- PASTOR VITA, F. J., «Las condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre empresarios», *La Ley*, núm. 6367, 2005-5, pp. 1217-1226.
- PATTI, S., «Le condizioni generali di contratto», en Galgano, F. (dir.), *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, n.º 28, Padova, 1996, 827 p.
- «Sulla riforma del Quarto Libro del Codice civile: i contratti per adesione», *Rivista di Diritto Civile*, núm. 6, noviembre-diciembre, 2006, pp. 205-213.
- PAZ-ARES, J. C., «Principio de eficiencia y Derecho privado», en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Valencia, 1995, pp. 2843-2900.
- «Ensayo sobre la libertad de empresa», en Cabanillas Sánchez, A.; Caffarena Laporta, J.; Miquel González, J. M., et al. (coords.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5971-6040.
- PAZ-ARES, J. C.; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación», en Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C.; Moreno Vida, M. N. (dirs.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, pp. 357-437.
- PECES-BARBA, G., «Introducción», en Peces-Barba, G. (coord.), *Ley y conciencia: moral legalizada y moral crítica en la aplicación del derecho*, Madrid, 1993, pp. 9-18.
- PEDROSA MACHADO, M. N., «Sobre cláusulas contratuais gerais e conceito de risco», *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 29, 1988, pp. 77-153.
- PEEL, E., *The law of contract*, 12 ed., London, 2007.
- PEINADO GRACIA, J. I., «El contrato mercantil: nociones generales», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 230-251.
- «Las obligaciones mercantiles: su régimen en Derecho español», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 217-229.

- «Especialidades más relevantes de la contratación mercantil», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 252-266.
- PENA LÓPEZ, J. M., «Comentario a los artículos 4 y 1125 a 1130», en Bercovizt, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 51-55.
- PEÑA LÓPEZ, F., «Comentario a los artículos 1.125 a 1.130 y 1.484 a 1.499», en Bercovizt, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 1338-1344; 1743-1759.
- PERALES VISCASILLAS, P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996.
- «La batalla de los formularios en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: una comparación con la sección 2-207 UCC y los principios de Unidroit», *Diario La Ley*, 1996.
- «Formación», en Morán Bovio, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3.^a ed., Navarra, 2003, pp. 107-165.
- *La morosidad en las operaciones comerciales entre empresas, Ley 3/2004 y Directiva 2000/35*, Navarra, 2006.
- «Modificación de la Ley 3/2004, sobre morosidad», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de Doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 13, 2010, pp. 531-533.
- «Formación del contrato. El proceso de formación de los contratos de distribución», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 299-350.
- «La oferta y la aceptación en el DCFR (Draft Common Frame of Reference)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 85-97.
- PÉREZ DE LA CRUZ, A., «El contrato de obra por empresa en general», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2001, pp. 247-265.
- «La mora en las operaciones interempresariales (Consideraciones sobre la Ley 3/2004, de 29 de diciembre)», en Arroyo Martínez, I. (coord.), *I Congreso Nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España: en la Unión Europea: Balance y perspectivas*, Navarra, 2007, pp. 479-491.
- PÉREZ DE ONTIVEROS, C., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2009», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1414-2223.
- PÉREZ LÓPEZ DE BRIÑAS, M., «Comentario al artículo 281», en Sala Reixachs, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo II, Barcelona, 2002, pp. 1143-1148.
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., «Arrendamientos mercantiles», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 585-620.

- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, 2004.
- «Los contratos de adhesión y la contratación electrónica», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo II, Valencia, 2009, pp. 1585-1680.
- «Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario», en Cámara Lapuente, S. (dir.), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Madrid, 2011, pp. 788-828.
- «La protección del comitente como consumidor», *Anuario de Derecho Civil*, núm. 65, año 2012, fascículo II, pp. 681-716.
- «Buena fe ex art. 1258 Cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1.ª, 3 junio 2016», *InDret*, núm. 4, 2016.
- PETIT LAVALL, M. V., «El interés usurario y la normativa de transparencia bancaria. Comentario a la STS de 7 de marzo de 1998», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2001, pp. 181-184.
- «El contrato de transporte aéreo de mercancías», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Valencia, 2009, pp. 5431-5462.
- PFEIFFER, T., «Einleitung», en Wolf, M.; Lindacher, W. F.; Pfeiffer, T. (et al.), *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, 2009, pp. 1-48.
- PFLUG, H. J., *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Munich, 1986.
- PINTO MONTEIRO, A., «El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 219, enero-marzo 1996, pp. 79-115.
- *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Coimbra, 2003.
- POLO, E., «La protección del consumidor en el Derecho privado», en VVAA, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al Profeso Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 811-898.
- «Apuntes críticos a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación», *Estudios sobre consumo (EC)*, 54, 2000, pp. 261-348.
- POSNER, R. A., *El análisis económico del derecho*, México, 1998.
- PROSPERI, F., «Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale», *Rassegna di diritto civile*, anno 20, n.º 3, 1999, pp. 639-687.
- PUJOL, F., «Los mercados aseguradores en el gran riesgo de responsabilidad civil», en Sánchez Calero, F. (dir.), *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, Madrid, 1994, pp. 555-572.
- PULIDO BEGINES, J. L., «Contenido», en Morán Bovio, D. (coord.), *Comentario de los Principios de Unidroit para los contratos de comercio internacional*, 3.ª ed., Navarra, 2003, pp. 253-283.

- QUICIOS MOLINA, S., «Comentario a la Disposición Adicional 1.^a, II, 11.^a», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de condiciones generales de la contratación*, Navarra, 2000, pp. 1021-1038.
- QUINTANA CARLO, I., «Contratos de transporte terrestre», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Valencia, 2009, pp. 5087-5163.
- QUIÑONERO CERVANTES, E., «Comentario al artículo 1256», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1.^o-A, Madrid, 1993, pp. 296-321.
- RABE, D., «Die Auswirkungen des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr», *Neue Juristische Wochenschrift*, 33, 1987, pp. 1978-1985.
- RAISER, L., *Das Recht der Allgemeinen Geschäfts-Bedingungen*, Hamburgo, 1935.
- RECALDE CASTELLS, A., «Comentario a la Disposición Adicional I, seis, cláusula 11.^a», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1158-1167.
- RECALDE CASTELLS, A.; MARTÍNEZ BALMASEDA, A.; OLIETE BENEDITO, G., «El transporte de mercancías», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Contratos de prestación de servicios y realización de obras (I)*, tomo IV, Navarra, 2014, pp. 899-967.
- REQUEIXO SOUTO, X.; PAZ COSTAS, C., «Nueva interpretación del artículo 1.504 del Código civil sobre los medios de notificación válidos para el ejercicio del derecho de resolución. Comentario a la Sentencia del TS núm. 575 de 17 de julio de 2009», *Dereito*, vol. 18, núm. 2, 2009, pp. 259-265.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW, *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I*, Munich, 2009.
- REVERTE NAVARRO, A., «Comentario al artículo 1.255», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1.^o, 2.^a ed., Madrid, 1993, pp. 100-295.
- RIERA-THIEBAULT, K.; COVILLARD, A., «La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2.^o du Code de commerce: un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels?», *Gazette du Palais*, vol. 133, núm. 1, 13-14 février 2013, pp. 205-208.
- RIPERT, G., *La règle morale sans les obligations civiles*, Paris, 1925.
- *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, Paris, 1948.
- RIVERA ÁLVAREZ, J. M., «La cláusula de sumisión expresa y la contratación por adhesión: un supuesto singular. Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1999, pp. 723-739.
- ROCA GUILLAMÓN, J., «Comentario al artículo 1258», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XVII, Madrid, 1993, pp. 420-462.
- «Reglas de interpretación de las condiciones generales de los contratos», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 301-346.

- ROCA TRÍAS, E., «Comentario del artículo 4», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo I, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1991, pp. 583-622.
- ROCHFELD, J., «A future for la cause? Observations of a french jurist», en Cartwright, J.; Vogenauer, S.; Whittaker, S., *Reforming the French Law of Obligations. Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Oxford, 2009, pp. 73-100.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Notas sobre el concepto de contrato de adhesión», *Revista de Derecho bancario y bursátil*, año 13, octubre-diciembre 1994, pp. 1057-1071.
- «Sobre el abuso de posición dominante en la defensa de la libre competencia», en Iglesias Prada, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, tomo I, Madrid, 1996, pp. 983-1018.
- «El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley)», *Derecho de los negocios*, núm. 86, año 8, noviembre 1997, pp. 1-16.
- «Antecedentes de la Ley sobre condiciones generales de la contratación. Los sucesivos Anteproyectos de ley», en Nieto Carol, U. (dir.), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 75-107.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral como causa de extinción del contrato*, Madrid, 1991.
- RODRÍGUEZ MORATA, F., «Comentario a los artículos 1445 a 1456 y 1588 a 1600», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.ª ed., Navarra, 2009, pp. 1678-1704; 1837-1866.
- RODRÍGUEZ-PALMERO SEUMA, P., «La cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota: su vinculación con la categoría del miedo o temor al incumplimiento», *La Ley*, n.º 7582, 7 de marzo de 2011.
- RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., «Sobre la cláusula penal en el Código civil», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, núm. 2, abril-junio, 1993, pp. 511-588.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, J., «El pacto de *quota litis* en la deontología de los abogados», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 25, 2008-2009, pp. 79-110.
- ROGERS, W. V. H.; CLARKE, M. G., *The Unfair Contract Terms Act 1977*, London, 1978.
- ROJO AJURIA, L., Voz «Interpretación de los contratos (D.º Civil)», en VVAA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, III, Madrid, 1995, pp. 3693-3698.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, C., «Análisis jurídico sobre la adecuación de las cláusulas limitativas de responsabilidad en el contrato de handling a los límites dados desde el ámbito jurídico internacional y europeo», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 289, julio-septiembre, 2013, pp. 285-307.
- ROPPO, E., *Contratti standard, autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milan, 1975.

- ROVIRA FLÓREZ, M. C., *Valor y función de las exposiciones de motivos en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972.
- ROYO MARTÍNEZ, M., «Contratos de adhesión», *Anuario de Derecho civil*, tomo II, enero-marzo, 1944, pp. 54-70.
- RUIZ MUÑOZ, M., «Las cláusulas abusivas entre empresarios (con referencia a la distribución comercial)», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 351-425.
- «Cláusulas abusivas y morosidad en las operaciones comerciales», en Candelario Macías, M. I. (dir.), *Estudios e interpretación práctica de la legislación sobre morosidad*, Valencia, 2013, pp. 273-312.
- RUIZ PERIS, J. I., *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Madrid, 1991.
- RUIZ-RICO RUIZ, C., «Comentario al artículo 1108», en Albaladejo, M.; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, Madrid, 1989, pp. 752-847.
- *El contrato de franquicia y sus límites jurídicos. Problemática actual*, Valencia, 2008.
- RUIZ SOROA, J. M., «La responsabilidad del transportista marítimo de mercancías en las Reglas de Rotterdam», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 4, 2010, pp. 13-38.
- RUIZ SUTIL, C., «Las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad», en Sánchez Lorenzo, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2.ª ed., Navarra, 2013, pp. 1439-1491.
- RUSO, E., «Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, terzo contratto», *Contratto e impresa*, 2009-1, pp. 120-150.
- SÁ, A., DE, *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre cláusulas abusivas*, 2.ª ed., Coimbra, 2001.
- SABATER BAYLE, I., *Préstamo con interés, usura y cláusulas de estabilización*, Navarra, 1986.
- «La invalidez de los negocios usurarios», *Nul: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, núm. 1, 2006.
- SÁINZ MORENO, F., «Orden público y restricciones de la competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 84, septiembre-diciembre, 1977.
- «El principio de libre competencia como manifestación del orden público económico (Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979)», *Civitas Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 24, 1980, pp. 134-138.
- SALAS CARCELLER, A., «El nuevo código mercantil», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2014, pp. 11-14.
- SALEILLES, R., *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.

- SALELLES CLIMENT, J. R., «Delimitación del riesgo y limitación de los derechos de los asegurados en el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 245, julio-septiembre, 2002, pp. 1125-1158.
- *Exclusión y limitación de responsabilidad en la contratación entre empresarios*, Bolonia, 2007.
- SALVADOR CODERCH, P., «Comentario al artículo 1593», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- SALVADOR CODERCH, P.; RUIZ GARCÍA, J. A., «Comentario al artículo 6.2», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 384-408.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «Comentario a los artículos 1088 a 1107», en Bercovitz, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 1271-1313.
- SÁNCHEZ CALERO, F., «Sobre la imperatividad de la Ley del contrato de seguro», en Iglesias Prada, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, tomo III, Madrid, 1996, pp. 2985-3004.
- «Introducción», en Sánchez Calero, F. (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3.^a ed., Navarra, 2005, pp. 19-26.
- «Comentario al artículo 3», en Sánchez Calero, F. (dir.), *Ley de contrato de seguro*, 3.^a ed., Navarra, 2005, pp. 80-115.
- SÁNCHEZ CALERO, F.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 35.^a ed., Navarra, 2012.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P., *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Madrid, 2004.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización de Derecho de obligaciones y contratos: ¿lo mejor es enemigo de lo bueno?», *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVI, fasc. IV, 2011, pp. 1685-1724.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Exposiciones de motivos de las leyes: motivos para su eliminación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 11, núm. 33, septiembre-diciembre, 1991, pp. 47-64.
- SANTOS BRIZ, J., *La contratación privada: sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966.
- *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Granada, 1992.
- «Comentario a los artículos 1101 a 1107, 1124 y 1154», en Sierra Gil de la Cuesta, I. (coord.), *Comentario del Código Civil*, tomo 6, 2000, pp. 92-149; 210-218; 296-299.
- SATRÚSTEGUI, M., «Derechos de ámbito económico y social», en VVAA, *Derecho constitucional*, vol. I., Valencia, 2010, pp. 373-393.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD, N., «Observations de Natacha Sauphanor-Brouillaud», *Petites affiches*, n.º 31, 12 février 2009, pp. 54-61.
- SAVAUX, E., *L'objet et la cause dans les projets français de réforme du droit des contrats*, Ponencia en el I Coloquio Franco-Español sobre el Derecho de obligaciones, Facultad de Derecho, Santiago de Compostela, 17-18 de febrero de 2011.

- SCAEVOLA, Q. M., *Código civil*, vol. XX, Madrid, 1904.
- SCHÄFER, J., *Das Transparenzgebot im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt am Main; Berlin; Bern; New York; Paris; Wien, 1992.
- SCHLOSSER, P., «Kommentar zum § 310 BGB», en Staudinger, J.; Albrecht, K. D.; Christian B. (dir.), *Kommentar zum Bürgerlichen Besetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2, Berlin, 2006, pp. 721-770.
- SCHWARTZ, A., «Justice and the Law of Contracts: A Case for the Traditional Approach», *Harvard J. of Law & Public Policy*, vol. 9, 1986, pp. 107-116.
- SCOTTI, A., «Il controllo giudiziale sull'esercizio del diritto di recess nei rapporti di integrazione vertical tra imprese: un problema di mercato», *Rivista del Diritto Commerciale*, anno 59, 2011, pp. 135-163.
- SERRANO ALONSO, E., «Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas», en González Porras, J. M.; Méndez González, F. P. (coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, Sevilla, 2004, pp. 4689-4714.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Estudio de Derecho Comparado sobre la interpretación de los contratos*, Valencia, 2005.
- SERRA RODRÍGUEZ, A., *Cláusulas abusivas en la contratación. En especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, 2.ª ed., Navarra, 2002.
- SEUBA TORREBLANCA, J. C., «Comentario a la Disposición Adicional Primera, I, seis, I, 8.ª», en Menéndez A.; Díez-Picazo, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, pp. 1090-1100.
- SOUSA RIBEIRO, J., *Cláusulas contratuais gerais e o paradigma do contrato*, Coimbra, 1990.
- *Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais*, DL n. 44/85, de 25 de Outubro, Coimbra, 1992.
- STOFFEL-MUNCK, P., «Les clauses abusives: on attendait grouchy...», *Droit & Patrimoine*, 240, octubre 2014, pp. 56-59.
- STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW, «Social Justice in European Contract Law: a Manifesto», *European Law Journal*, vol. 10, núm. 6, noviembre 2004, pp. 653-674.
- SUÁREZ ROBLEDANO, J. M., «Comentario al artículo 54», en Fernández-Ballesteros, M. A.; Rifá Soler, J. M.; Valls Gombau, J. F. (coords.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, vol. I, Barcelona, 2000, pp. 420-422.
- TAPIA HERMIDA, A., J., «Condiciones generales, cláusulas limitativas y cláusulas abusivas ante la reforma de la Ley de contrato de seguro», *Revista Española de Seguros*, núm. 155, 2013, pp. 311-336.
- THE LAW COMMISSION AND THE SCOTTISH LAW COMMISSION, *Unfair Terms in Contracts*, (LAW COM N.º 292) (SCOT LAW COM N.º 199), 2005.
- THOMPSON, P. K. J., *Unfair Contract Terms Act 1977*, London, 1978.
- TIRADO SUÁREZ, F. J., «Conveniente –o necesaria– reforma de la Ley Contrato de Seguro», *Derecho de los negocios*, año 11, núm. 113, febrero 2000, pp. 1-18.

- «El contrato de seguro», en Jiménez Sánchez, G. J. (coord.), *Derecho mercantil II*, 13.^a ed., Barcelona, 2009, pp. 676-714.
- TORRES LANA, J. A., «Comentario al artículo 1583», en Paz-Ares Rodríguez, C. (coord.), *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991.
- «Comentario a la sentencia de 29 de junio de 1995», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 39, septiembre-diciembre 1995, pp. 1151-1160.
- TORRUBIA CHALMETA, B., «Contratos de distribución», en De la Cuesta Rute, J. M. (dir.), *Contratos mercantiles*, tomo I, Barcelona, 2001, pp. 357-431.
- TREITEL, G. H., *The law of contract*, 9 ed., London, 1995.
- TRÉMEAU, I., «Débats. Table ronde: Le regard des professionnels: La violence-l'abus de dépendance», *Revue des contrats*, n.º 1, janvier 2009, 362 p.
- UNIDROIT, *Principles of International Commercial Contracts*, Roma, 1994 (<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-1994>)
- UREÑA MARTÍNEZ, M., *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003.
- URÍA, R., «Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie», *Revista de Derecho mercantil*, núm. 62, octubre-diciembre, 1956, pp. 221-241.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; ALONSO SOTO, R., «El contrato de seguro y la actividad aseguradora», en Uría, R.; Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 2001, pp. 565-576.
- «El contrato de seguro en general», en Uría, R.; Menéndez, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 2001, pp. 578-605.
- «Contratos de colaboración: el contrato de comisión», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2007, pp. 163-175.
- URÍA, R.; MENÉNDEZ, A.; VÉRGEZ, M., «El contrato de compraventa mercantil: disciplina general», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2001, pp. 89-116.
- «El contrato mercantil», en Uría, R.; Menéndez, A., *Curso de Derecho mercantil*, tomo II, Madrid, 2007, pp. 31-53.
- VALBUENA GUTIÉRREZ, J. A., «Comentario a los artículos 1500 a 1505», en Bercovizt, R. (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 3.^a ed., Navarra, 2009, pp. 1760-1766.
- VALLE, L., «L'inefficacia delle clausole vessatorie», en Galgano, F., *Le monografie di Contratto e impresa*, n.º 67, Padova, 2004, 479 p.
- «Clausole vessatorie, buona fede e contratti tra professionisti», en Sicchiero, G. (dir.), *Autonomia contrattuale de diritto privato europeo*, Padova, 2005, pp. 121-161.
- VALLINES GARCÍA, E., «La protección del consumidor a través de las reglas sobre carga de la prueba», en Cubillo López, I. J. (coord.), *Cuestiones actuales sobre la protección de los consumidores: tutela penal, civil y arbitral*, Madrid, 2010.
- VALLS LLORET, J. D., «Comentario a la sentencia de 12 de julio de 1996», *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 43, enero-marzo 1997, pp. 85-90.

- VALPUESTA GASTAMINZA, E., *La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado*, Pamplona, 1989.
- «El ámbito de regulación del futuro «derecho contractual europeo». De los principios sobre contratos comerciales a un derecho contractual general que incluya relaciones con consumidores», en Bosch Capdevila, E. (dir.), *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, pp. 405-418.
- VAN REIGERSBERG, J. G., *Derecho patrimonial neerlandés, Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código civil*, Málaga, 1996.
- VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ M. P. (coords.), *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona, 2012.
- VAQUERO PINTO, M. J., *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, 2005.
- VARGAS VASSEROT, C., «El contrato de seguro en el marco de la actividad bancaria», en Gadea E.; Sequeira, A. (coords.), *La contratación bancaria*, Madrid, 2007, pp. 1323-1396.
- VATTIER, C.; DE LA CUESTA, J. M.; CABALLERO, J. M. (dirs.), *Código Europeo de Contratos. Comentarios en homenaje al Prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, vol. I y II, Madrid, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, C., «Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, septiembre-octubre, 1995, pp. 1523-1546.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «Consecuencias del cobro excesivo de intereses», en VVAA, *Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Santander, 2003, pp. 667-684.
- VÁZQUEZ GARCÍA, D., «Contratación de productos bancarios complejos: examen de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 8536, 11 de mayo de 2015.
- VEIGA COPO, A. B., «Presente y futuro de la Ley del contrato de seguro», *La Ley*, núm. 6385, 23 de diciembre de 2005.
- «Contrato de seguro», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.), *Tratado de contratos*, tomo V, Valencia, 2009, pp. 5507-5871.
- «La interpretación de las condiciones en el contrato de seguro», *Revista de responsabilidad civil y seguro*, núm. 35, 2010, pp. 51-72.
- Ponencia «Las condiciones del contrato de seguro. Cláusulas abusivas. Nulidad de las cláusulas del contrato y los límites de cobertura», Simposio «El contrato de seguro en la Propuesta de Código Mercantil 2013», SEAIDA; Fundación Mapfre; Consorcio de Compensación de seguros, celebrado en la Fundación Mapfre, Madrid, los días 2 y 3 de diciembre de 2013.
- VERDERA IZQUIERDO, B., *Los elementos definitorios de las arras en el derecho patrimonial*, Madrid, 2005.

- VÉRGEZ, M., «Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la reforma de la Ley de contrato de seguro», *Revista española de seguros*, núm. 152, 2012, pp. 293-313.
- VICENT CHULIÁ, F., «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», en Cuñat Edo, V. (dir.), *Protección de particulares frente a las malas prácticas bancarias*, Madrid, 2004, pp. 59-146.
- «Condiciones generales de la contratación y condiciones abusivas bancarias», *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 49-84.
- *Introducción al Derecho Mercantil*, 21.^a ed., Valencia, 2008.
- VICIANO PASTOR, J., «La reciente regulación de la morosidad en España: una historia legislativa desacertada», en VVAA, *Estudios de Derecho del mercado financiero. Homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Valencia, 2010.
- VIDAL DOBLES, L., «Efectividad de la Ley de Medidas de Lucha contra la morosidad en las relaciones comerciales y su reciente modificación», *Diario La Ley*, núm. 7521, diciembre 2010.
- VIDAL MONFERRER, R. M., «Comentario al artículo 16», en Martínez Sanz, F. (dir.), *Comentario práctico a la Ley de competencia desleal*, Madrid, 2009, pp. 273-287.
- VILA FLORENSA, P., «Comentario al artículo 53, 57 a 59, 61 y 62», en Sala Reixachs, A. (dir.), *Comentarios al Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, Barcelona, 2002, pp. 492-494, 502-504, 508-511, 515-521.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C., *La deuda de intereses*, Barcelona, 2002.
- VINEY, G., «Rapport de synthèse», en Ghestin, J. (dir.), *Les clauses limitatives, ou exonératoires de responsabilité en Europe. Actes du Colloque des 13 et 14 décembre 1990*, Paris, 1990, pp. 329-349.
- VIVES MARTÍNEZ, G., *El juez y el abogado ante la cláusula penal y su moderación*, Valencia, 2000.
- VON BAR, C.; CLIVE, E.; SCHULTE-NÖLKE, H. (ed.), *Principles, definitions and model rules of European private Law, Draft Common Frame of Reference*, 2013, 4795 p. (http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)
- VON TUHR, A., «La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual», *Revista de Derecho Privado*, núm. 146, 15 de noviembre de 1925, pp. 337-341.
- WHITTAKER, S.; ZIMMERMANN, R., «Good faith in European contract law: surveying the legal landscape», en Zimmermann, R.; Whittaker, W. (ed.), *Good faith in European contract law*, 2000, pp. 7-62.
- WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, traducida por Carro, J. L., Madrid, 1977.
- WOLF, M., «Kommentar zum § 307 BGB», en Wolf, M.; Lindacher, W. F.; Pfeiffer, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, 2009, pp. 288-412.
- «Kommentar zum § 310 Abs. 1, Anwendungsbereich», en Wolf, M.; Lindacher, W. F.; Pfeiffer, T., *AGB-Recht Kommentar*, 5 ed., München, 2009, pp. 909-918.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., «De nuevo sobre la buena fe», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 6, 1988, pp. 633-681.

■ CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EMPRESARIO ADHERENTE

- ZABALETA DÍAZ, M., *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*, Madrid, 2002.
- ZIMMERMANN, R., «Contract law reform: the german experience», en Vogenauer, S.; Weatherill, S., *The Harmonisation of European Contract Law, Implications for European Private Laws, Business and Legal Practice*, Oxford, 2006, pp. 71-87.
- *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Traducido por Arroyo I Amayuelas, E., Barcelona, 2008.
- ZURUMENDI ISLA, A., «Acuerdos verticales y restricciones a la libre competencia», en Alonso Ureba, A.; Velasco San Pedro, L.; Alonso Ledesma, C., *et al.* (dirs.), *Los contratos de distribución*, Madrid, 2010, pp. 747-780.

Son continuas en nuestro país las referencias y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el carácter abusivo de cláusulas en contratos pre-dispuestos con consumidores. Sin embargo, los problemas derivados de una falta de autonomía de la voluntad no son exclusivos del Derecho de consumo: en la práctica son frecuentes los supuestos en los que un empresario impone a otro, que carece de capacidad para influir en el contenido del contrato, cláusulas claramente desproporcionadas. No hay más que pensar, por un lado, en la importancia en la actualidad de la contratación mediante condiciones generales y, por otro, en el peso que representan en el tejido empresarial español los autónomos o las microempresas, sujetos que, aunque no de forma exclusiva, sí que pueden ver más fácilmente limitada su libertad de determinación del contenido del contrato.

La presente obra tiene por objeto, precisamente, el control de contenido en los contratos mediante condiciones generales entre empresarios. Ante la ausencia de configuración por parte de nuestro legislador de una protección material específica en este ámbito (como sí existe, por el contrario, en otros ordenamientos jurídicos), se realiza un necesario y exhaustivo análisis jurisprudencial y normativo que pone de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico español para dar respuesta a todos los posibles abusos. Así, no solo se identifican y delimitan supuestos de cláusulas en contratos entre empresarios que sí podrían contar con una solución legal sino que también se evidencian otros que, siendo potencialmente “abusivos”, quedan actualmente sin resolver mediante el recurso a los límites generales de la autonomía de la voluntad. Pensando en estos supuestos y a modo de cierre del estudio, se defiende la buena fe del art. 1258 C.c. como una norma de control de contenido capaz de dar una solución adecuada a este vacío normativo.