

**FÉLIX GÓMEZ-HIDALGO TERÁN**

*Doctor en Derecho Civil*  
*Abogado*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: doña María del Carmen GETE ALONSO, doña María Teresa DE GISPERT PASTOR, don Agustín LUNA SERRANO, don Pedro MIROSA MARTÍNEZ, don Luis PUIG FERRIOL y doña Matilde VICENTE DÍAZ.

**Extracto:**

**L**A buena fe, entendida como uno de los dos criterios generales de abusividad, es una exigencia que se satisface mediante una evaluación global de los intereses en juego, en cuya apreciación ha de prestarse especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido de algún modo al consumidor o usuario a dar su acuerdo a las cláusulas y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición del consumidor o usuario.

El predisponente puede cumplir la exigencia de buena fe que le incumbe normativamente tratando, de manera leal y equitativa, con el adherente, cuyos intereses legítimos ha de tener en cuenta; de esta manera, la buena fe y la equidad requieren que el predisponente adopte una actitud de imparcialidad al tiempo de determinar el contenido de las condiciones predispuestas e impuestas, es decir, exigen que la evaluación global de los típicamente legítimos intereses de ambas partes se lleve a cabo en el contrato de acuerdo con criterios objetivos, que han de obtenerse a partir de una adecuada calificación del negocio concluido, es decir, de la naturaleza jurídica o del tipo al que el contrato pertenece.

El control del contenido de las condiciones, generales o particulares, no negociadas individualmente que se realiza mediante la fórmula legal de

.../...

.../...

las cláusulas abusivas pretende contrarrestar la introducción en el texto contractual de perjuicios desproporcionados o no equitativos que posiblemente aparezcan en el mismo a raíz de la inexistencia de libertad del consumidor o usuario adherente para participar en la configuración del contenido del contrato.

Como consecuencia inmediata de ello, entre todas las circunstancias que influyen sobre la declaración de abusividad, enjuiciadas desde el prisma de la buena fe, adquieren cierto grado de importancia aquellas que se encuentran asociadas al desarrollo de los tratos previos, si bien deben tomarse en consideración todas las circunstancias concurrentes tanto en el momento de la celebración del contrato como en el de su desarrollo y ejecución.

Por descontado, el criterio de la buena fe conlleva la interdicción de la arbitrariedad del predisponente, entendida en su vertiente de prohibición del *arbitrium boni viri*, o arbitrio de equidad u objetivo.

---

## *Sumario:*

---

### Introducción.

#### 1. La fuerza de las partes en la negociación.

##### 1.1. Buena fe y adhesión.

1.1.1. Alcance del deber del adherente de actuar con buena fe.

1.1.2. Incidencia de la relación calidad/precio en la buena fe del adherente.

1.1.3. Conexión de la buena fe con las cláusulas sorprendentes.

##### 1.2. Buena fe y previa redacción unilateral.

1.2.1. Alcance del deber del predisponente de actuar con buena fe.

1.2.2. Buena fe y equidad. Buena fe e información.

2. Circunstancias de la celebración del contrato.
  - 2.1. Buena fe e inducción.
  - 2.2. Buena fe y ausencia de solicitud.
3. Trato leal y equitativo. Evaluación global de los intereses en juego.
  - 3.1. Deber de imparcialidad.
    - 3.1.1. Los intereses de cada una de las partes del contrato.
    - 3.1.2. La buena fe objetiva.
  - 3.2. Prohibición de la arbitrariedad.
    - 3.2.1. Significado. Prohibición del arbitrium boni viri.
    - 3.2.2. Supuesto principal. La cláusula de remisión al tipo de interés preferencial.

## INTRODUCCIÓN

Para L. Díez-Picazo [*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen I. Introducción. Teoría del contrato*, ed. Civitas, 5.ª ed., Madrid, 1996, pág. 379] y A. Gullón [*Instituciones de Derecho Civil, Volumen I/2, Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, ed. Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1998, pág. 66], seguidos por A. Cabanillas Sánchez [*La información al consumidor en la compraventa y el arrendamiento de vivienda y el control de las condiciones generales*, ed. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional del Consumo, Madrid, 1994, pág. 161] y P. de la Haza Díaz [*El contrato de viaje combinado. La responsabilidad de las agencias de viajes*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 120], la buena fe, en su faceta limitadora de la validez de las condiciones generales de la contratación, es el conjunto de criterios valorativos que, desde el punto de vista ético, pueden conducir a un enjuiciamiento de la interna justicia de la ordenación contractual.

En la noción de buena fe se agrupan, pues, una serie de reglas de la corrección a través de las cuales se moralizan las relaciones económicas, el intercambio de bienes y servicios. La buena fe en el ámbito contractual, especialmente en el campo de las cláusulas abusivas, es aquello que, desde L. Díez-Picazo [*op. cit.*, págs. 48, 361 y 362] hasta S. 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 U. Nieto Carol (Director), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 72], los autores llaman «moralización de las relaciones económicas».

Por otro lado, no hay que olvidar que, de acuerdo con J.M.<sup>a</sup> Miquel González [*Comentario al artículo 7.1, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (Directores), Comentario del Código Civil, Tomo I, ed. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 42*], la concepción ética de la buena fe es ética jurídico-comercial.

La buena fe es una exigencia que se satisface, tal y como viene a contemplarse en el considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE, mediante una evaluación global de los intereses en juego, en cuya apreciación ha de prestarse especial, que no exclusiva, atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido de algún modo al consumidor o usuario a dar su acuerdo a las cláusulas y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición

del consumidor o usuario. También se advierte en el precepto comunitario citado, como corolario, que el predisponente puede cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con el adherente, cuyos intereses legítimos ha de tener en cuenta.

Junto a estos criterios, que podemos caracterizar como universales o generales, aparece el principio de solidaridad entre usuarios, que habrá de tenerse particularmente en cuenta al tiempo de decidir acerca de la armonía o, por el contrario, contradicción con la buena fe de aquellas cláusulas que se encuentren insertas en contratos cuya finalidad sea reglamentar el desarrollo de actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios públicos colectivos (considerando 19.º Directiva 93/13/CEE); contratos a los cuales se extiende el ámbito subjetivo –*rectius*: material-funcional– de aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas [considerando 17.º Directiva 93/13/CEE y disposición adicional primera (D.A. 1.ª) *in fine* de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU)], quedando incluidos aquellos por cuya virtud se faciliten servicios tanto por parte de las Administraciones públicas como de las entidades y las empresas de ellas dependientes (art. 10.1 LGDCU). En su consecuencia, no puede negarse el reducido campo de operatividad que el principio de solidaridad entre usuarios posee; mas esta limitación tampoco equivale a lo que J. AVILÉS GARCÍA [*Cláusulas abusivas, buena fe y reforma del derecho de la contratación en España, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 648, Septiembre-Octubre 1998, págs. 1.550 y 1.551*] conceptúa como una simple intención que no deja de ser un curioso precipitado de tintes sociológicos o, dicho de otra manera, como un intento de moralización de las relaciones entre privados puramente programático o meramente anecdótico y carente de cualquier trascendencia jurídica práctica, sino que, yuxtapuesto con el resto de los parámetros integrados en el contenido de la buena fe, coadyuva, con mayor o menor intensidad, en la decisión final de validez o abusividad de algunas de las cláusulas enjuiciadas.

## 1. LA FUERZA DE LAS PARTES EN LA NEGOCIACIÓN

En relación a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, y partiendo, por definición, del hecho objetivo de la ausencia de negociación del contenido de las condiciones, ya generales, ya particulares, por haber sido éste incorporado al contrato unilateralmente por una de ellas –denominada, por tal motivo, predisponente, con independencia de la autoría material de las cláusulas utilizadas– y posteriormente aceptado en bloque por la otra –llamada, en virtud de esta circunstancia, adherente– sin posibilidad alguna de influir en su contenido [arts. 3.2.1.º Directiva 93/13/CEE y 1.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)], debe entenderse que el control del contenido de las condiciones, generales o particulares, no negociadas individualmente que se realiza mediante la fórmula legal de las cláusulas abusivas pretende contrarrestar la introducción en el texto contractual de perjuicios desproporcionados o no equitativos que posiblemente aparezcan a raíz de la inexistencia de libertad de configuración del contenido del contrato del consumidor o usuario adherente, quien, en puridad, únicamente otorga su consentimiento acerca del objeto principal o característico del contrato y del precio o retribución del mismo, razón por la cual, ya lo hemos visto, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE excluye la posibilidad de extender el juicio de abusividad a tales elementos del contrato [principios *pacta sunt servanda* y *stat*

*pro ratione, voluntas*; cfr. los arts. 1.091, 1.255 y 1.300 Código Civil (CC)], con independencia de que su contenido sea o no justo, equilibrado o razonable en sentido objetivo.

Desde este punto de vista, es acertada la opinión de L. FERRI (*La autonomía privada, trad. esp., ed. EDERSA, Madrid, 1969, pág. 416*) respecto a que la buena fe en los tratos es la tutela de la libertad contractual, lo que, traído aquí, significa la superación del déficit estructural de libertad expuesto, bien a través de la directa corrección heterónoma del contenido de las estipulaciones cuyos efectos sean claramente perjudiciales para los intereses del adherente y, en su caso, de la posterior integración de la parte del contrato que haya quedado afectada por la nulidad con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del CC (*vid.* el art. 10 bis 2 LGDCU), bien mediante la exigencia, excepcional, de selección del contenido del contrato como vía necesaria para otorgarle validez; nunca utilizando el mecanismo indirecto de la absoluta deslegitimación del empleo de condiciones incorporadas al negocio jurídico sin superar el trámite de la previa negociación individual y, consecuentemente, el reconocimiento de validez, de forma única o exclusiva, a la antagónica configuración bilateral, en sentido estricto, de la total reglamentación autónoma de la relación obligatoria.

## 1.1. Buena fe y adhesión.

### 1.1.1. Alcance del deber del adherente de actuar con buena fe.

La buena fe, en primer lugar, referida de forma unívoca a la aceptación de las condiciones predisuestas e impuestas realizada por el adherente, consiste en la pausada y diligente confianza en una actitud correcta del empresario o profesional que no debe ser defraudada mientras se mantenga dentro de un nivel aceptable, el cual oscila entre la inexigibilidad de que el consumidor o usuario requiera constantemente fundamentos del comportamiento del predisponente y la total adhesión, la confianza ciega o el completo crédito otorgado a éste. En este sentido, y según la doctrina del profesor L. Díez-PICAZO (*op. cit., pág. 379*), la buena fe es lo que el contratante normal espera, según el tipo de contrato, de la otra parte contratante; es una aplicación de la regla general de la confianza.

Es especialmente oportuno precisar que al adherente no se le exige legalmente el desarrollo de ninguna conducta tendente a conseguir evitar la aplicación de las cláusulas que constituyen la regulación contractual cuando quiera obtener el bien o servicio objeto del negocio (*vid.* el antiguo art. 10.2.1.º *in fine* LGDCU), sino que basta con la imposibilidad para influir sobre su contenido (art. 3.2.1.º Directiva 93/13/CEE), es decir, la mera o pura aplicación a la oferta o promoción de productos o servicios o su incorporación a los contratos relativos a los mismos sin que medie una negociación individual previa (arts. 10.1 y 10 bis 1.1.º LGDCU).

Si bien nos parece, como a C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1996, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 43, enero/marzo 1997, págs. 379 y 380*), que, por lo demás, era dudoso que la inevitabilidad estuviese muy alejada conceptualmente de la imposibilidad de influir, hoy por hoy ha desaparecido la exigua base

normativa en la que el Tribunal Supremo sustentó, entre otras, sus decisiones de 20 de noviembre de 1996 [*Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia (RAJ)*, núm. 8371/1996] y de 31 de enero de 1998 [*RAJ* núm. 121/1998], las cuales versaban, en primer lugar, acerca del deber, incumbente al consumidor o usuario, de realizar el ímprobo esfuerzo consistente en intentar discutir cada una de las estipulaciones o condiciones que formasen el contenido del contrato con la finalidad de eludir su aplicación y, en segundo término, sobre la correspondiente insuficiencia de aquella imposibilidad, por sí sola, para considerar aplicable el régimen jurídico de las cláusulas abusivas.

Por supuesto, tampoco es admisible, en este sentido, ninguna resolución judicial, igual o similar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 [*RAJ*, núm. 5326/1992], por la que se requiera la constancia de que la empresa de servicios sea la única que los presta en la ciudad de que se trate; porque, atendiendo a la visión que del tema presenta la doctrina dominante. Así, J. DUQUE [*La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores*, en A. Bercovitz (Coordinador), *Comentarios a la Ley General sobre Consumidores y Usuarios, Estudios sobre Consumo*, núm. 3, Diciembre 1984, pág. 65], R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [*La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en A. Bercovitz y R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, págs. 191 y 192], M.-A. LÓPEZ SÁNCHEZ (*Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español*, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, Octubre 1987, págs. 629 y 630), J.L. LACRUZ BERDEJO, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVARRÍA y F. RIVERO HERNÁNDEZ (*Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones, Volumen Segundo. Teoría General del Contrato*, ed. Bosch, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 36), J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (*Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al art. 10 LGDCU*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 30, Abril-Junio 1988, págs. 284 y 285), J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, ed. Civitas, Madrid, 1991, pág. 259, y *Protección de los consumidores y derecho de los contratos*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLVII, Fascículo II, Abril-Junio 1994, págs. 129 y 130), M. RUIZ MUÑOZ (*La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, ed. Lex Nova, Valladolid, 1993, págs. 268 y 269), M. COCA PAYERAS [*Comentario al artículo 10.2*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández (Coordinadores), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, ed. Civitas, Madrid, 1992, pág. 320] y M.ª J. MORO ALMARAZ y J.P. APARICIO VAQUERO (*Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Febrero de 1997*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 44, abril/agosto 1997, pág. 621), la imposición de las cláusulas contractuales sólo ha de ser relativa, esto es, basta que no pueda acordarse cosa diferente con la empresa con la que se contrata, sin que sea necesaria la inevitabilidad absoluta o, lo que es lo mismo, la concurrencia de una situación monopolística o de dominio del mercado por parte del predisponente. De forma parecida, el presupuesto de la inevitabilidad no pretende exigir, como bien dice A. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores*, en A. Bercovitz y R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 151), que las condiciones generales sólo tengan ese carácter inevitable si son aplicables siempre que se desee obtener el bien o servicio, cualquiera que sea el proveedor.

En cuanto a la determinación del grado de confianza que ha de exigirse a todo consumidor podemos remitirnos, en un primer acercamiento, tanto a la doctrina de K.G. BRUNS como a la

de C.G. WÄCHTER [ambas opiniones doctrinales se encuentran citadas en J.M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (*Observaciones en torno a la buena fe, en VV.AA., Homenaje al profesor Juan Roca Juan, ed. Universidad de Murcia. Secretariado de Publicaciones, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Consejería de Cultura, Educación y Turismo. Dirección General de Educación y Universidad, Caja de Ahorros del Mediterráneo y Caja de Ahorros de Murcia, Guadalajara, 1989, pág. 500*) y (*La buena fe y su concreción en el ámbito del Derecho civil, Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXIX, 1990, págs. 13 y 14*)]. Según el primero, siempre yace en el concepto de *bona fides* que uno cree algo de modo honesto, después de una honrada y concienzuda reflexión, y no de modo ligero y frívolo con ceguera egoísta. Por otro lado, aunque tampoco muy lejos, el segundo comparte la opinión de que la buena fe es honesta confianza y determinación honrada, pero no está de acuerdo con que ello tenga que exigir una reflexión concienzuda; porque también puede existir un proceder honrado, una determinación honesta, aunque se actúe de forma irreflexiva.

En definitiva, la buena fe del adherente jurídicamente protegida es una razonable confianza o esperanza en el comportamiento justo y adecuado del predisponente, en su honorabilidad y moralidad y en el reflejo de estas virtudes a la hora de redactar el contrato o, en su caso, de incorporar al mismo estipulaciones tomadas de otros autores; así, J.M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ [*Reflexiones sobre las condiciones generales, en J.L. Iglesias Prada (Coordinador), Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo IV, ed. Civitas, 1990, pág. 4.951*] afirma al respecto que la buena fe exige que la confianza del adherente en una reglamentación justa y equilibrada no sea defraudada.

Revelador es el planteamiento global de esta cuestión que ha sido efectuado por J. ALFARO ÁGUILA-REAL [*El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho Privado, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 67, Julio-Septiembre 1997, pág. 865*], quien alaba la bondad de la Directiva 93/13/CEE al centrar el control del contenido en el criterio de la predisposición, porque dicho control se justifica desde la falta de un correcto funcionamiento del «control de mercado», lo que no permite que podamos afirmar que el consumidor acepta libremente el contenido contractual; de esta forma, bajo esta óptica, se impide que los clausulados contractuales puedan ser empleados por los predisponentes para establecer una regulación contractual desfavorable para el adherente aprovechando la seguridad de que el consumidor no puede ni quiere discutir el contenido contractual y se limitará a fijarse en las condiciones esenciales —es decir, en el precio y en el objeto principal del contrato—, comparándolas con las alternativas en el mercado, y a «esperar» que el clausulado contractual no sea excesivamente oneroso para sus intereses.

### 1.1.2. Incidencia de la relación calidad/precio en la buena fe del adherente.

Íntimamente relacionada con la buena fe del adherente se encuentra la relación entre la calidad y el precio del bien o servicio contratado, relación aquella primera que se nos antoja como proporcionalmente directa.

Así, a un consumidor o usuario medianamente diligente, no ciegamente confiado y, por ende, merecedor de la protección que le dispensa la institución de las cláusulas abusivas, no se le debe

escapar que la adquisición de un bien o la contratación de la prestación de un servicio a un precio reducido o inferior al habitual dentro del mercado lleva aparejada un déficit de calidad del mismo que, naturalmente, va a aparecer reflejado en el contenido de las condiciones predispuestas que reglamentan la relación jurídico-contractual en cuestión, en un sentido también reductor de la garantía; circunstancia aquella que impide al adherente obtener una mejora del contenido contractual mediante la declaración de nulidad, por abusivas, de las cláusulas que lo integran.

*A sensu contrario*, un precio que sea elevado indica, en principio, una razonable apariencia o, si se prefiere, concede legitimación a una expectativa de alta calidad que debe corresponderse con una generosa protección contractual o, en su defecto, legal de los intereses del consumidor o usuario en el mantenimiento de los niveles de calidad esperados.

Ha sido A.M. MORALES MORENO (*El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXV, Fascículo III, Julio-Septiembre 1982, pág. 677*) quien se ha percatado de la existencia de esta relación al justificar el carácter legítimo de la confianza invertida por el comprador respecto a la actuación del vendedor en la cuantía del precio que ha pagado; criterio este, útil para imputar al vendedor la insatisfacción del interés del comprador, que es incorporado por J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit., pág. 306*) a la lista de pautas que determinan el carácter insólito de una cláusula, al decidir que lo que el cliente puede esperar razonablemente también depende de la cuantía de la propia prestación, al señalar que los precios proporcionan información sobre la calidad de los productos y, por ende, modulan en amplia medida las expectativas que sobre dicha calidad adquieren sus destinatarios, y al concluir que, a mayor precio, más confianza en la calidad de lo adquirido.

En la práctica judicial, y sobre esta materia, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.<sup>a</sup>) de 22 de marzo de 2000 (*El Derecho, núm. 6918/2000*), relativa a una cláusula de un contrato de compraventa de un automóvil perfectamente identificado en la que se indica que no se presta la garantía debido al precio, es decir, por ser un precio menor que el que correspondía pagar por la adquisición del coche; y que atiende, respecto al juicio de abusividad, a la D.A.1.<sup>a</sup> II.9.<sup>a</sup> de la LGDCU, donde se requiere que la exclusión o limitación de los derechos legales del consumidor o usuario por incumplimiento total o parcial o por cumplimiento defectuoso de las obligaciones del empresario o profesional sea inadecuada. En la resolución judicial se razona que, ciertamente, cabe admitir que quien compra un bien por un precio bastante inferior al de mercado, asume el riesgo de que ese bien no esté en las más perfectas condiciones para cumplir sus fines normales; se acepta así un azar en que quien paga significativamente menos por un bien, corre el riesgo conscientemente de que ese bien no esté en óptimas condiciones y que, por ello, deba invertir ese dinero que se ahorra en atender a las necesidades de reparación o puesta a punto de un bien. En el mismo sentido, en la sentencia de referencia se afirma que lo que no parece adecuado es que quien compra un bien por un precio significativamente menor y sabe que ese precio menor se debe a que no se garantiza el adecuado y total funcionamiento del bien, es decir, que no hay engaño de ninguna clase, se extrañe de que ocurra ese evento de que tenga que atender a esos defectos no garantizados. En definitiva, no cabe obtener simultáneamente el beneficio del menor precio y de la garantía cuando se sabe que ambos se excluyen y así expresamente se contrata; excepción hecha de que el bien no sirva para nada

o si hay un desequilibrio muy sustancial entre lo que se ahorra el consumidor o usuario en el pago del precio y lo que debe desembolsarse para atender el bien y colocarle en condiciones de satisfacer las necesidades para las que se adquirió, en cuyo caso cabría plantear la ineficacia de lo pactado, bien por inhabilidad del objeto, bien porque la exclusión de la responsabilidad se hizo de forma inadecuada.

### 1.1.3. Conexión de la buena fe con las cláusulas sorprendentes.

Igualmente destacable es la existencia de una conexión inmediata entre la buena fe del adherente y la categoría de las cláusulas sorprendentes, que son, según recoge la doctrina como opinión común [vid. M. RUIZ MUÑOZ (*Control de las condiciones generales de los contratos en el Derecho comunitario, Gaceta Jurídica de la CE y de la competencia, Serie D, núm. 21, Abril 1994, pág. 70*) y J. PAGADOR LÓPEZ (*La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas, ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, pág. 58*)], las condiciones o estipulaciones que implican una ejecución del contrato significativamente diferente de aquella que el adherente podría legítimamente esperar, o, dicho de otro modo, las que exponen al adherente al riesgo de hallarse implicado en relaciones o situaciones contractuales distintas y más onerosas que aquellas otras que razonablemente podía prever teniendo en consideración el clausulado contractual y la naturaleza jurídica y económica de la operación celebrada.

Una vez quede expuesta nuestra reserva en cuanto a la posibilidad de formación de expectativas razonables y legítimas en el fuero interno del adherente en consideración al clausulado contractual, debido a que, como se ha preocupado por remarcar J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit., págs. 70, 71 y 243*), los adherentes, como «tipo» de contratante, no introducen entre las variables que influyen en su decisión de contratar el contenido de las condiciones generales –actitud esta que es, además, racional desde el punto de vista económico–, sólo podemos compartir parcialmente la tesis que incardina las cláusulas sorprendentes entre los diversos supuestos de cláusulas abusivas porque no superan el control de contenido; y ello, al amparo de la doctrina de J.M.<sup>a</sup> DÍAZ FRAILE (*La protección registral al consumidor y la Directiva sobre cláusulas contractuales abusivas de 1993, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 622, Mayo-Junio 1994, pág. 1.033*), en la medida en que, en determinadas ocasiones, seguramente las mas frecuentes, ni siquiera cumplan los requisitos de incorporación al contrato y terminen por no ser válidas con arreglo a aquéllos.

A la vista de esta distinción, no cabe defender que el vencimiento de los obstáculos que introduce el control sustantivo de esta clase de estipulaciones contractuales desde el visor de la buena fe quede subordinado, según aprecian H. BEALE [*Legislative Control of Fairness. The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts, en J. Beatson and D. Friedmann (Editors), Good Faith and Fault in Contract Law, ed. Oxford University Press Inc., New York, 1997, pág. 245*] y J. PAGADOR LÓPEZ (*op. cit., págs. 56 y 58*), a que el contratante consumidor haya recibido del profesional una información satisfactoria respecto a los extremos regulados en ellas, a que, dicho de otro modo, el contratante profesional dé noticia de su existencia, contenido y alcance al contratante consumidor; sino que, por el contrario, y al lado de P. ULMER [*apud J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Las condiciones cit., pág. 254)*], es patente que una cláusula abusiva no deja de ser ineficaz porque el predisponente se haya referido

a la misma expresamente, pues con tal referencia simplemente se supera el obstáculo de la buena fe en su vertiente formal, se elude el efecto sorpresa pero no la conclusión jurídica de abusividad. La conveniencia de diferenciar las condiciones generales sorprendentes de las abusivas también ha sido propuesta por M. KLEIN [*La propuesta de Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación a la luz de la ley alemana (AGBG)*, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 8, Julio-Diciembre 1989, págs. 133 y 135], quien, dando por cierto que las cláusulas insólitas son también a menudo abusivas, concluye que, de este modo, aunque se eliminara su carácter sorprendente, aún podrían ser declaradas nulas según las normas sobre control de contenido.

El ejemplo que ilustra con más fidelidad este aserto es aquella otra estipulación incorporada a una póliza de crédito o de préstamo irregular de dinero para consumo, a través de la cual, en síntesis, la entidad financiera, a fin de poder ejercitar su posible reclamación judicial por incumplimiento a través de la vía ejecutiva, puede imponer al prestatario y, en su caso, a sus fiadores o avalistas, la obligación de emitir y suscribir un pagaré en blanco, a la vista y a la orden, a favor del banco o caja predisponente en garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas del crédito o préstamo, para que el propio predisponente, en caso de impago parcial o a su vencimiento, lo pueda completar unilateralmente y sin necesidad de intervención por fedatario público; porque, en este supuesto, creemos, como C. GAY CANO (*La imposición de firma de pagaré en blanco en contratos privados de préstamo al consumo*, *Revista General de Derecho*, núm. 603, Diciembre 1994, pág. 12.519), que un contratante medio ni siquiera puede llegar a imaginar el alcance de los compromisos que asume mediante la firma en blanco del pagaré, además de que, por mucha información que el predisponente le suministre al consumidor o usuario y por muy adecuada que ésta sea, se le está privando, abusivamente *ex* disposición adicional primera.V.27.<sup>a</sup> *in fine* de la LGDCU, del derecho a la elección de fedatario mercantil competente según los artículos 1.429.2.º 6.º y 1435.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y 2.1.º de la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950 o los artículos 517.2.5.º, 572.2.1.º, 573.1.1.º y 573.1.2.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para autorizar el documento público en el que inicial y posteriormente ha de formalizarse el contrato, y, consiguientemente, del derecho a ser informado por parte de éste sobre la aplicación de la LCGC y de la LGDCU (*vid.* los arts. 23.4 LCGC y 10.6.2.º LGDCU).

Volviendo a los estrechos vínculos que comunican las cláusulas sorprendentes con los requisitos de incorporación, es imprescindible tener presente que entre estos segundos sobresale el deber de mencionar expresamente en el documento contractual la existencia de las cláusulas que no son negociadas individualmente [art. 10.1 a) *in fine* LGDCU] y de las condiciones generales de la contratación, debiendo facilitarse, a la par, un ejemplar de las mismas (arts. 10.3 LGDCU y 5.1.2.º LCGC), y, en todo caso, si el contrato regulado mediante condiciones generales no debe formalizarse por escrito, el predisponente ha de garantizar al adherente, de cualquier forma, una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración (art. 5.2 LCGC).

Como se puede apreciar, el simple hecho de informar sobre el contenido de las cláusulas utilizadas es un deber que excede del control de inclusión, el cual queda adecuada y suficientemente satisfecho, tal y como afirma L. Díez-PICAZO (*op. cit.*, pág. 376), cuando el predisponente haya facilitado la cognoscibilidad o la mera posibilidad efectiva de conocimiento de aquel contenido,

pero que no alcanza a enervar la sorpresa desde el postrero control de la abusividad. De este modo, coincidimos con J.A. BALLESTEROS GARRIDO (*Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, pág. 234), quien resuelve que ningún esfuerzo informativo, por intenso y exhaustivo que sea, podrá ser suficiente para convalidar condiciones generales claramente abusivas.

En el foro de las cláusulas abusivas, sorprendentes o insólitas inclusive, puede tomarse como premisa indiscutible que, para que acaben definitivamente legitimadas con independencia de su concreto contenido, sólo es bastante el trámite de la negociación individual (*vid.* la D.A. 1.ª V.23.ª y 24.ª LGDCU). Consecuentemente, acierta J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, págs. 244 y 140) al entender que mientras el control del contenido refleja el sometimiento de las condiciones generales a las normas legales, la regla de las cláusulas sorprendentes pone de manifiesto el sometimiento de las condiciones generales a la autonomía privada, por lo que, en este segundo caso, la suscripción de un formulario no es suficiente para obligar al cliente y, si el predisponente quiere incrementar el precio pactado o imponer la adquisición de accesorios, ha de llegar a un acuerdo con el adherente y no «colárselo de rondón» en condiciones generales; es decir, la ley exige que al respecto exista un acuerdo individual. Esta distinción, a nuestro juicio, no conlleva que la regla de las cláusulas sorprendentes deje de ser, absolutamente, control del contenido, sino que viene a representar el factor a partir del cual sustentar la existencia de una variante especial del mismo a la luz del criterio de la buena fe.

## 1.2. Buena fe y previa redacción unilateral.

### 1.2.1. Alcance del deber del predisponente de actuar con buena fe.

L. DÍEZ-PICAZO (*Prólogo a F. Wieaker; El principio general de la buena fe*, trad. esp., ed. Civitas, Madrid, reimpresión 1982, pág. 19 y *Fundamentos cit.*, pág. 362) caracteriza la buena fe como fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso entre ambas partes contratantes, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica, con el tipo de contrato, y con la finalidad perseguida por las propias partes a través de ella.

Conforme a este particular enfoque, la buena fe, en segundo lugar, como deber de conducta del predisponente, requiere del mismo que no defraude ni abuse de la confianza honesta y, en algún modo, reflexiva del adherente; es decir, que su comportamiento, el cual se centra en la redacción o la incorporación previa y unilateral de la reglamentación contractual, sea congruente con las expectativas justificadas del consumidor o usuario.

La buena fe es, aquí, adecuación a las reglas de la corrección; es, según la doctrina dominante [*vid.* J. DUQUE (*op. cit.*, pág. 67), R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*La defensa cit.*, pág. 198 y *Comentario a la disposición adicional primera.Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, ed. Aranzadi, Elcano, 2000, pág. 808), M.-A. LÓPEZ SÁNCHEZ (*op. cit.*, págs. 642 y 643), A. CABANILLAS SÁNCHEZ (*Las*

*cargas del acreedor en el Derecho Civil y en el Mercantil*, ed. Montecorvo, Madrid, 1988, págs. 342 y 345) y (*La información cit.*, pág. 160), S. DÍAZ ALABART (*Comentario al artículo 10.1 c*), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández (*Coordinadores*), *op. cit.*, pág. 253) y (*Pacta cit.*, págs. 63, 69 y 71), A. REVERTE NAVARRO (*Comentario al artículo 1255*, en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (*Directores*), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XVII, Volumen 1.º-A*, ed. EDERSA, Madrid, 1993, pág. 198), M. GARCÍA AMIGO (*Las cláusulas abusivas en el Derecho comunitario: su aplicación a los servicios financieros*, en A. Polo, R. Uría, S. Martín-Retortillo, J. García Añoveros, M. Olivencia, G. Anes, J.R. Álvarez Renduelles y J. Blanco Campaña (*Comisión Promotora*), *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells, Tomo II*, ed. La Ley, Madrid, 1994, pág. 911), P.-J. BUESO GUILLÉN (*Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores*, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 59, Julio-Septiembre 1995, pág. 665), C. VATTIER FUENZALIDA (*Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 630, Septiembre-Octubre 1995, pág. 1.537), M.ª V. PETIT LAVALL (*La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 132), A. SERRA RODRÍGUEZ (*Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las cláusulas limitativas de la responsabilidad*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 62), S. TROIANO (*Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, en G. Alpa y S. Patti (*a cura di*), *Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469-bis - 1469-sexies del Codice Civile, Tomo I*, ed. Giuffrè, Milano, 1997, págs. 13, 17 y 30), G.M.ª UDA («*Malgrado la buona fede*», en G. Alpa y S. Patti (*a cura di*), *op. cit.*, Tomo I, págs. 68 y 70) y N. ÁLVAREZ LATA (*Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, ed. Comares, Granada, 1998, pág. 192)] buena fe en sentido objetivo, entendida como actuación honrada y adecuada a la naturaleza de los bienes o/y servicios que sean objeto del contrato, no en sentido subjetivo –o, tal y como indican S. TROIANO (*op. cit.*, pág. 17) y J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ [*Las cláusulas abusivas en contratos de consumo*, en U. Nieto Carol (*Director*), *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, ed. Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio y Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 474], con independencia de la buena fe subjetiva, que es, a este respecto, irrelevante–, como conciencia o mera intención de actuar honradamente. También el Tribunal Supremo se decanta en favor de una postura objetivista cuando en su sentencia de 12 de julio de 1996 [RAJ, núm. 5581/1996] concibe la buena fe en el ámbito obligacional como estado de conducta y no de conocimiento, dejando la actuación jurídica de la buena fe subjetiva exclusivamente vinculada a las materias propias del Derecho de Cosas; al igual que A. TULLIO (*Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, ed. Giuffrè, Milano, 1997, págs. 37 y 38), quien, en idénticos términos y en el ámbito de las cláusulas abusivas, concluye que la buena fe aludida en el considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE ha de entenderse como regla de conducta y no ya como estado psicológico o subjetivo relevante del profesional.

### 1.2.2. Buena fe y equidad. Buena fe e información.

La conducta del predisponente ha de ajustarse, en principio, a las exigencias de la equidad, pues, según la investigación de J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, pág. 389), corroborada por parte de L. Díez-PICAZO [*Comentario al artículo 1.258*, en C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (*Directores*), *op. cit.*, Tomo II, pág. 463],

el precedente del artículo 1.258 del CC, donde se menciona la buena fe como criterio integrador del contenido contractual, se encuentra en el artículo 978 del Proyecto de Código Civil de 1851, que concuerda con el previo artículo 1.135 del CC francés sin otra diferencia que la de que en éste se habla de equidad en lugar de buena fe.

La correlación, con carácter general y no sólo a los puros efectos de integración de las lagunas contractuales, entre la buena fe y la equidad ha sido recientemente señalada al postularse por S. TROIANO (*op. cit.*, pág. 31), con cita de C.M. BIANCA, que la buena fe en sede de cláusulas abusivas se especifica como principio de equidad contractual; mas ya se encontraba en alguno de los textos de Trifonino (*Digesto 16,3,31, pr.*), donde se recoge la máxima «*Bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat*» («La buena fe que se exige en los contratos requiere suma equidad»).

Con estos antecedentes, no es osado pensar que la equidad es el criterio a utilizar por el predisponente para establecer, sin contar en absoluto con la voluntad específica del adherente, los derechos y las obligaciones de las partes del contrato conforme a la buena fe.

Con la exclusiva intención de evitar que la actuación de aquel sujeto sea opuesta a la solicitada legalmente, y como consecuencia de lo que A. EMPARANZA (*La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, Revista de Derecho Mercantil, núm. 213, Julio-Septiembre 1994, pág. 473*) ha descrito como superior conocimiento técnico y mayor grado de información del que goza frente al consumidor o usuario, entra en escena un deber de cooperación que incumbe al predisponente y que le obliga a prevenir puntualmente al adherente de las consecuencias jurídicas y económicas que para el mismo conlleva tanto la conclusión del contrato como la hipotética modificación posterior de su contenido a iniciativa unilateral del propio predisponente, en especial, por supuesto, las que le sean o le puedan ser perjudiciales o meramente inconvenientes; porque, como decimos, el deber de información nace a raíz de la falta de equidad interna del concreto, y novedoso si hablamos de modificaciones, contenido contractual.

La respuesta del adherente ante lo que se le avecina puede ser, por supuesto, la conformidad; en tal caso, el deber de información es un medio admisible para fomentar el descubrimiento de un nuevo equilibrio contractual sustentado en acuerdos individuales instados por quien mejor conoce el mercado de los bienes o servicios objeto de concierto. En este sentido, y atendiendo al estudio de J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, págs. 135 y 136), si, a pesar de la inexistencia de una obligación en tal sentido por su parte, el consumidor entra en negociaciones sobre una o sobre varias cláusulas concretas, de acuerdo con la disponibilidad mostrada por el predisponente, puede que la discusión de la cláusula conduzca a su modificación y, por ello, deje de ser condición general preredactada e impuesta; pero también puede ser, de forma absolutamente excepcional, que las discusiones no conduzcan a la modificación de la cláusula porque el cliente se ha convencido de la necesidad de la misma, en cuyo caso, la información excluye el control de contenido por ser la cláusula atribuible a la voluntad de ambas partes, siempre y cuando, eso sí, el predisponente pruebe, *ex* artículos 3.2.3.º de la Directiva 93/13/CEE y 10 bis 1.3.º LGDCU, que la cláusula mencionada se ha negociado individualmente, lo cual es extremadamente difícil. Por su parte, M.ª T. ÁLVAREZ MORENO (*El desistimiento*

*unilateral en los contratos con condiciones generales*, ed. EDERSA, Madrid, 2000, pág. 32) equi-para ausencia de negociación individual con inexistencia de tratamiento específico o particular de la cláusula entre las partes; esto es, considera este presupuesto como requisito material, desechando su vertiente formal, y lo hace a partir de la imposibilidad de llevar la exigibilidad de la negociación individual hasta el extremo de que el predisponente pueda evitar el control sobre el contenido del contrato si demuestra que existió negociación aunque definitivamente no haya variado el clausulado pactado respecto a la oferta propuesta.

Otra reacción, la opuesta, es el desacuerdo. Si éste se produce con anterioridad o en el mismo momento de la celebración del negocio, al consumidor o usuario no le basta, como medida autoprotectora de sus intereses, con no comprometerse; porque, como bien dice J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, pág. 70), el mecanismo del mercado no controla las condiciones generales en tanto en cuanto los adherentes, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones contractuales en contratos individuales, no basan su decisión de contratar o no contratar en el contenido de las condiciones generales. Ante un desacuerdo frente a modificaciones sobrevenidas, el ordenamiento jurídico considera insuficiente la pura carga de informar cuando la modificación no se ajuste en sus términos a índices o parámetros amparados legalmente, debiéndole acompañar la atribución al consumidor de la facultad resolutoria del negocio, la cual queda contrarrestada, eso sí, por la pareja necesidad de que este último no quede en pasiva actitud durante el plazo que se le concede para ejercitarla; porque, en estos casos, una vez más de acuerdo con la doctrina formulada por parte de J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*El derecho de las condiciones generales y las cláusulas predispuestas*, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2000, pág. 21), es suficiente el silencio del adherente para poder afirmar que aceptó la inclusión de las nuevas cláusulas.

En todo caso, es meridianamente claro el hecho de que la información recibida por el adherente modula el grado de confianza depositada en el predisponente, siendo, a nuestro juicio, si no la principal, sí, al menos, una de las más importantes circunstancias concurrentes que han de tomarse en cuenta para enjuiciar la abusividad de las cláusulas que lo componen, no sólo al tiempo de la celebración del contrato, sino también, y seguramente con mayor entidad en este caso, durante el desarrollo del mismo cuando su tracto sea sucesivo.

De esta manera, e insistiendo parcialmente en ejemplos ya utilizados para esclarecer anteriores conclusiones, podemos considerar como cláusulas abusivas, *grosso modo* y sin perjuicio de ulteriores matizaciones, en primer lugar, aquellas por las que el prestador de servicios financieros se reserva a su favor la facultad de modificación unilateral y *sin previo aviso* del tipo de interés adeudado por el usuario o al usuario, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquellos no se encuentren adaptados a un índice legal –exigencia que, para L. DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN (*Contratos de crédito y protección de consumidores*, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LII, Fascículo IV, Octubre-Diciembre 1999, pág. 1.393), no debe entenderse en el sentido de que sean índices explícitamente admitidos por las leyes, sino índices cuya aplicación no viole ninguna disposición–, cuando, adaptados al mismo, *no se describa* el modo de variación del tipo y cuando, siendo correcta la modificación referida por existir una razón válida para ello, la entidad financiera *no se encuentre contractualmente obligada a informar* de esta situación en el más breve plazo a los otros contratantes para que éstos puedan resolver inmediatamente el contrato [D.A.1.<sup>a</sup> I.2.<sup>a</sup> 2.º LGDCU, con antecedente

histórico en el anexo 1 j) y 2 b) Directiva 93/13/CEE], en segundo término, aquellas por las que el predisponente queda facultado para incrementar el precio final del bien o servicio por su adaptación a un índice legal *sin necesidad de describir explícitamente* el modo de variación del precio (D.A.1.<sup>a</sup> I.7.<sup>a</sup> 2.º LGDCU, basada en el anexo 1 l) y 2 d) Directiva 93/13/CEE] y, por último, además de otras, aquellas mediante las cuales son válidas las declaraciones de recepción o conformidad del adherente respecto a *hechos insuficientes o ficticios* (D.A.1.<sup>a</sup> V.20.<sup>a</sup> LGDCU).

El estudio del deber de información y su reconducción preferente al tiempo en el que se desenvuelve la relación obligatoria nos lleva hasta la crítica que G. PAISANT [*Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n.º 95-96 du 1.º février 1995, Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation. Chroniques, 1995, pág. 100*] ha dirigido contra la regulación legal de la apreciación del carácter abusivo al momento de la celebración del contrato porque entiende que es inherente a su ejecución, análisis que admitimos como parcialmente correcto por poner de relieve la importancia de esta segunda fase del desarrollo de la vida del negocio, pero que pierde fuerza cuando, remitiéndose a una relación de inherencia, excluye el valor que tienen las circunstancias asociadas al período de perfección del acuerdo.

R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (*La defensa cit., pág. 198*), a cuya línea de pensamiento se suma la gran mayoría de los autores posteriores [Así, M.-A. LÓPEZ SÁNCHEZ (*op. cit., pág. 643*), S. DÍAZ ALABART (*Comentario cit., pág. 243*), M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL (*op. cit., pág. 132*), E. SALAS MURILLO y J.E. BARRANTES GAMBOA (*La cláusula de intereses en un contrato de tarjeta de crédito, ed. Mundo Gráfico, San José, 1997, pág. 122*) y J. LETE ACHIRICA (*El Contrato de Multipropiedad y la Protección de los Consumidores, ed. Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 1997, pág. 200*)], ya había advertido que la buena fe, como criterio valorativo de las obligaciones de cada parte, es la buena fe en el sentido del artículo 1.258 del CC, pero trasladada del momento de la interpretación y ejecución del contrato al momento previo de su perfección; traslado que, de la misma manera, por todo cuanto hemos visto, no supone o no debe suponer exclusividad.

En definitiva, compartimos la doctrina de A. REVERTE NAVARRO (*op. cit., pág. 199*) y de M.<sup>a</sup> D. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA y M.<sup>a</sup> T. ÁLVAREZ MORENO [*Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1999 (RAJ 2371), Cuadernos de Derecho y Comercio, n.º 29, Septiembre 1999, pág. 274*], consistente en permitir que la buena fe quede evidenciada al momento de la celebración del contrato, esto es, al de la aceptación y adhesión a las condiciones generales, y, por supuesto, en el de la ejecución del propio contrato.

## 2. CIRCUNSTANCIAS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

Las circunstancias que rodean la celebración del contrato son definidas por parte de J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit., pág. 259*) como el conjunto de circunstancias que contribuyen a formar en el cliente una determinada representación mental respecto al contenido del contrato. En concreto, según este autor, suelen señalarse la oferta y la publicidad del empresario, la configuración

y apariencia del documento contractual y el desarrollo de los tratos previos, a los que cabría añadir la cuantía de la propia prestación.

El considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE, en cambio, discurre por un camino más restringido desde el preciso instante en que del mismo se desprende la existencia de cierta sospecha de abusividad por contravención de la buena fe precontractual cuando el predisponente induce, de alguna manera, al consumidor o usuario a dar su acuerdo a las cláusulas contractuales y cuando la venta de los bienes o la prestación de los servicios no tuvo como antecedente una solicitud o petición de aquél. Parece ser, por tanto, que adquieren cierto grado de importancia las circunstancias asociadas al desarrollo de los tratos previos, si bien tal importancia ha quedado difuminada en el texto del artículo 10 bis 1.4.º de la LGDCU una vez requiere que se aprecie el carácter abusivo de una cláusula considerando *todas* las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato.

A tenor de lo expuesto, vuelve a plantearse, aunque en esta oportunidad desde una dimensión diferente, la distinción entre la buena fe objetiva y la buena fe entendida en su sentido subjetivo. P.-J. BUESO GUILLÉN (*op. cit.*, págs. 672 y 674) aborda inicialmente el estudio de esta materia con el convencimiento de que en la Directiva 93/13/CEE se ha introducido un parámetro de control de abusividad mixto o de doble vía, que no es ni exclusivamente objetivo ni exclusivamente subjetivo; y, con posterioridad, resuelve la necesidad de conjugar ambas vertientes de la buena fe recomendando la preponderante utilización de este mecanismo de una manera supraindividual-general, puesto que el criterio de las circunstancias concurrentes, entendidas como circunstancias concreto-individuales, no será aplicable con ocasión del ejercicio de las acciones colectivas porque fácticamente es imposible, mas, eso sí, en su lugar se pueden considerar las circunstancias concurrentes habituales, frecuentes o normales, si bien éstas ya están directamente en conexión con la buena fe objetiva. A la par, J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ (*Las cláusulas cit.*, pág. 479) afirma hoy en día que con la guía de los criterios secundarios de abusividad recogidos en el artículo 10 bis 1 de la LGDCU se intenta funcionalizar la interpretación de un contrato a las circunstancias tipológicas que ofrece el tipo abstracto del mismo, mas sin perder de vista las circunstancias concretas que concurren en un supuesto determinado; y termina destacando que con la aplicación reiterada de estos criterios unificados por la norma legal citada se pretende alcanzar la uniformidad de la masa de jurisprudencia que progresivamente irá concretando la interpretación de la norma abstracta.

Dentro de su excepcionalidad, pero sin renunciar a la objetividad, la D.A.1.ª.V.28.ª de la LGDCU es una soberbia muestra de la concreción e individualidad que preside la toma en consideración de las circunstancias que bordean la conclusión del negocio, pues supedita la abusividad de las cláusulas que someten el contrato a un Derecho supletorio extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración de voluntad negocial o donde el profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Más diáfana es aún, si cabe, la D.A.1.ª V.27.ª de la LGDCU, que, en materia de pactos de sumisión expresa a un Juez o a un Tribunal, viene a imponer una tesis ecléctica, perfectamente entendida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1999 (*RAJ, núm. 2587/1999*); tesis que se encuentra a caballo entre una línea jurisprudencial que inicialmente rechazaba la nulidad de las

condiciones generales en las que se recogían estos acuerdos, cuyo exponente son las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1991, 18 de junio de 1992 y 22 de julio de 1992 (*RAJ, núms. 3955/1991, 5326/1992 y 6449/1992, respectivamente*), orientación que fue desvirtuada por la pionera Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993 (*RAJ, núm. 6476/1993*), verdadero punto de inflexión en esta materia, y otra línea opuesta, posterior y muy numerosa, en la que se encuadran las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996, 14 de septiembre de 1996, 8 de noviembre de 1996, 30 de noviembre de 1996, 1 de febrero de 1997, 5 de julio de 1997, 20 de febrero de 1998 y 25 de febrero de 1998 (*RAJ, núms. 5580/1996, 6715/1996, 7954/1996, 8457/1996, 672/1997, 6151/1997, 604/1998 y 963/1998, respectivamente*), que, con fundamento en el anexo 1 q) de la Directiva 93/13/CEE, declaraba sistemáticamente la abusividad de las mismas por suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales por parte del consumidor a través de la creación de una dificultad en cuanto a su representación procesal, a la proposición y práctica de pruebas, a desplazamientos, etc. [*vid. la STS de 27 de enero de 1999 (RAJ, núm. 327/1999)*] por tener que litigar lejos de su domicilio, mientras que la empresa o entidad predisponente tiene abiertas delegaciones [*vid. los casos resueltos por las SSTS de 20 de febrero de 1998 y de 13 de noviembre de 1998 (RAJ, núms. 604/1998 y 8742/1998, respectivamente)*] o posee una amplia red comercial [*vid. su trascendencia en las SSTS de 27 de abril de 1998 y de 18 de septiembre de 1998 (RAJ, núms. 2933/1998 y 6398/1998, respectivamente)*] a lo largo de todo el territorio del país, que puede/n actuar por cuenta de la misma. Esta solución legal intermedia fija como estricto límite de validez a la previsión de un fuero convencional que el Juez o Tribunal elegido como territorialmente competente no sea distinto al que corresponda al domicilio del consumidor o usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuera inmueble. Todo ello, actualmente, con un puro valor didáctico a los efectos de comprensión del criterio de las circunstancias de celebración del contrato en abstracto, puesto que el artículo 54.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, viene a declarar que no será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios; lo que conlleva que quede vacía de contenido la disposición adicional primera.V.27.<sup>a</sup> de la LGDCU por ser aquel precepto de carácter imperativo.

## 2.1. Buena fe e inducción.

Atendiendo a la primera de las circunstancias concurrentes seleccionada por el considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE, la «inducción» a la aceptación de las condiciones predispuestas no es, en rigor, una cosa distinta a la actividad o el comportamiento que se encuentra en la base de la institución del dolo incidental, regulado con carácter general para todos los contratos en el artículo 1.270.2.º del CC. La idea de recurrir al dolo incidental es de G. ALPA [*Introduzione, en G. Alpa y S. Patti (a cura di), op. cit., Tomo I, pág. XXIX*], aunque incardina directamente su disciplina en el ámbito del principio de equilibrio entre las prestaciones contractuales.

Ello es así porque la inducción de la que venimos dando cuenta no es determinante de la conclusión del contrato; y esta característica es la atribuida al dolo incidental por A.M. MORALES MORENO (*op. cit., pág. 602*), quien resuelve, remitiéndose a F. GARCÍA GOYENA, que la voluntad del sujeto que

padece aquel dolo no está viciada. Además, y así lo ha mantenido L. Díez-PICAZO [*Fundamentos cit.*, pág. 172], esta actividad de inducción puede haber facilitado la conclusión del negocio; o, cuando menos, la incorporación de ciertas cláusulas al mismo con la finalidad de alterar su contenido en beneficio del predisponente. En este último sentido, pueden y deben traerse a colación tanto las aseveraciones de F. DE CASTRO Y BRAVO (*El negocio jurídico*, ed. Civitas, reimpresión, Madrid, 1997, págs. 153 y 154), quien enseña que el dolo incidental es el que afecta a una modalidad, cláusula o carga del contrato, como las de L. ROJO AJURIA (*El dolo en los contratos*, ed. Civitas, Madrid, 1994, pág. 20), para quien el dolo es incidental cuando, a pesar del engaño, se hubiera contratado, pero en otras condiciones, previsiblemente más ventajosas para el engañado.

En conclusión, la buena fe significa ausencia de dolo incidental, o, en términos más amplios, como dice L. FERRI (*op. cit.*, pág. 416), ausencia de engaño; excepción hecha en todo caso de los supuestos de *dolus bonus*, porque debe considerarse, siguiendo a L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN (*op. cit.*, pág. 61), que la exigibilidad de la comunicación publicitaria –ámbito en el que esencialmente nos movemos al tratar de este tema, que se integra sin mayor problema entre los tratos previos y que puede ser constitutiva de una inducción a la aceptación del contenido contractual– ha de quedar limitada a aquellos contenidos que susciten una razonable confianza, de acuerdo con la buena fe, en su carácter informativo contractual y no en aquellos otros cuyo carácter de reclamo debe ser fácilmente reconocible por los destinatarios.

Tras decidir que la actuación incidentalmente dolosa del predisponente apunta hacia una conclusión de abusividad de las cláusulas aceptadas por el consumidor o usuario como consecuencia de ello, debe advertirse que, en puridad, susodicha actuación únicamente queda enjuiciada desde la óptica de la buena fe. Es conveniente, pues, contrastar el contenido contractual resultante con las exigencias que, a este respecto, impone el criterio del justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes para obtener una solución contundente; porque, recuérdese, la inducción a la aceptación de concretas cláusulas tiene como finalidad incorporar al contrato determinados contenidos beneficiosos para la posición predisponente, pero no siempre llegará a alcanzarse semejante finalidad y, en otras ocasiones, este posible beneficio no será un soporte suficiente para decidir a favor de la abusividad. Con ello queremos decir que, una vez introducida la mencionada alteración, es abusivo desequilibrar un justo equilibrio preexistente; mas no tiene por qué serlo cuando lo que se persigue es equilibrar, justificar o compensar un desequilibrio anterior que era beneficioso para el consumidor o usuario –siempre que el beneficio asignado al adherente no provenga de acuerdos individualmente negociados ni del derecho dispositivo aplicable, porque ya estaría justificado por tal circunstancia–, cuando no se afecta al equilibrio entre derechos y obligaciones por ser la cláusula inícuca en este sentido, ni cuando, afectándolo, el resultado de desequilibrio definitivamente plasmado en el contrato de la manera referida no llega a ser importante.

En todo caso, fundamentalmente en procedimientos de carácter abstracto, la buena fe puede ser el único criterio decisivo de abusividad en atención al riesgo de desequilibrio que se encuentra latente en el contenido de las cláusulas a cuya aceptación es inducido el adherente, por lo que se declaran abusivas sin entrar a valorar realmente la concurrencia del desequilibrio sospechado.

Como prevención frente al riesgo de desequilibrio apuntado, y bajando un peldaño más en relación al grado de abstracción del contenido de la buena fe, el anexo 1 i) Directiva 93/13/CEE

y la D.A.1.<sup>a</sup> V.20.<sup>a</sup> de la LGDCU dan a entender que son abusivas aquellas cláusulas cuyo objeto consiste en recoger una declaración del adherente de recepción o conformidad sobre hechos ficticios o en hacer constar de forma irrefragable o simplemente declarar la adhesión del consumidor a otras cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Esta ausencia de posibilidad efectiva para conocer realmente proviene de la equívoca, insuficiente, incompleta o incorrecta información acerca de la existencia y del contenido de los hechos acaecidos y/o de las condiciones predisuestas e impuestas suministrada por el predisponente con anterioridad y/o simultáneamente a la conclusión del contrato; predisponente sobre quien recaen deberes precontractuales de información impuestos por la buena fe con fundamento, según el completo análisis de E. GÓMEZ CALLE (*Los deberes precontractuales de información*, ed. *La Ley*, Madrid, 1994, págs. 86 a 97), en la injusta desigualdad de conocimientos entre ambos contratantes –siendo necesaria la protección de uno de ellos–, en la imposibilidad o la gran dificultad del destinatario o receptor de la información de obtener ésta por sí sólo –en especial, en virtud del grado de complejidad de los bienes y servicios y sus reglas y de la enorme variedad de los mismos– y en la profesionalidad de quien tiene el deber de informar, entre otros. Por lo tanto, es el predisponente quien ha de asumir las consecuencias resultantes de su propia actuación, ora positiva ora omisiva, no pudiendo repercutírselas al adherente mediante la incorporación al contenido del negocio de ninguna cláusula en tal sentido.

La consecuencia lógica de lo expuesto, y descendemos así a un tercer nivel de concreción del principio de la buena fe en materia de abusividad, no es otra distinta a la de no otorgar ningún valor, en primer término, a aquellas cláusulas, habitualmente impresas en los formularios de contratos de crédito, donde se afirma que el adherente da su conformidad, por silencio, a los saldos mensuales no impugnados por escrito en un determinado período de tiempo tras su liquidación, los cuales se presumen como correctos y harán fe en juicio, salvo prueba en contrario, y aun cuando el titular de la cuenta no hubiera recibido del predisponente un extracto de las cantidades adeudadas. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.<sup>a</sup>) de 9 de octubre de 1990 (*Revista General de Derecho*, núm. 559, Abril 1991, págs. 3.211 y 3.212) se declaran nulas por abusivas las cláusulas mencionadas tanto por constituir una alteración de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario (*vid.*, al respecto, el art. 1.214 CC y la D.A.1.<sup>a</sup> IV.19.<sup>a</sup> LGDCU) como por dejar de garantizar al usuario un correcto derecho a la información, al excusar tácitamente a la entidad bancaria de su obligación legal, *ex* artículo 13.1 de la LGDCU, de proporcionar una información veraz, eficaz y suficiente sobre las operaciones bancarias; por lo tanto, la nulidad por abusividad del modelo de cláusula transcrito se predica únicamente de su inciso final, de la extensión de su ámbito de aplicación a los supuestos en los que el adherente no llega a recibir el extracto de las cantidades por él adeudadas.

Tampoco son válidas aquellas condiciones, tradicionalmente propias de negocios bancarios y contratos de seguro pero que actualmente desbordan estos ámbitos, insertas, como regla general, junto al espacio reservado para la firma del cliente, en las que se dispone que éste ha leído, comprende y acepta en su totalidad el conjunto de condiciones generales impresas en el reverso del contrato y/o en documento anexo. Las intenciones inherentes a este segundo modelo de estipulación son, desde luego, eludir los requisitos de incorporación, a pesar de no haber concedido al adherente la oportunidad de conocer de manera completa las condiciones generales aplicables –fundamentalmente, por no haber

hecho entrega del documento anexo expresamente aludido; y, en todo caso, al amparo de la doctrina de J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, pág. 216) y con apoyo, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.ª) de 31 de mayo de 1988 (*RAJ*, núm. 4132/1988), por no figurar las condiciones por encima de la firma del adherente, por no estar cubiertas con la suscripción manifestada por la firma— [art. 7 a) LCGC] o a pesar de ser las estipulaciones contractuales ilegibles, ambiguas, oscuras o, en suma, incomprensibles [art. 7 b) LCGC]; y, al mismo tiempo, también se busca evitar la posible consideración como cláusulas abusivas del resto de las estipulaciones contractuales predispuestas e impuestas utilizando la declaración de aceptación en su totalidad a guisa de prueba documental de su negociación individual (art. 10 bis 1.3.º LGDCU), lo que permite agregar un motivo más de abusividad aplicando, como en el caso anterior, la D.A.1.ª IV.19.ª de la LGDCU e, incluso, de ilegalidad si se entiende el artículo 10 bis 1.3.º de la LGDCU como una norma de carácter imperativo. En consonancia con todo ello, aceptamos la idea de N.I. MORALEJO IMBERNÓN [*Comentario a la disposición adicional primera.Seis: Disp. adic. 1.ª.V.20.ª LGDCU, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), op. cit., págs. 1.143 y 1.153 a 1.155*], en cuanto a que, a través de estas cláusulas, el profesional pretende imponer al consumidor la confesión acerca de que efectivamente fueron cumplidos frente a él los requisitos legales de inclusión, de que fue debidamente informado de la existencia y del contenido del clausulado general predispuesto y de que le fue entregado el ejemplar del clausulado prerredactado; mas no lo que se refiere a que, si las condiciones generales que el consumidor manifiesta conocer figuran al dorso del documento, no puede recaer en ningún caso sobre aquellas otras por las cuales el consumidor manifiesta conocer las anteriores, la calificación de abusivas porque, al hallarse fijadas las primeras en el propio documento contractual en el que se hace constar la adhesión, se aseguraría inmediatamente su cognoscibilidad o posibilidad objetiva de conocimiento por el consumidor al momento de prestar su adhesión, debido a que, además de no asegurarse definitivamente la cognoscibilidad en caso de existir cláusulas incomprensibles, se sigue pretendiendo alterar la carga de la prueba de la negociación individual. En este orden de cosas, la Audiencia Provincial de Orense, mediante Sentencias de 19 de julio de 1999 y de 5 de enero de 2000 (*Aranzadi Civil, núms. 1232/1999 y 7/2000, respectivamente*), declara abusivas las condiciones generales propias de contratos de cuenta corriente que se remiten, respecto a los tipos de interés por descubierto, comisiones y gastos repercutibles al cliente, entre otros extremos, a los publicados en cada momento por el banco y a las normas sobre su concepto y su cuantía y sobre las fechas de valoración, devengo y liquidación que consten en la documentación entregada al titular de la cuenta, en folletos adicionales o fotocopias de los mismos; además de declarar que las cláusulas a las cuales se remiten las nulas por abusivas no quedan incorporadas al contrato, en lógica consecuencia y ex artículo 10.1 a) de la LGDCU, por adolecer de la concreción, la claridad y la sencillez exigidas en la redacción, en ambas resoluciones y de forma incorrecta porque su redacción es clara y sencilla, y por efectuar un reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, en la segunda de las sentencias citadas y, esta vez, con una impecable corrección. En cuanto a la finalidad de alterar la carga de la prueba, para J. ALFARO ÁGUILA-REAL (*Las condiciones cit.*, pág. 137) es obvio que no dejan de ser condiciones generales las cláusulas de un contrato por el hecho de que el mismo contenga una cláusula en la que el cliente declara que las condiciones del contrato han sido negociadas, porque dicha cláusula, en la medida en que a su vez sea una condición general, supone una alteración de la carga de la prueba desde el momento en el que inicialmente corresponde al predisponente; mientras que, siguiendo a P. ULMER [*apud J. ALFARO ÁGUILA-REAL (Las condiciones cit., pág. 137)*], la cláusula es válida, sin embargo, cuando, incluida como un acuerdo individual, se limita a confirmar la existencia de negociaciones respecto a una o varias cláusulas concretas.

En tercer lugar, F. BAÑEGIL ESPINOSA (*Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores, Actualidad Civil, 2000-2, pág. 739*) también ha clasificado dentro de este ámbito las estipulaciones, tan frecuentes en el mercado bancario que actualmente constituyen verdaderas cláusulas de estilo, por las cuales el cliente reconoce conocer las tarifas de comisiones e, incluso, haber recibido una copia de las mismas.

Una vez llegados a este punto conviene observar, finalmente, que el artículo 7 a) de la LCGC dispone la no incorporación al contrato de las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5 de la LCGC.

La distinción entre esta prohibición y la declaración de abusividad sita en la disposición adicional primera.V.20.<sup>a</sup> *in fine* de la LGDCU radica en la diversidad de cláusulas a las que cada precepto se refiere. Mientras que ni siquiera pasan a formar parte del contrato, por no superar los requisitos legales de incorporación al mismo, las condiciones generales de la contratación respecto de las cuales el predisponente no garantiza al adherente, de cualquier forma, una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración del negocio, se reputan abusivas aquellas otras estipulaciones, tanto si son condiciones generales como si son condiciones particulares, en las que se recoge una declaración de conocimiento y aceptación, por parte del consumidor o usuario, de otras cláusulas diferentes –en concreto, las anteriores; *id est*, las posiblemente no incorporadas por desconocimiento– sobre las que recae la duda acerca de que ello sea así. Ante tal incertidumbre, se declaran abusivas y, por consiguiente, nulas; sin perjuicio de la validez de las primeras una vez queden correctamente incorporadas al contrato y superen los requisitos materiales o sustantivos de la buena fe y el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes.

Desde el comentario a la D.A.1.<sup>a</sup> V.20.<sup>a</sup> de la LGDCU, S. NAVAS NAVARRO [*Comentario a la D.A.1.<sup>a</sup> Seis, Cl. 20, en I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coordinadores), Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria, ed. Tecnos, Madrid, 1999, pág. 422*] plantea la nulidad de la cláusula en la que el consumidor declara su adhesión a otras cláusulas no tanto por su condición de cláusula abusiva como por su carencia de contenido en cuanto las cláusulas no formarán parte del contenido contractual sobre el que se habrá consentido; mas, por el contrario, la declaración de nulidad por abusividad, como solución específica y, además, como medida complementaria al artículo 7 a) de la LCGC según L.F. REGLERO CAMPOS (*Régimen de ineficacia de las condiciones generales de la contratación. Cláusulas no incorporadas y cláusulas abusivas: concepto y tipología, Aranzadi Civil, 1999-1, pág. 1.644*), encuentra plena justificación en la posibilidad de que algunas de las cláusulas a las que se está haciendo referencia terminen por quedar adecuadamente incorporadas a cada uno de los concretos contratos que el predisponente celebre utilizando el formulario donde se contiene la estipulación que la D.A.1.<sup>a</sup> V.20.<sup>a</sup> *in fine* de la LGDCU considera abusiva, en cuyo caso, aquellas pasarán a ser parte integrante del contrato y ésta no carecerá de contenido.

R.M. MÉNDEZ TOMÁS y A.E. VILALTA NICUESA (*Condiciones generales de la contratación: Acciones individuales y colectivas*, ed. Bosch, Barcelona, 1999, págs. 25 y 27) adoptan una postura que sintoniza con ésta, a pesar de tratar otro tema, cuando excluyen del alcance o ámbito de aplicación de las acciones colectivas de cesación y de retractación (art. 12.1 LCGC) las condiciones generales que no cumplan alguno de los requisitos de incorporación al contrato por ser la solución contraria desmesurada en tanto que, en tal caso, podría condenarse al demandado a no utilizar, o a abstenerse de seguir recomendando la utilización, en el futuro, de cláusulas que en un momento no podrían ser eficaces pero que, de estamparse en un contrato y en una relación jurídica distintos, devendrían válidas y eficaces; a lo cual se puede añadir que, de la misma manera, en un procedimiento de control abstracto podrán declararse nulas las cláusulas a través de las cuales el consumidor o usuario declara su adhesión a otras cláusulas cuya inclusión en el contrato todavía no se puede decidir porque semejante labor requiere aguardar a un procedimiento incoado posteriormente mediante el ejercicio de una pretensión individual, porque, como exceptúa P. PORTELLANO DíEZ (*Las acciones del control abstracto de condiciones generales*, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 236, Abril-Junio 2000, págs. 467 y 471) de la regla general extensiva del control abstracto de las condiciones generales a los requisitos de incorporación a la luz de la dicción de los artículos 12.1 y 12.2 de la LCGC, en el ámbito abstracto no es posible comprobar la entrega o facilitación de las condiciones generales, sino que la consecuencia de dicha exigencia habrá de concretarse en cada contrato específico en el control individual.

## 2.2. Buena fe y ausencia de solicitud.

En cuanto a la segunda de las circunstancias que se destacan en el considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE, la falta de solicitud de los bienes o servicios objeto del contrato por parte del consumidor o usuario, la D.A.1.ª V.23.ª de la LGDCU, de una parte, considera abusivas aquellas cláusulas por causa de las cuales se impone al cliente la adquisición de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados, y la D.A.1.ª V.24.ª de la LGDCU, de otra, menciona, en el mismo sentido, las cláusulas por las que se establecen incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad o separación.

En ambas categorías puede clasificarse, alternativamente y atendiendo al hecho de verse o no incrementado el precio del servicio, la obligatoria suscripción, por parte del adherente y como mecanismo para facilitar el recobro bancario de la suma prestada, de un seguro de vida de forma simultánea a la celebración de contratos de préstamo para financiar la adquisición de bienes en los que, coincidiendo el capital asegurado y la duración del seguro con el importe y el plazo de la operación principal, el riesgo garantizado es el fallecimiento del prestatario o la invalidez del mismo que disminuya sensiblemente o anule su capacidad laboral y el único beneficiario la entidad de financiación. A este respecto, J. AZORÍN RONCERO (*La Ley General de Protección de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Operaciones bancarias*, *Revista General de Derecho*, núms. 490-491, Julio-Agosto 1985, pág. 2.141) entiende que la abusividad de las cláusulas referidas a la contratación obligatoria

de pólizas de seguro no sólo requiere la ausencia de solicitud por parte del usuario, sino también la falta de requerimiento por el contrato principal; y considera que la prohibición de imponer contratos o prestaciones conexas no alcanza a la exigencia de pólizas de incendios en los supuestos de hipoteca inmobiliaria, dada la naturaleza subsidiaria que tiene el seguro respecto del contrato de garantía, ni a las pólizas de vida-amortización, si constituyen la garantía sustancial del crédito. Por otro lado, R. SÁNCHEZ ARISTI [*Comentario a la Disposición adicional primera.Seis: Disp. adic. 1.ª IV.18.ª LGDCU, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), op. cit., pág. 1.115*] considera abusiva, con base en la D.A.1.ª V.23.ª de la LGDCU y al margen de la posible desproporción de esta garantía respecto al riesgo asumido por la entidad financiera que requiere la aplicación de la D.A.1.ª IV.18.ª de la LGDCU, la cláusula que impone al consumidor o usuario la obligación de suscribir un seguro de determinadas características en aquellos casos en los que la obligación comprende la necesidad de suscribir la póliza con una compañía aseguradora que forma parte de la misma estructura empresarial a la que pertenece la entidad financiera predisponente.

En este momento de la exposición, obviando cualquier comentario a la subsunción de la hipótesis fáctica de la D.A.1.ª V.23.ª de la LGDCU en la del considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE, merece ser destacado el hecho de que no es presupuesto de aplicación de esta norma la vinculación de la imposición a un incremento del precio, sino que basta, a estos efectos, con que se encuentre asociada al riesgo del adherente a sufrir algún perjuicio de orden económico.

También es digno de mención especial, entre la variedad de supuestos de cláusulas abusivas regulados en la D.A.1.ª V.24.ª de la LGDCU, el referido a los incrementos de precio por la entrega de bienes y/o la prestación de servicios accesorios, en ambos casos, respecto al objeto que ha sido principalmente contratado. S. DÍAZ ALABART (*Comentario cit., pág. 280*) subdivide este apartado distinguiendo la posibilidad de que tales accesorios no debieran estar incluidos en el precio original y que el abuso provenga de que no estén expresados con la debida claridad y separación para distinguirlos de la prestación base, con lo que el consumidor no conoce el alcance de lo que contrata, pues le falta una información clara al respecto, de aquella otra en la cual esos accesorios, a tenor del artículo 1.258 del CC, debieran estar comprendidos en el precio que se pactó originalmente, resultando abusivo, por tanto, tratar de cobrarlos otra vez.

Admitiendo la dualidad de posibilidades, es básica la premisa de que, teóricamente, lo normal es que la entrega de todos los bienes y la ejecución de todos los servicios que tengan un carácter accesorio o adicional respecto a la prestación principal queden incorporados a la misma y, por tanto, sean englobados en el precio primigenio, aunque no hayan sido mencionados (art. 1.097 CC, extendido en su aplicación a prestaciones funcionalmente subordinadas de hacer). Además, cuando el precio no llegue a cubrir el objeto o servicio accesorio cuya adquisición se impone, la abusividad de la estipulación no se sustenta en el desconocimiento del alcance material del negocio jurídico o carencia de expresión clara o separación, no proviene, en contra de la tesis de J. MIQUEL RODRÍGUEZ [*Comentario a la D.A. 1.ª Seis, Cl. 24, en I. Arroyo Martínez y J. Miquel Rodríguez (Coordinadores), op. cit., pág. 435*], de su carácter inesperado o sorprendente, ni por lo tanto, queda superada su abusividad si existe delimitación; el hecho determinante de la nulidad es la ausencia de opción del adherente para decidir libremente si se desea o no recibir cada uno de los accesorios, es decir, para aceptar o rechazar en cada caso concreto.

Una y otra modalidad de cláusulas son, en todo caso, abusivas, incluso a pesar de que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE impide que la apreciación del carácter abusivo se refiera a la definición del objeto principal del contrato y a los bienes y servicios que el predisponente proporcione al consumidor o usuario; porque, en principio, este tipo de definición no debe quedar incluida entre las condiciones, generales o particulares, de la contratación, sino que ha de ser objeto de un acuerdo individualmente negociado. Ahora bien, por un lado, ya sabemos que en los formularios contractuales prerredactados e impuestos puede aludirse, directa o indirectamente, al precio y al objeto principal del negocio, y si tal alusión contraría la buena fe y, con ello, en definitiva, el justo equilibrio de las prestaciones, debemos calificar como abusiva la cláusula que la recoja (*vid.*, nuevamente, en este sentido, la D.A.1.<sup>a</sup> I.2.<sup>a</sup> 2.<sup>o</sup> y 7.<sup>a</sup> LGDCU); y, por otro lado, aunque en idéntica dirección, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE regula el objeto *principal* del contrato, los bienes o servicios que forman parte del mismo en sentido estricto, mientras que la D.A.1.<sup>a</sup> V.23.<sup>a</sup> y 24.<sup>a</sup> de la LGDCU menciona prestaciones adicionales, bienes y servicios complementarios o accesorios, por lo cual los supuestos de hecho de una y otra norma difieren notablemente.

### 3. TRATO LEAL Y EQUITATIVO. EVALUACIÓN GLOBAL DE LOS INTERESES EN JUEGO

El conjunto de la caracterización del principio de la buena fe como el patrón normativo y ético al que ha de ajustarse el contenido de las condiciones generales de la contratación y de las condiciones particulares que no hayan tenido como antecedente una discusión individualizada puede ser reconducido a una única exigencia jurídica, dirigida al predisponente y consistente en tratar de manera leal y equitativa con el consumidor o usuario, cuyo correcto cumplimiento se consigue evaluando globalmente los intereses en juego.

#### 3.1. Deber de imparcialidad.

La equidad, que según J.B. VALLET DE GOYTISOLO [*Metodología de la determinación del derecho, Tomo II (Parte sistemática), ed. Centro de Estudios Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 1.567*] es inseparable del juicio de buena fe, requiere del predisponente la adopción de una actitud imparcial al tiempo de determinar el contenido de las condiciones predispuestas e impuestas, es decir, que la evaluación global de los típicamente legítimos intereses de ambas partes se lleve a cabo de acuerdo con criterios objetivos.

A este respecto, G.M.<sup>a</sup> UDA (*op. cit.*, págs. 83 a 85) aporta dos datos interesantes; de un lado, que la buena fe objetiva toma en consideración el principio de tutela del contratante débil –tutela que, creemos nosotros, es una labor encomendada, en un primer estadio, al propio predisponente–, y,

de otro, que la cláusula general de la buena fe se concreta en la obligación del mismo predisponente de no aprovecharse de la propia fuerza contractual. La conexión existente entre la remisión que el considerando 16.º de la Directiva 93/13/CEE realiza a la idea de fuerza negociadora de las partes y la equidad que aquí se plantea se encuentra previamente expuesta por L. FIGA FAURA [*Las equidades (Con especial consideración de la equidad mercantil)*, en F. Lucas Fernández (*Presidente de la Comisión Organizadora*), *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, Volumen II*, ed. Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, págs. 338 y 339], quien considera que un concepto y una caracterización correctos de la equidad mercantil pueden ser obtenidos partiendo de la fórmula «verdad sabida y buena fe guardada», subrayando el propio autor, en cuanto a esta última, que la palabra «fe» equivale a confianza, esperanza y expectativa, referidas no a un hecho cualquiera, sino a una conducta ajena, y que una fe es «buena» cuando está justificada, cuando es legítima, cuando es atendible y digna de protección, cuando, en suma, es jurídicamente forzoso que no sea defraudada.

Para controlar con alguna garantía que el predisponente actúa conforme a criterios reconducibles al concepto de equidad es absolutamente imprescindible delimitar, siquiera someramente, las coordenadas que deben desarrollar y concretar su contenido, que no son otras sino los legítimos intereses de ambas partes –en especial, del adherente– y la buena fe objetiva.

### 3.1.1. Los intereses de cada una de las partes del contrato.

De un lado, comenzando por el conflicto de intereses entre las partes del contrato, G.M.<sup>a</sup> UDA (*op. cit.*, págs. 85, 86 y 90) caracteriza el legítimo interés del adherente como el «normal» interés económico particular perseguido por el consumidor mediante la conclusión del específico contrato; interés que adquiere relevancia jurídica ya antes de la conclusión del propio contrato, y que no es un interés contractual de naturaleza negocial establecido por las partes contrayentes, sino que es, muy al contrario, un interés connaturalizado, en cierto sentido, al contrato que el consumidor o usuario y el predisponente concluirán, el cual no puede ser frustrado por el programa contractual.

En relación con esta obligación del predisponente de redactar un contrato cuyos términos no frustren el normal interés del consumidor o usuario, señala M. Wolf [*apud* J.M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (*Reflexiones cit.*, pág. 4.953)] que han de considerarse todos los intereses de valor jurídicamente reconocidos; al igual que K. LARENZ (*Metodología de la ciencia del derecho, trad. esp.*, ed. Ariel, Barcelona, 1994, pág. 287), para quien la equidad se concreta en el deber de mantener el equilibrio entre los intereses en conflicto que sean dignos de protección.

En cuanto al interés connaturalizado al contrato, que se encuentra positivado tanto en el artículo 10 bis 1.4.º de la LGDCU como en el considerando 10.º y en el artículo 4.1 Directiva 93/13/CEE cuando se reclama que en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula se tenga en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato, la buena fe exige al predisponente atender a las condiciones reales de cada contrato, a la realidad del mismo; realidad a la cual se

incorporan, obviamente, todas las circunstancias concurrentes al tiempo de la celebración y de la ejecución del mencionado contrato.

Esto significa, si admitimos la doctrina de J. PAGADOR LÓPEZ (*op. cit.*, págs. 69, 71, 105, 106 y 120), que para la práctica del control de contenido de las condiciones generales de la contratación no se tienen en cuenta tan sólo los intereses típicos de los círculos negociales interesados, sino también los intereses y las conductas concretas de los singulares contrayentes, aunque el alcance de esta segunda exigencia es limitado, pues, por motivos que a nadie se le escapan, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE excluye la interpretación circunstanciada respecto de los procedimientos de control de carácter abstracto, en los que la actividad de control se circunscribe al acto de predisposición que es el clausulado de condiciones generales, y la impone para el caso de que la actividad de control se desarrolle en el marco de un procedimiento de control concreto; solución que no acabamos de compartir por completo en tanto en cuanto entendemos, sin ningún género de duda, que la interpretación circunstanciada no llega a quedar completamente excluida en el procedimiento de control abstracto, porque el instituto de las cláusulas abusivas es una medida de protección contra abusos cuya efectiva ejecución queda amparada en el documento contractual, no frente a vías de hecho ajenas al mismo.

De este modo, *v. gr.*, en la D.A.1.<sup>a</sup> II.13.<sup>a</sup> de la LGDCU se tilda como abusiva la cláusula impositiva de renuncia, por parte del adherente, a la entrega de documento acreditativo de la operación, no la renuncia en sí misma, que está permitida expresamente por el artículo 10.1 b) de la LGDCU, y, sin ir más lejos, en la D.A.1.<sup>a</sup> V.23.<sup>a</sup> de la LGDCU se declara también abusiva la cláusula que impone al consumidor o usuario adherente adquirir bienes o recibir servicios, respectivamente, complementarios o accesorios no solicitados, no la efectiva imposición de tal adquisición; y ambas estipulaciones, como el resto, son fiscalizables desde el ejercicio de las pretensiones colectivas de cesación.

Tampoco compartimos, por ello, las apreciaciones de M.<sup>a</sup> L. FERRANDO VILLALBA (*Las cláusulas de compensación y la tutela del cliente bancario, Cuadernos de Derecho y Comercio, n.º 26, Septiembre 1998, pág. 49*), para quien puede ser considerada abusiva una cláusula de compensación convencional en aquellos supuestos en los cuales, sin suficiente cobertura contractual, la entidad de crédito lleve a cabo ciertas actuaciones aprovechando la posición de dominio que ostenta en este tipo de contratos, con la finalidad de provocar la deseada compensación; esencialmente, porque, como posteriormente se ha percatado la propia M.<sup>a</sup> L. FERRANDO VILLALBA (*La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 90*) cuando concluye que puede ser declarado abusivo cierto modelo de cláusula ante una actuación unilateral del predisponente, es precisamente el amparo contractual de actuaciones el objeto sobre el que recae el juicio de abusividad, no sobre las mismas actuaciones desprovistas de aquella protección.

Lo mismo se puede predicar de la tesis de M.<sup>a</sup> T. ÁLVAREZ MORENO (*El desistimiento cit.*, pág. 373) al tiempo en que, en relación a la abusividad de la cláusula que concede a una entidad financiera predisponente la facultad de resolver anticipadamente el contrato cuya duración sea determinada, postula que la nulidad no habrá que referirla a la cláusula de un modo abstracto, sino concretarla en el ejercicio de la resolución anticipada, deduciendo erróneamente de ello que, en este caso, no es

posible pronunciarse en abstracto sobre la validez de esta cláusula en relación con la LGDCU, ya que será el ejercicio concreto de tal facultad el que, si no se respetara el requisito de alegar una causa concreta y suficiente, será contrario al artículo 10 bis y a la D.A.1.<sup>a</sup> III.17.<sup>a</sup> de la LGDCU, cuestión que, lógicamente, exige, ante el caso concreto, el examen y la valoración judicial; cuando, en realidad, el requerimiento de la alegación de una causa concreta y suficiente se predica del texto de las estipulaciones, con lo cual su validez o nulidad se puede valorar apriorísticamente a su aplicación concreta sin ninguna clase de dificultad.

### 3.1.2. *La buena fe objetiva.*

Por otro lado, por lo que respecta a la objetivación de la buena fe, J.M.<sup>a</sup> MIQUEL GONZÁLEZ (*Reflexiones cit.*, pág. 4.953) expone que la exigencia de consideración al interés de la otra parte fundamenta la regla de una completa ponderación de los intereses según criterios objetivos sin atender a la reprochabilidad subjetiva.

La objetividad de la buena fe, según aclara G.M.<sup>a</sup> UDA (*op. cit.*, pág. 72), es un concepto llamado a conferir tutela a los intereses jurídicos no representados por una norma específica ni en una disposición contractual; el cual, en material de control sustantivo de cláusulas no negociadas individualmente e insertas en contratos suscritos con consumidores o usuarios, se limita a proteger intereses de estos últimos que no vienen representados por una norma jurídica concreta, esto es, que no aparecen fijados por la ley o que son ajenos a la regulación legal de carácter dispositivo.

La sanción, por tanto, de nulidad de las cláusulas abusivas (arts. 8.2 LCGC y 10 bis 2 LGDCU) por contravenir este requisito proviene, en consonancia con todo lo expuesto anteriormente, de la falta de toma en consideración en la reglamentación contractual de los legítimos intereses del adherente, a obtener a partir de una adecuada calificación del negocio concluido, es decir, de la naturaleza jurídica o del tipo al que el contrato pertenece.

## 3.2. Prohibición de la arbitrariedad.

### 3.2.1. *Significado. Prohibición del arbitrium boni viri.*

L. Díez-PICAZO (*Fundamentos cit.*, págs. 378 y 379) y A. GULLÓN (*op. cit.*, pág. 66) utilizan como criterio para la definición de las cláusulas abusivas la interdicción de la arbitrariedad de una de las partes contratantes en orden a la validez y el cumplimiento de los contratos (arts. 1.256, 1.273 y 1.446 CC); lo cual, a su entender, conlleva otorgar la consideración de nulas por abusivas a las cláusulas en virtud de las cuales se otorgue un ámbito de libertad o de arbitrio al predisponente de las condiciones generales para decidir acerca del cumplimiento o la falta de cumplimiento de las prestaciones contractuales; como, por ejemplo, las cláusulas de reserva de la facultad de modificar unilateralmente la prestación conve-

nida (*vid.*, al respecto, la D.A.1.<sup>a</sup> I.2.<sup>a</sup> LGDCU), de resolver unilateralmente el contrato sin justa causa (*vid.* la misma D.A.1.<sup>a</sup> I.2.<sup>a</sup> LGDCU), de determinar unilateralmente, por sí mismo, el ajuste entre la prestación ejecutada y lo estipulado (*vid.*, sobre ello, la D.A.1.<sup>a</sup> I.8.<sup>a</sup> LGDCU) y de exoneración de la responsabilidad contractual en que se incurra por dolo, culpa o morosidad (*vid.*, por último, la D.A.1.<sup>a</sup> II.9.<sup>a</sup> y 10.<sup>a</sup> LGDCU).

Naturalmente, la remisión al artículo 1.256 del CC se entiende efectuada, aunque nada se diga, al arbitrio en su vertiente *boni viri* o arbitrio de equidad u objetivo, no al *arbitrium merum* o en el sentido de mera y simple voluntad o decisión completamente libre del predisponente; porque en este segundo supuesto falta el consentimiento contractual y, por consiguiente, aun cuando la cláusula estuviese individualmente negociada, no hay contrato (arts. 1.254 y 1.261 CC), porque una obligación dependiente de la simple voluntad del obligado no es una verdadera obligación o porque, en definitiva, de acuerdo con E. VALPUESTA (*La prohibición de la arbitrariedad en el ámbito contractual privado, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1989, pág. 261*), obligación y contrato son lo contrario de arbitrio. En resumidas cuentas, el artículo 1.256 del CC, según las conclusiones alcanzadas por F. LÓPEZ ANTÓN (*Créditos a interés variable. Su régimen jurídico, ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 256*) y por L. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (*Contratos cit., pág. 1.373*) en cuanto a su significación y alcance y frente a las propias de M. ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil Español, II. Derecho de Obligaciones, ed. Bosch, 3.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1984, pág. 16*), contiene una prohibición referida a las condiciones rigurosamente potestativas, no a las simplemente potestativas o a los supuestos en los que una de las prestaciones contractuales se deja, en cuanto a su determinación, al arbitrio de equidad o *arbitrium boni viri*; éstas, a nuestro entender, incurren en nulidad *ex* artículo 1.256 del CC, pero al margen del carácter imperativo que se le atribuye por parte de un amplio sector doctrinal, integrado por E. Valpuesta (*op. cit., págs. 193 y 378 a 383*), M. KLEIN (*El desistimiento unilateral del contrato, ed. Civitas, Madrid, 1997, págs. 340 y 343*), M.<sup>a</sup> T. ÁLVAREZ MORENO (*El desistimiento cit., pág. 105*) y M. FUENTE NORIEGA [*La protección coetánea a la realización del contrato de consumo, en A. de León Arce (Dirección y Coordinación) y L.M.<sup>a</sup> García García (Coordinación), Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios), ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 264*] y conforme a la institución de las cláusulas abusivas.

En definitiva, y extendiendo las conclusiones de P. ÁLVAREZ OLALLA [*Comentario a la Disposición adicional primera. Seis: Disp. adic. 1.<sup>a</sup> I.8.<sup>a</sup> LGDCU en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coordinador), op. cit., pág. 990*] sobre la D.A.1.<sup>a</sup> I.8.<sup>a</sup> de la LGDCU al resto de la lista y a la cláusula general de abusividad, ambas son operativas únicamente en el sentido de dejar sentado que las excepciones de la interdicción de la arbitrariedad tienen un margen mucho más estrecho en las relaciones obligatorias con los consumidores, máxime cuando la cláusula no ha sido negociada individualmente.

Centrando la cuestión en torno al arbitrio de equidad, ha de cohonestarse su prohibición con la superación de los requisitos de validez impuestos por la buena fe como trato imparcial o equitativo. En este sentido, si las cláusulas expresan, como criterios específicos de determinación de lo equitativo, criterios de carácter objetivo, serán válidas, mientras que, si dichos criterios son subjetivos o dema-

siado genéricos, serán abusivas; por ello, el requisito previo de validez de las cláusulas predisuestas e impuestas en este terreno es la expresión de los criterios por los que debe regirse el arbitrio.

*Ad exemplum*, la D.A.1.<sup>a</sup> I.2.<sup>a</sup> 1.º de la LGDCU, cuyo régimen jurídico sustantivo es plenamente coincidente con las conclusiones de la posterior Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1998 (*RAJ, núm. 8878/1998*), impone especificar en el contrato los motivos válidos por los que el predisponente queda facultado para modificar unilateralmente los términos del mismo, y la D.A.1.<sup>a</sup> I.7.<sup>a</sup> 2.º de la LGDCU exige que los índices a los que debe adaptarse el aumento del precio final sobre el inicialmente convenido cuando se concede al empresario o profesional la facultad de elevarlo contengan una descripción explícita del modo de variación del precio. En sede de contratos de préstamo o crédito al consumo, son abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado a iniciativa o a instancias del predisponente, *ex* D.A.1.<sup>a</sup> III.17.<sup>a</sup> de la LGDCU y siguiendo a la doctrina dominante [*vid.* J.A. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (*op. cit.*, págs. 294 y 295), M.<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL (*op. cit.*, pág. 259) y M.<sup>a</sup> T. ÁLVAREZ MORENO (*El desistimiento cit.*, págs. 372 y 373)], que no se sustenten en una justa causa que sea concreta, especialmente aquellas que se remiten al incumplimiento de cualesquiera obligaciones contraídas por el prestatario o por otras causas al margen de la prestación principal, consistente en la devolución o amortización del capital y en el pago de los intereses correspondientes; porque, como ha indicado un sector doctrinal [*vid.* A. AURIOLAS MARTÍN (*Cuestiones en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado en pólizas bancarias de préstamo y de crédito, Revista General de Derecho, núm. 606, Marzo 1995, pág. 1.627*) y V. MAGARIÑOS BLANCO (*Las cláusulas excesivas en los préstamos bajo condiciones generales, Actualidad Civil, 1995-1, pág. 232*)], la laxitud de que hace gala la redacción de la cláusula representa el más serio inconveniente para admitir su validez, debiendo rechazarse dicho pacto, concebido genéricamente, por su indeterminación, o, como, de igual manera, resuelve la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.<sup>a</sup>) de 26 de octubre de 1996 [*Revista General de Derecho, núm. 633, Junio 1997, págs. 8.133 y 8.135*], porque el argumento que se viene a esgrimir es demasiado genérico y, por lo tanto, insuficiente para dejar de reputarla abusiva.

Por otro lado, es meridianamente claro que las cláusulas de exoneración de la responsabilidad del predisponente no vulneran la prohibición de la arbitrariedad en el cumplimiento del contrato; porque, suscribiendo la aguda opinión de A.P. MONTEIRO [*Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 83. Curso 1993-1994, pág. 201*], la eficacia de una cláusula exoneratoria se restringe a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, sin prejuzgar el ejercicio de los demás derechos del acreedor, en especial, el derecho a recibir una prestación principal típicamente satisfactoria, a exigir el cumplimiento del contrato.

### 3.2.2. *Supuesto principal. La cláusula de remisión al tipo de interés preferencial.*

R. COLINA GAREA [*El préstamo con garantía hipotecaria y la protección jurídica de los consumidores (A propósito de la STAP de Madrid de 28 de febrero de 1995), Revista de Derecho*

*Bancario y Bursátil*, núm. 63, Julio-Septiembre 1996, págs. 761 a 765] aplaude la remisión que en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de febrero de 1995 [*apud* R. COLINA GAREA (*op. cit.*, pág. 722)] se realiza a los principios que inspira el artículo 1.256 del CC para declarar el carácter abusivo de una cláusula sobre variación del interés, inserta en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, que toma como referencia un determinado interés preferencial; apostillando con acierto la utilidad en esta sede de todas aquellas disposiciones normativas que funcionalmente pueden servir para articular o instrumentalizar la protección frente a la abusividad mediante su interpretación en este sentido, de forma favorable a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios.

También por lo que respecta en particular al tipo de interés preferencial, F. LÓPEZ ANTÓN (*op. cit.*, pág. 256) sostiene que su fijación es un caso de arbitrio de equidad y que la validez del mismo como tipo de referencia debe ir apoyado por la buena fe en el ejercicio por la entidad acreditante de la facultad de su determinación, dando de este modo cumplimiento a lo establecido respecto a los principios de la contratación mercantil por el artículo 57 del Código de Comercio, así como por los artículos 1.258 y 7.1 del CC.

La traslación de esta idea al terreno propio de las cláusulas abusivas impone controlar los criterios de determinación del tipo de interés preferencial plasmados en las cláusulas no negociadas individualmente; pudiéndose señalar, en primer término, y admitiendo las conclusiones de R. COLINA GAREA (*op. cit.*, pág. 753), la imposibilidad de utilizar el tipo de interés preferencial propio de la entidad prestamista, el propio de una entidad financiera distinta pero que no llega a ser un tercero, es decir, que no tiene una verdadera independencia económica y una plena autonomía de intereses en el ámbito empresarial respecto de la anterior, u otro que no sea el resultado de efectuar determinados cálculos o promedios en los que aquélla intervenga o pueda influir, aunque no sea de manera directa e inmediata, y, en segundo lugar, tal y como han reconocido expresamente J.M.<sup>a</sup> SEGURA ZURBANO (*Los préstamos y el interés variable*, *Revista de Derecho Notarial*, núm. CXXXIX, Enero-Marzo 1988, pág. 360) y R. COLINA GAREA (*op. cit.*, pág. 753) que las notas de la neutralidad y la objetividad exigibles impiden tomar como tipo de referencia el promedio de intereses preferenciales entre los que esté el de la entidad prestamista, salvando el caso de que el promedio se forme con los preferenciales de tal cantidad de bancos que llegue a ser interés preferencial medio. Esta excepción no ha sido contemplada por J.M. RAPOSO FERNÁNDEZ (*Las cláusulas abusivas en el préstamo y crédito bancarios*, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 17, Enero-Marzo 1996, pág. 247) al mencionar que, cuando el interés de referencia elegido es el interés preferencial, más concretamente, cuando se trata del promedio de preferenciales de diversas entidades de crédito entre las que se incluye la prestamista, y, sobre todo, cuando se alega como preferencial exclusivo el de esta última, es evidente que falta la nota de la neutralidad, pues la fijación del interés va a quedar a criterio exclusivo del banco en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del CC, lo que hace que cláusulas de esta naturaleza deban desterrarse de pólizas y escrituras por ilícitas.

En un plano normativo, cuyo posible carácter imperativo excluiría la abusividad o, cuando menos, limitaría en gran medida el ámbito de aplicación de la normativa sobre cláusulas abusivas, el artículo 7.4.d.1.º de la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y

comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito impide tomar como referencia, en orden a la modificación del tipo de interés pactado, los de la propia entidad u otras de su grupo, y el artículo 6.2 a) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios prohíbe utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito o sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otra entidades.

Admitiendo la imperatividad de estas disposiciones, la abusividad de las cláusulas que se remiten al interés preferencial, o tipo de interés que las entidades apliquen en cada momento a las operaciones realizadas en España con sus clientes de mayor solvencia incluidos en el sector privado, denominadas en euros o en pesetas, cualquiera que sea su modalidad, a corto plazo y de importante cuantía (*vid.* la norma 1.ª 2.1.º de la Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre), aparecerá si el predisponente se remite al promedio de cierta cantidad de entidades financieras ajenas a su ámbito empresarial cuando tal promedio esté más cercano al preferencial propio del predisponente que al preferencial medio del mercado y, por supuesto, constituya un perjuicio importante para el adherente por ser aquel promedio sensiblemente superior a este último.