

La renuncia de derechos y la buena fe contractual en el ámbito de las normas imperativas de protección

MARGARITA JIMÉNEZ HORWITZ

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

La lógica contractual adquiere matices característicos desde que la buena fe deviene el baremo de referencia de la justicia inter partes. La autonomía privada debe medir de continuo sus fuerzas con esta razón que se expresa de forma especial en la ley. Se podría decir que la regulación legal marca el ritmo de la protección del consumidor. Por una parte, la buena fe se realiza necesariamente en las normas imperativas de ratio proteccionista. Y en este sentido característico la renuncia a los derechos que vienen dados en el lote legal es nula. Por otra parte, el criterio judicial no se entretiene demasiado en decidir la razón de buena fe que justifica las desviaciones del Derecho dispositivo. Con un criterio de comodidad prefiere el equilibrio que viene dado en la norma, ajustando el reparto de derechos y obligaciones a la cuadrícula legal. El derecho dispositivo deviene así tendencialmente imperativo en detrimento de otras variables del contrato de buena fe que vengan dadas en las condiciones generales de la contratación o, incluso, en la negociación con los consumidores.

SUMARIO: *Introducción. 1. La renuncia a los derechos legales: detonante de la buena fe y sus razones derivadas.-2. Normas sustancialmente imperativas y normas dispositivas de eficacia proteccionista.-3. El contrato de buena fe y la realización tendencial del orden legal: 3.1 Las primeras apariencias y la interpretación de buena fe. 3.2 La sentencia del TJCE de 1 de abril de 2004. 3.3 Hacia la moderación de criterios.-4. La ratio de buena fe de las normas sustancialmente imperativas: artículo 4 de la LGVBC.*

INTRODUCCIÓN

El Derecho de los contratos ha sufrido transformaciones sorprendentes en el intento de realizar una protección especial y característica del consumidor. En esta tarea no se han escatimado esfuerzos. El contrato se somete, por sistema, a un control de calidad o validez que detecta los desequilibrios en perjuicio del consumidor y reconduce el intercambio a un orden adecuado, justo o, mejor dicho, ajustado a los recíprocos intereses de las partes contratantes. Sobre estas razones no es necesario insistir mucho porque significan ya doctrina arraigada en el Derecho privado europeo. Pero la tarea de pensar hacia delante con la intensidad que impone el ritmo de *europaización*, el trabajo de construir y sistematizar los nuevos conceptos y su propio lenguaje, requiere un esfuerzo tan grande que van mermando las fuerzas para mirar hacia atrás. Y puede caer en el olvido, incluso, la ratio de equilibrio recíproco que fue el motor de los cambios. A poco que se aprenda por inercia la protección del consumidor, puede ocurrir el perjuicio de las expectativas también legítimas del otro contratante. Las exigencias de la buena fe se estiran tanto de un lado, con criterios jurídicos rigurosos y asépticos, que, al menor descuido, el contrato puede acabar en un equilibrio formal de derechos y obligaciones que, en realidad, significa un desequilibrio económico del otro lado. En particular, la práctica jurídica ha aprendido a realizar linealmente el Derecho dispositivo en salvaguardia del interés del consumidor. El clausulado de condiciones generales que se aparta de la cuadrícula legal deviene nulo sin más consideraciones. De esta suerte, el contrato se limpia con facilidad del contenido anormal y el espacio libre lo retoma por entero el orden legal. Es como si el Derecho dispositivo resultase imperativo como santo y seña del contrato de buena fe. La sentencia del TJCE de 1 de abril de 2004 expresa este peligro. Sus argumentos predicán al respecto moderación en la forma de entender la función proteccionista del Derecho dispositivo y, al mismo tiempo, un concepto abierto del contrato de buena fe que realice, en verdad, un equilibrio a medio camino entre los intereses de ambos contratantes. Se puede apreciar también un reencuentro de la jurisprudencia comunitaria con la lógica del precio que permite retomar posiciones más templadas, o si se prefiere, más realistas, en la valoración del equilibrio contractual. Todo ello resulta sugerente y explica el esfuerzo de acercarnos a la sentencia desde atrás, y despacio, recorriendo el camino ya andado en la materia, en el intento de aprender razones equilibradas, de buena fe, que

permitan justificar en el centro aquellos devaneos extremos hacia el lado del consumidor.

El control del contrato puede significar un orden todavía más estricto marcado *ab initio* por las normas sustancialmente imperativas. La palabra consumidor se llena entonces de razones de justicia contractual definitivas que predicen un recorte tan extremo de la iniciativa privada que impide, incluso, el intento de un primer esbozo del contrato que prescinda de los imperativos legales. Y cada vez con más intensidad. Se está perdiendo la timidez del primer momento. La norma imperativa actúa bloques compactos de remedios con un rigor tan extremo que los pretendidos derechos más bien recuerdan el trazo de un régimen impuesto al consumidor. A poco que se levante el barniz proteccionista se descubre con sorpresa cómo la norma termina jugando las cartas del profesional o empresario. Más concretamente, en la reciente reforma legal de la venta de bienes de consumo, el elenco de derechos que, con carácter imperativo, le vienen dados al consumidor significa, finalmente, un orden jerárquico en la forma de actuar los remedios del incumplimiento que realiza el interés del vendedor. También esta perspectiva sugiere que averigüemos las verdaderas razones del equilibrio impuesto por la ley, o, si se prefiere, las verdaderas razones que subyacen bajo el eslogan proteccionista de la ley.

1. LARENUNCIA A LOS DERECHOS LEGALES: DETONANTE DE LA BUENA FE Y SUS RAZONES DERIVADAS

El profesor De Castro explicó hace ya bastante tiempo los peligros de la llamada renuncia a las leyes¹. Advirtió, en particular, que los pactos que excluyen o limitan el Derecho dispositivo significan un instrumento apropiado para realizar un perjuicio injustificado de las expectativas del consumidor. El contratante más fuerte impone al otro contratante un recorte a la baja de los derechos que le vienen dados en la ley, sin otorgarle a cambio de ello compensación alguna u otorgándole una compensación insuficiente que sigue realizando un desequilibrio objetivo². Y todo ello recubierto con la legitimación que otorga el dogma de la voluntad negocial, reforzada, además, por la gran obra de la pandestística alemana. El Dere-

¹ «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario Derecho Civil*, 1961, pp. 296-340.

² En este sentido característico se habla de renuncia de derechos. Pero, en realidad, y como tendremos ocasión de explicar, significa más bien una modificación del contenido contractual que limita a la baja el régimen legal y no una auténtica renuncia de derechos.

cho dispositivo se identifica con las normas de mera eficacia supletoria. «Puede ser barrido *in toto* por la voluntad de las partes»³. El límite institucional de la renuncia a la ley tiene su trazo en la estrecha franja de las normas imperativos (art. 1255 del Código civil). Solamente en este pequeño reducto del Derecho de los contratos, la renuncia a la ley deviene ilícita.

Así, con buenas maneras, respetando formalmente las reglas bien trabadas del sistema, el contrato se vacía de contenido en perjuicio de un contratante para provecho de otro. Esta maniobra es todo un clásico de la historia moderna del contrato. Los mismos dogmas que legitimaban el sistema encerraban la trampa. La voluntad ilimitada de un grupo social poderoso (empresarios o profesionales) emplea la forma de contrato para desplazar el derecho legislado en propio interés y en perjuicio del llamado contratante débil. En particular, las condiciones generales de la contratación significan un procedimiento privilegiado para realizar la imposición de cláusulas abusivas. Las debilidades del propio mercado se desdoblán en debilidad contractual del consumidor⁴. El adquirente de bienes y servicios alcanza sólo a realizar la pesada de las variables esenciales del intercambio: precio-contraprestación («la cosa y la causa», art. 1262 CC) y abandona en manos de la otra parte la organización de los derechos y obligaciones recíprocos que concretan y aseguran (o, mejor dicho, deberían concretar y asegurar) la realización efectiva de aquella proporción⁵. En este sentido característico la situación de inferioridad significa dos cosas: falta de información e imposición. Como no puede soportar los costes económicos de la información, el consumidor no negocia ni consiente el entramado de derechos y obligaciones; simplemente se adhiere al paquete cerrado hecho por el profesional o empresario (condiciones generales y cláusulas predisuestas). Termina así aceptando a ciegas las decisiones contractuales tomadas por la otra parte en propio interés. Y aún cuando fuese consciente del perjuicio que encierra la

³ De CASTRO, *op. cit.*, p. 333.

⁴ Las impurezas del mercado terminan enturbiando los presupuestos de la contratación tal y como habían sido concebidos en el sistema codificado. En la medida en que las disfunciones del mercado se van corrigiendo por sí mismas o con medidas intervencionistas adecuadas, la situación del consumidor tiende a mejorar. En otras palabras la realización acertada de la competencia reduce tendencialmente el ámbito institucional del Derecho proteccionista.

⁵ Esta forma de hacer las cosas no es, en realidad, una novedad definitiva. Es decir, en muchas ocasiones, las más que las menos, no se negocia el contenido del contrato. Con una tendencia hacia la comodidad jurídica, se deja que el Derecho dispositivo realice su función característica. El problema surge cuando el orden legal es sustituido por el procedimiento de imposición de contenidos que vienen dados unilateralmente por una de las partes contratantes en un paquete cerrado de condiciones generales y que justamente realizan un perjuicio sistemático del interés del adherente.

propuesta empresarial, y la lógica del propio interés lo empujase a buscar otras ofertas de condiciones contractuales más beneficiosas, en más de una ocasión, no podría decidir en este sentido; sencillamente, no hay una alternativa razonable a adherirse a las condiciones generales, porque no es eficiente comparar previamente a decidir. Esta forma o procedimiento de contratar actúa la llamada crisis del sistema. Ya se sabe el estribillo: el contrato realiza, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

El criterio doctrinal tomó buena nota de estos peligros. A raíz de los estudios sobre condiciones generales, y, sobre todo merced a la obra de Raiser⁶, las tornas cambian en la caracterización del Derecho dispositivo. La regulación legal de los contratos no se concibe ya como un derecho marginal, de mera eficacia supletoria. Significa algo más. «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»⁷. Este criterio de normalidad deviene una razón de justicia contractual, al mismo tiempo. El Derecho dispositivo realiza la naturaleza misma de los contratos onerosos. Expresa la «justicia conmutativa» (reciprocidad de prestaciones e intereses) que es la que debe informar las relaciones contractuales. Significa un equilibrio de buena fe. O, si se prefiere, la buena fe se expresa de manera privilegiada en el Derecho dispositivo. Por esto mismo, en aquellas formas de contratación sospechosas de realizar un perjuicio sistemático del llamado contratante débil, el orden legal se concibe como un modelo de referencia⁸. Se convierte en una especie de zona de resistencia. Para igualar la legitimación que lo envuelve es necesario actuar otra ratio de buena fe.

Entre nosotros introduce estas ideas el profesor De Castro. Manejando con agilidad la doctrina alemana, organiza un salto espectacular por encima de las cláusulas que realizan un desequilibrio contractual en perjuicio del consumidor para alcanzar de nuevo el terreno seguro del orden legal. Se produce un mestizaje característico entre el Derecho dispositivo y el contrato de buena fe que desemboca en un juicio de validez del contenido contractual. Las desviaciones del régimen legal levanta sospechas que exclusivamente se desvanecen si existe una causa de justificación que man-

⁶ *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1935.

⁷ De CASTRO, «Las condiciones generales...», cit, p. 334.

⁸ El Derecho dispositivo deviene así parámetro de referencia para el control de contenido de los contratos. (Di Majo, «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Studi in onere di Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, pp. 99 ss).

tenga el contrato en las proximidades del orden legal y, en cualquier caso, dentro de los márgenes de la buena fe. La renuncia a la ley exige, pues, una explicación bien acabada. El contenido contractual que no alcanza esta justificación deviene ilícito y esto, la nulidad y el retorno al Derecho dispositivo es todo una misma cosa ⁹.

La ratio de la nulidad es la propia del orden público de protección. El contrato retoma el orden legal en salvaguardia del interés del consumidor. De esta suerte, «imperativamente», se realiza un orden contractual de buena fe ¹⁰. Y entiéndase bien el discurso. Las exigencias del principio de buena fe o de justicia conmutativa no cristalizan por completo en el Derecho dispositivo que sólo significa un parámetro de referencia para el control del contenido y la integración del contrato. El equilibrio contractual se expresa de manera privilegiada en el régimen legal. Por esto mismo se sospecha de la renuncia. Se podría hablar de una presunción de perjuicio que actúa la nulidad. Aunque todavía cabe la oportunidad de desactivar aquella presunción y sus efectos demostrando una justificación que compense el perjuicio potencial de la renuncia con otra ventaja contractual o contraprestación. No abundo más por ahora en esta cuestión, situada en el centro del debate sobre el control de contenido del contrato, porque tendremos ocasión de volver a reflexionar sobre ella en el comentario de la sentencia del TJCE 1 abril 2004. Pero sí me interesa subrayar cómo el discurso de De Castro admite desviaciones *justificadas* del régimen legal. Igualmente me interesa destacar cómo la *justificación* se refiere a razones de justicia conmutativa o de reciprocidad de intereses que expresan un equilibrio contractual hecho de matices jurídicos y económicos, al mismo tiempo.

Las explicaciones del profesor De Castro se sitúan, pues, en la vanguardia del Derecho moderno. Abre camino en nuestro ordenamiento a la idea de que el contrato debe hacerse y cumplirse conforme a las exigencias de la buena fe para alcanzar un orden legítimo, adecuado, justo, equitativo, o como se quiera decir ¹¹. Y

⁹ Cfr. las sugerentes reflexiones de DE DIEGO (*Dictámenes jurídicos*, 1958, II., dic. 53, pp. 367 y 641) y DE CASTRO («Las condiciones generales...», *cit.*, p. 335, nota 151).

¹⁰ La conexión entre las razones de la buena fe y el concepto de orden público se manifiesta con más firmeza en un segundo trabajo de DE CASTRO («Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía privada», *Anuario de Derecho Civil*, 1982, pp. 1058, 1061 y 1062).

¹¹ A partir de finales del siglo XIX, el contrato deja de ser un acto sellado por el consentimiento de las partes. Sobre el orden tradicional, se empiezan a escribir otros órdenes para alcanzar un equilibrio objetivo que salvaguarde el interés del consumidor o parte débil de la contratación. La buena fe en su amplia gama de colores y matices deviene remedio de santo de todos los males. Allí donde la autonomía privada no funciona, allí donde el contrato significa un perjuicio injustificado para el más débil, se vierte esta pócima mágica. La interpretación adquiere un sentido a «favor del adherente», las carencias del consentimiento

con esta idea particular se matiza el sentido de una amplia gama de conceptos generales (orden público, buenas costumbres, equidad o justicia contractual) que actúan la protección del consumidor. No se pretende, desde luego, una equivalencia justa entre el precio y la contraprestación. La justicia de los precios la fija el mercado. Sólo se quiere que el contrato, en su normal ejecución, realice las expectativas que el contratante expresamente ha previsto o puede fundadamente esperar según criterios objetivos de referencia (ley, usos y prácticas jurídicas de buena fe). Esto se puede adjetivar de una manera u otra: se puede hablar, insistimos, de la lógica onerosa o de obligaciones recíprocas causalizadas, o, incluso, retomar el concepto de justicia conmutativa. Pero, prescindiendo de los matices dogmáticos de cada forma de decir, permanece aquel significado. La buena fe realiza, pues, con distintas armas jurídicas, un orden contractual objetivo¹². Si tiramos un poco del hilo, podemos, incluso, alcanzar la idea fundamental que rige los cambios y cierra el sistema. Lo razonable o conforme a la buena fe es lo normal en un mercado eficiente y competitivo. La buena fe contractual termina jugando así las cartas del mercado. Casi sin ruido, por la puerta abierta de la buena fe, la «justicia contractual» deviene «justicia de mercado»¹³.

to de una de las partes (falta de información o información inexacta en la contratación) se suplen imputando deberes de información a la otra, el comportamiento desleal se sanciona bajo el estandarte de las más variadas fórmulas jurídicas (abuso de derecho, retraso desleal, *culpa in contrahendo*, *exceptio doli*, *venire contra factum proprium*), la obligatoriedad del contrato se extiende al «contenido natural» delimitado por el derecho dispositivo, los usos y la costumbre; las cláusulas abusivas se «borran» y se vuelve a escribir sobre ellas un orden contractual razonable, e, igualmente, el contrato se modifica para corregir el desequilibrio sobrevenido por el cambio de circunstancias (*clausula rebus sic stantibus*); en fin, en determinados supuestos, el contrato continúa en «tiempo de prórroga». La buena fe aprende a batallar en todos los frentes. Con astucia, con unas armas u otras, encontrando más o menos resistencia en la tradición, los distintos sistemas jurídicos europeos alcanzan formas de hacer y re-hacer el contrato de buena fe. Y algunas de ellas alcanzan, incluso, una caracterización conceptual y funcional propia, y terminan por independizarse de la cláusula general de la buena fe (*flown the nest*). Entonces para justificar una solución basta la regla particular, aunque todavía el vínculo de origen marca el sentido de la interpretación y aplicación de la norma. Con unas técnicas u otras, tirando de aquí y allá, desde lo general a lo especial (*herunterkonkretisiert*), e, incluso, aprovechando los triunfos particulares para reorganizar lo general con bases más firmes, se gana la batalla de protección del consumidor. ZIMMERMANN Y WHITTAKER, *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 676; MATTHIAS E. STORME, «Good faith and contents of contracts in European private law», en *Bases de un Derecho Contractual Europeo*, ed. Espiau Espiau y Vaquer Aloy, Valencia, 2003, pp. 17 ss.

¹² Esto es lo que significa precisamente integrar el contrato con razones de buena fe hasta extender la obligatoriedad del mismo a lo que se viene denominando el «contenido natural». Se trata entonces de «contenidos no pactados ni tampoco previstos en normas dispositivas y que, sin embargo, forman parte de lo que razonablemente cabe esperar como conjunto de derechos y obligaciones» PASQUAU LIAÑO, «Comentario al artículo 1258 del Código civil», en *Jurisprudencia Civil Comentada*, Granada, 2000, p. 2149.

¹³ Es oportuno aclarar que el entendimiento del contrato como una regulación justa de intereses no representa solamente la respuesta de la doctrina a un problema científico,

Sin duda todo ello trae consigo una nueva forma de entender el contrato. Significa un nuevo orden. Pero todavía el contrato con un consumidor realiza, o está llamado a realizar, la lógica esencial o mínima de cualquier contrato. El intercambio contractual siempre actúa, o debería actuar, la realización de utilidad a dos bandas. Un mercado eficiente necesita un modelo de contrato que no presente obstáculos innecesarios para tal fin. Si la autonomía privada no da la talla de la eficiencia contractual se buscan otras formas de hacer el contrato. Los cambios del sistema adquieren así un sentido particular, más matizado. Fundamentalmente sólo varía la forma de organizar el intercambio: desde un entendimiento netamente subjetivo y voluntarista, desde un sistema que se abre y se cierra con la llave maestra de la autonomía privada, se evoluciona hacia otras formas más objetivas de organizar los intereses en juego¹⁴. «Por ello cabe concluir que lo que está en crisis no es la idea de contrato, ni su más profunda base, sino *la figura contractual tradicional, la que vive en el seno de nuestro vigente Código civil; esta es la que ha sufrido una desfiguración tal en su fisonomía, que sería hoy imposible reconocer en ella la que fue antiguo vehículo del principio de la autonomía privada de la voluntad*»¹⁵. Las razones de la buena fe contractual desembocan, pues, en un orden primario. Cuando se pretende un equilibrio contractual «conforme a la buena fe», o «razonable», se quiere precisamente aquella razón esencial del intercambio. Se quiere alcanzar la utilidad *inter partes* que la iniciativa privada no sabe hacer.

sino que implica también una precisa decisión de política económica que la misma vertiente conceptual del contrato cierra y consolida. El elogiado interés de hacer justicia estaba comprometido, no obstante, desde el principio. La toma del mercado como parámetro de referencia sellaba la trampa. El orden contractual se corrige y ordena fundamentalmente con parámetros de mercado. Y sin mucho esfuerzo se comprende que el triunfo de la lógica económica –de la eficiencia– tiene también sus tributos desde otras perspectivas. Basta con asomarse un poco fuera del sistema para atisbar algunos peligros. Al menos se puede intuir que la protección cerrada y tajante del consumidor con aquellas razones puede llegar a dejar en el olvido la política social de protección del *no consumidor*. Se puede llegar a pensar, incluso, en una utilización interesada de conceptos que suenan casi a gloria celestial a modo de legitimación del sistema (protección de la parte débil, justicia contractual, buena fe). Descubiertas todas las razones, considerando los intereses del *no consumidor*, el discurso empieza a ser menos justo y más problemático. Así lo aprecia LIPARI, «Utilización del contrato y disciplina de los negocios», en *Derecho Privado: un ensayo para la enseñanza*, Bolonia, 1980, pp. 361 ss.

¹⁴ Para los diversos significados que asume el contrato, puede consultarse SCHLESINGER, «Completità del procedimento di formazioni del consenso ed unità del negozio contrattuale», *Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1964, pp. 1352 ss.

¹⁵ GORDILLO CAÑAS, *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*, Madrid, 1975, p. 121. La cita de GORDILLO se refiere también expresamente a la opinión de MARTÍN PÉREZ (*Estudios sobre el Derecho Privado y sus transformaciones actuales*, Barcelona, 1959, p. 602). Nosotros en el texto hemos destacada en cursiva esta última opinión para que se conozcan mejor las respectivas aportaciones.

Después de este largo recorrido por las razones de la buena fe contractual debemos reconocer que el contrato, en su nueva andanza, ha llegado bastante lejos. Sin perder su esencia, con más o menos dificultad según los tramos, ha conseguido salir del círculo cerrado que había marcado el dogmatismo en la forma de entender y actuar el principio de autonomía privada. El contrato se hace permeable a razones objetivas en el intento fundamental de escapar de las trabas heredadas para proteger al consumidor. Todas estas razones y pretensiones estaban ya presentes, insistimos, en el discurso de De Castro que, incluso, va más allá, y vaticina una razón general de buena fe que trasciende la protección del consumidor. La validez de los pactos entre particulares, la validez de cualquier contrato, se somete a esta razón principal que, bajo el estandarte del concepto de orden público, pasa a integrar las filas de los límites de la autonomía privada (art. 1255 del Código civil) ¹⁶. La buena fe marca el orden general del sistema. El modelo europeo de contrato que se está construyendo está impregnado por completo de esta lógica ¹⁷. Otra cosa distinta es que las exigencias de la buena fe adquieran matices característicos allí donde la imposición de contenidos realiza un perjuicio sistemático del interés de una de las partes contratantes.

¹⁶ DE CASTRO, «Las condiciones generales...», *cit.*, p. 337.

¹⁷ Las razones de la buena fe presiden por completo la lógica de los Principios Unidroit y el intento sistemático de los Principios Lando. De principio a fin, el contrato debe conformarse a sus exigencias. En los principios Unidroit, la buena fe o el criterio de la corrección o de lo razonable se mencionan al menos once veces: artículo 1.7, como un deber general de comportamiento en las transacciones internacionales; artículo 2.1.15, como fuente de responsabilidad precontractual; artículo 2.1.16, a propósito de la divulgación o del uso de información adquirida en los tratos preliminares; artículo 2.1.18 a propósito de la modificación del contrato en una forma particular distinta a la forma escrita; artículo 2.1.20 a propósito de la cláusula sorpresa en contrato standard; artículo 3.10 a propósito de la corrección del equilibrio económico o jurídico del contrato; artículo 4.8, como criterio de integración de las lagunas del contrato; artículo 5.1.2, como fuente de obligaciones contractuales implícitas; artículo 5.1.3, en cuanto criterio de la cooperación de las partes en la ejecución del contrato. Y en los Principios Lando existen referencias explícitas de aquellos criterios, al menos, diecisiete veces: artículo 1:102, como límite de la libertad para determinar el contenido del contrato; artículo 1:106, como criterio hermenéutico de interpretación e integración de los Principios; artículo 1:201, como criterio general de comportamiento en el ámbito contractual; artículo 1:302, como parámetro de lo razonable; artículo 1:303, como criterio de la relevancia de las comunicaciones entre las partes; artículo 1:305, como criterio de responsabilidad por hecho del tercero; artículo 2:301, como fuente de responsabilidad precontractual; artículo 4:103, como criterio de imputación del error; artículo 4:106, como fuente de imputación de responsabilidad por la información incorrecta que no da lugar a un error esencial; artículo 4:107, como medida del dolo omisivo; artículo 4:109, como criterio de corrección del desequilibrio económico del contrato; artículo 4:110, como criterio para realizar el equilibrio jurídico del contrato; artículo 4:118, como límite de validez de las cláusulas que excluyen o limitan los remedios por error o información incorrecto; artículo 6:102, como fuente de cláusulas implícitas; artículo 6:111, como criterio para moderar la cuantía de la indemnización por los daños sufridos por el cambio sobrevenido de circunstancias. Y si a estas diecisiete menciones añadimos los términos que expresan una razón general de justicia, equidad o confianza obtenemos un orden, por completo, de buena fe.

En estos ámbitos particulares, la intensidad del problema exige del ordenamiento jurídico respuestas puntuales y bien pensadas; más articuladas. Ello ha propiciado sin duda ciertos espejismos que enturbian en ocasiones el criterio de decidir el ámbito de actuación de las exigencias de la buena fe, cerrando en falso el sistema alrededor de las condiciones generales y, más concretamente, reduciendo todavía más su alcance bajo el extraño embrujo que el concepto de consumidor ha llegado a ejercer en la ciencia jurídica moderna. Lo especial no deja andar camino hacia lo general¹⁸.

2. NORMAS SUSTANCIALMENTE IMPERATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS DE EFICACIA PROTECCIONISTA

Este armazón de razones sobre la buena fe enlaza con una práctica habitual y consolidada en la legislación de carácter proteccio-

¹⁸ Los estudios históricos dan razón de que las exigencias de la buena fe trascienden la problemática de la protección del consumidor y alcanzan de pleno a todo el sistema contractual. En este sentido característico la autonomía privada emprende un movimiento global y definitivo hacia razones de justicia objetiva. Este proceso de cambio, como decimos, se generaliza, rebasando la frontera artificial que se ha querido levantar sobre el concepto de consumidor. En primer lugar, antes de que existiese legislación proteccionista del consumidor pensada en clave de buena fe, muchos ordenamientos de nuestro entorno jurídico habían desarrollado recursos o remedios contractuales que se aplicaban, y se siguen aplicando, con carácter general, sin detenerse en aquel límite subjetivo. Ahí está el Ordenamiento alemán para enseñar estas avanzadillas del contrato de buena fe. Antes de la legislación especial en materia de condiciones generales, se realizaba ya un control judicial amplio de cláusulas abusivas que alcanzaba también las relaciones entre empresarios y profesionales, actuando la prueba del artículo 138 del BGB o estirando las razones del artículo 242 BGB; y hoy por hoy se oyen voces que predicán las palabras de *Baldus de Ubaldis*: la buena fe es más necesaria entre aquellos que contratan más (WHITTAKER and ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 7019). En otros países las avanzadillas históricas han sido más modestas porque han encontrado mayores lastres en la particular tradición jurídica. Desde esta perspectiva el paradigma es el Derecho inglés. Por una parte, no conoce un principio que, con carácter general, establezca el deber de hacer y cumplir el contrato de buena fe y además, por si acaso aquella particularidad no fuese ya por sí misma una dificultad mayor, la tradición anglosajona ha respetado de forma estricta el principio *pacta sunt servanda*. Los inicios fueron, por tanto, difíciles. Los tribunales realizaron esfuerzos para impedir el uso abusivo de las cláusulas de exención o limitación de responsabilidad, sobre todo, en el ámbito del incumplimiento esencial del contrato. La particular relevancia que alcanza el abuso en estos casos ayudaba a crear una conciencia judicial pretoriana. Pero el espectro de los dogmas se hizo sentir a través del propio criterio de la Cámara de los Lores que todavía, en un primer momento, se resistía a la modernización del sistema y seguía predicando a pies juntillas la realización puntual del acuerdo contractual. Naturalmente, después, poco a poco, el propio peso de la problemática fue incentivando el cambio hacia el orden de buena fe. La práctica judicial aprendió a estirar el concepto de fraude o a interpretar de forma interesada la voluntad de las partes; y cuando estos remedios ya no daban más de sí, realizó, incluso, juegos con el sistema, sacando a relucir el concepto de cláusula contractual implícita (*implied terms*). En fin con unas armas u otras, cada ordenamiento jurídico tiende a generalizar la lógica de la buena fe. Vid. Lando y Beale, *Principios de Derecho contractual europeo...*, *cit.*, p. 289.

nista de una de las partes contratantes: en la medida en que los pactos, cláusulas o condiciones contractuales modifiquen las normas legales favorables al consumidor, reciben la sanción de nulidad. Es decir, no son válidas y, por lo tanto, se tendrán por no puestas. La norma realiza imperativamente un orden de buena fe. En un sentido muy próximo se habla de derechos irrenunciables o de nulidad de la renuncia previa de derechos. Pueden encontrarse normas de esta familia, con expresiones más o menos similares, en todos los ámbitos normativos que actúan una protección especial del consumidor¹⁹.

Esta tendencia legislativa refleja a las claras una nueva forma de entender y hacer el contrato. El sistema tradicional consideraba las normas contractuales de carácter imperativo con una ratio excepcional de protección de intereses también extraordinarios –o si se prefiere, extra-contractuales que traducen imperativos de política social y económica ajenos a la lógica prestacional (libertad de pensamiento, libertad de expresión y asociación, derecho a la intimidad y a la vida familiar, derecho a la no discriminación por razón de sexo, raza, creencias religiosas o edad, política de protección de la vivienda, política social de protección de la empresa agrícola y familiar, derecho a la vivienda, derechos de los menores...). En cambio, las normas de protección del consumidor realizan una intervención normalizada en el contrato que concreta y predetermina intereses netamente prestacionales. La palabra consumidor se llena de toda la simpatía que despierta la debilidad social y se convierte así en la mejor justificación de aquella intervención imperativa en lo que hasta ahora venía siendo el reducto institucional de la autonomía privada.

Naturalmente lo que se predica es una imperatividad de mínimos; en consecuencia es nula la modificación del régimen legal que se haga a la baja, y no la que se haga al alza. El propio enunciado de algunas normas deja expresamente abierta la puerta a una mejora del régimen legal, cuidando de precisar la legitimidad de las cláusulas contractuales más beneficiosas para el consumidor²⁰. Es decir, la ley señala un orden que considera beneficioso para la

¹⁹ Artículos 9 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles; 11.4. de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados; artículo 48 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista; 14 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazo de Bienes Muebles; 2.1. de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre Derechos de Aprovechamientos por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico; 3 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo de Crédito al Consumo.

²⁰ Artículos 9 de la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Contratos Celebrados fuera de Establecimientos Mercantiles y 3 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

parte a quien intenta proteger e impide, bajo la sanción de nulidad, que sea sustituido por otro que desconozca o merme aquellos beneficios; pero no prohíbe el régimen que los amplíe. La razón de protección de la norma choca con el régimen menos beneficioso, pero de ninguna manera con el régimen más beneficioso. El orden legal no constituye, pues, un derecho absolutamente imperativo. La iniciativa privada conserva todavía un ámbito característico de actuación.

En el otro sentido las cosas ocurren de manera bien distinta. No se admite ninguna jugada en detrimento del régimen legal. El contrato puede dar más, pero nunca menos. Con este significado característico se habla de derechos irrenunciables. La ratio absolutista de la protección impregna también el régimen de la nulidad. Las consecuencias de la ineficacia son también definitivas. Las cláusulas ilícitas se eliminan sin más consideraciones y el contrato retoma por entero el orden legal, desvinculando esta consecuencia de otros pactos o cláusulas que pudiesen ser valorados para compensar en parte el perjuicio derivado de la renuncia.

Se va creando así una inercia en la forma de pensar que resulta bastante cómoda, pero que puede resultar peligrosa si se extiende demasiado, rebasando el límite institucional de las normas imperativas. Cualquier merma de los derechos legales, y, en particular, cualquier exclusión o limitación de la responsabilidad del deudor que sitúa el problema del incumplimiento por debajo de la cota legal, se considera un ultraje para el consumidor que realiza la sanción de nulidad. Es decir, se actúa por mimetismo hacia las normas imperativas y, en general, el derecho legal deviene tendencialmente imperativo en el afán de realizar la protección del consumidor. Se va borrando así la distinción clásica entre normas y se predica la realización necesaria del Derecho dispositivo. Se igualan las situaciones más extremas que hablan por sí misma de perjuicio importante para el consumidor y las forma más moderada de perjuicio. El juicio inquisidor recae con la misma intensidad sobre la exclusión o limitación de responsabilidad por dolo o culpa grave que sobre la exoneración por culpa leve, sobre las obligaciones que se consideran esenciales para la finalidad del contrato y sobre las obligaciones accesorias. Con este proceder indiscriminado terminan siendo esenciales prácticamente todos los principios inspiradores de la regulación legal, prescindiendo del criterio de su mayor o menor contenido de justicia. Lo que viene dado en la ley deviene derecho necesario con una razón uniforme. El consumidor no debe preocuparse por aquellos avatares jurídicos. Sólo tiene que ondear su bandera y el orden legal sale a su encuentro. No se considera

con suficiente cuidado la posibilidad de que el consumidor haya podido ceder parte de su territorio legal a cambio de otras concesiones jurídicas o económicas que equilibren el intercambio. Esta posición más moderada trae consigo un mayor esfuerzo para decidir sobre la validez de la renuncia en el caso concreto. Quizás justamente por ello se prefiera aquel otro entendimiento en el que basta la medida segura del derecho legal.

El criterio judicial acepta con facilidad las soluciones seguras y ordenadas. Qué duda cabe que es más cómodo realizar linealmente el orden legal que averiguar un equilibrio de buena fe en el caso concreto tomando en consideración *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato, y las de otra de las que éste dependa* (art. 10 bis 1.º LGDCU). Por ello el orden legal deviene por inercia derecho necesario²¹. Empieza a rodar y coge fuerza.

No obstante ello, el propio sistema y las necesidades de la práctica enseñan márgenes lícitos de utilidad contractual extralegales.

Tomemos el Derecho privado europeo como primera referencia sistemática y, más concretamente, el Derecho comunitario que significa la principal referencia, o mejor dicho, la referencia obligada, para los ordenamientos nacionales. Como primera medida de política jurídica no se quiere la imposición directa de un determinado orden legal. Se prefiere otorgar una oportunidad a la iniciativa privada y reestablecer el orden de buena fe si aquella actuación ha ocasionado disfunciones y desajustes importantes en la lógica del intercambio y la competencia. Esto se puede calificar como un principio de mínima intervención en el contrato o, incluso, se podría recurrir al principio de proporcionalidad y hablar así de proporcionalidad en la intervención. Esta tendencia se concreta de forma privilegiada en el ámbito de las condiciones generales. Se establece una relación especial entre criterios enfrentados. La adhesión se considera una forma ágil y dinámica de organizar el intercambio, pero, se sabe, al mismo tiempo, que el clausulado impuesto no siempre es trigo limpio. En este sentido característico se predica un control amplio de las condiciones generales para reconducir las disfunciones del sistema a una cota razonable de buena fe. El contenido contractual se cierce, aprovechando las condiciones buenas y eliminando las malas. Esta forma moderada de organizar la protección

²¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO nos advierte expresamente sobre esta tendencia («Comentario a la disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: artículo 10 bis.1 LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, p. 759).

del consumidor no es tan excepcional como la imposición directa del orden legal y responde claramente a la lógica de mínima intervención sobre la que se ha organizado la protección del consumidor en el ámbito del Derecho privado europeo. Como primera razón, insisto, no se pretende organizar el contrato con un orden marcado desde arriba. Se prefieren las medidas que simplemente corrigen las irregularidades del primer esbozo del contrato²².

Deben existir, pues, buenas razones, de mucho peso social y económico, para establecer una ecuación directa entre la exclusión o limitación del régimen legal y el perjuicio del contratante débil a los efectos de actuar automáticamente la sanción de nulidad. Desde luego, a estas alturas de la historia, nadie cuestiona que las condiciones generales son una forma privilegiada de realizar el perjuicio del consumidor. Y, por lo tanto, nadie cuestiona tampoco la justificación del control del contenido contractual allí donde se realiza la imposición. También se sabe o, al menos, se empieza a entender que existe una asimetría endémica entre las partes contratante (desigualdad de armas) que se deja notar especialmente en determinados contratos (contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, ventas de bienes de consumo...) que realizan fácilmente un perjuicio para el consumidor, incluso, cuando el contenido contractual ha sido negociado (cláusulas negociadas individualmente). En fin, existen ámbitos característicos en los cuales la luz de alarma del ordenamiento jurídico debe estar sistemáticamente encendida para actuar una tutela rápida y eficaz del contratante débil. Pero una cosa es entender que la renuncia a los beneficios legales significa un perjuicio tendencial que actúa, por sistema, la nulidad a favor del contratante protegido y otra cosa bien distinta negar a la otra parte contratante la posibilidad de desactivar la nulidad probando que la renuncia, en el caso concreto, está justificada. Y otro tanto venían a decir las primeras tendencias doctrinales que se ocuparon del problema. Basta en este sentido con retomar el discurso de De Castro.

Tampoco debe olvidarse la importancia de los usos, actualmente en renovada batalla con la ley por hacerse con el contenido del contrato²³. Las razones de la justicia contractual se van ampliando. Ya

²² Decidir en cada caso qué orden corresponde realizar constituye una cuestión principal de la política legislativa del Derecho privado europeo. En casos característicos surgen posturas enfrentadas para decidir si la buena fe debe actuar con carácter subsidiario a modo de parámetro para decidir el control de validez y la corrección del primer esbozo del contrato o si, por el contrario, debe imponer directamente el contenido del contrato (normas imperativas): Roppo, *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, en *Europa e diritto privato*, 2004, p. 445.

²³ La confrontación característica entre la Ley dispositiva y los usos normativos a los efectos de realizar el contenido natural del contrato constituye una de las cuestiones pro-

no significan una mueca mimética del modelo legal. También se aprehenden modelos de la realidad del mercado. El contrato se abre hacia nuevas razones que pueden explicar el recorte de los derechos legales a cambio de otras ventajas contractuales justificadas por la regulación usual²⁴. El sistema se va desprendiendo, pues, de las afiladas garras del Derecho legal. Aunque todavía se debe evitar la tentación fácil de volver a cerrar el contrato sobre los usos. El Derecho dispositivo (en sentido amplio, la ley y los usos) siempre debe medir sus fuerzas con el contrato de buena fe²⁵. La iniciativa privada mantiene, o debería mantener, una reserva de legitimación para ir más allá de los cánones preestablecidos, buscando ajustes particulares de la justicia contractual. Hay una franja de buena fe entre lo normal y lo ilícito que el intercambio puede recorrer sin sanción, incluso en el ámbito de las condiciones generales. La iniciativa privada puede organizar cláusulas anormales, pero no abusivas. No es causal en este sentido que el artículo 10 bis 1 LGDCU siguiendo a pie juntillas el mandato del artículo 4.1 de la Directiva sustente la apreciación del carácter abusivo de una cláusula en circunstancias que pueden particularizar y justificar las desviaciones del Derecho dispositivo. Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí la buena fe significa un concepto complejo y dinámico que se concreta en una batalla continua entre la ley y el mercado, entre la

blemáticas abordadas por la obra clásica de Raiser (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1.ª ed., 1935, y reimpresión, Bad Homburg, 1961) y, en nuestro ordenamiento, ha sido destacada, entre otros, por ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, p. 394; PASQUAU LIAÑO, *Comentario a la disposición adicional 1.ª*. Tres LCGC: artículo 10 bis 2 LGDCU, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, p. 791; MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentario a la disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: artículo 10 bis LGDCU», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 951.

²⁴ En particular «existe un uso en un sector comercial cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos» (STJCE 16 marzo 1999 *Castelletti Spedizioni Internazionali*).

²⁵ Este reducho de legitimación de las condiciones generales es afirmado, incluso, por las construcciones teóricas más apegadas a los modelos normativos. Por el frente la legitimidad de las condiciones generales se explica desde la simetría perfecta con las fuentes del Derecho establecidas en el artículo 1 del Código civil. Se dice que, por sí mismas, no tienen eficacia constitutiva; no son nada sin la legitimación que les viene dada desde aquellas otras fuentes. Más concretamente se predica la simetría de contenido con la ley y los usos. El Derecho dispositivo marca el ritmo del contrato. Esta construcción habla, pues, de la preferencia hacia los modelos normativos. Naturalmente un entendimiento tan definitivo termina realizando concesiones de por medio. Por defecto de la ley y los usos, el contenido de condiciones generales adquiere legitimación si significa un equilibrio de buena fe. En la puerta grande de las condiciones generales se establecen criterios estrictos de control, según la norma (validez de las condiciones generales que realizan el Derecho dispositivo), pero, después, existen puertas falsas que permiten realizar otros contenidos más espontáneos y adaptados a las necesidades de la práctica (validez derivada de la buena fe). ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, 1991, p. 103.

norma y el contrato. El intercambio va adquiriendo matices peculiares. El orden legal se entremezcla de continuo con otros contenidos que traducen los imperativos económicos de cada momento. El sistema está sometido, pues, a estas variables de corrección que el criterio académico y judicial debe ir destilando y concretando a modo de compensación de la presión excesiva que se puede llegar a ejercer sobre el contrato si la inercia jurídica sigue empeñada en una sobreprotección legal del consumidor²⁶.

Si seguimos el sentido de estos primeros indicios, se puede salir del círculo dogmático que se ha ido creando en torno al Derecho legal, orientando la interpretación y aplicación de las normas de protección del consumidor hacia criterios más moderados. Se puede ganar mucho en templanza simplemente sacando a flote algunas razones fundamentales del contrato de buena fe, desmerecidas en su importancia por el afán de maximizar la posición jurídica del consumidor. El Derecho legal puede recobrar así matices que van de una mayor a una menor imperatividad²⁷. La ratio proteccionista de algunas normas pretende la realización de una solución particular. Se podría decir que el ordenamiento quiere alcanzar una determinada cota de protección realizando una solución concreta. Entonces no caben pactos o cláusulas contractuales que excepcionen o impidan la realización de aquella solución. El camino está trazado por la ley. Se puede hablar, pues, de normas sustancialmente imperativas. Haberlas las hay por doquier. Pero en otros casos no se persigue directamente la realización de un orden legal predeterminado. No se quiere la imposición o la prohibición de soluciones concretas o puntuales, sino más bien alcanzar, de forma necesaria, un orden contractual de buena fe. La especialidad de la ratio de protección diluye, pues, el rigor del régimen legal que admite oscilaciones en los límites de la buena fe. Las desviaciones del régimen legal sólo se sancionan tanto así significan un desequi-

²⁶ Incumbe fundamentalmente a la jurisprudencia aprehender, con la ayuda de la doctrina, criterios de referencia del contrato de buena fe, cfr., sobre esta cuestión, el sugerente trabajo de DÍAZ ALABART, «Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales de los Contratos», en *Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000, pp. 47-73

²⁷ La distinción entre distintas categorías de normas imperativas según el grado de resistencia que ofrece su ratio al juego alternativo de la iniciativa privada viene ya implícitamente dado en el Convenio de Roma que diferencia entre normas imperativas ordinarias (arts. 3, 5 y 6), las normas imperativas directamente aplicables, que son aplicables con independencia de la Ley que rija el contrato (art. 7) y normas de orden público internacional (art. 16). El artículo 1: 103 de los Principios Lando retoma esta distinción. Sobre la distinción vid. MACQUEEN, «Illegal and immoral contracts», en *Bases para un Derecho contractual europeo*, editores Espiau Espiau y Vaquer Aloy, Valencia, 2003, p. 288; LANDO Y BEALE, *Principios de Derecho contractual europeo...* cit., en notas al artículo 1: 103, p. 130.

librio *importante*, contrario a las exigencias de la buena fe (art. 10 bis. 2.º). De esta suerte, el derecho legal deviene imperativo en segundo grado: por defecto del primer esbozo del contrato²⁸.

Incluso se podrían establecer distinciones entre las normas de derecho dispositivo²⁹. Algunas de ellas están más cerca de las razones fundamentales del sistema contractual. Están muy pegadas, por ejemplo, a los remedios esenciales del incumplimiento o al resarcimiento de daños. Y precisamente esta proximidad con el núcleo duro del contrato las hace especialmente resistente a su sustitución. Exigen una justificación bien acabada que explique las desviaciones del régimen legal. Otras normas, por el contrario, pretende maximizar la utilidad total de las partes contratantes. Son normas que hilan más fino, pero que, al mismo tiempo, admiten mejor las fluctuaciones de régimen jurídico para adaptarse a las continuas variaciones del mercado. El Derecho dispositivo organiza, pues, una zona de resistencia bien articulada, con franjas de distinto calado. Para salvar esta densa trama legal y alcanzar de pleno un orden de buena fe (razonable, legítimo o equilibrado), el diseño innovador del contenido contractual tiene que estar bien hecho y medir bien la relación de intereses entre las partes contratantes. El ordenamiento jurídico confía, sin embargo, en la iniciativa privada para organizar el intercambio. Conoce sus carencias y las controla, pero, de primeras, sigue dando luz verde a esta forma de hacer el contrato.

3. EL CONTRATO DE BUENA FE Y LA REALIZACIÓN TENDENCIAL DEL ORDEN LEGAL

3.1 Las primeras apariencias y la interpretación de buena fe

Siguiendo el camino ya trazado vamos a realizar distinciones entre las normas de protección según su grado de imperatividad. Algunas de ellas pretenden la realización estricta del orden legal.

²⁸ Sobre la distinción conceptual y funcional entre las normas de buena fe de ratio imperativa y las que pretenden un equilibrio de buena fe puede consultarse: VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, pp. 408 ss.; Busnelli, «Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive», in Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, a cura di Busnelli-Bianca, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Padova, 1997, p. 769; NAVARRETTA, «Buona fede oggettiva, contratti di impresa e diritto europeo», *Rivista Diritto Civile*, septiembre-octubre., 2005, pp. 522-523.

²⁹ DI MAJO «Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo», en *Studi in onore Francesco Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, p. 112.

Pero otras tantas tienen una ratio más moderada que sólo persigue alcanzar una cota razonable de buena fe. En particular, la Ley general para la defensa de los consumidores (en adelante, LGDCU) recoge parte de las razones de esta distinción. A modo de declaración de principios, en su pòrtico, la Ley establece una norma categòrica de amplio alcance: *La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes y servicios es nula* (art. 2.3). Más adelante la Ley relaciona la ineficacia de la renuncia con el control de cláusulas abusivas. A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: con carácter general, *la imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor* (disposición adicional 1.^a, II, 14 LGDCU). Y más concretamente, *la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular, las cláusulas que modifican, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias* (disposición adicional 1.^a, II, 9.* LGDCU).

En una primera aproximación, tal y como viene dado, el artículo 2.3 LGDCU realiza una propuesta lineal: la renuncia previa de los derechos que la Ley reconoce a los consumidores es nula. El texto no establece variable alguna que altere la razón directa entre una y otra proposición. La renuncia de cualquier derecho legal es nula, sin más concesiones. Así, cómodamente, con carácter inmediato y absoluto, la sanción caería de forma inapelable sobre la renuncia. El orden legal deviene, en verdad, imperativo. El consumidor cuenta con un arma de absoluta precisión para hacer valer, en todo caso, el conjunto de derechos que la regulación legal pone a su disposición. Las cláusulas que impiden rellenar por completo la cuadrícula legal devienen nulas de corrido *–ipso iure–* y su sitio lo ocupa la Ley. Así de sencillo. La norma se cierra sobre sí misma y, en verdad, todo parece en orden.

Este significado fácil y lineal del artículo 2.3 LGDCU maximiza la posición jurídica del consumidor, pero a costa de desconocer las conexiones con el sistema y la realidad. La letra de la norma

interpretada con la estrategia del artículo 3.1 del Código civil adquiere matices particulares que atenúan la contundencia de aquel primer significado.

Volvamos a retomar la interpretación desde la referencia obligada del Derecho comunitario. Según intenciones declaradas abiertamente, la intervención en el contrato pretende salvaguardar el mercado. Es decir, la protección del consumidor no se actúa porque sí o por mera simpatía hacia el más débil. Detrás de este primer eslogan de legitimación, lo que prevalece es el intento de realizar un modelo de contrato adaptado a las necesidades del mercado y de la competencia lícita. Se quiere la protección del consumidor porque se quiere que la máquina del mercado funcione eficientemente, sin roces contractuales que enturbien la lógica de la competencia. Y precisamente el propio mercado competitivo –de buena fe– enseña sobre ciertas fluctuaciones razonables –de buena fe– del contenido del contrato en el siguiente sentido característico. En principio debe entenderse que un consumidor ideal con capacidad negociadora y debidamente informado estará dispuesto a renunciar a un derecho del régimen legal a cambio de otra ventaja contractual que compensase aquel perjuicio, si con ello obtuviese más utilidad. En efecto, la lógica del intercambio predica, en esencia, la realización de utilidad para las partes contratantes, cuanto más mejor, y cuando no encuentra una respuesta legal que organice adecuadamente el intercambio se inventa o aprenden otra organización de los intereses contractuales. Las necesidades del mercado son las que marcan el ritmo, y existe una franja entre la ley y lo ilícito que el contrato puede recorrer, o debería recorrer, sin trabas, también cuando se conforma mediante condiciones generales. Se podría hablar, incluso, de insuficiencia e inadaptación del Derecho dispositivo a las exigencias de la práctica³⁰. Precisamente los usos significan muchas veces una respuesta ágil y dinámica del mercado que suple aquellas carencias del régimen legal. Y circunstancias muy variadas pueden explicar un orden contractual distinto al modelo normado por la ley y los usos, pero todavía ajustado a los intereses en juego. La iniciativa privada hace siempre ajustes arriba y abajo de la norma, da y quita. Lo que se pierde por un lado puede estar compensado con otra ventaja contractual.

Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, si se actuase la nulidad de cualquier renuncia a cualquier derecho del régimen legal, tal y como predica el artículo 2.3 LGDCU, se estaría impidiendo en los contratos de consumo la posibilidad de realizar

³⁰ Sobre la insuficiencia e inadaptación del Derecho dispositivo, ALFARO AGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 365 ss.

ajustes de aquellas características. Paradójicamente, actuando una ratio de buena fe hacia el consumidor, se estaría impidiendo un contrato de buena fe.

Cuando el problema adquiere estos matices, la doctrina no tiene más remedio que retomar posiciones y matizar el rigor de los planteamientos iniciales. Lo que por delante se predica con todo rigor, se suaviza después por detrás. En concreto, la doctrina del abuso de derecho se utiliza como último remedio para moderar las consecuencias extremas en las que desembocaría el resorte automático de la nulidad. Se razona de este modo: la nulidad se paraliza, deja de actuar, si ha existido una ventaja jurídica o económica a cambio de la renuncia que compense suficientemente los intereses en juego³¹. Si existe equilibrio (de buena fe) la ratio protectora de sanción se viene abajo, y, por ello mismo, porque la renuncia está *justificada*, devendría un abuso el ejercicio de la acción nulidad. Se llega, pues, a donde llegaba De Castro, pero dando un rodeo. El criterio de decidir los límites de la nulidad se olvida del punto de partida. Una sanción pensada y organizada desde el centro del sistema (exigencias de la buena fe contractual) termina siendo explicada con una razón situada en la periferia (abuso de derecho).

Parece, pues, mejor solución organizar la denuncia de derechos retomando sus conexiones con el sistema. La sanción automática que parece desprenderse del artículo 2.3. LGDCU adquiere así matices más moderados al entrar en contacto con el criterio de buena fe y el concepto de cláusula abusiva del artículo 10 bis LGDCU. Sobre todo si, como viene entendiendo la doctrina, la lista negra de cláusulas abusivas de la ley deviene en realidad gris a poco que se profundice en el enunciado y la ratio de algunas de las normas del listado legal. En particular, la Disposición adicional 1.^a, II, 14 LGDCU adquiere una tonalidad grisácea que matiza el rigor inicial de la nulidad. La imposición de renunciaciones, o la limitación de derechos, no se entiende ya necesariamente perjudicial para el consumidor y, en consecuencia, nula, sin más consideraciones. Se actúa, por el contrario, un criterio de valoración relativo que engarza con la razón esencial del artículo 10 bis LGDCU. Se consideran cláusulas abusivas sólo aquellas estipulaciones que, en contra de la exigencias de la buena fe, causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligacio-

³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «Comentario del artículo 2 de la LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1992, 74.

nes de las partes que se deriven del contrato³². En contraste con la ineficacia de las renunciaciones perjudiciales, se realiza la validez de las que se han llamado *renunciaciones justificadas* que precisamente serán aquellas que son impuestas al consumidor a cambio de otra contraprestación o ventaja contractual³³. Y en un sentido parecido se interpreta la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento (disposición adicional 1.ª, II, 9.ª LGDCU). También en este caso las reducciones del régimen legal se someten a un juicio relativo de validez; el contenido particular del contrato puede compensar esta renuncia perjudicial, inadecuada, con las correlativas ventajas³⁴.

Las desviaciones del orden legal deberán valorarse, pues, tomando en consideración *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, las demás cláusulas del contrato, y las de otro de las que éste dependa* a que se refiere el último párrafo del artículo 10 bis 1 LGDCU. Se puede ir un poco más allá y alcanzar desde una interpretación sistemática las razones características del artículo 1258, tal y como vienen dadas en el artículo 10 bis 2 LGDCU³⁵. Más concretamente, el juicio de validez de una cláusula que se desvíe del derecho legal deberá considerar también todas las consecuencias que, según la naturaleza del contrato, *sean conformes a la buena fe*. Y más allá todavía, estirando las razones del sistema, el criterio del precio adquiere también protagonismo: *en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio...* (Exposición de Motivos de la Directiva 13/1993).

³² CAÑIZARES LASO, «Comentarios a la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 14 LGDCU», *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Menéndez Menéndez y Díez-Picazo, Madrid, 2002, p. 1178.

³³ Cfr. QUICIOS MOLINA, «Comentario de la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 14.ª LGDCU», en «*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*», dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2000, p. 1062.

³⁴ Cfr. QUICIOS MOLINA, «Comentario a la disposición adicional 1.ª. Seis LCGC: disposición adicional 1.ª, II, 9.ª LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, dr. Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2000, pp 997 y 1001.

³⁵ El control de contenido de las condiciones generales y de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos celebrados con consumidores significa un proceso complejo que gravita unitariamente sobre las exigencias de la buena fe. Siempre se trata de lo mismo: limpiar el contrato de cláusulas abusivas desde las exigencias de la buena fe y recomponer después el hueco dejado por la nulidad parcial con las exigencias de la buena fe. Se comprende fácilmente que el modelo de contrato de buena fe deberá ser el mismo en ambos momentos y que, por consiguiente, el intérprete deberá recomponerlo desde todas las razones del artículo 10 bis: las que dice para apreciar el carácter abusivo de una cláusula (art. 10 bis 1) y a las que remite para integrar el contrato (art. 10 bis 2).

Todas estas razones abren el contrato de buena fe hacia fuera de la norma. La ley y los usos realizan desde luego un contrato equilibrado, pero todavía se admiten otras oscilaciones lícitas del contenido de condiciones generales según las circunstancias siempre cambiantes del mercado. Este modelo abierto, no normado, del contrato de buena fe sería el que hipotéticamente hubiesen realizado en un mercado perfecto (competitivo) dos contratantes en condiciones de igualdad y debidamente informados para alcanzar utilidad sin las trabas del régimen legal.

Se podría hablar entonces de que el contrato razonable (de buena fe) no es aquel que maximiza la posición jurídica del consumidor. Las verdaderas mejoras son las que maximizan la utilidad total del comprador: aquellas que alcanzan la mejor proporción entre el precio y la utilidad obtenida, integrando en esta pesada, junto a la contraprestación, la oferta jurídica de derechos y obligaciones que actúan la realización efectiva de la prestación esperada o la cobertura jurídica en caso de incumplimiento³⁶. Se podría hablar también de la organización y atribución a dos bandas de los riesgos asociados con la realización del contrato y sus conexiones con el precio. La lógica del intercambio se hace con este mestizaje de razones y todo ello debe valorarse a los efectos de concretar la utilidad total del contrato. En el discurso se reconocen fácilmente las exigencias de la buena fe que actúan ahora en sentido negativo, paralizando la nulidad. El buen sentido de la sanción no se actúa si del contenido contractual resulta una proporción o equilibrio razonable en interés de ambas partes contratantes. Es decir, el contenido de condiciones generales es válido si está próximo a aquel modelo de referencia, sin perjuicio importante para el consumidor. Y esto es precisamente lo que viene a decir el artículo 10 bis LGDCU. Llegados a este punto el sistema se desactiva, o debería desactivarse. La realización imperativa de la nulidad pierde su razón de ser.

3.2 La sentencia TJCE de 1 de abril de 2004

Aquellas razones sobre el contrato de buena fe impregnadas de sutiles consideraciones económicas está calando en la argumentación jurídica europea. Recientemente el Tribunal Supremo alemán ha tenido que decidir sobre la validez de los recortes del régimen legal en los casos en que el consumidor consigue a cambio de la renuncia alguna otra ventaja jurídica o económica, entre ellas, un

³⁶ Sobre el contrato perfecto, Schäfer y Ott, *Manual de análisis económico del Derecho civil*, Traducción de Macarena Von Carstenn-Lichterfelde, Madrid, 1991, p. 330

precio más ajustado. El contrato que actúa el conflicto constituye un ejemplo característico que sintetiza buena parte de la problemática de la contratación moderna. Es un contrato de condiciones generales, con cláusulas impuestas y no negociadas individualmente y, además, el adquirente es un consumidor. Más concretamente, una promotora había vendido una plaza de aparcamiento, aún por construir. De conformidad con una de las cláusulas predisuestas, el adquirente estaba obligado al pago total del precio por adelantado, antes, pues, de la entrega de la obra; más concretamente, desde el momento en que la promotora garantizase debidamente sus obligaciones, incluida, la devolución del precio en caso de incumplimiento, se actuaba la obligación de pago. Existía, pues, una cláusula que excluía, a modo de renuncia, el régimen de reciprocidad previsto en el artículo 641 del BGB. Las correspondientes garantías se realizaron por la promotora en forma de fianza bancaria. Pero el adquirente se negó a efectuar el pago por adelantado, alegando el carácter abusivo de la renuncia al régimen legal en el sentido característico del artículo 9 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (AGBG)³⁷. Esto sí, posteriormente, cuando le fue entregada la plaza de aparcamiento, pagó la totalidad del precio de compra. Y aún alcanzando esta satisfacción, la promotora reclamó judicialmente los intereses de demora.

El Tribunal Supremo alemán valora las ventajas y desventajas de la cláusula controvertida en el marco del Derecho nacional. Admite que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula no está exenta de dudas. Por ello decide suspender el procedimiento y plantear al TJCE la siguiente cuestión prejudicial: *¿debe calificarse como abusiva en los contratos celebrados con consumidores, una cláusula contenida en las condiciones generales de venta, en virtud de la cual el adquirente de una obra por realizar debe pagar la totalidad del precio de la misma con independencia de la evolución de los trabajos de construcción, si el vendedor constituye previamente una fianza bancaria a su favor que garantice las pretensiones pecuniarias del adquirente que pueden derivarse del*

³⁷ Artículo 9 AGBG:

1. Las disposiciones de las condiciones generales de contratación serán ineficaces cuando perjudiquen a la otra parte contratante de forma desproporcionada, en contra del principio de buena fe.

2. En caso de duda, se considerará que existe una desventaja desproporcionada cuando una disposición:

i. sea incompatible con las líneas fundamentales de la normativa legal de la que se separa o,

ii. limite los derechos o las obligaciones esenciales que se derivan de la naturaleza de contrato de tal forma que se ponga en peligro la consecución del fin contractual.

Actualmente, vid, artículo 307 BGB.

cumplimiento defectuoso o del incumplimiento del contrato? Al respecto resultan especialmente significativas las alegaciones del Gobierno alemán presentadas ante el TJCE. Argumenta, en particular, sobre la justificación de la renuncia. Las desventajas para el consumidor de la obligación de pagar el precio por adelantado se corrigen con la fianza bancaria prestada por el constructor. La devolución de los desembolsos de dinero está garantizada tanto en caso de incumplimiento como en caso de cumplimiento defectuoso e, incluso, respecto a la insolvencia del constructor. Y, además, el pago por adelantado reduce la necesidad del constructor de recurrir a créditos para financiar la obra, y, de esta suerte, el precio de adquisición se abarata.

La sentencia del TJCE decide en un sentido categórico: «Corresponde al juez nacional determinar si una cláusula como la controvertida debe calificarse de abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre Cláusulas Abusivas en los Contratos Celebrados con Consumidores (en adelante, Directiva 13/1993)»³⁸. Pero todavía la argumentación de la sentencia precisa algunos criterios que, leídos despacio y en el contexto del problema, dejan entrever que la protección del consumidor en el ámbito europeo no es tan definitiva como en principio se pudiera pensar. En primer lugar, a modo de recordatorio de una lección olvidada, señala que el artículo 3 de la Directiva delimita tan sólo de manera abstracta los elementos que confieren el carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente. E, igualmente, recuerda en tono casi didáctico que el anexo al que se refiere el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Una cláusula que figura en este anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y, por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede ser declarada abusiva.

El TJCE quiere dejar claro, en definitiva, que la cláusula controvertida significa una rebaja del régimen legal que, por tendencia, puede significar una desventaja contractual en perjuicio del consumidor. Pero precisa, por igual, que esta probabilidad significa una presunción relativa que cabe confrontar con la realidad particular del contrato. Desde abajo, desde las variables sociales y económicas que impregnan el significado del contrato, el juez nacional debe decidir si, en el caso concreto, existe un perjuicio relevante para el consumidor o, por el contrario, existe un equilibrio de buena fe. El criterio TJCE expresa, pues, una cierta moderación en la forma de

³⁸ Sentencia del TJCE (Sala 5.ª) de 1 de abril de 2004 (TJCE 2004, 96).

entender y organizar la protección del consumidor. Y, entre líneas, también se puede apreciar un entendimiento del contrato más acorde con la realidad económica. El intercambio se valora unitariamente, confrontando el significado jurídico con el precio.

Las reacciones doctrinales no se han hecho esperar. Algunas respaldan esta perspectiva³⁹. Pero también se conocen opiniones menos complacientes que rechazan contundentemente que el precio influya o deba influir en la valoración del carácter abusivo de una cláusula impuesta en condiciones generales⁴⁰. Se niega, pues, lo que viene dado en la propia motivación de la Directiva 13/1993. En particular con relación al supuesto característico de la STJCE de 1 de abril de 2004 se razona en el siguiente sentido: *«En primer lugar nos parece que el argumento del precio es rechazable porque está fundado sobre una simpleza: toda condición general tiene un reflejo en el precio y cuanto más perjudicial sea para el consumidor, más económica resultará al predisponente y, por lo tanto, ésta podrá tener una incidencia reductora en el precio del bien o servicio. El argumento del precio, por lo tanto, legitimaría por sí mismo cualquier condición general por muy abusiva que fuera...»*⁴¹. *La auténtica ratio decidendi de la Sentencia no puede ser y, de hecho no es, que la cláusula objeto de enjuiciamiento suponga una ventaja económica para el consumidor, porque este criterio por sí mismo no sirve para distinguir una cláusula abusiva de una que no lo es, ya que cualquier cláusula que, apartándose del derecho dispositivo, empeore la posición jurídica del consumidor puede conllevar, en abstracto, una reducción del precio. La razón de la validez de la cláusula no puede encontrarse sino en la constitución de una fianza bancaria que garantiza al consumidor la percepción de las cantidades debidas por el profesional en caso de mora o incumplimiento parcial o definitivo...»* *«Como acabamos de observar, la validez de la cláusula que obliga al comprador a cumplir anticipadamente con su prestación dineraria se determina con arreglo a circunstancias que inciden sobre el plano del equilibrio jurídico de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, como es la constitución de una fianza a favor del consumidor con renuncia al beneficio de excusión, y no atendiendo a la dudosa ventaja que*

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la Sentencia del TJCE (Sala 5.ª), de 1 de abril de 2004 (TJCE 2004, 96)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2004-66, pp. 1389 ss.

⁴⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, «Criterios de valoración de la abusividad de la cláusula que impone al consumidor cumplir anticipadamente con su prestación», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3.ª época, núm. 9, 2006, pp. 498 ss.

⁴¹ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 498.

sobre el plano económico se puede derivar para el consumidor de un pago anticipado,...⁴²».

Este rechazo tan particular hacia el precio como variable de referencia en el control de cláusulas abusivas recuerda con facilidad a un discurso trabado en la tradición alemana. Se crea una línea de separación demasiado definitiva entre el contenido económico (precio-contraprestación) y el contenido jurídico del contrato. Sobre la primera variable se despliega limpiamente el principio de autonomía privada y sus razones derivadas: *quit dit contractuel, dit just*. La justicia del precio significa una cuestión propia de la oferta y la demanda, ajena al control de cláusulas abusivas: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre el precio y la retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (art. 4.2. Directiva). Es la competencia y no el derecho el que garantiza el equilibrio entre el precio y la contraprestación. Y a partir de aquí se seccionaba radicalmente el resto del contenido contractual sometándolo a una lógica netamente jurídica. En particular, en los contratos de adhesión, el régimen jurídico diseñado por el clausulado de condiciones generales se considera casi un sucedáneo del derecho dispositivo, bastando, respecto a él, la superación del control formal de incorporación. No se exige un consentimiento efectivo y previo a la conclusión del contrato porque para esto se actúa un control específico de cláusulas abusivas. Es decir, el consumidor puede confiar en que el derecho impuesto significa una trama de derechos y obligaciones que ofrece una cobertura razonable a sus expectativas contractuales, al estilo del Derecho dispositivo. Más claramente puede confiar en que la firma de ese clausulado general no va a suponerle ningún perjuicio relevante: si algún aspecto de esta reglamentación se desvía de forma importante del régimen legal podrá ser eliminado como cláusula abusiva y el contrato retoma el orden legal. El modelo de referencia se construye, pues, mirando hacia el Derecho dispositivo. La rigidez de criterio empieza aquí. La fuerza del modelo jurídico distorsiona la realidad de las condiciones generales de la contratación.

Las exigencias de la buena fe se hacen gravitar sobre la ley que deviene el parámetro de referencia para el control de contenido y para integrar el contrato. Es como si se adoptase la inercia de repetir lo que ya viene dado en la norma legal. Y ello influye también

⁴² PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.* pp. 500-501.

en la forma de entender los usos. Se aceptan como Derecho dispositivo. Más concretamente, en los supuestos en que las normas legales aplicables resultan inapropiadas, bien por demasiado lejanas a las peculiaridades del contrato celebrado, bien, sobre todo, por no responder a las expectativas de las partes⁴³, la fuerza normativa de los usos termina imponiéndose sobre el régimen legal. No se concibe, pues, un sistema absolutamente cerrado sobre la ley. Pero la inercia aprehendida se actúa de nuevo. El contrato queda doblemente atrapado. De manera que si no es la ley, son los usos. Unos con otros permiten una forma fácil de pensar y re-componer el contrato que se prefiere al esfuerzo de averiguar otras razones de buena fe de la práctica jurídica. Y aún cuando se haya recorrido este tramo y se admitan oscilaciones de contenido arriba y abajo de la norma, el criterio doctrinal vuelve a tropezar con la dificultad de los modelos jurídicos. Es decir, se admite que el carácter abusivo de una cláusula se aprecie teniendo en cuenta *la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato* (art. 10 bis LGDCU). Y con ello, en apariencia formal, se anda camino hacia un contrato de buena fe extramuros de la norma legal o los usos. Pero inmediatamente se vuelven a cerrar las filas sobre la abstracción jurídica en el siguiente sentido característico: la renuncia a un beneficio o ventaja jurídica del régimen legal tiene que estar justificada en la realización de otra ventaja jurídica. El juicio sobre la justificación particular de la renuncia actúa la regla estricta derecho por derecho, prescindiendo por completo del precio o de cualquier otra medida que no presente un envoltorio jurídico. En este sentido se precisa con toda contundencia que *la referencia que el artículo 4.1 de la Directiva 13/1993 efectúa al resto de cláusulas del contrato como elemento de valoración de la abusividad de una cláusula no negociada, no se extiende al precio sino únicamente al resto de las cláusulas de contenido normativo o jurídico del contrato*⁴⁴. Parte del camino andado se vuelve a desandar. No se consigue alcanzar un concepto de buena fe que integre la realidad económica del contrato.

No comparto, sin embargo, esta opinión tan definitiva ni tampoco algunos de sus planteamientos de partida. A mi entender la cuestión no es si la reducción del precio puede legitimar una cláusula abusiva, sino decidir precisamente sobre el carácter abusivo de la cláusula

⁴³ Sobre la insuficiencia e inadaptación del Derecho legal argumenta ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación...*, cit., pp. 365 ss.

⁴⁴ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *op. cit.*, p. 500.

valorando a tales efectos, entre otras variables, también el precio. Comprendo la lógica del artículo 4.2 de la Directiva 13/1993 que excluye expresamente el control de los precios. Pero esto no significa que la validez del resto del contrato se convierta en una realidad jurídica, desvinculada por completo de la variable del precio.

Quizás lo que se podría entender es que el mercado –de buena fe, competitivo– enseña un contrato de buena fe que significa una composición característica de intereses jurídicos y económicos y que el mejor equilibrio, de buena fe, no significa siempre la inflación del contenido de derechos y obligaciones a cualquier precio, sino una proporción ajustada que realice la mejor utilidad del adquirente considerando una pesada global de ambas variables. Por esto mismo, en ocasiones, hay que volver la atención hacia el precio para decidir sobre el *desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes* (art. 10 bis 1 LGDCU). Para realizar el control del contenido del contrato necesitamos retomar la referencia de los *contratos de buena fe* en los que el engaño, la competencia ilícita, el poder monopolístico... quedan excluidos, permitiendo esta circunstancia pensar en la realización de un orden contractual razonable, equitativo o justo, o como se quiera decir aquella razón de buena fe. Mirando hacia este modelo de contrato, tenemos que preguntarnos qué cláusulas de las que conforman el clausulado del contrato son buenas y cuáles malas. Nos preguntaremos si en un mercado organizado sobre la autodeterminación y capaz de funcionar en competencia conocería unas u otras y tomaremos este modelo de referencia para valorar el contenido de buena fe de las condiciones generales⁴⁵. Pero en ningún caso las mejores condiciones son las que maximizan la posición jurídica del cliente, sino, insisto las que maximizan la utilidad total del comprador, lo que por su parte depende del precio y la calidad del producto con relación a la particular distribución de riesgos (derechos y deberes). La validez de las condiciones generales se determina, pues, en una pesada global del contrato.

El supuesto particular de la STJCE de 1 de abril de 2004 habla por sí mismo de una estrecha conexión entre el precio y el contrato de buena fe. La fianza significa una protección extraordinaria del derecho de crédito que no se suele regalar en la práctica comercial. Las garantías se obtienen normalmente a cambio de precio; es decir, a cambio de un extra sobre el precio sin garantías. De esta suerte, a poco que se busque debajo del sentido jurídico de la fianza, surge

⁴⁵ Sobre la funcionalidad de la reconstrucción del modelo de contrato perfecto a los efectos de actuar el control de contenido incide el trabajo de SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil...*, cit., p. 263.

una razón económica vinculada con el abaratamiento del precio. El adelanto en el pago abarata el precio y, además, en el lote del precio viene dada una garantía. Seguramente si este ajuste de cuentas no arroja un saldo ventajoso para el consumidor, o hubiese tenido que pagar más precio a cambio de la garantía, la sustitución de la regla de reciprocidad (art. 641 BGB) por el pago anticipado no se valoraría de la misma manera. Con toda probabilidad se apreciaría un perjuicio para el consumidor contrario a las exigencias de la buena fe.

Y no se aleguen en contra algunas críticas bien trabadas a la teoría de los precios porque metodológicamente sirven para justificar el control de condiciones generales. Pero no para negar directa y frontalmente la relevancia del precio en la valoración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales. En efecto, una cosa es decir que en la adhesión a las condiciones generales no existe un acto de autodeterminación del contenido contractual y que el consentimiento no legitima la combinación entre el precio y la distribución de riesgos que resulta más conveniente; principalmente porque ha existido una asimetría informativa que propicia consecuencias perjudiciales para el consumidor⁴⁶. Y que por lo mismo el procedimiento de adhesión enmascara fácilmente el significado de la reducción del precio. El adherente no detecta la otra contrapartida de la jugada: la rebaja perjudicial de los derechos contractuales. Y que todo ello sin duda enturbia la competencia, repercutiendo negativamente en la lógica del intercambio⁴⁷. Y que, por lo tanto, en este ámbito característico, las exigencias de la buena fe predicen un control de contenido del contrato más intenso que en el ámbito del consentimiento. Esto hace ya tiempo que se comprende y se acepta. La competencia no se puede basar en la realización de cláusulas abusivas. Precisamente por ello apenas se discute la necesidad de un control amplio de las condiciones generales que reconduzca el contenido contractual a una cota razonable de buena fe. Pero otra cosa distinta, absolutamente diferente, más extrema, es prescindir del precio en el control de cláusulas abusivas, concretando la razón de decidir el contrato de buena fe en un modelo netamente jurídico que sólo reconoce el trueque de la renuncia de un derecho a cambio de otro derecho. Como si cual-

⁴⁶ La asimetría de información y sus efectos en la contratación fue constatada en el célebre escrito dedicado al mercado de los limones en el ámbito de la compraventa de coches usados: Akerlof, *The market for «Lemons»?: Quality Uncertainly and Market Mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970-84, pp. 488 ss.

⁴⁷ Puede hablarse de un mercado de condiciones generales cuando el valor previsto de un riesgo puede ser advertido por el comprador con costes de información asumibles y puede ajustarlo correctamente dentro de la proporción precio y contraprestación; vid. SCHÄFER y OTT, *Manual de análisis económico del Derecho civil* (traducción al español Macarena Von Carstenn-Lichterfelde), Madrid, 1991, p. 331.

quier derecho en abstracto pudiese justificar la renuncia, prescindiendo de consideraciones sobre la utilidad económica del trueque.

3.3 Hacia la moderación de criterios

Desde la perspectiva en la que nos hemos situado aquí, la protección del consumidor habrá de entenderse en un sentido moderado que evite la tendencia fácil de hacer coincidir el orden contractual de buena fe con el orden legal. El criterio de decidir la validez del contenido del contrato habrá que ser mucho más condescendiente con la iniciativa privada entendida en un sentido amplio que llega a coincidir con la idea de libertad de mercado, reconociendo abiertamente que el contrato de condiciones generales puede alcanzar cotas tan razonables de buena fe como las que se alcanzarían al estilo tradicional en un acuerdo con todas sus notas de subjetivismo y voluntarismo plenamente actuadas. El imperativo no es realizar, pues, el Derecho dispositivo como primera y única plantilla del contrato, sino realizar un orden contractual según las exigencias de la buena fe. Respetando este límite, el contenido del contrato se puede dibujar sin cuadrícula. Las cláusulas de condiciones generales que excluyen o limitan el régimen legal habrán de valorarse también con un criterio relativo, admitiendo plenamente el concepto de *renuncia justificada*. O si se prefiere dicho lo mismo en negativo, la nulidad habrá de integrar el concepto de perjuicio entre sus presupuestos. La sanción deviene también relativa. No sanciona en abstracto cualquier renuncia, sino la *renuncia perjudicial*. Seguramente estas adjetivaciones de la renuncia vienen dadas en el sistema de control de cláusulas abusivas previsto en la Ley. Pero quizás la práctica jurídica no las haya aprendido con suficiente fuerza o las olvide con el tiempo, y ello propicie algunos devaneos extremos hacia el orden legal.

No obstante ello, a pesar de la moderación, en el ámbito característico de la imposición de contenidos, la renuncia está bajo sospecha desde el principio, en el sentido característico que ya explicaba el profesor De Castro. La exclusión o limitación del orden legal constituye un instrumento privilegiado para organizar un beneficio del profesional a costa del perjuicio desproporcionado del consumidor. Este peligro históricamente constatado y aprendido destila por sí mismo una presunción favorable de perjuicio. En esto consiste precisamente la especialidad de la protección. El ordenamiento jurídico tiene preparado un sistema de alta precisión que se activa con la renuncia a modo de guardián de la buena fe. Sobre la lógica general del artículo 1255 que a lo más destila una ratio de buena fe se organiza ahora una cómoda presunción de

perjuicio que significa ya un recurso especial que la técnica jurídica pone a disposición del consumidor. El vendedor es quien debe probar la validez circunstancial de la renuncia para eludir la nulidad. Con esta propuesta el sistema proteccionista pierde automatismo y quizás, aparentemente, eficiencia. Pero, en realidad, no tanta como se pudiera pensar. El consumidor mantiene una posición favorable. Los costes de hacer valer en el caso concreto la justificación de la renuncia corren a cargo de quien mejor puede organizarlos y asumirlos: el contratante profesional o empresario.

Las consecuencias de la ineficacia deberán ser igualmente moderadas. Las cosas en este sentido son claras. La nulidad recae puntualmente sobre la renuncia (nulidad parcial). El resto del contrato se mantiene en pie (art. 10 bis.2 LGDCU). Esta forma de organizar la nulidad actúa hacia delante y no hacia atrás. No se trata de hacer caer una sanción definitiva sobre el contrato que impida su realización, sino precisamente de lo contrario: de hacer el mismo contrato, pero con mejor orden. La sanción de nulidad debe actuar, pues, dentro del contrato para salvar precisamente la realización del contrato. La ineficacia del contrato constituye un último remedio de carácter excepcional. Naturalmente la nulidad parcial lleva implícito un segundo momento. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil* (art. 10 bis.2 LGDCU).

El orden legal deviene, de nuevo, el estandarte de la justicia contractual y pasa a ocupar el sitio que dejan las cláusulas anuladas. De esta suerte, a modo de último remedio, el derecho dispositivo deviene «imperativo». O quizás para no seguir forzando el concepto de derecho imperativo sería mejor decir que finalmente se actúa la función característica del derecho dispositivo: deviene derecho supletorio «por defecto» de los pactos, cláusulas y condiciones contractuales. Los usos también significan un criterio de integración del contrato muy próximo a estas razones.

El artículo 1258 traspasa, sin embargo, la barrera fija de los moldes normados hasta alcanzar otras razones de buena fe para la recomposición del contrato. Al lado de la Ley y los usos deberán considerarse elementos tan heterogéneos como la publicidad comercial del producto, las reglas de la profesión u oficio, los presupuestos previos a la contratación, etcétera⁴⁸. No sólo para declarar abusiva una cláusula sino también para sustituirla deberá consi-

⁴⁸ El protagonismo de estos elementos en el juicio sobre el contrato de buena fe es resaltado por PASQUAU LIAÑO, «Comentario a la Disposición adicional 1.ª. Tres LCGC: Artículo 10 bis.2 LGDCU», en *Comentario a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pp. 791 ss.

derarse un concepto de buena fe abierto a los elementos de la realidad económica que rodean el contrato. Los usos significan un competidor de primer orden frente a la ley en la tarea de integrar el contenido del contrato parcialmente anulado y expresan de forma especial las razones de un mercado dinámico. Pero también cabe aprender razones de buena fe de aquellos parámetros de referencia. El orden contractual se va haciendo así con elementos, razones o exigencias variadas. Lo mismo se concreta en la norma que aprehende razones del mercado, lo mismo adquiere matices netamente jurídicos que entremezcla razones económicas. Y todo ello deviene el modelo de referencia de la nulidad y sus consecuencias.

Precisamente porque la buena fe es un concepto relativo, el juez dispone de facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes y de las consecuencias de la ineficacia (art. 10 bis. 2 LGDCU). En una primera apariencia la moderación puede considerarse como una forma característica de organizar la ineficacia, alternativa a la integración. Se puede pensar que el juez, en vez de realizar la integración con los modelos previstos en el artículo 1258 del Código civil, decide una solución abierta –en equidad–. En el supuesto del que trae causa la sentencia TJCE de 1 de abril de 2004, el juez alemán puede llegar a considerar que la garantía que se le ofrece al consumidor no es suficiente para salvaguardar el equilibrio de buena fe del contrato, pero en vez apreciar la nulidad de la renuncia y actuar en cadena la ineficacia de las cláusulas que establecen la obligación del pago anticipado y de la garantía, puede considerar que el equilibrio de buena fe del contrato se salva estableciendo una garantía más ventajosa para el consumidor; a primer requerimiento, por ejemplo. Pero esta forma de hacer sólo significa en verdad un rodeo jurídico para explicar la ineficacia de la cláusula abusiva y la realización por el juez de un orden contractual de buena fe, distinto del legal. Es decir, se recurre a la idea de moderación para decir que el juez decide sin el molde de la norma. Pero todavía aquella tarea judicial significa integrar el contrato *con todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe* (art. 1258 del Código civil).

En fin, hilando las razones de este discurso podemos, incluso, generalizar la moderación de criterios. Cabe argumentar de más a menos: si la sanción de nulidad no se realiza necesariamente sobre la renuncia impuesta con menos justificación lo hará sobre la renuncia negociada (cláusula negociada individualmente). Si las consecuencias de la nulidad no deben entenderse de forma absoluta en el ámbito de la imposición mucho menos deben extremarse en el ámbito de la autonomía privada. La buena fe se realiza con

criterios más moderados desde la razón general del artículo 1255 que desde la franja acotada por el artículo 10 bis LGDCU.

4. **LARATIO DE BUENA FE DE LAS NORMAS SUSTANCIALMENTE IMPERATIVAS: ARTÍCULO 4 DE LA LGVBC**

Como última cuestión nos ocuparemos de las normas que pretende la realización puntual y estricta de un determinado orden legal. Las razones de política jurídica han detectado disfunciones tan esenciales en el sistema contractual y en el mercado como para decidir una actuación más definitiva. Las exigencias de la buena fe son tan extremas que actúan un régimen sustancialmente imperativo. Ahora sí. La autonomía privada está trabada por un mínimo legal infranqueable. La Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo nos ofrece una norma de estas características. El enunciado del artículo 4.2 es definitivo: *La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores es nula...* El consumidor recibe, pues, un paquete cerrado de derechos a modo de regalía jurídica. El clausulado del contrato puede darle más, pero nunca menos. Las primeras apariencias hablan así de las bondades de un sistema que fortalece de forma privilegiada la situación jurídica del consumidor.

La Directiva 44/1999⁴⁹ ha significado, en efecto, una regulación especial y característica de la compraventa de bienes de consumo⁵⁰. La LGVBC trae consigo nuevos aires jurídicos más acordes con las razones actuales de la economía de mercado. Rompe con la tradición romana de la codificación vinculada con el concepto de vicios ocultos y las acciones edilicias, e incorpora el binomio conformidad-incumplimiento, pensado y organizado en claves muy próximas a la lógica del Convenio de Viena⁵¹. Esta avanzadilla jurídica deviene, sin embargo, limitada en su alcance. La Ley, siguiendo a pie juntillas el mandato estricto de la Directiva, se ocupa exclusivamente de las relaciones entre un vendedor profesional y un consumidor, despreciando la oportunidad de reorganizar, de una vez por todos, con carácter general, la estructura del contrato de com-

⁴⁹ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

⁵⁰ Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC).

⁵¹ Convención de las Naciones Unidas, 11 de abril de 1980, sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adhesión de España por instrumento 17/7/1990 (BOE 30 de enero de 1991).

praventa⁵². De nuevo el particularismo del Derecho comunitario contagia las iniciativas nacionales. El peso de lo particular no deja andar camino hacia la modernización del Derecho contractual⁵³.

La protección del consumidor deviene, pues, el estandarte de la LGVBC. La exposición de motivos define abiertamente el plan de actuación. Se quiere un orden imperativo que trace un camino seguro a seguir para satisfacer las expectativas del adquirente de bienes de consumo⁵⁴. El artículo 4.2 concreta esta razón. Realiza una propuesta lineal: la renuncia actúa la nulidad, sin más concesiones. No existe variable alguna que altere la razón directa entre una y otra proposición. El orden legal marca el ritmo, castigando cualquier desorden con una sanción automática y definitiva.

El precepto generaliza, además, esta lógica, sin distinción de trato entre las cláusulas impuestas y las negociadas. Supera, así, el modelo diseñado por la LGDCU limitado en su alcance por el concepto de cláusula negociada individualmente. Donde existe negociación no se aprecia la necesidad de actuar un control específico. Se presupone la buena fe. Basta, pues, el artículo 1255 del Código civil. O visto el otro lado del problema, sólo donde existe imposición (cláusulas no negociadas individualmente), se presupone un distanciamiento de cierta relevancia jurídica entre el clausulado del contrato y las exigencias de la buena fe. Es la forma particular de contratar, el procedimiento de imposición de contenidos, lo que explica el control de cláusulas abusivas. Pero el artículo 4 LGVBC

⁵² El defecto de la cosa no es un problema exclusivo del consumidor, sino una cuestión de más hondo calado, estrechamente vinculada con la forma características de organizar la relación de fuerzas en la economía de mercado. La tendencia hacia la especialización en el ámbito económico propicia también la especialización jurídica del vendedor. La falta de conformidad deviene un problema característico de incumplimiento vinculado jurídicamente a la esfera de organización y control del vendedor (al menos en primera línea de fuego; después puede repercutir sobre el fabricante o productor). El defecto de la cosa significa, pues, un problema del vendedor que alcanza por igual las relaciones entre profesionales y las estrictas relaciones de consumo. En un sentido parecido se habla de transformación del concepto de objeto. El vendedor no debe entregar la cosa, sino un bien de las características esperadas (ORTI VALLEJO, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, 2002, pp. 8 ss.; MORALES MORENO, «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 2003, p. 1616). Otra cosa distinta es que la condición de consumidor signifique una protección especial en aspectos particulares de régimen jurídico (carácter imperativo de los derechos del comprador, presunción de la falta de conformidad en el momento de la entrega, transparencia de las garantías convencionales...).

⁵³ Esta estrechez de miras ha sido denunciada abiertamente por el profesor MORALES MORENO («Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», *Anuario de Derecho civil*, octubre-diciembre, 2003). Más concretamente, aboga por una solución al estilo alemán; es decir, por un cambio sustancial de la estructura general del contrato de compraventa sustentado en el concepto de falta de conformidad-incumplimiento.

⁵⁴ «Las disposiciones de la Directiva poseen carácter imperativo de modo que no cabe pactar cláusulas que excluyan o limiten los derechos conferidos al consumidor. En consecuencia, esta Ley otorga este carácter imperativo a todos los derechos reconocidos en la misma» (párrafo segundo de la Exposición de Motivos, *in fine*).

va más lejos. Establece un ámbito de actuación de amplio alcance. Cualquier renuncia es nula, en general. La protección del consumidor se intensifica. Es como si se viene a entender que la debilidad del consumidor se manifiesta, incluso, en la negociación. El problema no es ya propiamente la imposición de contenidos, sino la asimetría entre las partes contratantes. Se sospecha de la debilidad del consumidor en las ventas de bienes de consumo, considerando, que, en el momento de contratar, no es capaz de reconocer los perjuicios que implica la renuncia.

Pero no todo es generalidad. El artículo 4 LGVBC organiza la protección del consumidor tomando como punto de inflexión de la nulidad el momento previo o posterior de la renuncia: la previa es nula; luego, la posterior, no. Y todavía cabe considerar otras precisiones. Interpretada la ratio del precepto con la norma de referencia, resulta el momento particular de la renuncia. No vincularán al consumidor los acuerdos celebrados «antes de que se indique al vendedor la falta de conformidad» (art. 7 de la Directiva 44/1999)⁵⁵. Los posteriores, por tanto, sí. Habrá de entenderse que aquella indicación significa ya la posibilidad de una renuncia más consciente. En primer lugar, el defecto se ha manifestado y, en segundo lugar, el consumidor ha realizado, o razonablemente, ha podido realizar, una primera pesada de las consecuencias perjudiciales derivadas de la falta de conformidad. Visto de cerca el incumplimiento, el comprador decide, o podría decidir, con conocimiento de causa, la limitación o exclusión de los derechos legales. Antes no.

Quizás el problema «previo» siga siendo de procedimiento. O, más concretamente, el tipo de ventas. El acto de consumo es un acto de voluntad en gran medida precipitado e impuesto por la lógica del mercado, incluso, cuando existe negociación. El vendedor contrata en campo propio y conociendo (o debiendo conocer) las reglas del juego en su condición de profesional, mientras que el consumidor negocia la renuncia a tanto alzado, sin llevar ajustada la cuenta de resultados. El adquirente consiente, en verdad, las variables contractuales esenciales: precio-contraprestación. Las distintas ofertas de mercado sí significan una medida de comparación y especialización para decidir este aspecto. Pero el consentimiento falla en la pesada jurídica. La especialidad y los conocimientos en este ámbito son propios del contratante profesional o empresario. Los costes de la información no son asequibles para el contratante de a pie. Valorando, pues, el consentimiento del consumidor sin formalismos jurídicos se puede entender como una voluntad debilitada, sin fuer-

⁵⁵ Directiva 44/1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

za suficiente. Se realiza, pues, una valoración realista. Incluso en las cláusulas negociadas individualmente hay menos negociación de lo que en un principio se pudiera pensar. En este sentido característico, se presupone que el adquirente no es capaz de comprender desde lejos la jugada que está haciendo. Como no tiene todavía delante el problema del incumplimiento, como todavía no es un problema actual, no aprecia que la renuncia deja colgadas en el aire sus expectativas prestacionales. La forma en que se realiza este perjuicio es indiferente. Tanto si existe imposición como negociación –cláusulas negociadas individualmente–, la renuncia significa un perjuicio bastante posible a los efectos de justificar plenamente un control estricto del contenido contractual⁵⁶.

Y para males endémicos, soluciones definitivas. La protección del consumidor queda fijada en una cota de mínimos. Pueden concederse más derechos al consumidor, pero nunca menos de los establecidos en la Ley. La renuncia que impide rellenar la cuadrícula legal deviene nula. De esta suerte el sistema proteccionista gana mucho en eficiencia. La sanción no se puede moderar con variable alguna. Y por supuesto queda descartada la referencia al precio. Sencillamente cualquier precio debe asegurar la actuación del régimen legal. Los derechos legales vienen dados en bloque con la adquisición de un bien de consumo, sin admitir ninguna oscilación negativa que reduzca a la baja aquel bloque compacto.

Aparentemente esta opción de política legislativa parece la mejor solución, la más limpia y definitiva, para fortalecer la situación jurídica del consumidor. No quedan resquicios para el desorden contractual. Sencillamente existe una simetría absoluta entre el orden legal y el contrato de buena fe. No obstante todavía existen algunos indicios, sutiles pinceladas en el razonamiento, que suavizan las bondades de un sistema tan lineal que no deja ningún recoveco para pensar otras combinaciones del contrato de buena fe. Se comprende la alta cota de protección que este sistema ofrece al consumidor, pero, al mismo tiempo, se quiere hacer la contra mostrando algunas sombras.

En primer lugar, de tanto mirar de cerca al consumidor, se desconoce la situación jurídica del otro contratante. La sanción de nulidad recae directamente sobre la renuncia de derechos, ignorando las razonables expectativas contractuales de la otra parte contratante.

⁵⁶ El artículo 8:109 Principios Lando generaliza también el control sobre las cláusulas de exclusión o limitación de los medios de protección del crédito. Está pensado para todo tipo de cláusulas que puedan resultar contrarias a la buena fe, también para las cláusulas negociadas individualmente. Consultar «Comentario al artículo 8:109», en *Principios de Derecho Contractual Europeo, Partes I y II, (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)*, ed. Ole Lando y Hugh Beale, Madrid, 2003, pp. 565 ss.

Más concretamente cuando el contrato establece distintos precios: el caro y el barato, que, respectivamente, se corresponden con la oferta del régimen legal y otro diseño más modesto del contenido contractual, las consecuencias de la nulidad deberían ser más templadas, valorando conjuntamente todos los intereses implicados. La moderación de criterio viene dada desde las consecuencias extremas en las que desembocaría la realización lineal de la nulidad sobre la renuncia. El consumidor ondeando simplemente su bandera obtendría el régimen más beneficioso a cambio de un precio ventajoso. Y el vendedor debería costear la regulación legal a bajo precio. Entonces se podría hablar de ruptura del equilibrio contractual y retomar un discurso que resaltase la lógica esencial del intercambio. Es decir, la caída de parte del acuerdo provocaría una tal alteración de la economía del contrato, que el mantenimiento y la ejecución de la parte restante comportaría provechos para el adquirente y sacrificios para el vendedor contrarios a las exigencias de la buena fe. Y desde aquí, simplemente cerrando filas sobre esta razón principal, se podrían alcanzar consecuencias más moderadas. Si la nulidad está al servicio de la buena fe, los efectos derivados de la misma no deberían significar el sabotaje definitivo del intercambio. El contrato siempre debe significar la realización de una cota razonable de utilidad a dos bandas. Cada parte contratante debe obtener lo suyo. La nulidad significa, o debería significar, unas consecuencias menos definitivas para los intereses del vendedor. Desembocamos, pues, en un problema tradicional en materia de nulidad parcial. Se trata de delimitar qué partes de un contrato deben ser declaradas nulas para alcanzar un equilibrio de buena fe⁵⁷. Más concretamente, en el caso de que exista un acuerdo de aquellas características, las alternativas serán, o deberían ser, dos: bien dejarlo todo como lo han pactado las partes o bien anular el pacto ilícito, pero en bloque, sin descomponerlo de modo ventajista para una parte. Bajo la sanción de nulidad caerían por igual la renuncia de derechos y la rebaja del precio, recolocando el contenido del contrato en el orden legal y el precio en la otra variable opcional. Como decíamos, la buena fe desdobra su funcionalidad: significa fundamento y límite de la protección del consumidor, al mismo tiempo. Y en este sentido característico las consecuencias de la nulidad se extienden al pacto entero y el contrato retoma por completo el otro orden establecido. Y no se alegue en contra el argumento fácil del precio como límite institucional del control de contenido. El precio alternativo le viene dado al juez en el propio contrato.

⁵⁷ Vid. PASQUAU LIAÑO, «Comentario a los artículos 9 y 10 LCGC» en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, 1999, pp. 301 ss.

En segundo lugar, cabe preguntarse sobre la realidad de las bondades de las normas imperativas, pensando las repercusiones indirectas sobre los precios de mercado u otras variables económicas. Lo que resulta eficiente desde una perspectiva puede no serlo desde otra. No debe olvidarse que, desde la razón generalizada de muchas de estas normas proteccionistas, la acometida se emprende contra el reducto institucional de la voluntad del consumidor, pasando incluso por encima de las cláusulas negociadas individualmente. Es como venir a entender que cuando el consumidor negocia, siempre negocia mal; o, si se prefiere, que negocia mal por tendencia. En fin, que no sabe cuidar de sí mismo: ni entiende y ni decide con acierto. El consumidor deviene un incapacitado contractual al que se debe proteger siempre, por necesidad. Sin embargo, todavía cabe considerar supuestos característicos en los que comprar a menos precio a cambio de ciertos recortes del régimen legal puede significar una solución ajustada no sólo a los intereses de las partes contratantes, sino igualmente a la lógica de la competencia. Más concretamente, si garantizar un derecho significa para el vendedor costes excesivos y el precio establecido en el contrato es claramente inferior al de mercado, la renuncia negociada sigue siendo, al modo tradicional, una buena manera de realizar el contrato de buena fe.

Existen otras bazas que pueden moderar el fervor de criterio hacia las normas imperativas. A poco que profundicemos en aquella ratio de protección el significado cambia. Lo que se predica como un régimen de regalías jurídicas para el consumidor se convierte después en un orden impuesto.

La exposición de motivos de la LGVBC proclama la situación jurídica del consumidor con un bombo exagerado como si, en verdad, fuese la razón de decidir el cambio de régimen jurídico de la compraventa. No obstante existen otras razones desde las que plantear los cambios. A mi entender, la nueva regulación tiene el mérito principal de reconducir el «defecto» (falta de conformidad) al ámbito de la responsabilidad profesional del vendedor, desterrando la lógica extraordinaria del saneamiento por vicios ocultos que más bien había sido concebida históricamente como una pequeña concesión hacia el comprador, imputando riesgos moderados y bastante limitados en el tiempo al vendedor. Digamos que, en la lógica de las acciones edilicias, el defecto todavía no era pensado como un evento vinculado al ámbito de la organización económica del vendedor. O si se prefiere, la condición de vendedor todavía no se había *profesionalizado*. Las tornas cambian por completo en la LGVBC en aquel sentido característico que acabamos de explicar. En pocas palabras, el defecto significa ahora un problema de

incumplimiento a cargo del vendedor: *responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que existe en el momento de la entrega del bien* (art. 4 LGVBC)⁵⁸.

Con la referencia al incumplimiento se pierde buena parte de la ratio proteccionista de la LGVBC y de la pretendida especialidad de los derechos que concede al consumidor. En particular, los remedios que establece la Ley (art. 5 y siguientes) responden a la esencia más elemental del sistema contractual. La resolución o la rebaja del precio no constituyen regalías o derechos de ratio proteccionista, sino respuestas tradicionales al problema de los defectos ocultos de la cosa adquirida. Y no se diga que la reparación y la sustitución constituyen concesiones extraordinarias al consumidor de la LGVBC respecto a la estrechez de los remedios edilicios, porque la práctica jurídica ya tenía aprehendidos aquellos remedios del sistema general (art. 1101 y siguientes del Código civil). Se podría decir que estos remedios son las respuestas al incumplimiento más cercanas a la propia esencia del vínculo contractual.

Además, la Ley establece una jerarquía entre los remedios. El consumidor en primera línea sólo puede exigir la reparación o la sustitución. La resolución o la rebaja del precio actúan en la retaguardia, como último recurso. Es decir, aunque el incumplimiento sea *grave y esencial*, el comprador tiene cerrada la salida del contrato hasta que no se hayan actuado la reparación o la sustitución (art. 7 LGVBC). ¿Significa esto acaso una regalía para el consumidor que ha visto con sorpresa que el bien que acaba de comprar tiene un defecto esencial que impide realizar por completo la utilidad razonablemente esperada? ¿Significa un mejor derecho hacerle pasar necesariamente por la reparación o la sustitución cuando en realidad la solución más limpia y menos engorrosa en muchas ocasiones es salir del contrato y empezar de nuevo con otro vendedor o, al menos, con otra marca más fiable? ¿No se podría pensar que el orden legal está pensando en ofrecer una segunda oportunidad al vendedor? Si no acierta a la primera (falta de conformidad), puede sustituir o reparar; pero, finalmente, consigue colocar el producto. Llegados a este punto la protección de la Ley está ya más cerca del vendedor que del comprador.

La relación entre la reparación y la sustitución también es jerárquica. Lo que la primera frase del artículo 5 presenta como una opción termina siendo muy pronto un orden impuesto: *el consumi-*

⁵⁸ FENOY PICÓN decide el fundamento de la falta de conformidad en el incumplimiento del vendedor y con el trazo seguro de argumentos históricos y sistemáticos marca las distancias conceptuales y de régimen jurídico de esta razón con el error, las acciones edilicias y el dolo del vendedor (*El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pp. 149 ss.).

dor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución, salvo que una de estas opciones resulte imposible o desproporcionada... Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor. De nuevo la excepción de la norma puede ser interpretada con una ratio de favor hacia el vendedor, no hacia el comprador. Aunque desde el primer día el bien adquirido no funcione, y el adquirente quiera la solución fácil y rápida de arreglar el entuerto reclamando otro nuevo, no podrá optar directamente por la sustitución si se produce aquella desproporción. Y obsérvese que la medida de la desproporción viene dada desde variables económicas que terminan arrojando un saldo a favor de la reparación que prácticamente significa un remedio más razonable para el vendedor que la sustitución. Piénsese que los residuos de la sustitución (bienes usados) no siempre tienen una salida fácil en el mercado. El adquirente, por tanto, con una razón de normalidad, tendrá que esperar pacientemente la reparación del bien y participar al menos durante un tiempo del problema del incumplimiento.

Vistas las cosas desde esta perspectiva particular, los proclamados derechos legales significan, en rigor, la realización de un orden impuesto. Bajo el estandarte de la justicia contractual, se realiza una ratio que, pensando despacio las cosas, no se sabe muy bien a quién termina de beneficiar. En primera línea parece actuar el interés del consumidor; pero, en la retaguardia, bien camuflados, batallan los intereses del vendedor. También se puede pensar que, a cambio de una segunda oportunidad (reparación o sustitución), el vendedor puede moderar la repercusión del problema del incumplimiento sobre el precio y que, por lo tanto, a la larga, el precio más ajustado realiza el interés del consumidor. Entonces seguiríamos hablando de las bondades del régimen imperativo. Para averiguar los resultados de la Ley toca esperar y comprobar en el tiempo los efectos. Pero, al menos, de por medio hemos salvado la trampa de caer directamente en el eslogan proteccionista de la Ley, pensando las verdaderas razones que existen por detrás.