

# Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO  
Catedrático de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Propósitos de este estudio. II. Las condiciones generales de los contratos. 1. El concepto de condiciones generales. 2. Ventajas y peligros de las condiciones generales. III. ¿Las condiciones generales son fuente del Derecho? 1. ¿Constituyen una nueva fuente de Derecho? 2. Las condiciones generales como usos mercantiles. 3. Las condiciones generales como Derecho natural. IV. Las condiciones generales como contenido del contrato. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Motivos para impugnar las condiciones generales. 3. Autonomía de la voluntad y renuncia de las leyes. a) Antecedentes mediatos. b) Antecedentes inmediatos. c) Derecho vigente. d) La nulidad de la cláusula. V. Utilidad de una reforma legislativa.

## I. PROPÓSITOS DE ESTE ESTUDIO

Las condiciones generales de los contratos han sido objeto de numerosos trabajos por parte de mercantilistas y civilistas (1). Volver a tratar de la cuestión de su significado y eficacia no parece, sin embargo, impertinente. Su importancia es indudable. En la práctica industrial y bancaria española se usan de continuo, imponiéndolas a los clientes. La integración de la economía española en la general europea o en la mundial, el contacto con firmas extranjeras, multiplicarán los casos en los que será necesario averiguar la eficacia de las condiciones generales, fueran o no fueran sometidas a la firma del contratante.

Desde el punto de vista dogmático o técnico plantean las condiciones generales muchos problemas, que afectan incluso a la entraña misma del Derecho privado. No es posible tratarlas aquí todas. Este estudio se limita, fundamentalmente, a dos cuestiones. La primera es:

(1) HAMELBECK: *Begriff und Arten der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1930; MICHEL: *Die Allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung*, 1932; KOCH: *Die neuen Geschäftsbedingungen der Banken*, Z. G. H. u. K. R. 121 (1934), p. 241-259; RAISER: *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935; HAUPT: *Die Allgemeine Geschäftsbedingungen der deutschen Banken*, 1937; HILDEBRANDT: *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, A. C. Pr. 143 (1937), p. 325-348; BRANDT: *Der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und das sog. dispositive Recht*, Deutsche Rechtswissenschaft, 5 (1940), p. 76 ss.; PAGENSTECHER: *Sittengewidriger Lieferbedingung*, 1944 (2.<sup>a</sup> ed.); HERSCHERL: *Die Vertragsordnung als Rechtsnorm*, D. R. 12 (1943), p. 753-761; *Verhandlungen des 41 Juristentages*, Band II/E: *Streitgespräch, Zulässigkeit und Wirkungen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Tübingen, 1956; LUKES: *Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, en *Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht*. Festschrift für Alfred Hueck zum 70 Geburtstag, 1959, p. 459-493; MROCH: *Zum Kampf gegen die unlauteren Geschäftsbedingungen*, 1960 (con muy completa bibliografía alemana en p. VII-XII, valorada críticamente en p. 5-7; aunque no recoge el trabajo de Lukes); DOSETTO: *Le condizioni generali di contratto*, 1951; MARZILI: *Le condizioni generali di contratto*, Nueva R. D. comm. D. dell' ec. D. soc. 4, 5-8 (1951), p. 124-143; GENOVESE: *Le condizioni generali di contratto*, 1954; URYA: *Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie*, R. D. M. 22, núm. 62 (1956), p. 221-241.

¿Las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho, ya sea como un nuevo poder jurídico o ya como usos mercantiles? Al intentar darles respuesta, no podré evitar, aunque sea "en términos de defensa", referirme repetidas veces a la posición doctrinal de un gran maestro (2), que ha creído deber censurar mi criterio de que las condiciones generales no son fuentes de Derecho objetivo (3). Mi respeto a su incuestionada e incuestionable autoridad, que para satisfacción de todos nosotros alcanza resonancia mundial, es precisamente el que me obliga a exponer las razones que me hacen mantener mi antiguo criterio y, al menos, todavía, a discrepar de su crítica. La segunda, aún más difícil, dice así: ¿Las condiciones generales aceptadas o firmadas por las partes, pueden exonerar al empresario de las obligaciones y responsabilidades impuestas por la ley, de modo que su peso recaiga tan sólo sobre el cliente?

Para completar la exposición se harán previamente unas consideraciones preliminares sobre las ventajas y los peligros de las condiciones, terminándola con otras sobre la conveniencia y posibilidades de una reforma legislativa, al objeto de regular debidamente esta materia.

Los resultados a que llego, y que voy a presentar a los lectores, no son los admitidos por todos, y no me hubiera atrevido quizá a mantenerlos en este momento, si no fuera porque ahora, en estos últimos años, están apoyados por un movimiento de opinión en Alemania que me atrevo a calificar de mayoritario. Lo que tiene especial relevancia, porque fué la doctrina alemana (una parte de ella) la que hace unos treinta años afirmó la naturaleza normativa de las condiciones generales, y cuyo ejemplo sirviera para autorizar la aceptación de esta teoría por la doctrina de otros países. Y porque, lo que tiene para mí mayor peso, cuento en mi abono con la autoridad, que nadie puede valorar mejor que los juristas, de don Felipe Clemente de Diego, que ya los defendiera como fundamento de uno de sus admirables dictámenes. En fin, he tenido la suerte de encontrar apoyo también en unas muy finas consideraciones de don Juan Castillo de Sotomayor, jurista insigne de la edad de oro de nuestro Derecho.

## II. LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

### I. *El concepto de condiciones generales.*

La figura de las condiciones o cláusulas generales de los contratos ha parecido de significado tan evidente, que los más de los autores se han despreocupado de su definición jurídica y se ocupan en poner de relieve sus notas de carácter sociológico.

(2) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, 1958, p. 25, nota 30.

(3) *Derecho Civil de España*, I, 1.ª ed. 1942, p. 274-276, 2.ª ed. 1949, p. 335-337, 3.ª ed. 1955, p. 371-374.

Sin pretensiones de salvar esta laguna, bastará a nuestro objeto con decir que se designan, como tales condiciones, a los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar. Mediante tales condiciones se eliminan "a priori" los tratos previos entre las partes; una de éstas (el empresario) se ha atribuido el papel de predisponer o dictar, conforme a su interés y a su gusto, la regulación de los contratos; se independiza el establecimiento de las condiciones de la celebración del contrato concreto; las condiciones se imponen de tal modo inexorable que pueden calificarse de apéndice de la prestación; se redactan en la forma abstracta y articulada que se acostumbra en las leyes.

Los especialistas han destacado también el propósito de simplificar la contratación y con ello conseguir ahorro de tiempo (4), el de procurar a la vez la unificación del sentido de cada cláusula (5), y subrayan, muy especialmente, la finalidad de fortificar mediante su empleo el poder de los empresarios (6).

La importancia de esta última nota explica o justifica que se atienda a las condiciones generales como una realidad sociológica digna de una especial atención por parte de la doctrina y de los tribunales de justicia (7). En una definición, que no se podrá tachar de parcial, se describen las condiciones generales de los contratos bancarios como: "un marco dibujado a gusto del Banco y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad" (8).

Dejando fuera de este estudio distinciones secundarias (9), importa separar claramente dos supuestos. Las que, entre nosotros, se han denominado las "condiciones generales de la contratación" y las "condiciones generales de los contratos en particular"; distinguidas en que, éstas sí y aquéllas no, son sometidas a la firma del cliente (10). Se trata, más que de unos diferentes tipos de condiciones generales, de la diversa función que a ellas se les atribuye o se les puede atribuir.

(4) El cliente no tiene otro papel que el de señalar la cantidad de la prestación deseada; en algún caso se dejará abierta la discusión sobre el precio.

(5) Aspecto que estima esencial HILDEBRANDT: *Ausserung des Fernheitlichungswillens*, p. 327.

(6) En general, RAISER, p. 19; LUKES, p. 459-460.

(7) Como fenómeno anómalo y necesitado, por tanto, de una especial justificación o, en caso contrario, de su control o censura.

(8) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 23.

(9) Se ha discutido sobre la posibilidad de distinguir las condiciones generales de los formularios. La niega LUKES, p. 459, n. 2. De hecho se trata de una cuestión terminológica. Cabe distinguirlos si se entiende por formulario la redacción hecha por terceras personas (p. ej., los que se vendían en los estancos para los contratos de arrendamiento, los formularios notariales) y que se ofrece como guía o modelo, base de los tratos, y que dejan abierta la posibilidad de modificaciones a propuesta de cualquiera de las partes.

(10) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 25.

en cada caso (11). En un supuesto, las condiciones generales se consideran como declaración de un empresario, grupo o asociación, que establece las normas a que han de ajustarse sus contratos; en el otro, se refieren a un determinado contrato, en el que, mediante la aceptación presunta o la firma del cliente, las condiciones entran a formar parte de su contenido. Cada una plantea un problema especial: el primero, el de la posibilidad de considerar las condiciones generales como fuente del Derecho objetivo; el segundo, el del ámbito y límites de la autonomía de la voluntad y el de la renuncia a las leyes. Ellos merecen una separada consideración y estudio.

Aunque sea de paso, conviene señalar la distinción entre las condiciones generales establecidas por la Administración y aquellas otras redactadas por una empresa privada y aprobadas por la Administración. Las primeras tendrán eficacia especial cuando y en la medida en que la ley atribuya a la Administración poder reglamentario sobre la materia; en distinta hipótesis, no tendrán otro valor que el de las condiciones establecidas por un particular (12). Las aludidas en segundo lugar, no puede decirse, como parece haberse pensado, que reciban una consagración legal que las convierta en normas estatales. La aprobación administrativa significa que el correspondiente órgano administrativo no tiene nada que oponer a dichas condiciones generales, desde el punto de vista de los intereses por los que haya de velar; pero esta función de vigilancia, preventiva, no supone una delegación de facultades, que permita, sin más, elevar al plano legislativo las condiciones generales redactadas por un particular, ni que les dé eficacia para derogar las disposiciones legales que las contradigan (13).

(11) Unas mismas condiciones generales pueden ser alegadas respecto de un cliente que firmó un contrato que las incluía o se refería a ellas, y también respecto de otro cliente que contrató oralmente o mediante un documento en que no se habían insertado.

(12) Es decir, hay que distinguir entre la esfera de Derecho público, en la que jugará la consideración de servicio público, y los límites de la delegación de poderes, y la esfera de Derecho privado, en la que los privilegios de la Administración se reducen y no pueden ejercitarse a costa de las reglas generales de la contratación.

(13) Así, p. ej., la autorización de los modelos de pólizas y contratos de seguros, supone que ha habido un contraste oficial y que se ha entendido que no contiene cláusula alguna que "sea ilegal, ambigua o lesiva para los que contraten con la Sociedad" (art. 24 d), Regl. 2 febrero 1912; comp. arts. 16 y 17 de este Regl., arts 4 y 50 Ley de Ordenación de Seguros, 16 diciembre 1954, R. O. 23 octubre 1922); pero no impide que los tribunales sancionen cualquier cláusula ilegal que haya escapado a la inspección administrativa. Esta posibilidad no puede excluirse en la práctica. En Alemania, país de administración bien nombrada por su celo y competencia, se han señalado casos de aprobación de modelos de contratos en que se contenían cláusulas contradictorias e ilegales; así lo refiere el profesor MÖLLER (especialista en seguros): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 21. La jurisprudencia ha declarado nulas cláusulas de los Bancos y de Seguros (aprobadas previamente). HILDEBRANDT, *id.*, p. 7. Nuestro Tribunal Supremo, con acierto y valentía, no ha dudado en considerar ineficaz una cláusula inserta en un billete de la RENFE. S. 4 julio 1953. Comp. también S. 29 marzo 1956. Comp., más bien en contra de lo dicho, notas de Polo

En fin, puede señalarse que no tiene importancia, a nuestro objeto, el supuesto de que las condiciones generales hayan sido aprobadas o pactadas por grupos o asociaciones de interesados, sean éstos representantes de los mismos o de encontrados intereses, ya que sólo entre ellos tendrán especial eficacia, y no respecto a la generalidad o del tercero que contrate con un determinado empresario, pues una y otro son ajenos a dichos pactos (14).

## 2. Ventajas y peligros de las condiciones generales.

En la discusión oral y escrita sostenida sobre las condiciones generales de los contratos, se ha tratado de hacer, desde puntos de vista opuestos, el balance de los beneficios y de los abusos que ellas entrañan. Aunque éste no pueda influir en la determinación del Derecho vigente, importa recordar los más repetidos razonamientos, para apreciar el alcance práctico de la cuestión y la conveniencia, en su caso, de proponer su especial regulación por la ley.

Se ha observado, que el régimen económico propio del capitalismo moderno lleva a desplazar el contrato individual, evitando el regateo y la discusión parsimoniosa de los antiguos mercados. Los contratos normativos (15), con sus fórmulas estereotipadas e impuestas, sirven a la rapidez de la circulación de bienes y a la racionalización de las explotaciones. Por ello, se admite en general su utilidad y hasta su conveniencia. La discrepancia surge cuando se pregunta si tales ventajas han de pagarse a costa de los clientes, confiriendo a los empresarios un poder ilimitado para conformar a su gusto y conveniencia el contenido de los contratos, sin consideración a las normas legales.

Representantes de los intereses de la industria, aun reconociendo que no son buenas todas las cláusulas de las condiciones generales, las defienden (16), haciendo observar: 1. Que dichas cláusulas no se establecen sólo para limitar la responsabilidad del empresario o para que éste obtenga ventajas injustificadas, sino también para regular una serie de cuestiones técnicas (17). 2. Que los Códigos han quedado anticuados y que el mismo legislador moderno carece de experiencia y de holganza para ocuparse en regulaciones tan detalladas como requieren las necesidades de cada rama de comercio (18). 3. Que con ellas se pro-

a S. T. S. 13 diciembre 1934, 27 febrero 1942, R. D. Pr., 23, núm. 273 (1936), p. 243, y 26, núm. 308 (1942), p. 718-719.

(14) Aparte de su posible carácter de maquinaciones para suprimir la libertad de la contratación (monopolios).

(15) Conforme a la terminología difundida por HUECK: *Normenverträge*, J. J. 73 (1923), p. 33.

(16) VON BRUNN (director de la Asociación de la Industria de Automóviles): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 17.

(17) SCHMIDT-LOSSBERG (consejero de la S. G. y colaborador en A. D. Sp.): *Verhandlungen des 41 Juristentages*, p. 8, que se refiere aquí a las condiciones generales de las casas americanas.

(18) SCHMIDT-LOSSBERG, *loc. cit.*, p. 8; RAISER, *íd.*, p. 24.

cura y logra claridad y unidad en la interpretación y aplicación de los contratos (19). 4. Que las limitaciones de las responsabilidades y obligaciones del empresario se compensan con la disminución del precio de la mercancía y con la posibilidad que le queda al cliente de cubrirse de riesgos mediante el seguro (20).

A estos argumentos se ha respondido: 1. Que la crítica hecha de las condiciones generales no pretende, ni mucho menos, su condena indiscriminada, ni niega su conveniencia, sino que se propone advertir de la necesidad de su control por los tribunales (20 bis). 2. Que la antigüedad e inflexibilidad de que se acusa a los Códigos amenaza también a los textos en que se recogen las cláusulas generales, y que en éstas pueden acarrear mayores daños todavía, dado el casuismo con que se redactan (21). 3. Que las condiciones generales, en la práctica, contienen reglas tan laberínticas y oscuras que ni siquiera un buen conocedor del Derecho logra entenderlas (22). 4. Que podría justificarse una irresponsabilidad especialmente pagada, pero no la irresponsabilidad impuesta y por la que, si acaso, se obtiene una mínima o imperceptible rebaja. El empresario, que puede calcular sus ventas de modo aproxi-

(19) HILDEBRANDT, A. C. Pr., 143, p. 327.

(20) SCHMIDT-LOESBERG, *loc. cit.*, p. 11, pone el ejemplo de la posibilidad que se ofrece a quien deposita en la consigna una maleta de abonar una pequeña cantidad (20 pf.) o de asegurarse. VON BRUNN, *loc. cit.*, p. 34, señala la diferencia que, conforme al precio de los coches, existe entre los plazos de garantía; de seis meses para casi todos e ilimitada en el tiempo para los Roll-Royce.

Existen cláusulas en las condiciones generales en las que el vendedor garantiza específicamente determinados requisitos de la cosa (buen funcionamiento, resistencia, duración), a las que habrá que interpretar de modo que refuercen la protección del comprador, y no, como se ha pretendido, para debilitarla. Sobre esta cuestión, ANGELONI: *Clausule di garanzia nella compravendita commerciali*, Scritti giuridici, 1956, p. 757, 787, 806 y ss.

Aunque se mencionan casi siempre las condiciones generales establecidas por los vendedores, no debe olvidarse las que imponen los compradores; p. ej., los que se dedican a la compra para reventa de materias primas.

(20 bis) En este sentido, LUITJEN: *Einheitliches Kaufrecht und autonomes Handelsrecht*, 1956, que destacando la necesidad de su uso, para atender a la especialidad de los casos, pág. 53 ss., señala el peligro gravísimo de su abuso, p. 58 y ss.

(21) Muchas cláusulas se redactan pensando en supuestos excepcionales, de modo que el resultado obtenido es desmesurado y ajeno al propósito del autor de las condiciones generales. VON BRUNN, *loc. cit.*, p. 19; STOLDT (magistrado), *id.*, p. 31; MÖLLER, *id.*, p. 38, señala el peligro de la cristalización.

(22) Se ha dicho (por un magistrado): hay que proclamar con todo énfasis que las condiciones generales aparecen como un sistema astuto, que, aunque pueda justificarse, significa sorprender al afectado; pues quien firma una hoja de pedido se avergüenza de confesar que no entiende lo que dicen las condiciones generales; "no sabe que no las puede entender": "cuando vamos a firmar dicha hoja de pedido, cerramos ambos ojos, firmamos y pensamos: saldrá bien". STOLDT, *loc. cit.* p. 12.

En Alemania se han escrito ya extensos y eruditos comentarios sobre ciertas importantes condiciones generales (seguros, expedición).

También se ha observado que sería injusto obtener la claridad (que favorecería a ambas) a costa de una sola de las partes. LUKES: *Gedanken*, p. 460-461.

mado, es a quien corresponde autoasegurarse; el cliente (que, p. ej., compra una máquina agrícola) no encontrará compensación en que el precio fuera algo menor, de no poder reclamar por recibir un aparato inservible (23).

Mas han sido consideraciones jurídicas, de justicia, las que hacen que las condiciones generales "sean vistas con creciente indignación y con inquietud por la práctica" (24). Y una corriente, que parece ya dominante en la doctrina científica y jurisprudencial, condena por razones de Derecho que las condiciones generales se utilicen como medios para que una clase fortalezca su poder, mediante el despojo de garantías jurídicas, a quienes contratan con uno de sus privilegiados miembros (25). Por ello, parece que el estudio de la eficacia de las condiciones generales deberá de centrarse jurídicamente, y en las cuestiones que plantea el Derecho vigente.

### III. ¿LAS CONDICIONES GENERALES SON FUENTE DEL DERECHO?

#### I. ¿Constituyen una nueva fuente de Derecho?

Un grupo minoritario de autores, algunos de indiscutible autoridad, ha sostenido que las condiciones generales de los contratos constituyen una fuente de Derecho, que crean Derecho objetivo, ya sea completando o ya sea desplazando los preceptos legales (al menos los de Derecho dispositivo). Posición un tanto singular dentro de la doctrina general (26), y de la que sobre todo entraña lo pobre y confuso de la argumentación que se ha utilizado para fundamentarla (27).

Dos frases se han usado como lema de esta dirección teórica. Una, referida al origen de las condiciones generales, la que las califica de "Derecho autónomo de la Economía" (28); y otra, que atiende más a

(23) HILDEBRANDT (abogado independiente de Berlín), A. C. Pr., 143, p. 347; *Verhandlungen*, p. 5. Ya DEMOGUE, V, p. 455-459. Comp. MROCH, p. 67 y ss.

(24) LUKES: *Gedanken*, p. 461-462; MÖLLER: *Verhandlungen*, p. 39; RAISER, ídem, p. 40 y 41 (ya en *Das Recht*, p. 289 y ss.).

(25) LUKES: *Gedanken*, p. 461-462; RAISER: *Verhandlungen*, p. 40; LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, Allgemeiner Teil, 1957, p. 77; VON HIPPEL: *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrecht*, 1957, p. 26-27.

(26) Como se advierte en seguida, observando lo dicho en los tratados jurídicos sobre fuentes del Derecho.

(27) Quizás por considerar evidentes sus razones, no se manifiestan o desarrollan.

(28) La frase corresponde al título de la obra de GROSSMANN DOERTH: *Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft*, 1933. También se ha hablado de un Derecho comercial autónomo: RABEL: *Das Recht des Warenkaufs*, 2.<sup>a</sup> ed., 1947, I, p. 37, 49; LUTHELEN: *Einheitliches Kaufrechts und autonomes Handelsrecht*, 1956. Sobre el alcance que se le ha pretendido dar, CASTRO: *Las leyes nacionales, La autonomía de la voluntad y los usos en el Proyecto de Ley Uniforme sobre la venta*, A. D. C. XI, 4 (1958), p. 1029.

MOSSA piensa en un Derecho comercial que se transforma en Derecho de la economía, en ordenamiento jurídico de las empresas organizadas. *Nuove*

la forma en que se manifiestan, en la que se les consideran "Ordenamiento jurídico preestablecido" (29). Ellas han servido de lema y de amparo teórico a la calificación de las condiciones generales, como otra, o la nueva otra, fuente del Derecho mercantil, al lado de la ley y de los usos (29 bis).

¿Existe un Derecho autónomo de la Economía? La contestación afirmativa parece un postulado sin demostrar, si se entiende por tal Derecho una norma creada por hombres o grupos al servicio de intereses económicos y que, a pesar de no ser reconocida ni admitida por las disposiciones del Estado, es considerada como tal norma jurídica por la comunidad e impuesta en esta consideración por la administración de Justicia. Nadie ha negado la importancia social de las necesidades e intereses económicos, ni su influjo, a veces decisivo para la regulación jurídica. Otra cosa es valorar la economía como el motor preponderante o único del Derecho (30), sobre lo que muchos discrepamos. Y también ha de distinguirse, de una y otra teoría, el aserto según el que ciertos hombres (empresarios) o grupos (asociaciones de aquéllos), por su condición de industriales o financieros, han conquistado el poder de crear e imponer Derecho objetivo (31). Esta última

*Trattato di Diritto commerciale*, 1942, cap. II, cita de MARZULLI, *loc. cit.*, p. 130. Comp. lo dicho después en nota 37.

(29) Así, quizá, pueda traducirse "fertigen Rechtsordnung"; se dice procede del profesor Herschel (VON BRUNN, *Verhandlungen*, p. 35); siendo recogida después por la jurisprudencia, en 1942, "fertig daliegenden Rechtsordnung".

(29 bis) GARRIGUES, *Tratado*, I, págs. 132, 166, "Curso de Derecho Mercantil", 1945, I, p. 115-117.

(30) La moda de la concepción económica de la vida (explicable como reacción frente al anterior desconocimiento de los factores económicos) ha sido acogida sin mayor reflexión en la literatura jurídica. Se ha dicho: "El jurista es un servidor de la economía". RIBERT: *Aspects juridiques du capitalisme juridique*, 1946, p. 50. El contrato se ha calificado diciendo: "el cual constituye el instrumento, que el Derecho superestructura de la Economía, ofrece a ésta para poner a la protección de aquél, un mismo y único fenómeno económico". Sentencia Tribunal Supremo 12 noviembre 1959. En contra, el mismo RIBERT: *Les forces créatrices du Droit*, 1955, p. 46; DE DIRGO, *Dictámenes*, II, p. 604.

No habrá que decir que esta dirección es rechazada por quienes entienden que el Derecho tiene sus propios criterios de valoración (Derecho Natural, Justicia) y por los que consideran que la realidad histórica es autónoma, se causa a sí misma, ORTEGA Y GASSET: *Una interpretación de la Historia Universal*, 1959, pág. 307.

(31) Puede dudarse si cabe atribuirle este sentido a las frases en las que se razona la afirmación de que las cláusulas generales se convierten en normas objetivas del Derecho, como "posición realista, que enfoca el problema no como una cuestión teórica, sino como una cuestión de poderes o de física social", a la que se contraponen "la opinión romántica de quienes protestan contra el predominio de las grandes empresas a través de las condiciones generales. Así DE CASTRO (Derecho civil de España, I, 1949, p. 355), cuando critica la existencia de un nuevo poder jurídico extraestatal, en contra de la aspiración del Estado al monopolio jurídico; a quienes consagran jurídicamente la prepotencia económica de los industriales, comerciantes y banqueros y de sus agrupaciones sobre el resto del pueblo, quedando sometidos a sus decretos sus forzados clientes", GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 25. II. 30.

afirmación es la que interesa a nuestro objeto, por ser la única que podría justificar la existencia de esa nueva pretendida fuente del Derecho (32).

La doctrina de las fuentes del Derecho no ha podido admitir que, de ese modo, se derrumbe la estructura del ordenamiento jurídico, y que ello suceda, además, con una frase, sin una especial justificación jurídica y sociológica. Pues no puede desconocerse que el Estado de Derecho, en sus reglas constitucionales o fundamentales, es incompatible con la atribución a los empresarios de un privilegiado poder normativo. Tal poder legislativo, en favor de una clase, supone una previa subversión real de la organización política jurídica, de máxima trascendencia, cuya existencia no se prueba y respecto a la que todo induce a creer que no se ha producido ni se producirá.

Se menciona, a menudo, a la física social (33) y a la sociología jurídica (34), y se hace referencia al "apetito" de poder de los empresarios (35) como explicación y característica del fenómeno de las condiciones generales. El empuje, más o menos organizado, de grupos de financieros, industriales y comerciantes, para conseguir privilegios a costa de otros grupos y clases, incluso de las prerrogativas más específicas del Estado, es ciertamente una realidad. La pretensión de una clase social de gozar de poderes legislativos con los que regular su vida interna o para vincular a los demás, es un fenómeno que se repite en la Historia; pero que aquí no ha triunfado (al menos todavía) —y esto puede afirmarse como un hecho— respecto de las condiciones generales. La frase "legislación autónoma de la época" (36) no puede, por tanto, entenderse en sentido técnico. No hay un Derecho de la Economía (37), fuera del Estado, que las convierta misteriosamente en De-

(32) Como fuente nueva y distinta aparece en todos aquellos autores que la colocan al lado de la ley (semejante a ésta), de la costumbre y de los usos, con los que se dice ofrece analogía, pero con los que no se le identifica.

(33) GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 5, n. 30; *Tratado de Derecho mercantil*, I, 1.º 1947, p. 165, n. 30 (donde se refiere a la relación entre ley y costumbre).

(34) RAISER, *Das Recht*, p. 85; HILDEBRANDT, A. C. Pr. 143, p. 328; PALANDT, *Bürgerliches, G. B.*, ed. 1952, pág. 266; BLOMEYER, *Allgemeine Schuldrecht*, 2 ed. 1957, p. 87. Posiblemente no se quiere decir más que, "de facto", se trata de reglas con la apariencia de normas objetivas (ajenas a los contratantes); comp. ESSER, *BGB Schuldrecht*, 1949, p. 28; DOSSETTO, *Le condizioni generali di contratto*, págs. 14-15; MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, 1948, p. 10 (que los califica de "contratos normativos" o mejor de "acuerdos normativos"), "Manuale de Diritto civile e commerciale", 1952, I, § 4, 21, p. 81-82.

(35) Que se cita como una característica de las condiciones generales: "Machtverstärkungstreben", HILDEBRANDT, *Das Recht*, p. 328; RAISER, *Verhandlungen*, p. 25.

(36) Recogida por GARRIGUES, *Contratos bancarios*, p. 22.

(37) En general parece olvidarse aquí que el Derecho de la economía es un Derecho del intervencionismo del Estado y que tiende a desplazar la actuación libre de comerciantes e industriales. También se ha dicho con autoridad y energía que la época de la economía, de la técnica, han sido superados en la época actual, del átomo y la automatización. HEDEMANN, *Das Wirtschaftsrecht*,

recho objetivo. No existe una autonomía originaria ni conquistada en favor de los empresarios.

Hubo un momento de vacilación en la doctrina alemana, ello es cierto, en el que pudo creerse que iba ganando terreno la opinión favorable al carácter de Derecho objetivo de las cláusulas generales (38). Mas ahora parece totalmente abandonada en Alemania, por la doctrina, por los prácticos y por la jurisprudencia (39). Lo que parece lógicamente necesario, ya que las condiciones generales carecen de los caracteres internos y externos de la norma de Derecho objetivo (39 bis). La despreocupación por el bien común y el escándalo del abuso cre-

*Rückblick und Abschied, Beiträge zum Arbeits-Handels, und Wirtschaftsrecht*, cit., p. 411.

Cuestión distinta es la afirmación de la existencia de un Derecho mercantil autónomo, basado en los usos comerciales, comp. obras citadas antes en nota 28.

Sobre la concepción del Derecho de la economía, como Derecho de la economía dirigida e intervenida por el Estado, RUBIO, *Sobre el concepto de Derecho Mercantil*, R. D. M. 12 (1947), págs. 353-359. HEMARD, *L'Economie dirigée et les contrats commerciaux (Études offertes à G. Ripert)*, II, p. 341 sgs.

(38) Además de GROSSMANN DOERTH, *loc. cit.*, p. 6 sig. y en J. W., 1929, p. 3447, J. W. 1930, p. 3724; HERSHEL, D. R. 1942, p. 753; BERNHARDT, D. R. 1942, p. 1171.

(39) Los representantes de la industria en la 41 Jornada Jurídica (Tübinga) se mostraron decididamente en favor de mantener la clara distinción entre negocio y fuente jurídica: Las cláusulas generales, se dice, se aceptan en cada negocio jurídico y sólo en casos aislados de modo tácito; es peligroso hablar de que ellas creen Derecho objetivo, pues no es cierto que esos grupos sociológicos sean creadores de Derecho estatalmente reconocido, MÖLLER, págs. 22-23. Que, en los círculos industriales a los que pertenece, nadie aprueba la doctrina del "fertigen Rechtsordnung", y que en ellos se piensa que las cuestiones sobre las cláusulas generales se han de resolver conforme a las disposiciones del Código civil sobre los contratos von BRUNN, p. 35. RAISER, por su parte, dice que cuando vió que había sido recogida por el R. G. el concepto del Ordenamiento jurídico preestablecido, se quedó espantado, y más todavía al ver lo que los autores deducían de ello; me alegra, añade, que el R. G. haya dado marcha atrás, *id.* p. 28.

LUKES afirma sin reparos, que la opinión de que las condiciones generales son normas jurídicas es hoy rechazada de modo decisivo ("wohl überwiegend abgelehnt Meinung", p. 476, citas de jurisprudencia y autores en n. 67. MROCH, p. 8, 9, 11. En Italia, GENOVESE, págs. 336, 37. En Francia, JOSSEAND, *Cours de Droit civil*, 1933, II, §§ 32, 400, págs. 20, 206. CARBONNIER, *Droit civil*, 1957, II, p. 332. Criterio que es el del legislador italiano al requerir el conocimiento de las condiciones generales por la otra parte o que ésta debiera conocerla usando de la ordinaria diligencia y el que impone para que las más importantes, la aprobación por escrito del cliente, art. 1341 LARENZ, *loc. cit.*, p. 77. En España: Derecho civil de España, citas en N. 3; URÍA, *Reflexiones*, p. 233. *Derecho mercantil*, 1958, p. 19. La jurisprudencia del T. S. mantiene este criterio al aplicar a las condiciones generales las reglas de interpretación de los contratos; pues no sólo no tiene en cuenta la voluntad de quienes las redactan, ni sus intereses, ni su finalidad, si no que les aplica el art. 1.288, citas en nota 91. Comp. sin embargo, von BRUNN, *Verhandlungen*, p. 36, que todavía propone que el juez tenga en cuenta el pensamiento que llevó a dictar las cláusulas generales (aunque lo hace para evitar que se extienda su aplicación en contra del cliente respecto a supuestos no pensados).

(39 bis) En cuanto dictados en provecho de una de las partes les falta "el motivo de la Justicia" esencial para las reglas jurídicas, LUKES, *loc. cit.*, p. 476-477 y citados en nota 71.

ciente de la prepotencia económica había merecido ya la condena de la opinión pública. Su desconexión con el sistema de fuentes de Derecho del ordenamiento jurídico, convence a los tribunales de que no pueden dar valor de Derecho objetivo a las condiciones generales y de que habrán de aplicarlas como mero (posible) elemento integrativo de los contratos, sometidas, por tanto, a las leyes y al control judicial (40).

Este criterio, hoy dominante, no parece haber tenido dificultades para imponerse. La anterior desviación doctrinal, influyente en unos momentos de atonía científica alemana, apenas ofrecía la sombra de un argumento científico (41). Se dió mucha importancia a la forma de las condiciones generales, tan semejante a la de la ley (imperativa, articulada, general y abstracta); pero, aparte de que lo accidental no es causa de lo esencial (el hábito no hace al monje), con razón se observa que esas mismas notas se encuentran en contratos individuales; estatutos de una sociedad, reglas del contrato de suministro, por ejemplo (42). Más valor se le concedió entonces al proceder del Tribunal del Imperio, que entendió era de su competencia interpretar las condiciones generales, cuando éstas eran aplicables en un ámbito mayor al del distrito del tribunal de apelación. Para ello se partió de aquella supuesta analogía entre ley y condiciones generales (43) y, para justificar tal resultado, se insiste en una supuesta similitud basada en el ámbito de aplicación de una y otras, al exceder del de un distrito judicial (44). En la práctica, el Tribunal del Imperio no mantuvo sobre ello siquiera un criterio uniforme (45) y, doctrinalmente, su argumen-

(40) La opinión criticada supone ahora una gratuita ayuda a los grupos de presión que aún sigan con aspiraciones de "imperium", prestando una apariencia científica legitimadora, al apetito de mayor poder (de *S. M. el Empresario*, MROCK, p. 4).

Se ha dicho de modo inmejorable: "Llegar a atribuir a las condiciones impuestas por una sola empresa, por grande que sea su predominio y extenso el círculo de sus clientes, virtud y condición de fuente del Derecho, no parece, en modo alguno, admisible. Si inmenso es ya el poder, casi omnímodo, de las grandes empresas mercantiles e industriales, no incurramos los juristas en el error de cubrir con el manto del Derecho objetivo los posibles abusos del contratante más fuerte, no valoremos demasiado esas exigencias de la Economía con que se viene justificando hoy no pocas desviaciones". URÍA, *loc. cit.*, p. 234.

(41) Compárese el apartado que en las últimas ediciones le dedica LEHMANN: *Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 9.ª ed., 1955, págs. 25-27; también *Recht der Schuldverhältnisse (Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus)*, 1950, p. 111.

(42) HILDEBRANDT: *Das Recht*, p. 327; CARBONNIER, II, § 100, p. 343.

(43) Se aplica § 549, Z. P. O., que dice: "La casación sólo puede darse contra las sentencias que hayan infringido una ley del Imperio o una ley cuyo ámbito de aplicación se extienda más allá del distrito del tribunal de apelación."

(44) Usándose las frases, luego tan repetidas, de: "semejantes a las disposiciones legales"; "apenas se pueden considerar como puros convenios, sino que más bien representan la sumisión a un ordenamiento jurídico ya preestablecido".

(45) En otras resoluciones el Tribunal se ha planteado la cuestión no desde el punto de vista de la infracción de las condiciones generales, sino desde el de la infracción de las normas de interpretación. SCHÖNKE: *Derecho procesal civil* (trad. Prieto-Castro), 1950, p. 320. Comp. BOULANGER, II, § 459-460, p. 178-179.

tación es inoperante, supone una inversión de términos (46), pues se da por probada la semejanza substantiva, que es lo que previamente se hubiera debido demostrar (47). Esta doctrina jurisprudencial, por otra parte, ha llevado a resultados criticables (48).

En conclusión, parece resultar de todo lo dicho que, sociológica y jurídicamente carece de viabilidad la tesis de que las condiciones generales tienen naturaleza de nueva e independiente fuente del Derecho (49). Como ya vimos, en su misma patria de origen ha sido abandonada por inexacta, peligrosa e insatisfactoria.

## 2. *Las condiciones generales como usos mercantiles.*

Desechada la posibilidad de insertar, entre las tradicionales fuentes del Derecho, una nueva e independiente, deducida sin más de las aspiraciones de prepotencia de una clase y sin otros fundamentos que las ideas nebulosas de un Derecho autónomo de la Economía, se le ha buscado acomodo a las condiciones generales de los contratos entre los usos comerciales (50). Lo que se ha hecho, sea considerándolas como una forma de manifestarse los usos (51) o diciendo que "se asemejan al uso mercantil normativo", al uso en la fase que se ha llamado de "la objetivación generalizadora" (52).

No ha podido ocultarse a quienes consideran usos mercantiles las condiciones generales, la necesidad de contrastarlas con las notas pro-

(46) Encerrándose en un círculo vicioso: las condiciones generales son análogas a la ley, porque su indebida interpretación da lugar a la casación; la infracción de las condiciones generales es causa de recurso de casación por su analogía con la ley.

(47) No debe olvidarse, además, la corriente que defiende la facultad del Tribunal del Imperio para fijar la interpretación de los negocios jurídicos. DANZ: *La interpretación de los negocios jurídicos* (trad. Roces), 1931, p. 238 ss.

(48) Así, cuando entiende que para la interpretación hay que atenerse al significado típico y desatender las especiales circunstancias del caso particular.

(49) La teoría criticada supondría que el Estado se despojaba—o se resignaba al despojo—de una parte de su soberanía; que se permitía una nueva desigualdad político-social, por la que la condición prepotente de los empresarios reducía al vasallaje a los demás ciudadanos. De otro lado, supone la colaboración activa del Estado, al que se le pide que, a tales efectos, ponga al servicio de aquéllos su aparato de coacción. La posibilidad de represalias y de una propia organización coactiva propia, de las asociaciones de empresarios, no ha sido planteada.

(50) No se ha defendido abiertamente, parece, que constituyan una costumbre de carácter independiente (Derecho consuetudinario en sentido estricto). Ello se explica por faltarles los requisitos propios de la costumbre. El uso, en cambio, no los precisa, porque basta la remisión hecha en su favor por la ley. Comp. NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 1, p. 167.

Entre los autores modernos, sin embargo, se da al uso normativo el significado que corresponde al Derecho consuetudinario o costumbre independiente.

(51) LEHMANN, *loc. cit.*, p. 26; BLOMEYER, *loc. cit.*, p. 87; LUITILEN, p. 41 y ss., los allí citados; GONZÁLEZ ORDÓÑEZ: *Fundamentos de Derecho mercantil*, I, p. 50.

(52) GARRIGUES: *Tratado*, I, p. 170; *Contratos bancarios*, págs. 24-25; LANGLE: *Manual de Derecho mercantil español*, I, 1950, p. 255.

pias de la costumbre y de los usos. Precisamente, don Felipe Clemente de Diego, a quien me he referido ya al comenzar este discurso, en un célebre dictamen sobre la cláusula de cuenta corriente de efectos, usada por parte de la Banca de Cataluña, había dicho: "El proceso consuetudinario es harto complejo para que se pueda, sin más ni más, es decir, sin hondo y detenido análisis, dar por establecida y legítima una costumbre, siquiera sea local o regional. En efecto, implica aquel proceso productivo de la costumbre, fuente del Derecho, dos cuestiones capitales: su existencia y legitimidad, tan ligadas entre sí que suelen confundirse y apenas pueden distinguirse; y bien que la existencia sea materia de constatación y prueba, al fin eso presupone que lo que se constata y prueba fehacientemente sea una costumbre propiamente dicha y no simplemente un uso social o convencional, que exige sometimiento expreso o tácito de los interesados y carece de la fuerza vinculante imperativa de aquélla. La costumbre revela, por su propia naturaleza, una convicción jurídica manifestada en hechos más o menos reiterados, expresión del más común sentir de la generalidad en casos de Derecho, y su precipitado es una norma jurídica que se sobrepone a las voluntades particulares como la ley misma." Aplicando este criterio, el mismo maestro rechaza que la práctica bancaria referida pueda estimarse uso normativo, porque es dudoso que ella responda "al sentir jurídico de la región o sólo de una minoría, que no puede imponer la ley a los demás, sino es más bien expresión unilateral de la voluntad de una de las partes contratantes, la de los banqueros, en contradicción con la voluntad y sentir de los clientes, metidos en tal operación por desconocimiento de sus efectos o sin conocer su trascendencia", y porque "aun dando por supuestas y despejadas estas dudas en sentido afirmativo, abrigamos la convicción, que creemos fundada, de que tal práctica no es buena ni justa, y no tiene, por tanto, condiciones de viabilidad" (52 bis). Respecto de los usos, se afirma autorizadamente por otros autores que son de nacimiento anónimo, de aplicación espontánea y limitados al ámbito social que los crea (53).

¿Cómo, entonces, se ha podido considerar que las condiciones generales son usos comerciales?

Las características de unas y otros son precisamente antagónicas. Elaboradas las condiciones por especialistas, en las asesorías de las grandes empresas, son impuestas a los clientes, que las ignoran primero y las soportan después, obligados a ello por la desigualdad económica.

La explicación de que nazca la dirección teórica criticada puede encontrarse en que la dificultad que se acaba de señalar había quedado

(52 bis) DE DIEGO: *Dictámenes jurídicos*, 1958, II, págs. 613-614.

También se señala la dificultad y lo singular del supuesto de que unas condiciones generales lleguen a convertirse en uso comercial. MROCH, pág. 8.

(53) MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, I, 1952, páginas 18-19. El § 346 H.G.B. se remite al uso entre comerciantes. También NIPPERDEY, I, 2, p. 693, núm. 19. Sobre Derecho consuetudinario puede compararse lo dicho en *Derecho civil de España*, 1955, I, p. 404 y ss.

oculta. La antigua doctrina mercantilista se despreocupó de los usos extracontractuales —los más típicamente normativos— para atender a los convencionales, como si fueran éstos los únicos usos mercantiles. Sobre tal base, fijada la atención en el proceso que lleva de la cláusula de estilo o habitual al uso interpretativo, se ha podido pensar modernamente en la posibilidad de una nueva etapa, en la que aquélla se convierte en uso normativo. De ese modo y manera, se llega a la creencia de una evolución, que se formulará en forma de ley histórico-sociológica. Nacido en el seno de la contratación se dice, el uso tiende a convertirse en norma objetiva, hay un fenómeno de transformación de la cláusula contractual en norma contractual. En una primera fase, ciertas cláusulas se han convertido en usuales, en especial por la contratación en masa de las grandes empresas. En una segunda fase, la cláusula, por ser tan repetida, se sobreentiende y deviene cláusula de estilo. En la tercera y última fase, la cláusula típica se aísla de la voluntad de las partes y se traduce en norma objetiva del Derecho (54).

Esta reconstrucción del proceso genético de los usos mercantiles puede ser utilizada como hipótesis de trabajo. No como tesis ya comprobada. La Historia no parece darle su aval (55). Deja sin explicar

(54) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 147-148.

(55) No se aducen pruebas del paso, desde la utilización de las cláusulas más ordinarias como uso interpretativo, a la conversión en uso normativo. No se sabe cuándo y cómo ello ocurriese, ni antes ni después de la Codificación. Los Códigos mercantiles, siguiendo la doctrina científica dominante en su época, dieron eficacia jurídica a los usos respecto a la contratación, pero sólo a los convencionales y no a los normativos. Después, se impide el nacimiento de usos normativos para el contenido de los contratos (especialmente sobre las cláusulas de exoneración y similares, que son las que aquí más importan) por la preferencia dada al Derecho codificado (preceptos de Derecho positivo) sobre los usos. La misma situación se encuentra en el Derecho inglés. "Toda costumbre en Inglaterra, se nos dice, se inclina ante los términos expresos de una ley, y esto es también nuestra costumbre." WORTLEY: *Mercantile usage and custom*, Zaus i. P. R. 24 (1959), 259.

Otra dificultad no superada—a la que también se aludirá después—se encuentra en la conversión de las condiciones generales en uso convencional: pues su propia naturaleza (en cuanto portadoras de cláusulas vejatorias) lo impedirá: no puede presumirse respecto de ellas el consentimiento del cliente.

Quizá parte de la confusión que existe en esta materia, resulte de olvidar los cambios experimentados por el Derecho mercantil y no distinguir con cuidado sus distintas épocas. Este Derecho nace de las costumbres y usos de los mercaderes, como regulación de su vida gremial o profesional. La Codificación, que pondrá término a los fueros especiales, acaba con la autonomía corporativa de los comerciantes. Los Códigos convierten en ley ciertos usos normativos y se remiten a ellos en los puntos concretos en que resulta práctico dejar su regulación al uso local. Respecto a la contratación, se afirma el principio de la libertad de contratar, que lleva a excluir los usos normativos sobre los contratos. Se admiten los usos interpretativos por no ser ellos Derecho objetivo, por considerarse expresión tácita—implícitamente aceptada—de la concorde voluntad de las partes. Hoy, desaparecida la jurisdicción mercantil, arrumbada la estructura profesional independiente del comercio, regulado éste de modo creciente por la ley y aumentando en importancia la relación de los industriales con su clientela en la misma proporción en que ha disminuído la de las relaciones

el salto de lo convencional a lo normativo. Una cláusula de estilo puede suprimirse o modificarse. La cláusula presunta depende de la voluntad tácita de los contratantes. Para que se produzca el cambio radical de naturaleza que la haga obligatoria, desentendiéndose de la voluntad de las partes, se requieren unos nuevos factores, distintos, no en cantidad, sino en calidad. Metamorfosis que, en las condiciones generales, significa elevarlas a la categoría de Derecho imperativo contractual (tal y como el que existe para el matrimonio); se puede o no concertar la venta, mas perfeccionada ésta, se nos dice que se aplicarán necesariamente las condiciones generales (inderogables por definición).

Dejando constancia de que los razonamientos antes recordados no bastan para salvar la dificultad que encuentra la doctrina, al intentar incluir las condiciones generales dentro de los usos, pues sólo se le aleja y difumina, parece llegado el momento de salir —por ahora al menos— de estos laberintos teóricos, en los que la doctrina mercantilista nos ha metido, y de ocuparse del significado práctico que tiene el considerar las condiciones generales como usos comerciales.

Para claridad de la exposición, de la que tan necesitada está esta materia, en la que las complicaciones parecen multiplicarse sin cesar, nada servirá mejor a este fin que tener presentes un par de casos, tomados de la práctica.

Entre las condiciones generales de venta establecidas por una casa inglesa de construcción de máquinas agrícolas, se inserta una cláusula diciendo: "Se excluye al respecto toda responsabilidad, garantía, legal o implícita, de esta Casa". El comprador de una trilladora se encuentra con que ha recibido una máquina inservible (56).

Una firma dedicada a la venta al por mayor de huevos, ha redactado las condiciones generales para sus operaciones, incluyendo una cláusula del siguiente tenor: "Las reclamaciones por defectos sólo se admitirán cuando el envío esté todavía en su envase original, con la única excepción del 10 por 100 destinado a prueba. En cuanto se haya comenzado un envío se entiende haber sido aprobado y aceptado". Un comerciante al por menor adquiere veinte cajas (de cien huevos cada una) para la reventa, y vende en seguida cinco cajas a varios clientes;

---

específicas entre comerciantes, no hay razón para entender que los usos hayan salido de la situación secundaria en la que les colocaran los Códigos mercantiles.

Lo dicho contradice una concepción romántica del Derecho mercantil muy arraigada entre los tratadistas y que lleva a afirmaciones frente a las que caben las antes señaladas reservas. Se ha dicho: "Según estos autores (mercantilistas franceses del siglo pasado), el uso es la gran ley, y así podría decirse la única ley del comercio que prevalece no sólo sobre el Derecho civil, sino también sobre el Derecho mercantil cuando el uso es muy antiguo y perseverante. Esta es la concepción que recogieron los Códigos de Comercio del pasado siglo, y entre ellos el Código español vigente". GARRIGUES, I, I, págs. 144-145.

Sobre la Historia del Derecho mercantil español, RUBIO: *Sáinz de Andino y la Codificación mercantil*, 1950, pág. 77 y ss., p. 105.

(56) Caso *L'Estrange*, v. GRANCOB (1934); MELVILLE: *The core of a contract*. *The mod. L. R.* 19, 1.º (1956), p. 26.

al protestar éstos, se descubre que el resto de los huevos están dañados o podridos (57).

En el caso de que las cláusulas transcritas estuviesen consignadas en los contratos firmados por los vendedores, no habría por qué traer a colación los usos; formarían ellas parte del contenido del contrato y la cuestión que suscitan, límites de la autonomía de la voluntad, requiere y será objeto de especial y posterior estudio. La revaloración de las cláusulas generales como usos importa en los casos en que los compradores no las firmaron o aprobaron, porque se trató sólo sobre cantidad, clase y precio de la mercancía. En este supuesto, los compradores se han de preguntar: ¿podemos ejercitar las acciones que nos conceden las normas legales, a causa del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de los vendedores? Si consultan a sus abogados, éstos habrán, a su vez, de preguntarse previamente: ¿podrán ejercitarlas, si las cláusulas mencionadas hubiesen logrado valor de uso mercantil?

La magnitud del problema que así se presenta no se percibe al plantearse de modo abstracto, como en general se ha hecho. Para apreciarla en todo su volumen habría que atender a cada una de sus variadas posibilidades concretas.

La primera interrogante que nos sale al paso es la siguiente: ¿existe o puede nacer un uso mercantil, conforme al cual las condiciones generales, todas y cualesquiera, se impongan como obligatorias al posible cliente, por el solo hecho de esa su naturaleza de condiciones generales? La respuesta afirmativa entrañaría consecuencias de extremada gravedad. Supondría haberse entregado a los empresarios un poder que excedería de los que antes tuvieran los grupos autónomos, pues las normas que cada empresario dictase se impondrían a personas extrañas a su clase o grupo. Poder que difícilmente podría otorgar un uso comercial, pues afectaría su concesión al Derecho público, a las reglas constitutivas del ordenamiento jurídico.

Menos inaceptable parecería dicha respuesta si se entendiese el uso referido a una serie indeterminada de empresarios, los de una rama en su totalidad o mayoría; es decir, cuando ellos utilizan unas mismas condiciones generales de modo uniforme o continuado. Este supuesto exige preguntarse si, para el nacimiento del uso, se ha de tener en cuenta la voluntad de la clientela, la valoración que ésta da a su propia conducta. No es lo mismo sometimiento que aquiescencia. En los ejemplos antes utilizados, no es tampoco igual que los compradores no protesten (por saberlo inútil), al conocer la existencia de las condiciones generales (o incluso que las firmen sin exteriorizar su desagrado), que el que llegado el momento crítico de recibir la máquina que no funciona o los huevos incomedibles, la reclamación se estime ineficaz, a causa de lo corriente de dicha cláusula de exoneración. Para que el uso normativo pueda entenderse consolidado se requiere, primero, que las empresas no atiendan las peticiones de los compradores, alegando

---

(57) LUTHLEN, *loc cit.*, p. 59.

la vigencia de las cláusulas, después que las acciones de estos últimos ante los tribunales sean repetidamente rechazadas; de modo que el proceder de la administración de justicia sea tal, que convenza de que las condiciones generales se consideran como normas impuestas por un uso firme y lícito, que no necesitan para su eficacia de la aceptación de los compradores perjudicados.

En fin, habría que considerar el supuesto de las condiciones generales establecidas por un solo empresario. Parece entonces muy difícil imaginar la manera y los medios adecuados para conseguir su potenciación hasta convertirlas en uso mercantil. Cabe pensar que se llegará a formar sobre ellas un uso de los llamados individuales, es decir, respecto de cada cliente, limitado a aquel que, en anteriores negocios, se sometiera continuadamente a dichas condiciones. No, en cambio, un uso que se haya creado y pueda referirse a la generalidad de la clientela; por ejemplo, también al que por primera vez adquiere una máquina o unas cajas de huevos, desconociendo la existencia de las condiciones.

La aplicación de la doctrina del uso, tan enredada, se puede simplificar, si se mantienen bien separados los dos tipos de usos, los normativos y los convencionales o interpretativos (58). Ello permitirá entender mejor la regulación de nuestro Derecho positivo.

En nuestros tan utilizados ejemplos, la situación jurídica de los compradores será muy distinta, si se entiende que las cláusulas discutidas están amparadas por un uso normativo o por un uso interpretativo. El uso normativo impondría las cláusulas de exoneración como si se tratase de un mandato legal; los compradores, por tanto, quedan obligados por ellas, aunque hubiesen ignorado su existencia, aunque toda su conducta haga pensar que no fueron tomadas en cuenta y que, de conocerlas, se hubieran negado a aceptarlas. En cambio, con el uso interpretativo estamos ya fuera del Derecho objetivo; sirve el uso de elemento de hecho para averiguar o integrar la probable voluntad contractual; los compradores podrán oponerse eficazmente a la aplicación de las cláusulas, alegando desconocerlas o no haberlas consentido; para lo que bastará, p. ej., señalar la falta de general publicidad de las condiciones generales, la conducta de uno o ambos contratantes, coetánea o posterior al contrato (art. 1.282 C. c.), entender que se trata de una carga tan onerosa para el comprador, que no se puede presumir la aceptación (art. 1.253 C. c.) y tan anómala como contraria a la natural reciprocidad de intereses (art. 1.289 C. c.).

Ciertos autores, dentro y fuera de España, han creído poder prescindir de la referida distinción entre los usos. Lo que les lleva, en el

---

(58) Más exacto sería decir: usos a los que se atribuye una función reguladora o una función interpretativa. *Derecho civil de España, loc. cit.*, páginas 431-435; también GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 163. LANGLE denomina, además, "legislativos" a los normativos, *loc. cit.*, I, p. 245.

fondo, a eliminar una de las funciones de los usos, la normativa (59) o la interpretativa (60). En la doctrina que ahora importa considerar se ha defendido con brillantez la falta de sustantividad de los usos interpretativos y la conveniencia de prescindir de ellos. Esta afirmación, a pesar de su aspecto meramente teórico, interesa y no poco a nuestros compradores. Si las cláusulas generales son usos y todos los usos mercantiles son normativos, nada podrían reclamar contra los vendedores, a pesar de que no conocieran las cláusulas o aunque, de cualquier modo, hubiesen mostrado su disconformidad con ellas.

Se ha dicho: "Los llamados usos *convencionales* o *interpretativos* no son cosa distinta del uso *legal* o *normativo*, sino tan sólo la forma inicial de éste, su germen. Y si al botánico le es fácil distinguir el germen de la planta adulta, al juriconsulto no es tan fácil separar dos manifestaciones del mismo uso, que en definitiva se diferencian sólo por el grado de su antigüedad y por el de su difusión en el público. Resulta, en efecto, sumamente difícil en cada caso la investigación psicológica necesaria para puntualizar si los interesados conocían el uso y lo han aceptado realmente como *pars contractus* por tratarse de un uso convencional, o si al pactar el contrato estaban convencidos de la juridicidad de un determinado uso normativo. Por ello es más acertada la posición de quienes estiman que el uso es siempre norma legal y que no es diversa la función del uso cuando aclara un pacto ambiguo que cuando integra cláusulas o consecuencias no previstas" (61).

Topamos de nuevo con el método de la evolución sociológica, que ya vimos empleado atribuyendo a las condiciones generales la naturaleza de uso. La propuesta eliminación del tipo de uso convencional vendría a elevar inmediatamente las condiciones generales al rango de uso normativo. Mas el traslado de los métodos de las ciencias naturales al Derecho, corriente desde la obra genial de Jehring, viene dando malos resultados. Los naturalistas, por su parte, han podido sentirse agraviados por la manera descuidada con que los empleamos. Pensemos, para aclarar lo dicho, que nuestros compradores, alertados por la referencia al botánico, acuden a un naturalista y le consultan sobre el texto que se acaba de citar. Les dirá: nosotros no negamos la distinción entre gusano y mariposa, porque haya gusanos que son larva o fase primaria del lepidóptero, pues hay gusanos que nunca llegan a ser mariposas; tampoco se niega la existencia de los monos, porque se

(59) Así la mayoría de los autores franceses y buen número de suizos y anglosajones.

(60) Los autores después citados. En la doctrina alemana, italiana y austríaca se distinguen y admiten ambos tipos de usos. En España, URÍA, *loc. cit.*, p. 16.

(61) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, págs. 153-154. Comp. LANGLE, I, p. 245. MOSSA (ídem, p. 125 y ss.), seguido por MARZILI, propone abandonar la distinción, que se desvanece hasta perderse, con la actual concepción de los tipos de normas de Derecho, concluyendo que sería en beneficio de la pureza de la línea y de la seguridad de la práctica. *Loc. cit.*, p. 132.

Comp. BETTI: *Teoría general del negocio jurídico* (trad. Martín Pérez), s. f., p. 81 y ss.

crea que el hombre desciende del mono. Sea la que fuere la opinión sobre esa aventurada hipótesis de la evolución, no se le puede hacer decir lo que ella no dice. Y el naturalista podrá contestar, que como hay gusanos que no son larvas de mariposas habrá usos convencionales que no lleguen a normativos y usos normativos que nunca fueron —ni pudieron ser— convencionales. Y los gusanos mientras sean gusanos, los monos mientras no sean hombres y los usos convencionales hasta que no dejen de ser tales, habrán de ser tratados conforme a su actual naturaleza, es decir, con mera función interpretativa (62).

Después de estas divagaciones metodológicas, parece llegado el momento de bajar de la esfera dogmática al terreno más llano, y conocido mejor, del Derecho positivo. De entrada ya, podemos sentar como postulado previo y que no requiere demostración que: si es verdad —como hemos visto que se ha pretendido— que las condiciones generales se estiman como normas obligatorias, como Derecho objetivo, en tanto en cuanto tienen naturaleza de usos comerciales o semejante a la de estos usos, la eficacia de las condiciones dependerá directa o analógicamente de lo dispuesto en el Código de comercio sobre los usos comerciales. Su alcance no será entonces menor, pero tampoco mayor que aquel que el tal texto legal atribuye a los usos mercantiles.

Desbrozado así el camino de prejuicios teóricos, no resultará difícil contestar a los defraudados compradores, si ellos nos consultasen ahora sobre la eficacia que los tribunales darían a una práctica usual, favorable a la aplicación de las condiciones generales.

La ley mercantil dispone que los actos de comercio (63) estarán regidos por lo mandado en el Código, "en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común" (art. 2). La doctrina mercantil, con buenas y convincentes razones, entiende que la referencia a los usos comprende los interpretativos y los normativos (64). Ello permite la pregunta: ¿podrían, conforme a este precepto, alcanzar valor de usos normativos las referidas cláusulas de exoneración de responsabilidad?

La respuesta ha de ser favorable a los compradores. Las cláusulas de exoneración serían inaplicables, porque únicamente se permite acudir a los usos del comercio en *defecto* del Derecho codificado. Por esta razón, no cabe hablar siquiera de usos normativos, en cuanto se opongan, como aquí se oponen, a su nacimiento unos preceptos legales ya existentes, sean ellos imperativos o dispositivos. Los usos no pueden desplazar las normas dispositivas mercantiles. Por ello, conforme a la jurisprudencia, los compradores habrían de probar, ante todo, la

(62) Comp. GARRIGUES: *Curso*, I, p. 109.

(63) La distinción entre actos mercantiles y civiles suscita una cuestión previa: la del carácter de la compraventa celebrada entre un comerciante y un no comerciante. Si, como he sostenido (*Derecho civil de España*, I, p. 309, nota 3), tiene carácter civil, quedará sometido a las reglas del Derecho civil y no se podrán invocar las especiales del Código de Comercio y tampoco las del pretendido Derecho autónomo mercantil, ni las del Derecho de la economía.

(64) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 165; *Curso*, I, p. 111; LANGLE, I, p. 249.

falta de reglas legales para poder invocar la aplicación de los usos normativos (65). Por tanto, el empleo habitual de las condiciones no será obstáculo para que los compradores ejerciten las acciones que las leyes les conceden contra los vendedores que no cumplen debidamente.

El artículo 2.º del Código de comercio relega las reglas del Derecho común al último puesto de la jerarquía normativa. Mas ello no significa que también ocurra lo mismo respecto a los contratos mercantiles y que los usos normativos se apliquen aquí también con preferencia a las normas civiles. El mismo artículo 2.º advierte que hay que atender en primer lugar a las reglas que el Código de comercio haya establecido, respecto de cada materia o institución. Hay que acudir, por tanto, a las disposiciones generales sobre los contratos de comercio. Allí se dice que los contratos mercantiles se regirán, en lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común (art. 50). Remisión a este Derecho, hoy referible al Código civil, que coloca a los usos en general (sin limitación local) después de la ley, en el puesto de fuente subsidiaria de primer grado; quedando así, fuera de la enumeración, los usos observados en cada plaza (66). Este resultado no contradice el criterio general del artículo 2.º del Código de comercio, de aplicación preferente de los usos respecto al Derecho común, sino que lo concreta en lo referente a la contratación, limitando así, de hecho, la remisión a los usos convencionales, y excluyendo de ella a los normativos. Es la interpretación que corresponde a la intención declarada del legislador y al sistema del Código de comercio. Demostrarlo no parece difícil. Bastarán para ello, espero, unas breves consideraciones.

En la poca de la elaboración de este Código preocupa, de modo casi obsesional, la idea de la libertad de la contratación; ésta se quiere exenta de trabas, tanto legales como consuetudinarias. La referencia a las costumbres se hace desde el primer momento—ya en 1869—precisando que se trata de “las aceptadas libremente al contratar” (67). En la Exposición de Motivos se insiste, diciendo: “Pero el Ministro que suscribe debe manifestar, para evitar toda falsa interpretación, que los usos de comercio se admiten por el Proyecto, no como Derecho consuetudinario, sino como reglas para resolver los diversos casos particulares que ocurran, ya ampliando las cláusulas insertas generalmente en los actos mercantiles, ya fijando el sentido de las palabras oscuras, concisas y poco exactas que suelen emplear los comerciantes, ya final-

(65) S. T. S. 20 junio 1899, 2 abril 1925, 30 abril 1928, 20 febrero 1929, 15 enero 1931.

(66) Regla de buen criterio. Mientras que para los actos de ejecución, cumplimiento y responsabilidad extracontractual resulta adecuada la remisión a los usos locales, para la contratación en la que son frecuentes los contratos de plaza a plaza, se hace necesaria una referencia indeterminada a los usos (art. 57 C. de c.), como hace el Derecho común (art. 1.257 C. c.).

(67) Exposición del D. de 20 septiembre 1869, fijando las bases para la redacción del Proyecto de Código de Comercio.

mente, para dar al acto o contrato de que se trata el efecto que naturalmente debe tener, según la intención presunta de las partes”.

Criterio que se refleja bien claramente en el artículo 59 del Código de comercio, en el que la remisión al artículo 2.º, única en el título IV, se limita al supuesto de dudas en la interpretación del contrato, es decir, a los usos convencionales (68).

De todo lo dicho puede concluirse afirmando que las cláusulas de exoneración de responsabilidad de los vendedores, tantas veces mencionadas, podrían ser estimadas eficaces como usuales, mas en tanto y cuanto resultase aplicable el uso como declarativo o integrativo de la voluntad de las partes. Lo que parece tan difícil, que pudiera calificarse de imposible prácticamente.

En efecto, la presunción interpretativa de la voluntad, en que consiste la función de los usos convencionales, se refiere a la concordancia de voluntades creadora del contrato, a que los contratantes —uno y otro— estaban de acuerdo sobre que las dichas cláusulas habían de formar parte del contenido de la compraventa.

No parece posible que se les considere sin más comprendidas entre las consecuencias propias del contrato. La referencia hecha por la ley a los usos está limitada a las que se deriven de la naturaleza del contrato y a las que imponga la buena fe (art. 1.258 C. c.); es decir, requiere entender sus términos en el sentido usual y sin restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones (artículo 57 C. de c.) (69).

En el supuesto, más verosímil, de pretenderse aplicar el uso con función integrativa de la voluntad, o sea para suplir en los contratos la omisión de las cláusulas que de ordinario suelen establecerse (ar-

(68) El Código de 1829 disponía que cuando haya necesidad de interpretar las cláusulas del contrato se atenderá al “uso común y práctica observada generalmente en los casos de igual naturaleza” (art. 249, 3.º). No se permite recurrir al uso para la interpretación integrativa (“se presume que las partes quisieron”) más que en último extremo, cuando falte “cláusula de absoluta necesidad” (art. 250; véase en nota 70).

El art. 62 del vigente Código no menciona a los usos, como tampoco lo hiciera el art. 260 del Código de 1829.

El desacuerdo advertido entre la Exposición de Motivos y el art. 2.º del Código se explica y justifica, como se ha indicado, porque el legislador se preocupaba por la libertad de la contratación y quería advertir que, a pesar de dicho artículo no se admitían los usos normativos para los contratos. La posibilidad de que sus palabras se entendiesen como excluyendo en otras materias a los usos normativos, no tenía por qué preocuparle, ya que se había procurado hacer, en cada una de ellas, referencia especial a los usos.

De hecho, la doctrina ha tenido que colocar a las condiciones generales fuera del ámbito del art. 2.º, pues no se les da rango preferente al Derecho común, sino que se les entiende sometidas a las normas del Derecho civil (conforme al art. 50). Así, al art. 1.102 C. c., comp. GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 24.

(69) Estas cláusulas contradicen, más bien, la naturaleza de los contratos, tal y como se entiende en la ley.

título 1.287 C. c.), habrían de darse dos condiciones: una, probar que el uso se practica como tal en la plaza o lugar de celebración o ejecución del contrato (70); otra, que no resultase extraño a la probable voluntad concorde de las partes. Este último requisito significa que cada comprador podría oponerse a la aplicación del uso, alegando que no cabe presumir, según las reglas del criterio humano (art. 1.253), que ambos contratantes (también el comprador) quisieran insertar en su contrato las cláusulas de exoneración, por ser tal inferencia contraria a la lógica de los negocios y porque implicaría romper la reciprocidad de intereses propia del contrato (art. 1.289 C. c.) (71).

Todavía ha de tenerse en cuenta que se nos advierte, y por quien conoce bien la práctica, que la Banca española no se preocupa de publicar sus condiciones generales, para que a ellas se atengan sus clientes, sino que más precavidamente las hace firmar a los contratantes con cada contrato (72). Si lo mismo ocurre, como es probable que así sea, en los diferentes ramos de la industria, la importancia de la cuestión sobre el valor consuetudinario de las condiciones y su significado como uso se reduce mucho. Pues todavía faltaría y habría que esperar se diesen en la práctica los pasos decisivos que significan el que una cláusula, de estar siendo soportada, se convierta en cláusula de estilo y el que se haga de tal modo corriente que, al fin, se entienda tácitamente incluida, sin necesidad de insertarla en el contrato.

De este modo, la envergadura de nuestro problema, impresionante al principio, queda tan disminuída que se le niega toda importancia práctica actual.

¿Por qué, entonces, el interés de la doctrina en esta cuestión y por qué se le ha dedicado aquí este tiempo a su estudio? Uno y otro porqué se pueden contestar indicando que la importancia de negar el carácter de fuente de Derecho objetivo a las condiciones generales estriba en ser antecedente necesario para enfocar debidamente la cuestión central que plantean dichas condiciones: la de saber si es factible, y en qué

(70) La frase uso o costumbre del país (art. 1.287 C. c.) hay que entenderla en el sentido de "costumbre de la tierra" (art. 1.919, núm. 5.º del Proyecto de C. c. de 1851); GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, III, p. 56, "costumbre local"; MUCIUS SCAEVOLE, XX, p. 851, "uso del lugar"; MANRESA, VIII, p. 679.

El art. 250 del C. de c. de 1829 dice: "Omitiéndose en la redacción de un contrato cláusulas de absoluta necesidad para llevar a efecto lo contratado, se presume que las partes quisieron sujetarse a lo que en casos de igual especie se practicase en el punto donde el contrato debía recibir ejecución, y en este sentido se procederá, si los interesados no se acomodaren a explicar su voluntad de común acuerdo".

(71) Se señala también que todavía en el comercio son estadísticamente más numerosos los contratos en los que no se contienen cláusulas de exclusión o limitación de los derechos del comprador. ANGELONI, *loc. cit.*, p. 809.

Sobre la carga de la prueba, MÖLLER, p. 39. La jurisprudencia del T. S. la impone en todo caso a quien alega la existencia del uso: S. 26 junio 1899, 29 diciembre 1924, 25 febrero 1925, 14 enero 1928, 30 abril 1928, 30 enero 1930, 15 enero 1931, 3 enero 1933, 21 enero 1958.

(72) GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 25.

casos, impugnarlas como ineficaces, cuando han sido firmadas por los clientes. Roto el prejuicio del carácter normativo de las condiciones generales, no se podrá esgrimir el argumento que, de modo más o menos abierto y consciente, se ha venido interfiriendo y ha dificultado así una correcta solución. Si no se supera previamente, parecerá lo más natural y lógico apartar sin más reflexión, como algo absurdo, cualquier tentativa de señalar límites a la eficacia de las condiciones generales aceptadas o firmadas por los clientes y la de someterlas, en su consecuencia, al control judicial, pues, ¿en qué basar esos límites, si las mismas condiciones generales alcanzan o pueden lograr la categoría de normas de Derecho objetivo?

### 3. *Las condiciones generales como Derecho natural.*

Todavía cabe recordar otra teoría que, amalgamando las anteriores, ha pretendido reforzar la concepción de las cláusulas generales de los contratos como Derecho objetivo, acudiendo para ello al Derecho natural. Se reconoce por sus seguidores que no es fácil demostrar cómo personas y entes diversos del Estado pueden, sin explícita delegación de éste, emanar normas jurídicas, pero, se añade, que esa dificultad se desvanece si apartándose de una concepción positivista del Derecho se considera la verdadera esencia del Derecho mercantil, que —se agrega— está apoyado con sólidas bases en el Derecho natural. En el Derecho mercantil, la ley escrita tiene mera función de dirección y guía, siendo sus fuentes principales el uso y la costumbre. El uso emergió libremente de la autonomía de la sociedad y de los grupos. Los grandes empresarios y las coaliciones económicas ordenan sus relaciones de manera autónoma e independiente. Las condiciones generales que ellos originan, en cuanto alcanzan validez como ordenamiento de un determinado círculo económico que les da su sanción, devienen verdaderas y propias normas jurídicas. Al Estado no le queda más que aceptar el estado de hecho y concederles su propia garantía (73).

No merecería esta opinión que se la mencionase, si fuese sólo, como a primera vista parece, una pintoresca reminiscencia (74) de una trasnochada y perniciosa concepción del Derecho natural (75). Interesa recogerla porque manifiesta también el ansia de los juristas de encontrar un fundamento jurídico con el que se pueda encontrar remedio a la necesidad sentida de someter al contraste judicial las cláusulas de

---

(73) MARZILI, *loc. cit.*, p. 130, siguiendo a MOSSA (*Nuevo Trattato*, página 101 y ss.).

(74) La concepción individualista del Derecho natural llevó a algún mercantilista a rechazar las leyes estatales para el comercio y dejarlo bajo el imperio del contrato y éste bajo el del Derecho natural. DELAMARRE, LEPOTVIN, cita de GARRIGUES: *Tratado*, I, 144, n. 4.

(75) Determina la desgraciada reacción contra la doctrina del Derecho natural y la instintiva desconfianza, todavía persistente, de los profesionales del Derecho frente a su alegación.

exoneración incluídas en las condiciones generales firmadas por los clientes.

Dando por ciertos los prejuicios o moda dominante en la época (la llamada concepción jurídico-sociológica del Derecho y el dogma de la "incommovible" autonomía de la voluntad), se piensa que se podría conseguir esa fundamentación científica al deseado control judicial respecto todas las condiciones generales, ennobleciéndolas a ellas en su origen, elevándolas a la categoría de fuentes del Derecho. Se dice que este control se facilita así, pues por ser tales fuentes "deben responder, por ello mismo, a principios de Justicia". El juez habrá, por tanto, de controlar la justicia de usos y condiciones generales, investigar si contienen un mínimo de conciliación de intereses que permita también su conciliación con las ideas dominantes de Justicia; si no contienen ese mínimo de justicia, si aparecen como imposiciones dictadas por una categoría de personas sobre otras, entonces el juez deberá negarles eficacia (76).

Esta teoría viene de ese modo y manera a coincidir en sus resultados con la tradicional y sana doctrina que niega carácter jurídico a la costumbre "mala e irracional" y que, así, también permite a la judicatura rechazar la nacida de la opresión y la de contenido injusto (77). Desgraciadamente, su formulación desorbitada le roba la posibilidad de influir en la doctrina. No es fácil, ciertamente, imaginar que es lo que se hace o puede hacerse para que el Derecho natural legitime como norma al apetito de prepotencia individual o clasista de los empresarios y para que se le transforme en fuente del Derecho positivo. Justifica haber recogido aquí dicha teoría, no sólo lo significativo de la noble inquietud que la origina, que no se satisface hasta haber colocado el rótulo de frágil a las condiciones generales pactadas, sino porque nos muestra muy claramente la antes señalada conexión entre la cuestión estudiada, el pretendido valor de Derecho positivo, y la que será objeto del siguiente apartado de este trabajo.

---

(76) Continúa diciendo: deberá el juez ver si las condiciones no son contrarias al orden público y buenas costumbres, si han sido libremente aceptados, si responden a la particular naturaleza y estructura de la que emanan, si son necesarias a su específica actividad, si son lógica consecuencia de la misma, si no son contrarias a la vida y dirección económica de la nación. MARZILLI, *loc. cit.*, p. 134, 137, siguiendo en general a MOSSA: *Nuovo Trattato*, p. 136; *Usi commerciali*, *Ri Dir. Comm.*, 1922, p. 527. Comp. HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 6 y 7; MROCH, p. 5. Sin referencia al Derecho natural, BOEHRER dice que admitiendo que las condiciones generales sean "producto autónomo de la Economía", habrán de estar sometidas a límites más severos que los contratos individuales, porque "quien establece Derecho tiene respecto la comunidad la responsabilidad del legislador" (*Einführung in das bürgerliche Recht*, 1954, § 26, p. 195).

(77) Citas en Derecho civil de España (p. 438 y ss., p. 433). En el Derecho inglés se excluye la costumbre "unreasonable" o "unfair". WORTLEY, *loc. cit.*, p. 260, 265, 268.

## IV. LAS CONDICIONES GENERALES COMO CONTENIDO DEL CONTRATO

## I. Planteamiento de la cuestión.

Las teorías y argumentaciones hasta ahora examinadas han venido a desviar o distraer la atención de la cuestión que más interesa prácticamente. Volvamos al ejemplo de nuestros un tanto olvidados compradores. Sus dificultades nacieron en realidad de haber firmado, como unidas al contrato de venta, las condiciones generales que incluían las referidas cláusulas de exoneración. ¿Quedan obligados por su firma? ¿Se han despojado de las acciones que les conceden las leyes y nada podrán hacer frente a los vendedores, aunque la trilladora no sirva más que para chatarra y haya que tirar a la basura las cajas de huevos?

La doctrina hace mucho que advirtió la anomalía de los contratos de adhesión y los peligros que ellos entrañan (78). Modernamente, el empleo de las cláusulas generales se ha extendido de manera extraordinaria y la importancia del problema aumenta de modo continuo y hasta progresivamente acelerado. Las cláusulas generales se articulan en forma de Códigos de también creciente volumen y complicación. Las asesorías de las grandes empresas aguzan su ingenio para descargar a sus Casas de cualquier responsabilidad, a la vez que procuran encadenar al cliente de modo y forma que la voluntad del empresario sea soberana para decidir sobre cualquier contingencia posterior a la perfección del contrato. El hallazgo de una nueva cláusula, que astutamente refuerce la prepotencia del empresario, será copiada y agregada en seguida en el texto de las condiciones generales de las demás empresas. De modo que la extensión de estas condiciones se hace mayor, a la vez que se disminuyen las facultades del cliente. La misma forma objetiva y abstracta de su redacción ha facilitado el empleo corriente de las condiciones generales. Se ha observado que condiciones,

---

(78) ROYO MARTÍNEZ: *Contratos de adhesión*, A. D. C., II, 1 (1959), páginas 54-70; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, III, 1951, p. 306 y ss.; LANGLE: *Manual*, 1959, III, p. 59 y ss.; POLO: *Nota a S. T. S.* 27 febrero 1942, R. D. P., 26, núm. 308 (1942), p. 708-719; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II, 1 (1954), p. 41-45; OSSORIO MORALES: *Crisis en la cegmática del contrato*, A. D. C., V, 4 (1952), p. 1181 y sigs.; TALLADA: *Cláusulas de exoneración y responsabilidad*, I. J. núm. 71 (abril 1949), págs. 587-618, número 74-75 (julio-agosto 1949), págs. 1033-1064; RIPERT, BOULANGER: *Traité de Droit civil, d'après le Traité de Planiol*, 1957, II, núm. 53, p. 24; MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, 1952, II, 2, § 135, 12, p. 481; DOSSETTO, p. 28, nota 43 y autores allí citados.

La denominación de contrato de adhesión, propuesta por SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, 1901, § 89, p. 229, se popularizó rápidamente (citas en DEMOGUE: *Traité des obligations en général*, 1923, I, 2, § 616, p. 308, n. 3). Modernamente ha pasado a segundo plano, y, siguiendo la terminología alemana, se prefiere tratar de las condiciones generales de la contratación; en Francia, ahora se habla de contratos tipos. CARBONNIER, *loc. cit.*, § 100, p. 343. Suponen un distinto enfoque del problema, referido una al momento de perfección del contrato y otra a la validez o eficacia de las cláusulas preparadas para regular su contenido.

de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente, se disimulan en el fárrago de reglas articuladas, escritas de modo esotérico, se excusan como propias de una rama de la industria o del comercio, si han sido compiladas por una asociación; así, doblemente anónimas, todos los empresarios se aprovechan de ellas, aunque a nadie agrade aparecer como su autor (79).

Los tratadistas, incluso aquellos que defienden que las condiciones generales tienen valor de fuente de Derecho objetivo, no ocultan, y hasta lo destacan como carácter distintivo de ellas, que son instrumento de opresión y causa de desigualdad jurídica para los contratantes (80). No defienden su justicia o legitimidad, sino que afirman su legalidad. Tampoco los representantes de los intereses de las empresas niegan la existencia de cláusulas malas e injustas, sino que sostienen su general eficacia, al ser aceptadas o firmadas por el cliente.

La situación, así creada, se nos presenta, en un primer momento, como una desconexión entre la ley positiva y la justicia. Especialmente grave desde que el empleo de las condiciones generales ha salido del ámbito de los servicios y concesiones públicas y ellas se aplican a toda la contratación. Al jurista no se le consiente cruzarse de brazos o lavarse las manos ante tal estado de cosas. Hoy, se nos dice, "en la jurisprudencia, en la literatura jurídica se reconoce de modo general —quizá con la excepción de algún escrito interesado— la necesidad de establecer límites al contenido de las condiciones generales, y de excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual" (81). Sacadas a la luz pública, desenmascaradas las cláusulas abusivas o vejatorias contenidas incluso en las más corrientes condiciones generales (82), la reacción contra ellas se ha hecho general y parece irresistible. Ha tomado diversas modalidades. A la doctrina se le exige, como tarea obligada, encontrar la manera de interpretar el Derecho vigente de modo que concuerde con el sentimiento general de justicia; la jurisprudencia ha rechazado y condenado algunas de las cláusulas más escandalosas; autores impacientes, ante lo que temen resulte ser un nuevo nudo gordiano, solicitan con urgencia que lo corte la espada de la ley, mediante normas adecuadas (prohibiciones o cortapisas).

(79) Sobre todo esto, en general, *Verhandlungen des 41. Juristentags*, y, en especial, STOLDT, p. 14.

(80) GARRIGUES: *Tratado*, I, 1, p. 167; *Curso*, I, p. 117; *Contratos bancarios*, p. 17, 21, 23; LANGLE, I, p. 255, III, p. 59-60.

(81) LUKES, p. 461.

(82) Pueden verse como ejemplos los citados en *Las leyes nacionales, la autonomía de la voluntad y los usos en la Ley Uniforme sobre la venta*, A. D. C. XI, 4 (1958), p. 1031, n. 96; LITTHLEN, *loc. cit.*, págs. 26, 59; GARRIGUES: *Contratos bancarios*, p. 23, n. 28; también en p. 173, 521, 610, 641; PAGENS-TECHER: *Sittenswidrige Lieferbedingungen*, 2.<sup>a</sup> ed., 1944; VON BRUNN: *Die formularmäßigen Vertragsbedingungen*, 2.<sup>a</sup> ed., 1956; KOCH: *Die neuen Geschäftsbedingungen des Bankens*, Z. G. H. u. K. R., 121 (1934), p. 241-259; MROCH, r. 3, 25.

Por mi parte, estimo que están en lo cierto quienes piensan que no se da esa contradicción entre Derecho positivo y las exigencias de la Justicia. Pues me parece que nuestra legislación contiene medios adecuados para obligar al contratante que no cumple, aunque se ampare en la firma de una cláusula de exoneración. Son varios los que se pueden utilizar, a todos ellos habré de referirme en seguida, pero me permitiré destacar especialmente uno de ellos, el de la declaración de nulidad de las cláusulas que implican renuncia de la ley.

## 2. Motivos para impugnar las condiciones generales:

Modernamente, excepto aquellos autores que aún recuerdan el carácter reglamentador atribuido a los contratos de adhesión o creen que tienen que encararse todavía con aquella corriente doctrinal que asignara a las condiciones generales significado de fuente de Derecho objetivo (83), es decir, la mayoría de ellos se enfrenta con la cuestión de averiguar cuáles son los motivos alegables para impugnar las cláusulas contenidas en unas condiciones generales, unidas o incorporadas a un contrato (84), desde el punto de vista del Derecho privado (85).

La tarea que con ello se le ha impuesto a la doctrina puede calificarse, sin exageración, de formidable. Supone, nada menos, que afrontar las dificultades más graves que entraña el dogma de la autonomía de la voluntad.

Tratadistas y jueces, conforme a seculares hábitos de prudencia, que no deben confundirse con el conservadurismo (86), no se han arrojado lanza en ristre a debelar el obstáculo que entorpecía una solución justa de la cuestión planteada por las condiciones generales. Durante muchos años, se han contentado con la búsqueda de remedios parciales, los suficientes para evitar o paliar resultados evidentemente contrarios a la equidad, con lo que, aunque si bien se ha retardado el plan-

---

(83) HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 7; *Gaudemet*, p. 55: exceso poder; MARZILI, *loc. cit.*, p. 134 y ss.

(84) LUKES, p. 475, plantea la posibilidad de que la ley establezca límites para el contenido de las condiciones generales sin necesidad de atender a los datos del negocio jurídico concreto (después de negar el carácter de fuente de Derecho objetivo de las condiciones generales); pues con ello se facilitará, piensa, la eliminación de las cláusulas, sin tener que plantearse la cuestión de la nulidad de todo el contrato (a la que obligaría el § 139 B. G. B.). Mas en la práctica se chocará con el obstáculo procesal de la legitimación activa, ya que ésta la tendrá quien pueda considerarse perjudicado por la cláusula que le obligue según un determinado contrato. La sentencia del T. S. que condenase una determinada cláusula de exoneración, por el contrario, podría llegar a constituir doctrina jurisprudencial, en cuanto no se trataría principalmente de la interpretación de la cláusula, sino del sentido y valor de las normas jurídicas incompatibles con la dicha cláusula.

(85) No se hace referencia a la posibilidad de dictar reglas penales o administrativas que las condenen, por salir ello del marco de este trabajo.

(86) RIPERT afirma que "todo jurista es un conservador": *Les forces créatrices du Droit*, 1955, p. 8; pero, con la misma razón, hubiera podido decir que es un revolucionario (comp. lo que dice en p. 25).

teamiento del verdadero problema, se ha ido madurando y preparando la opinión, para enfrentarse con él en toda su amplitud.

La falla que primero se advierte en las condiciones generales, por más llamativa y chocante, se refiere al consentimiento. Se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales, por su misma complejidad, no pueden ser entendidas por los clientes. Falta, por tanto, la base para que puedan formar parte del contenido del contrato (art. 1.261). Mas, de este modo, se está ante una cuestión de hecho: averiguar si hubo o no tal consentimiento, lo que fácilmente se complica si se acude para resolverla a ficciones y presunciones más o menos arbitrarias (87). De un lado, se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera, lo que requiere el estudio de un especialista. De otro, se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligente y que debe, por tanto, pechar con las consecuencias de su falta de diligencia (88). Dificultades que no se salvan con la cláusula por la que el cliente se declara enterado de todas y conforme con todas las disposiciones de las cláusulas generales, porque ella plantea a su vez la pregunta de si fué debidamente entendida y querida.

Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador, que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por monopolio de hecho o de derecho, sea porque todas las empresas del ramo las imponen (89). Este defecto, a pesar de su importancia, se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley (90).

(87) GAUDEMET: *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 54. CARBONNIER: *Droit civil*, 1957, p. 343; CHESHIRE, FIFOOT: *The law of contracts*, 1945, p. 83-86; SALMOND: *Principles of the law of contracts*, 1945, p. 76 y ss.; MROCH, p. 9, 13-15.

(88) Se llega a decir que no se atiende al hecho de que la demandante no supiera leer (por lo que no pudo enterarse de las condiciones escritas), ya que ser analfabeto es una desgracia y no un privilegio (S. inglesa de 1930). CHESHIRE, p. 85; comp. contra, CARBONNIER, p. 345. El C. c. italiano de 1942 resuelve la cuestión previamente al imponer las condiciones generales al contratante que hubiera debido conocerlas usando la diligencia ordinaria, art. 1.341; lo que se interpreta como ignorancia culposa, MESSINEO: *Manuale*, II, § 135, I, p. 482, ó negligencia culpable (autorresponsabilidad). CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, s. f. p. 170. En el Derecho español no existe disposición alguna que permita la creación arbitraria de una carga de informarse impuesta al comprador. Frente a ella, habría que admitir, y no con menor fundamento, una obligación de informar a cargo del empresario. La antigua jurisprudencia alemana, HILDEBRANDT, A. C. Pr. 143, p. 334, que entendía bastaba la posibilidad del conocimiento previo por el cliente, parece estar siendo superada (aunque siempre exista el peligro de que se admita demasiado fácilmente una sumisión tácita) STOLDT: *Verhandlungen*, p. 15; la aplicación del criterio de la negligencia contra los clientes. MÖLLER, *id.*, p. 39.

(89) MESSINEO, *id.*, p. 482; CARIOTA FERRARA, *id.*, p. 52 y n. 16.

(90) ESMELIN: *Obligations*, 1930 (*Traité pratique*, PLANIOL, RIPERT), § 125,

Un paliativo de no escasa importancia se encuentra en las normas sobre interpretación de los contratos. Frente al empresario que redacta o impone las condiciones generales se utiliza la antigua regla "contra proferentem" (91), y así, en la duda sobre el significado de dichas condiciones, la interpretación se hará de modo que no favorezca al empresario, por ser la parte que ocasionó la oscuridad (art. 1.288). La jurisprudencia, utilizando este medio con amplitud, ha podido evitar que se aplicasen determinadas cláusulas abusivas; pero el remedio es limitado y falible (92) y hasta puede dar ocasión a que "los contratos de empresa sobre formularios sean cada día más claros en perjuicio del cliente" (93).

Mayor alcance puede tener la invocación de la buena fe y de las buenas costumbres, como límites irrebasables de la eficacia de las condiciones generales (94). El resultado que se obtiene con este remedio será muy diferente según el criterio que se tenga sobre estos conceptos. Puede llegarse con ellos a eliminar las cláusulas que concedan ventajas injustificadas al empresario. Cabe también sostener que las buenas costumbres se refieren al objeto del contrato y la buena fe al modo de ejecutarlo; que, por tanto, unas y otra no son afectadas por la distribución de derechos y obligaciones entre los contratantes.

En esta misma dirección, pero recurriéndose a otro instrumento técnico, se nos dice que las cláusulas de las condiciones generales serán ineficaces en cada caso que impliquen un abuso del derecho de libre contratación (95).

---

p. 160 y ss., señala la importancia de la legislación y jurisprudencia para remediar los abusos; RIPERT, BOULANGER señala que la debilidad de la voluntad no se considera vicio de la voluntad. *Traité*, II, § 53, p. 24.

En cambio, HEDEMANN se pregunta: cuando el que se somete lo hace porque no puede hacer otra cosa, ¿hay verdadera voluntad? ¿Puede nacer de esa manera un verdadero deber de cumplir, que por ello sea jurídicamente vinculante? *Schuldrecht des Bürgerliches Gesetzbuches*, 1949, p. 33.

(91) Recogida en P. 7, 33, 2, i. f. Más concretamente, se dijo: "Siempre que en los instrumentos que se hicieran a razón de dichos contratos, hubiere alguna confusión, por oscuridad de sus cláusulas, deberán interpretarse en todos tiempos contra el vendedor a quien se ha de imputar la falta, por no haberse explicado con la debida claridad", *Ordenanzas de la I. Universidad y Casa de Contratación de Bilbao, 1737*, cap. 11, núm. XIII. En la jurisprudencia, S. T. S. 13 diciembre 1934, 27 febrero 1944, 25 mayo 1951. Jurisprudencia francesa: CARBONNIER, *loc. cit.*, II, p. 498; BETTI, *loc. cit.*, p. 266. Sobre la jurisprudencia alemana, MROCH, p. 16-20.

(92) Comp. RAISER: *Verhandlungen*, p. 28.

(93) Frase de MOSSA, reproducida por POLO, R. D. Pr., 26, núm. 308 (1942), p. 718.

(94) RAISER: *Das Recht*, p. 320 y ss.; HILDEBRANT, A. C. Pr. 143, p. 345, 347, *Verhandlungen*, p. 7; ESSER, BGB, *Schuldrecht*, 1949, p. 28; STOLDT, *Verhandlungen*, p. 14; MÖLLER, *id.*, p. 22; LUKES, *loc. cit.*, p. 475; Blomeyer, p. 87. Se utilizan los §§ 138, 157, 242, 315 BGB. Citas de jurisprudencia alemana, ACHILLES-GREIFF, BGB, 1958, p. 61, 248, 352.

(95) RAISER, ya en 1935, en su obra fundamental (p. 176 y ss.) propone utilizar la categoría del abuso de la libertad de contratar; de nuevo, dice que, conforme con MÖLLER, no basta con referirse al abuso monopolista, que el R. G.

Estas dos últimas propuestas de remedios nos llevan ya irremisiblemente a la cuestión fundamental: la de la existencia de límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Ahora parece que, al fin, la doctrina se ha decidido a encararse con el temido problema de la relación entre la autonomía de la voluntad y la eficacia de las leyes. También aquí será necesario tratarlo. Afortunadamente, las peculiaridades de nuestro Derecho, doctrina tradicional y Código civil, hacen más fácil esta labor que en otros ordenamientos jurídicos. En todo caso, será conveniente examinarlo despacio y con cuidado, para liberar su estudio de los aberrantes prejuicios doctrinales acumulados durante tantos años.

### 3. *Autonomía de la voluntad y renuncia de las leyes.*

a) *Antecedentes mediatos.*—La Edad Media, momento decisivo para la concepción jurídica moderna, tenía como Derecho por antonomasia a la colección justiniana, enseñada y aplicada como “*ius commune*” por doctores y jueces. Separadamente primero y luego también agregado al “*corpus iuris*,” estaba otro Derecho, el anómalo de las costumbres feudales. Este se crea y justifica por los contratos y pactos entre señores y vasallos, se afirma y desarrolla por los usos impuestos por los señores, que se atribuyen poder para crear Derecho consuetudinario con preferencia sobre las leyes y que también recaban para sí el poder jurisdiccional. Los cultivadores de estos dos Derechos, civilistas y feudistas, aunque bien conscientes de sus especialidades, no se encastillan en ellas: hubo quienes escribieron sobre ambas y, en general, utilizaron mutuamente sus trabajos. Puede, por ello, considerarse probable que el ejemplo del Derecho feudal y el de la realidad social de la época contribuyeran a que los pactos adquieran un alcance, a costa de las leyes, distinto del que se hubiera podido deducir del estudio separado de los textos bizantinos.

En el Edicto, dice el pretor: “Mantendré los pactos convenidos que no se hubieran hecho ni con *dolo malo*, ni contra las leyes, plebiscitos, senados consultos, edictos de los príncipes, y por los que no se cometa fraude contra cualquiera de ellos” (96). Regla que se glosa en los comentarios de Gayo al mismo Edicto diciendo que “los pactos conve-

---

trata de desarrollar sobre la base del § 242 BGB, y concluye que es preferible emplear el concepto de abuso del derecho, con independencia del citado § 242, tarea que corresponde a los jueces y a la doctrina científica, *Verhandlungen*, p. 28. En el mismo sentido, VON BRUNN, *id.*, p. 19; LARENZ, I, p. 76.

La conexión entre las figuras jurídicas de buena fe, buenas costumbres y abuso del derecho, se ha señalado ya por la doctrina, WIEACKER: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, 1956, p. 34 y ss.; EICHLER: *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, 1950, p. 33.

Sobre otros remedios (condición tácita de la sumisión del cliente da la equidad de las cláusulas, “culpa in contrahendo”, condena de maniobra monopolista), MROCII, p. 14 s., p. 20 s.

(96) D. 2, 14, 7.7. Aquí, y respecto de los siguientes fragmentos, se reproduce la traducción de GARCÍA DEL CORRAL: *Cuerpo de Derecho Civil romano*, 1889.

nidos contra las reglas del Derecho civil no son considerados válidos" (97), y que se corrobora al decir Papiniano que "el Derecho público no puede ser alterado por pactos de particulares" (98). Incluso la excepción puede parecer que confirma esta regla, al entender necesario salvarla expresamente y decir: "Es completamente lícito pactar contra el Edicto de los ediles, tanto si se hubiera convenido al realizar el mismo negocio de venta, cuanto después" (99). Criterio general aún reforzado por Teodosio, cuando ordenaba que se considerase nulo ("non solum inutilia, sed pro infectis") lo hecho contra la ley (100).

Un rescripto de Justiniano dió pie a la glosa para cambiar la concepción de la doctrina. Resuelve una consulta sobre la validez del pacto contenido en un documento, por el que una persona promete no usar la excepción de fuero de que goza por su grado militar, dignidad o la prerrogativa de su sacerdocio. Su contestación, declarando la validez del pacto, podía haberse explicado por el carácter anómalo del privilegio de fuero, respecto de la jurisdicción común. Los amplios razonamientos con los que se justifica la decisión de la consulta permitieron extender su solución, por el contrario, a todos los pactos. Se dice que las dudas que antes existían sobre si el que pactó podía arrepentirse de lo que había convenido y usar su fuero (102), debían resolverse mandando: "que a nadie le sea lícito ir contra sus pactos y engañar a los que con él contrataron". Pues, añade, si hasta por el mismo Edicto del pretor se han de observar en todos los casos los pactos convenidos, que ni contra las leyes, ni con dolo malo se celebraron (103), "¿por qué no valdrán también en esta ocasión los pactos, cuando es otra regla del antiguo Derecho que todos tienen facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido?" (104).

Los glosadores entendieron que este texto contenía la regla general respecto a los pactos de renuncia (105) y que las disposiciones que declaraban su nulidad, por contrarios a las leyes, debían considerarse excepciones, justificadas por tratarse de casos que afectaban al Derecho público, a las buenas costumbres o al Derecho natural (106). También encontraron aquí el instrumento técnico para desembarazarse de cualquier disposición legal que limitase la libertad de pactar, pues de

(97) D. 2, 14, 28.

(98) D. 2, 14, 38. También D. 2, 14, 7, 16 ("quoties pactum a iure communi remotum est, hoc non oportet").

(99) D. 2, 14, 31.

(100) C. 1, 14, 5. Recogida en P. 5, 11, 28.

(101) C. 2, 3, 39.

(102) Facultad de arrepentirse que expresamente se reconocía en el caso de pacto de prórroga de jurisdicción en favor de otro pretor, D. 2, 1, 18.

(103) Se refiere a D. 2, 14, 7, 7.

(104) La glosa creyó encontrar esta regla del antiguo Derecho en varios textos, así en D. 16, 1, 32, 4; no advirtiendo que la renuncia al S. C. Vallejano se hace ante el Tribunal, al ser demandada la mujer.

(105) Que parecía confirmada por D. 2, 14, 1 pr.

(106) Glosa "antiqui" C. 2, 3, 29.

ello deducirán que la renuncia al beneficio de las leyes podía aplicarse con la máxima amplitud (107).

La autoridad de Justiniano se vió reforzada por la doctrina de los moralistas, recogida en el Derecho canónico y aceptada por los civilistas, que se formula en los axiomas "pacta sunt servanda" y "volenti non fit iniuria" (108). De otro lado, se entendió que las renunciaciones a las leyes podían corroborarse con el juramento, de modo que con éste se sanase cualquier vicio jurídico (109). En fin, la omnipotencia de la renuncia a la ley parecía consagrada en la "Authentica Sacramenta puberum" del emperador Federico Barbarroja, según la que el juramento de los púberes en contratos sobre sus cosas había de ser mantenido inviolablemente, sin posibilidad de retractación (110).

De este modo, en los países de Derecho común, se generaliza el principio de la libertad de pactos y la renuncia a las leyes en materia privada ("rebus privatis"), sin otro límite que el de respetar lo que hoy se llama orden público ("ad publicam causam") (111).

Desde el Renacimiento, la fuerza creciente del Estado impone en todos los países un mayor respeto a las leyes de los Soberanos y se van limitando también progresivamente las posibilidades de renuncia de las leyes (112). No sucede lo mismo en España. Por el contrario, se generaliza y exagera el arbitrio de acudir a la renuncia de las leyes.

Las causas de este fenómeno hubieron de ser múltiples. El Estado no se encontraba en situación de exigir mayor respeto a las leyes, cuando le faltaba confianza en la justicia de sus mandatos. Se consideraba tan débil frente a las presiones de los interesados, que se llega a ordenar a las autoridades que se abstengan de cumplir las disposiciones que

(107) Se entenderá la frase leyes "qua pro se introducta sunt", C. 2, 3, 29 en el sentido de que si bien no se puede pactar contra lo que la ley ordena o prohíbe, sí "contra beneficium legis potest", gl. "pacisci", D. 2, 14, 31.

(108) Por ejemplo, MOLINA: *De Justitia et de iure*, 2, 257, 2.<sup>a</sup> ed., 1733, II, p. 13; CANCER: *Variarum Resolutionum*, 3, 7, 255, ed. 1689, III, p. 135. En Derecho germánico, "Gedinge (Willkür) bricht Recht".

(109) Sobre su alcance, JUAN GUTIÉRREZ: *Tractatus tripartitus de Juramento decisivum, Opera omnia*, ed. 1730, VI. No atendiéndose a C. 1, 14, 5.

(110) Debe tenerse en cuenta, para explicarse esta extraña disposición, que se recoge en los *Libri feudorum* (editados con el *Corpus iuris*), 2, 53, 10, bajo el título "de pace tenenda inter subditos", su carácter político, ya que el juramento añadido a un convenio o tratado, por un señor menor púber, le daba validez sirviendo así al fin de mantener la paz.

(111) ANTONIO PÉREZ: *Prælectiones in duodecim libros Codici*, ed. 1723, 1.<sup>o</sup> 34; con lo que la renunciabilidad de las leyes, que se podía considerar excepcional (D.<sup>o</sup> 2, 14, 38), se estima ahora normal y sólo en aquellos casos "quibus id expresse interdictum reperitur" se entiende que la renuncia es nula.

(112) En el Derecho francés, advierten sus comentadores que no se aplicó la Auténtica sacramenta puberum ("non servatur in Gallia"). La renuncia a la excepción de "non numerata pecunia", se entendió que tenía por único efecto transferir la carga de la prueba al deudor; la renuncia a todos los remedios legales, o la especial a la acción rescisoria por lesión, quedaba sin efecto, al poderse pedir cartas regias de rescisión, a las que de modo general daban eficacia los Tribunales, por "humanum et humanior". REBURFFO: *Commentarii in Constitutiones seu Ordinationes Regias*, 1554, I, p. 211, II, p. 183.

parezcan contra Derecho, formulándose aquella curiosa y extraña regla: "las leyes se obedecen, pero no se cumplen" (113). Como fuerza activa o motriz favorable a la renunciabilidad de las leyes, debió actuar la presión de las clases con aspiraciones a mayor consideración social o de aumentar su poder económico. Comerciantes e industriales enriquecidos, por imitación o para conseguir nobleza, quieren constituir mayorazgos, aunque para ello sea necesario salvar con impuestas renunciadas las disposiciones vigentes (114). Los prestamistas, para ampliar su clientela y lograr seguridad para el cobro, estaban muy interesados en la eficacia de las renunciadas de las acciones rescisorias o resolutorias establecidas en favor de menores, mujeres casadas y causas pías. Traficantes de toda clase buscaban afirmar sus contratos imponiendo cláusulas de renuncia de las acciones por lesión y por "no numerata pecunia" (115).

Instrumento de todas estas aspiraciones serán los escribanos públicos, que para satisfacer a sus clientes y hasta por una especie de gusto deportivo en esquivar leyes. En la práctica cotidiana, en los formularios, se generalizan las renunciadas a las leyes, para excluir cualquier disposición con eficacia limitativa o prohibitiva de los pactos. Primero, mediante la renuncia individual de la ley que en concreto estorba, con el pacto de no contravenir lo pactado, aunque éste resultare nulo, por cualquier causa o motivo; después, se añade una renuncia general a las leyes que se opongan al contenido del instrumento; todavía se añade una renuncia especial o general de la ley, o de cualquier ley, prohibitiva o sancionadora de la renuncia, para llegar incluso a la "renuntiatio omnis legis auxilii". Y para mayor seguridad, por si todo lo anterior no fuese suficiente, se corrobora lo pactado con el juramento del renunciante y, en su caso, se le hace jurar también que renuncia a las leyes que prohíben tal juramento.

Este uso notarial se generaliza, de modo que la renuncia de las leyes se convierte en cláusula de estilo. Los escribanos insertan las renunciadas más complejas sin explicar su significado a los contratantes, sin siquiera preguntarles si desean se incluyan en el documento. De modo y manera que se llega a suponerlas comprendidas, como usuales, aunque no se las haya mencionado en la escritura.

(113) Nov. 3, 4, 4.

(114) Comp. FERRERO: *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces*, ed. 1819, I, § 20, p. 252, III, §§ 8 y 9, p. 300, 301; GONZÁLEZ y SERRANO: *Comentario histórico, crítico y jurídico de las Leyes de Toro* (cont. al de PACHECO), II, p. 140, 141, 278.

(115) La importancia dada aquí a la presión de las clases sociales más poderosas, parece confirmada por un dato negativo, la renuncia se considera ineficaz cuando ella suponía desprestigio para ellas. Por esta razón se niega la eficacia de la renuncia de un noble al privilegio de no ir a la cárcel por deudas cíviles, CEVALLOS: *Especulum practicarum et variarum quaestionum*, 1600, II, q. 688, p. 292 y ss.; CARLEVAL: *Disputationum iuris variarum*, 1656, 1, 1, 2, §§ 464-466, I, p. 149-150, sobre privilegios militares. Comp., sin embargo, CASTILLO DE BOVADILLA: *Política para corregidores*, 1624, 3, 16, 21, II, p. 358.

Dados los antecedentes jurídicos y esta realidad social, no será de extraño que en alguna Universidad se enseñe que la voluntad del hombre hace cesar la voluntad de la ley ("voluntas hominis facit cessare voluntatis legis") (116), en conformidad con el aforismo "pactos rompen leyes", tan popular en Aragón (117).

Después de todo lo dicho, parece llegado el momento de preguntarse si, en este tiempo, las cláusulas de exoneración tantas veces mencionadas, serían válidas, como renuncia de remedios o beneficios legales. Aunque haya de parecer extraño (por lo recordado sobre la amplitud reconocida a la autonomía de la voluntad a costa de la ley), hay que decir que sería muy aventurado contestar afirmativamente. Dejando aparte el juramento, que no significa refuerzo seguro para la validez de la cláusula de renuncia, pues existía siempre la posibilidad de su relajación por la autoridad eclesiástica ("ad affectum agendi et excipiendi"), hay que tener muy presente la reacción discreta pero eficiente de los tribunales y la actitud desaprobadora de la doctrina, frente a los excesos de las renunciaciones.

La eficacia de la renuncia a las leyes se debilitaba considerablemente por los autores, mediante el uso escolástico de distinciones y excepciones (118). También se consigue el mismo resultado por medio de la ampliación de los supuestos en que la acción o facultad se entiende irrenunciable, por considerarse "ob publicam utilitatem" (119). En fin, se confía, para que resuelva las mayores dificultades, conforme a la equidad, en el arbitrio del juez discreto y justo (120).

Más interés tiene todavía para nuestro objeto ver como se enfocaba por entonces un caso práctico, precisamente sobre la validez de una cláusula inserta en ciertas "condiciones generales", en las establecidas para el arrendamiento de rentas reales. Conforme a ella, la Administración se declaraba liberada de toda responsabilidad, por hecho propio o de sus agentes, que impida o disminuya los beneficios de quien recibe

(116) ALVAREZ POSADILLA: *Comentario a las Leyes de Toro*, 1796, p. 218 y siguientes.

(117) DEL MOLINO: *Repertorium fororum et observatiam Regni Aragonum*, 1585, fol. 247 vto.; PORTOLÉS: *Tertia parte scholium, sive adnotationem Repertorium Michaelis Molini*, 1590, p. 156.

(118) Por ejemplo, HERMOSILLA: *Additiones, notae, resolutiones ad Partitularum glossas et cogita D. Gregorii Lopezii*, P. 5, 5, 56, g. 11 y 12, II, fol. 322 vto., § 21 al fol. 331, § 122 (rescisión por lesión enormísima, con referencia también a la cláusula "si plus valet dono", § 162); DÍEZ DE RIBADENEYRA NOGGEROL: *Annotationum iuris*, 1641, adl. 18, § 54 y ss., p. 254-255; CEBALLOS, *loc. cit.*, I, 365, p. 466, sobre la excepción de "non numerata pecunia".

(119) CARLEVAL, *loc. cit.*, I, 1, 2, §§ 464-466, p. 149-150; que llega a formular el principio de la superioridad de la ley: "nam quod quis obligetur ex contractu, et quatenus obligetur pendet a potestate legis, non a voluntate hominis", lo que es distinto, añade, a renunciar de hecho, I, 1, 2, § 1042, I, p. 321.

(120) CASTILLO DE SOROMAYOR: *Quotidianarum controversiarum iuris*, edición 1753, III, 2, § 42, p. 35 ("discrete bonique Iudicis arbitrio relinquere securius erit"), § 60 p. 40.

el arrendamiento, mientras que éste deberá pagar, íntegramente, a pesar de ello, el precio convenido (121).

En favor de la validez de la cláusula se aduce lo usual y antiguo de dichas condiciones generales, que el adquirente o arrendatario quiso libremente aceptarla, pues nadie le obligaba al arrendamiento, que las condiciones le eran conocidas o habría de presumirse tales dada su publicidad, por lo que era de justicia aplicarlas a quien enterado de ellas o debiéndolas conocer fué parte de un contrato concertado en debida forma (122).

En contra de su eficacia, y como decisivos para declarar la nulidad de la cláusula, se alegan los siguientes argumentos: 1. Que si bien las partes pueden suprimir o mudar mediante pacto y convenio lo que unos llaman elementos naturales o accidentales y otros administrativos o cualidades del contrato, sin embargo, no pueden hacerlo respecto de la sustancia o naturaleza intrínseca del contrato, y el pacto que fuera contra ella será nulo e ineficaz. La renuncia a exigir responsabilidad a quien impide o no cumple el contrato va contra la sustancia o naturaleza intrínseca del mismo, es inícuo y no puede ser confirmada por juramento (123). 2. Que sería contra Derecho que la firmeza del contrato quedase en manos de uno de los contrayentes y que penda de su arbitrio cumplirlo o no, mientras que él puede obligar a la otra parte para que cumpla (124). 3. Que las razones dichas son aplicables también a los contratos celebrados por el príncipe (125).

Por tanto, puede concluirse que, por lo menos, según la autorizada opinión de Castillo de Sotomayor, que se acaba de exponer (126), aquellas cláusulas de exoneración firmadas por nuestros compradores, habrían de considerarse nulas y como no puestas y estos habrían podido exigir (a pesar de ellas) la entrega en debidas condiciones de la mercancía vendida.

b) *Antecedentes inmediatos*.—Desde la segunda mitad del siglo XVIII se deja sentir en España la general reacción que se produce en el continente europeo en favor del respeto a la ley. En ésta se ve la expresión de la voluntad general del pueblo, del orden racional a que aspiran los ilustrados y de la atención al bien común, nota espe-

(121) Rec. 9, 9, 2. La condición segunda establece: "No se ponga descuento por caso fortuito, no pensado ni acaecido ni aun por guerra que mueva el Rey, ni por navíos y bestias de carga, que tome para cosas del Real Servicio dentro o fuera del Reino".

(122) CASTILLO DE SOTOMAYOR, III, 3, § 60, p. 53, recogiendo y desarrollando la opinión de LASARTE (*De decima*, 18, 83).

(123) Argumentación de CASTILLO DE SOTOMAYOR, III, 3, §§ 64-67, p. 54, recogiendo en su apoyo las opiniones de numerosos autores.

(124) CASTILLO DE SOTOMAYOR, *id.*, §§ 72-75, p. 55.

(125) CASTILLO DE SOTOMAYOR, *id.*, § 76, p. 55, recogiendo la afirmación de Baldo.

(126) La autoridad de CASTILLO DE SOTOMAYOR fué muy grande, como tradista (mereciendo su monografía sobre alimentos ser a su vez objeto de un comentario por el presidente Melo), antiguo profesor, experimentado magistrado y alto funcionario.

cífica de la ley. Se piensa que si las leyes tienen por fin "constituir en la República una determinación en las acciones de sus miembros, de que resultase concertada armonía en el orden público y privado, no pueden lograr este fin si en los súbditos hay facultades para dispensarse de su obediencia y depende de su voluntad el sujetarse a ellas" (127). Los constitucionalistas del siglo XIX afirman el valor supremo de la ley en su significado de desarrollo de la Constitución, en la que se ve la planta de todo el edificio legal (128). Los autores no dudan ya, por este tiempo, en condenar la renuncia de las leyes, a la que motejan de hacer ilusorios los preceptos prohibitivos y de ser "hefa de la ley" (129), y después llegarán hasta afirmar que la irrenunciabilidad es una propiedad esencial de la ley (130).

Dado este ambiente, al redactarse el Proyecto de Código civil de 1851, no pareció bastante reproducir el artículo 6 del C. c. francés en su artículo 11 (131), sino que se le hace preceder del artículo 4.º, que dice: "la renuncia de las leyes en general no surtirá efecto. Tampoco lo surtirá la renuncia especial de leyes prohibitivas: lo hecho contra éstas será nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario" (132).

A pesar de ello, en la práctica se continuaban insertando en las escrituras públicas las cláusulas de renuncia a la ley, y los autores las mantienen en los libros formularios. En este respecto, la realidad jurídica española no cambia hasta la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1857, dictada en recurso de nulidad (133). En sus con-

(127) JUAN FRANCISCO DE CASTRO: *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 1765, II, págs. 119-120.

(128) *Proyecto de Código civil. Discurso preliminar*, 1821, p. 10. En los artículos 31-33 se regula la nulidad de los actos contra ley y la renuncia de ésta y la validez (si se hizo con libertad) de la de los demás derechos individuales.

(129) FLORENCIO GARCÍA GOYENA, JOAQUÍN AGUIRRE, *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, 1842, III, p. 133.

(130) GUTIÉRREZ: *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 2.ª ed., 1868, I, p. 111, 115; SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1899, I, p. 21, 39.

(131) "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres" (art. 11).

(132) El primer párrafo concuerda con los Códigos prusiano y austríaco; el segundo es nuevo, aunque apoyándose en Nov. 10, 1, 17 y 22; 10, 3, 1; 10, 11, 6 y 7. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, 1852, I, p. 17.

(133) El caso planteado era el siguiente: Don José y doña Petrola, marido y mujer, otorgan en mancomún unas escrituras de confesión de préstamos, en las que, como era usual, se renuncia a las leyes y derechos de la mancomunidad, y doña Petrola hace renuncia expresa y especial de lo dispuesto en las Partidas (P. 5, 12, 2) y en la ley 61 de Toro, de cuyo contenido se dice instruída por el escribano y jura haberlo otorgado libre y espontáneamente por ser de su utilidad. Demandada, doña Petrola excepciona la nulidad del contrato de préstamo. Después de dos sentencias, una en pro y la otra en contra, la cuestión pasa al Tribunal Supremo. El prestamista alega: "la renuncia expresa y privada de los beneficios de la indicada ley" (la 61 de Toro, S. C. Vallacantum) y el ser "doctrina legal que dichas renunciaciones excusan y anulan el cumplimiento de aquella ley, por cuanto siendo sus disposiciones un privilegio otorgado a la mujer, éstas pueden usar de él o renunciarlo libremente".

siderandos se sienta la doctrina: "que las leyes prohibitivas no son consideradas generalmente renunciabiles y que aun siendo verdaderos privilegios no siempre son susceptibles de renuncia sin permiso expresa de la ley", que es completamente improbable que el legislador quiera fiar el cumplimiento de los fines de la pública utilidad que se proponía al mero y simple arbitrio de los propios interesados en eludirlos y que "es visiblemente contraria así a su letra como a su espíritu, toda doctrina o interpretación que directa o indirectamente tienda a rebajar su exacta observancia, cualesquiera que sean los precedentes en que se funde, las autoridades en que se apoye y los casos en que haya prevalecido" (134).

Con esta sentencia pudiera decirse que termina el período que ha sido denominado de "individualismo anárquico" (135). Desde entonces, la doctrina de los autores condena, con unanimidad, la renuncia de las leyes y los prácticos respetan la autoridad del Tribunal Supremo.

c) *Derecho vigente*.—El relato hecho de la lucha sostenida contra la renuncia de las leyes se justifica porque también las cláusulas exonerativas puestas como ejemplos (compra de la trilladora y de las cajas de huevos) implican renuncia de leyes; bastará para convencerse de ello comparar los casos últimamente recordados de exoneración en los supuestos de lesión enorme, "non numerata pecunia", y carga de riesgos. La situación, después de la publicación del Código civil, no es más favorable a la validez de tales cláusulas, la diferencia innovadora consiste en que la sanción de nulidad antes implícita es ahora terminante contra la renuncia de las leyes (135 bis).

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; pero el defecto más frecuente y más fácil de diagnosticar será el que resulta de contener, oculta o abiertamente, la renuncia de ciertas leyes. Mas, para llegar a esta conclusión, habrá que hacer previamente algunas aclaraciones.

Los Códigos mercantil y civil han mantenido la secular tradición que viene afirmando la importancia central del principio de la autonomía de la voluntad. Se reconoce a los particulares el poder de iniciativa para reglar a su conveniencia los propios asuntos y se pone a su disposición la fuerza coactiva del Estado para hacer cumplir lo por ellos establecido. Reflejo en la esfera del Derecho privado de las ideas de libertad e igualdad, los contratos que merecen la protección legal "han de ser libres y en ellos ha de imperar la justicia" y, a tal efecto, se

(134) La sentencia está reproducida en J. C., 2 (1857), p. 475 y ss.

(135) DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, ed. 1959, I, p. 155; DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932, p. 358; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, ed. 1951, I, p. 382.

(135 bis) Art. 4.º Hay, además, repartidas por todo el Código civil disposiciones que se refieren a la renuncia, sea utilizando esta palabra o las de repudio, no admitir o aceptar, condonar, perdonar; comp. la nota 161.

excluyen "todos los privilegios o monopolios en favor de gremios, corporaciones o personas" (136); amplísima libertad para contratar, siempre "dentro de los principios eternos del Derecho y de la moral" (137). El principio de la libertad de contratación se defiende, desde el siglo XVIII, como derecho del hombre a desarrollar su personalidad y también como instrumento destructor de desigualdades, de los privilegios que trabajau, hasta aniquilosarle, el antiguo régimen (138).

Modernamente se habla de crisis del contrato y de crisis de la autonomía de la voluntad, tanto que estas frases se han convertido en un lugar común (139). Lamentada, con motivo, cuando se alude al desmesurado intervencionismo de la Administración. Sin razón, en cambio, cuando se infiere de medidas y doctrinas que limitan el ámbito de la autonomía, para conservar el significado substantivo de este principio. El carácter "sagrado" que se atribuye al contrato descansa en los presupuestos de una contratación libre y entre personas relativamente iguales (140); mientras sirva, como todavía hoy se puede afirmar, para "el libre desenvolvimiento de la personalidad" (141). En cambio, pudiera calificarse como degradación o abuso pretender amparar bajo el nombre de libertad de contratación los pactos que se confectionan e imponen al dictado.

La Historia no se repite, sí los artificios. Como otras veces (recuérdese lo dicho sobre el Derecho feudal), un grupo social poderoso emplea la forma del contrato para aumentar su poder, desplazar el Derecho legislado, crear nuevas normas e imponer una jurisdicción a su servicio (142). No ignoraban esta posibilidad quienes redactaron nuestros primeros Códigos, desde el primer momento, para evitarlo, se ponen límites a la autonomía de la voluntad, en "salvaguardia de la moral

(136) Frases de la Introducción del Decreto de 20 septiembre 1869, estableciendo las bases para la redacción del Código de Comercio.

(137) Exposición de Motivos del Código de Comercio.

(138) La repetida frase de Maine (Henry James Sumner) de que el progreso conduce del status al contrato, es cierta, pero sólo respecto a ese determinado momento histórico.

(139) Véase, por ej., OSSORIO MORALES, *loc. cit.*, p. 264; CASTÁN, *loc. cit.*, III, p. 296; HERNÁNDEZ GIL: *Derecho de obligaciones*, 1960, I, p. 226; CASTÁN: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, 1960, en especial p. 68 y ss.

(140) CRESHIRE, FIFOOT, *loc. cit.*, p. 221-22.

(141) HEDELMANN: *Das Wirtschaftsrecht, loc. cit.*, p. 382, n. 8; LARENZ, *loc. cit.*, p. 48.; por lo que se le entiende garantizado en la Ley fundamental alemana, art. 2.

(142) Con razón se ha advertido que ninguna cláusula de las condiciones generales es más peligrosa que la cláusula compromisoria. No obstante su consideración como contrato preliminar de arbitraje por la Ley de 22 de diciembre de 1953, y la previa designación de árbitros que ésta permite (art. 8), la cláusula será inválida si se hace a favor de persona o de institución de imparcialidad sospechosa, o cuando por el lugar del arbitraje u otra circunstancia se coloque a una parte en una situación de inferioridad que constituya un defecto de los que impiden la eficacia de un convenio (art. 3); es decir, también de los aquí estudiados como determinantes de ineficacia de las cláusulas. HILDEBRANDT, A. C. Pr., 143, p. 328. Sobre esta cuestión y la conexa de la sumisión directa o indirecta (domicilio electivo), MROCH, p. 54 y ss.

y de la legislación" (143). Los contratantes no pueden establecer pactos contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255). Los pactos contra la ley, los que impliquen renuncia de las leyes, son nulos (art. 4); se tendrá por no puesto el juramento para que no se pueda reforzarlos contra la ley (art. 1.256).

La plena eficacia de estas normas respecto a las condiciones generales ha encontrado un impedimento difícil de apartar, más que por su gravedad intrínseca, por tratarse de uno de esos tópicos dogmáticos que aceptamos todos sin pararnos a reflexionar. Ejemplo claro del lado sombrío, de los peligros que lleva consigo la teoría jurídica.

Los pandectistas, al recoger la vieja distinción entre reglas jurídicas sobre materia privada y sobre materia pública (144), procuran sistematizarla y la combinan con la clasificación hecha en base de su eficacia imperativa, prohibitiva y permisiva (145); y así se relaciona con la autonomía de la voluntad. De este modo se separan dos tipos de normas, las imperativas, que se imponen automática y necesariamente, sin atender a la voluntad de las partes, y las dispositivas, que dejan a disposición de los particulares cierto margen de libertad. Un prurito de simplificación, estableciendo escalones claramente delimitados para la regulación de los negocios jurídicos (Derecho imperativo, voluntad, Derecho dispositivo), nacido probablemente de preocupaciones didácticas, lleva a identificar Derecho dispositivo con las normas de mera eficacia supletoria (146). Esto, y los prejuicios del antiguo liberalismo, hacen considerar excepcional el Derecho imperativo, inapto para la interpretación extensiva y la analógica; mientras que el Derecho dispositivo se entiende que recoge la regulación presumiblemente querida por las partes y que, por tanto, puede ser barrido "in toto" por la voluntad de los contratantes. Este carácter de Derecho dispositivo tienen, se añade, la mayoría, casi todas las normas del Derecho de obligaciones (147).

Autores alemanes han sido también los que mejor han reaccionado contra esta estrecha y simplista concepción del Derecho dispositivo. Han vuelto a descubrir que las normas que regulan los contratos, y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan

(143) PORTALIS, al presentar el Proyecto del que después sería el art. 6 del Código civil francés, *Motives*, II, p. 20.

(144) Referida en la nota 111.

(145) D. I, 3, 7.

(146) SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual* (trad. Mesía, Poley), I, § 15, I, p. 54; BARON: *Pandekten*, ed. 1893, § 12, p. 28; REGELSBERGER: *Pandekten*, 1893, p. 129; WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, ed. 1873, I, § 30, p. 68.

(147) VON TUHR: *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Recht*, 1910; I, Einl. VI, 2, p. 25-26; RIBERT, BOULANGER, *loc. cit.*, p. 11; CASTÁN, *loc. cit.*, I, 1, p. 260; ESPÍN: *Manual de Derecho civil español*, ed. 1959, I, p. 9-10; HERNÁNDEZ GIL, *loc. cit.*, p. 229.

tan la regulación normal y que, por tanto, tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una "función ordenadora", por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente (148).

Liberados del señalado prejuicio teórico sobre el significado del Derecho dispositivo, se podrán advertir nuevos matices diferenciales entre las reglas del Derecho de obligaciones que permitirán un mejor enfoque de nuestra cuestión (148 bis). Existen normas imperativas no sólo sobre la perfección del contrato, sino también, y más de las que generalmente se indican, respecto al contenido de los contratos (149). Hay, de otro lado, preceptos de carácter secundario, de mero significado supletorio, para los que la ley señala abiertamente la posibilidad de ser desplazados por el pacto; supuestos de solución indiferente, por ejemplo, por su significado accesorio (art. 1.455) o por tratarse de un riesgo por causas ajenas a la voluntad de las partes (art. 1.475); en todos los que, por no derivar de la naturaleza del contrato, se puede permitir la renuncia a los beneficios legales, como así se dice expresamente en algún caso (p. ej., art. 1.477) (150).

Entre uno y otro tipo de reglas están aquellas otras, menos definidas, en las que no se manifiesta externamente su carácter. Conviene distinguir, para mayor claridad, las siguientes clases de normas.

1. Dentro de las que se refieren a la sustancia misma de los contratos hay unas, *a*), que se derivan de la naturaleza misma de los contratos onerosos y conmutativos, y otras, *b*), que resultan de la propia condición de cada tipo de contrato.

*a*) Se nos ha dicho: "La libertad de pactos reconocida en nuestra legislación lleva también en ésta límites infranqueables: las leyes, la moral y el orden público" (art. 1.255 C. c.). Pensamiento que se ha completado agregando: que la contratación tiene "un marco muy pre-

(148) Esta dirección, apuntada por BRANDT, *loc. cit.*, p. 76 y ss., 81 y ss. (con indicaciones ya en RAISER, p. 282, 295-296; KOCH, p. 245, y HAUPT, p. 205), es afirmada por la autoridad de NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 1, § 49, p. 185, I, 2, § 163, p. 695, y confirmada por la de VON HIPPEL, *loc. cit.*, p. 27, nota 17 a), la de LARENZ, *loc. cit.*, I, p. 75-78; la de LUKES, *loc. cit.*, p. 463, 469-470; la de RAISER, *Verhandlungen*, p. 41, y la de STOLDT, *íd.*, p. 14. De tal modo que MROCH puede decir que sobre esto hay ya una amplia unidad de criterio, *loc. cit.*, p. 39.

(148 bis) Los redactores de condiciones generales no respetan ni las normas imperativas (renuncia a las que protegen al incapacitado) ni el criterio de irretroactividad (sumisión a los cambios futuros de las condiciones), *Verhandlungen*, p. 35, 40.

(149) Sobre esto puede verse lo indicado en: *Las leyes nacionales, la autonomía*, 3<sup>o</sup>, *loc. cit.*, p. 1017, nota 46.

(150) Estos casos en que expresamente se permite el pacto para excluir la regulación legal, no autorizan para concluir "a contrario" que en los demás no esté permitido desplazarla. Indican, en cambio, que el legislador no ha partido del principio de que todos los preceptos del Derecho de obligaciones hayan de ser supletorios y que, por ello, ha creído necesario señalarla en ciertos casos para destacar de ese modo los que sólo tienen este carácter.

ciso en los principios generales del Derecho; ese marco es la justicia, de que es expresión el Derecho; la justicia conmutativa, que es la que debe informar las relaciones contractuales" (151). La misma ley, podemos añadir, señala la importancia decisiva de la reciprocidad de prestaciones e intereses como fundamento de los contratos onerosos (artículos 1.274, 1.289) y excluye la validez de los pactos en que su cumplimiento se deja al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1.256, 1.449, 1.115) (151 bis).

b) En cada tipo de contrato quedan también fuera del arbitrio de las partes aquellas obligaciones y facultades que constituyen su esencia, como, por ejemplo, la de la entrega de la cosa vendida y la del pago del precio, en el contrato de compraventa (art. 1.445).

2. Las facultades u obligaciones que, aun no esenciales, derivan de la naturaleza de cada tipo de contrato tienen una peculiar relevancia, indicada ya por las referencias que a la naturaleza del contrato hace el Código (152). La que impide que puedan considerarse como reglas meramente supletorias aquellas en las que se establecen. La dirección doctrinal alemana últimamente referida, afirma que el pacto o cláusula que se aparte del tipo legal y por el que se abandone alguna facultad u obligación, para que sea válido, habrá de estar justificado por alguna razón concluyente, estar su renuncia especialmente justificada o compensada (153). En el Derecho español está permitida la modificación de los tipos contractuales, cabe la exclusión de esta o aquella obligación propia del contrato, su aligeramiento o agravación; pero el abandono de facultades, acciones o excepciones sin justificación alguna, sin reciprocidad, contraprestación o especialidad del contrato (p. ej., venta a riesgo y ventura, rebaja de precio, de saldos, etc.) no es eficaz en cuanto implica una renuncia de la ley.

Aplicando estas ideas a nuestra cuestión, puede concluirse que las cláusulas de exoneración pueden ser impugnadas por varios motivos; cuando el resultado a que se llegue choque gravemente con los principios de la justicia conmutativa (154) o con la buena fe (resolviendo

(151) DE DIEGO: *Dictámenes jurídicos*, 1958, II, Dic. 53, p. 367, 641. La autonomía amparada por el Derecho "no es omnímoda, sino que por razones superiores impuestas forzosamente para regular la convivencia, dentro de la sociedad civil, la restringen" y no puede admitirse con tal extensión que de ella resulte "quebranto grave de los principios morales que nos rigen" S. T. S. 4 julio 1953; también S. T. S. 10 diciembre 1959. Esta es la concepción de los redactores del Código: "la equidad y la buena fe son el alma de los contratos", GARCÍA GÓYENA, III, p. 9-10. Ya en D. 44, 7, 2, 3.

(151 bis) DE DIEGO: *Dictámenes*, II, p. 615.

(152) Arts. 1.258, 1.286, 1.257, 1.104. GARRIGUES lo ha advertido bien, así señalar la importancia de que una cláusula de condiciones generales contradiga la naturaleza del contrato. *Contratos bancarios*, p. 243, 244, notas 14 y 15. La jurisprudencia, en el mismo sentido, habla del "principio general de sanear la cosa vendida". S. 15 febrero 1958.

(153) Autores citados en la nota 148.

(154) DE DIEGO: *Dictámenes*, II, p. 609, y lo citado en nota 151.

según aconseje la justicia y equidad en el caso concreto) (155); cuando se deje prácticamente al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la prestación principal (156), y en el caso de que uno de los contratantes se desprenda simplemente de las acciones o excepciones que le corresponden. En todos estos supuestos va implícita una renuncia no permitida a la ley (156 bis) y, por tanto, será nula la cláusula que la contenga.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no parece mostrarse remisa en atribuirse el poder de vigilar la validez de las cláusulas contenidas en las condiciones generales y, en su caso, en declarar su ineficacia. Las ha fundado, según se nos dice, en la consideración de que, respecto de los efectos del contrato (art. 1.258), "en la determinación de estos efectos, podrá el juez buscar el Derecho objetivo superior a la voluntad de las partes (157) y que, en los contratos de adhesión el juez tiene un poder excepcional de interpretación" e incluso un poder de revisión para modificar el contrato en la parte injusta, doctrina muy a tono con el espíritu social que impregna gran parte de nuestra legislación (158). Mas sea cualquiera la base doctrinal utilizada, lo cierto es que ha declarado nulas, por ejemplo, cierta cláusula de exoneración total de responsabilidad inserta en un billete gratuito concedido por la RENFE (159), la de una Compañía de seguros por la que injustificadamente resultaba liberada respecto al asegurado (160) y otra más compleja de exoneración de responsabilidad por hechos propios y de sus corresponsales impuesta por el Banco Exterior de España (161).

---

(155) S. 31 mayo 1957 utiliza este criterio para negar aplicación a disposiciones del Código de Comercio en las que se amparaba el vendedor para excusarse de responder por haber entregado una mercancía (cerveza) en malas condiciones.

(156) En el mismo Derecho inglés, tan conservador y en el que se emplea ampliamente la máxima "caveat emptor" (tan poco equitativa), se ha puesto en duda la validez de cláusulas mediante las cuales uno de los contratantes pudiera negarse a cumplir la prestación esencial (la médula) del contrato: en todo caso, se le considera ineficaz "en el momento en que se sienta el menor olor de propósito ilegítimo", MELVILLE, *loc. cit.*, p. 31, 32, 37.

(156 bis) La S. T. S. 23 noviembre 1955, aunque referida a la nulidad de la renuncia a la acción por lesión "ultra dimidium" en Cataluña, utiliza argumentos de aplicación general: actuación próxima a la dolosa, abuso del derecho, enriquecimiento injusto.

(157) S. 10 diciembre 1959.

(158) S. 12 marzo 1957.

(159) S. 4 julio 1953. La cláusula decía: "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."

(160) S. 28 marzo 1956. Se había pactado que el asegurado perdería el derecho a la indemnización convenida para caso de incendio, cuando para justificar la preexistencia de los objetos siniestrados o al valorarlos exagera la cuantía de los daños.

(161) S. 23 diciembre 1954. La cláusula dice: "Declinamos toda responsabilidad por la pérdida de efectos y documentos en camino, por retraso en la presentación, devolución, aviso de cobro, reembolso de efectos cobrados y cual-

Además, han de citarse, en esta misma dirección, la serie de sentencias que han declarado la ineficacia de las cláusulas exonerando a los Bancos de responsabilidad por pagar cheques indebidamente (162) y por entregar, del mismo modo, lo recibido en depósito (163).

De lo dicho ha de deducirse que la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato individual que en el de encontrarse en unas condiciones generales (164). La especialidad de las condiciones generales reside en otra parte, en la peligrosidad intrínseca de este modo de proceder; pues, redactadas por una empresa o grupo de empresarios, es presumible se considere en ellas sólo el interés de éstos; prefabricadas, sin atender a ningún contrato concreto, quedan separadas, independizadas del contrato al que se les añada. Por todo ello, la agravación de responsabilidad impuesta al cliente y la exoneración de responsabilidades concedida al empresario, no pueden resultar justificadas por la especialidad del contrato concertado y hacen que, normalmente, se les pueda calificar como renuncia de leyes (165) y, en su consecuencia, como cláusulas nulas.

d) *La nulidad de la cláusula.*—Todavía será necesario tratar, aunque sea rápidamente y de paso, la cuestión de si la nulidad de una cláusula arrastra consigo la nulidad de todo el contrato de que forma parte (“vitiatur et vitiat”) o si, por el contrario, el contrato sigue siendo eficaz, aunque haya de serlo con la modificación de estimar como

---

quier negligencia de nuestros corresponsales; en estos casos, como en el recibir aviso de falta de aceptación o de cobro, quedan nuestros clientes obligados a efectuar, a nuestra petición, el reembolso correspondiente, si le hubiésemos concedido facilidades sobre el efecto de que se trate.”

(162) S. 28 febrero 1896, 3 febrero 1927, 16 enero 1928, 11 junio 1943.

(163) S. 24 diciembre 1906, 2 julio 1915, 18 marzo 1919, 16 enero 1929.

(164) En este sentido tienen razón quienes observan que es injusto dar distinto trato a unas mismas cláusulas, sólo por estar insertas en unas condiciones generales; MÖLLER: *Verhandlungen*, p. 38.

(165) No son confundibles renuncia a la ley y a los derechos. El Código permite expresamente la de éstos. Se refiere a los adquiridos (“iura quaesita”), entendiéndose por tales también los que se encuentren en una situación interina (comp. ya GÓMEZ, L. T. 22, § 2, p. 176, “ius de futuro ex causa de praesenti”, diferente del “merum ius de futuro”), pero no los derechos, acciones o excepciones que puedan conceder las leyes. No es posible disponer de lo que no existe (S. T. S. 2 abril 1949, 2 marzo 1959). Tampoco se permite obligarse a la renuncia de los dichos derechos, pues ello equivaldría a renunciar a las leyes que los concedan, variándolas de su contenido (S. 2 abril 1949). La distinción se encuentra en varios preceptos legales (p. ej., arts. 151, 640, 652, 655, 1102, 1935 C. c., art. 1 Regl. LAR), ha sido aplicada por el T. S. respecto a las relaciones de trabajo (S. 19 mayo 1924, 8 julio 1924, 21 octubre 1924, 28 enero 1926, 12 noviembre 1931, 14 mayo 1952), arrendamientos rústicos (S. 23 marzo 1936, S. (Soc.) 25 mayo 1959), arrendamientos urbanos (S. 30 marzo 1951, 18 diciembre 1952, 24 septiembre 1955) y derechos hereditarios (S. 2 abril 1949, 28 marzo 1958, 2 marzo 1959). Está permitida, en cambio, la renuncia de derechos adquiridos en virtud de reglas del Derecho imperativo, cuando como adquiridos hayan entrado en el patrimonio del beneficiario y éste no se encuentre ya en la situación de necesidad o desigualdad tenida en cuenta por la ley para protegerle (S. T. S. 19 mayo 1924, 17 febrero 1958).

no puesta la cláusula ("pro scripta non habetur") y como válido todo lo demás convenido ("vitiatur sed non vitiat").

La decisión que se adopte puede tener importancia práctica. El comprador que acepta la cláusula leonina por adquirir en momentos de escasez no se atreverá a impugnarla, si ello significa perder la posibilidad de conseguir la mercancía; como tampoco lo hará en los casos de contratos de suministros y otros semejantes. En cambio, si se mantiene la validez del contrato se facilita la impugnación de las cláusulas ilícitas.

Una y otra solución, matizadas con presunciones diversas, se han mantenido en los diferentes sistemas jurídicos (166). El Derecho español no ha repugnado nunca la figura de la nulidad parcial, como mutilación sanadora del contrato, y ha aceptado como regla el axioma del Derecho común, "utile per inutile non vitiatur". El Código la utiliza repetidas veces (167) y se ha estimado imprescindible para aplicar debidamente las leyes dictadas para proteger a los contratantes en situación de inferioridad económica o social (168) y la jurisprudencia, salvo una desviación ocasional (169), la utiliza constantemente (170). En los casos antes referidos ha considerado válidos los contratos y nulas las cláusulas abusivas de las condiciones generales (171).

(166) El Código civil alemán se inclina hacia la nulidad del contrato (§ 139), conforme a la regla de apariencia lógica: "unus actus non potest pro parte valere, pro parte non". La jurisprudencia y la doctrina han procurado reducir la eficacia del precepto para evitar las consecuencias más injustas; NIPPERDEY, *loc. cit.*, I, 2, § 202, 4, p. 867; cuestión que especialmente preocupa en el caso de las condiciones generales, LUKES, *loc. cit.*, p. 484 y ss; МРОЧН, p. 50 y ss.

En la doctrina francesa se considera aplicable el art. 1.172 de su C. c. (correspondiente a nuestro art. 1.116) y entiende que el contrato será en su totalidad nulo si constituye una unidad indivisible con la cláusula nula y que se mantendrá la validez del contrato en el caso que a pesar de la falta de la cláusula no se rompa la economía del contrato, RIPERT, BOULANGER, *loc. cit.*, II, § 695, p. 257; MAZAUD: *Leçons de Droit civil*, 1956, II, § 329, p. 257. Parece se confunde "conditio", que afecta directamente el fin del contrato (causa consentida), y condición (cláusula), que se refiere al contenido del contrato, a los derechos u obligaciones que gradúan (pero de las que no depende) la eficacia del contrato, respecto de cada contratante.

En el Derecho suizo hay una presunción en favor de la continuada validez del contrato (art. 20 C. de obl.). En el Derecho italiano se llega a resultados semejantes a los que ha obtenido la doctrina española, CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, p. 332 y ss.

(167) P. ej., arts. 400, 515, 636, 641, 654, 737, 786, 792, 793, 794, 814, 817, 820, 1.155, 1.170, 1.260, 1.508, 1.608, 1.826 C. c., según los entiende la doctrina.

(168) Aplicación de las Leyes de Usura, Contrato de trabajo, arrendamientos urbanos y rústicos, por ejemplo. También puede comp. lo dicho en *Derecho civil de España*, I, p. 599 y ss.

(169) Respecto a la interpretación del art. 3 de la Ley de 23 de julio 1943; comp. *Derecho civil de España*, I, p. 599-600, nota 7.

(170) Ultimamente, S. T. S. 25 enero 1955, 11 noviembre 1955, 17 mayo 1958.

(171) Citadas en notas 156 bis-163.

## V. UTILIDAD DE UNA REFORMA LEGISLATIVA

Como epílogo o complemento de lo tratado, parece insoslayable agregar, aunque también de prisa y someramente, unas indicaciones sobre la posibilidad y conveniencia de que se dictasen normas legales para reprimir con ellas los efectos perniciosos de las condiciones generales de los contratos. Efectos perniciosos que trascienden del daño que puedan inferir al particular, ya que desprestigian las leyes y hasta resultan perturbadoras para la economía nacional.

Es posible sostener que la reforma legislativa no es necesaria porque la jurisprudencia ha demostrado con sus sentencias que el control judicial sirve para reprimir los mayores excesos, aplicando debidamente las disposiciones vigentes. Mas a ello se ha podido objetar que, no obstante la sentencia que declara nula una cláusula, ésta seguirá siendo incluida en los formularios, ejerciendo así la consiguiente presión intimidatoria sobre el cliente (172), y que nadie puede asegurar que la jurisprudencia —como ha ocurrido en ocasiones— no vaya a cambiar de rumbo.

El legislador español ha estimado que la condena hecha por la más autorizada doctrina de la cláusula de cuenta corriente de efectos no bastaba, y ha considerado conveniente su expresa prohibición en el articulado de una ley (173).

Entre los autores, también se advierte el anhelo por la seguridad que da la ley. Después de haberse señalado los abusos e injusticias que se cometen al amparo de la libertad de contratación, se nos dice: “Las facultades amplias concedidas a los tribunales en materia de préstamos u operaciones usurarias merecían ser generalizadas a toda clase de convenciones, para disponer de un medio de reducir obligaciones excesivas o declarar ineficaces cláusulas draconianas, y cortar, en una palabra, los abusos que puedan cometerse a la sombra de la contratación” (174).

El Código civil italiano dedica unos artículos a las condiciones generales (art. 1,341) y a los contratos concluidos mediante módulos o formularios (1,342). La principal garantía en favor de la clientela se busca en la exigencia de que consten específicamente aprobadas por escrito aquellas cláusulas que enumera, es decir, las estimadas generalmente como peligrosas o vejatorias. El propósito fué proteger a la parte más débil en la contratación; el resultado ha sido —se nos advierte— más bien favorable a los empresarios (175). La explicación del despropósito, se dice, se encuentra en que al llevarse a cabo la redacción se contaba con la regulación justa que a la industria y al comercio impondría el sistema corporativo, después desaparecido (176).

(172) Como ha señalado HILDEBRANDT: *Verhandlungen*, p. 31.

(173) Art. 4.º de la Ley de 23 de febrero 1940.

(174) CASTÁN: *loc. cit.*, III, p. 304; MROCIL, p. 40.

(175) Comp. GENOVESE, p. 158 y ss. También lo citado antes, en la nota 88.

(176) MARZILI, *loc. cit.*, p. 135.

La doctrina italiana no parece satisfecha y se han hecho propuestas para la reforma del Código en esta materia (177).

En Alemania, la ley contra la limitación de la concurrencia, de 27 de julio de 1957, contiene alguna referencia a las condiciones generales. La prohibición de los "cartels" no se extiende a los acuerdos para conseguir la uniformidad de las condiciones generales; mas la existencia de dichos acuerdos habrá de ponerse en conocimiento de la autoridad y ser ellos inscritos en el registro de "cartels". Los proveedores y presuntos clientes habrán de ser citados antes, para conocer su opinión sobre las condiciones; tal opinión, redactada por escrito, deberá adjuntarse a la notificación hecha a la autoridad. Esta puede oponerse a su ejercicio si las condiciones son abusivas o contrarias a lo dispuesto en los Convenios internacionales firmados por Alemania (artículo 2), "las empresas dueñas del mercado" (monopolios), diápolios u oligopolios pueden ser intervenidos por las autoridades sobre "cartels" "cuando, al celebrar contratos sobre mercancías o servicios, tales empresas utilicen abusivamente su posición sobre el mercado de la oferta y demanda, de los precios o para el establecimiento de condiciones generales de los negocios" (art. 22).

De "lege ferenda" se ha pensado en un precepto que diga: "Las disposiciones que una parte introduzca para completar el contrato individual (condiciones generales de los contratos) serán ineficaces cuando disminuyan inequitativamente los derechos de la otra parte" (178). Se ha propuesto también dar carácter imperativo a ciertas reglas del Derecho de obligaciones (179), o bien hacerlas semi-imperativas, es decir, que obliguen al empresario pero no al cliente (180), o también darles valor de irrenunciables, en caso de tratarse de contrato hecho conforme a formulario o cláusulas generales y de permitir su renuncia en el supuesto de contratos individuales (181). En fin, y para terminar esta enumeración, ha de señalarse que, últimamente, se ha dado forma a la tendencia doctrinal más moderna, sugiriendo se lleve a la parte general del Código civil un artículo que diga: "Las condiciones generales de los contratos serán eficaces sólo en cuanto las desviaciones en ellas contenidas respecto a la regulación legal, estén justificadas por lo especial de la situación" (182).

En cambio, en general, la doctrina no se muestra partidaria de la intervención administrativa (salvando la referente a bancos, seguros, transportes y exportación), por temor a que ponga en peligro la liberalización del comercio (183).

Estas notas apresuradas e incompletas pueden bastar por ahora:

(177) DOSETTO, *loc. cit.*, p. 136 y ss.

(178) STOLDT: *Verhandlungen*, p. 15; MROCH, p. 41.

(179) Como se practica en los Convenios Internacionales. MROCH, p. 42.

(180) MÖLLER, *id.*, p. 22; RAISER, *id.*, p. 26.

(181) RAISER, p. 26; MROCH, p. 43.

(182) MROCH, p. 49.

(183) *Verhandlungen*, p. 22, 27, 37; MROCH, p. 28 y ss.

la cuestión de "lege ferenda" excede del ámbito de este estudio, pues requiere considerar la realidad social y económica, oír a los interesados y, en fin, proceder con la lentitud y prudencia que es siempre necesaria para determinar la oportunidad y el contenido de una reforma legislativa.

## CONCLUSION

Ahora, al estar terminando, al fin, este discurso, y volver la mirada atrás, se puede observar que iniciado como disquisición teórica ha ido adquiriendo los caracteres de un hipotético dictamen, a la imaginada consulta de aquellos compradores de una trilladora y de unas cajas de huevos. Esta semejanza me permite que, al concluir, lo haga de manera también parecida a como acaban los dictámenes, diciendo: éste es mi parecer, que, con gusto, someto al más ilustrado de la Academia.

