



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho y ADE

Límites de la autonomía privada.
Especial referencia al Derecho
de consumo.

Presentado por:

Álvaro Ballesteros González

Tutelado por:

Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 25 de abril de 2023

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el principio de la autonomía privada de los contratantes. Para comenzar, se define el concepto según diferentes perspectivas y opiniones de la doctrina más ilustre a lo largo de los años. Además, se analiza la dimensión normativa y social de la autonomía privada, relacionándolo con diversos preceptos legales. A continuación, se desglosan los límites del artículo 1255 del Código Civil, compuestos por la ley, la moral y el orden público. Hay referencias específicas a cada uno de ellos, describiendo ejemplos en los negocios más comunes en el tráfico jurídico (como la compraventa y la donación) y en otros supuestos dignos de mención. Asimismo, se trata el concepto y la evolución del orden público y la moral, según la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo y la doctrina. Por último, se detallan los límites a la autonomía de la voluntad en relación con el Derecho de consumo y las condiciones generales de contratación, valorando la regulación actual y los puntos de conflicto que han dado lugar a multitud de litigios, entre los que se hace especial referencia a las denominadas tarjetas *revolving*. Así, se toman en consideración conceptos como la abusividad y la transparencia, de aplicación muy controvertida.

Palabras clave: autonomía privada, ley, orden público, Derecho de consumo.

ABSTRACT

This paper studies the principle of party autonomy. To begin with, the concept is defined according to different perspectives and opinions of the most illustrious doctrine over the years. Furthermore, the normative and social dimension of private autonomy is analysed, relating it to various legal precepts. The limits of article 1255 of the Civil Code are then broken down, consisting of the law, morality and public order. There are specific references to each of these, describing examples in the most common businesses in legal transactions (such as sale and purchase agreements, and donations) and in other cases worthy of mention. It also discusses the concept and evolution of public order and morality, according to the settled case law of the Supreme Court and doctrine. Finally, the limits to the autonomy of will in relation to consumer law and general contracting conditions are detailed, assessing the current regulation and the points of conflict, which have given rise to a multitude of litigation, among which special reference is made to the

so-called revolving cards. Concepts such as abusivity and transparency, of highly controversial application, are taken into consideration.

Keywords: party autonomy, law, public policy, consumer law.

Índice de Contenidos

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LA AUTONOMÍA PRIVADA	7
2.1 Concepto	7
2.2 Dimensión social y normativa.....	11
2.2.1 <i>Dimensión social</i>	11
2.2.2 <i>Dimensión normativa</i>	12
3. LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA.....	16
3.1 La Ley.....	17
3.1.1 <i>La compraventa</i>	17
3.1.2 <i>La donación</i>	22
3.1.3 <i>Otros límites</i>	25
3.2 El orden público y la moral.....	27
3.3 Prohibición en materia de condiciones	33
3.3.1 <i>a) Negocios inter vivos. Art. 1116 CC</i>	33
3.3.2 <i>b) Negocios mortis causa. Art. 792 CC</i>	35
4. LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO	37
4.1 Los consumidores.....	38
4.2 Las cláusulas abusivas y su marco regulatorio.....	41
4.2.1 <i>Concepto y naturaleza</i>	41
4.2.2 <i>Transparencia y lista de cláusulas abusivas</i>	43
4.2.3 <i>Litigios en la actualidad. Falta de transparencia y automática nulidad</i>	46
4.2.4 <i>Tarjetas revolving</i>	51
4.3 Condiciones generales de contratación y sus requisitos	53
4.3.1 <i>Concepto</i>	53
4.3.2 <i>Requisitos</i>	56
5. CONCLUSIONES	62
6. BIBLIOGRAFÍA	65

1. INTRODUCCIÓN

La autonomía privada es la capacidad de los individuos de ordenar su propia esfera jurídica, y forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad el art. 10 CE. La jurisprudencia del Tribunal Supremo acude constantemente al concepto a la hora de enfrentarse a litigios, y ha ido dando pinceladas al concepto, como se dirá a continuación. Además de ser un principio general del Derecho, ha llegado a caracterizarse como un principio básico de la contratación.

Este principio no beneficia únicamente a los individuos concretos, sino también a la sociedad en su conjunto, en un claro reflejo de su dimensión social, a la que se añade, como es lógico, una dimensión normativa, que surge del reconocimiento de la autonomía de la voluntad en el art. 1255 CC y de la fuerza de ley entre partes que establece el art. 1091 CC. Ambos serán abordados con más detalle en su apartado correspondiente.

La autonomía privada, no obstante, puede conllevar situaciones de abuso de derecho, siendo necesario, en ocasiones, que intervenga el Estado. De esta manera, el Derecho Público y la intervención administrativa ganarían importancia frente al Derecho Privado y la autonomía privada¹.

En la época actual, como se analizará a lo largo del trabajo, el principio de la autonomía de la voluntad está ciertamente restringido, tanto por el propio legislador (mediante el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, por ejemplo) como por la preponderancia de las grandes empresas.

A lo largo del Código Civil hay numerosas limitaciones a la autonomía privada, que se encuadran en el respeto a la ley, la moral y el orden público, y que afectan a una enorme variedad de negocios jurídicos. Así, a lo largo del estudio se analiza la compraventa (en cuya sede hay limitaciones en el pacto de reserva de dominio o el retracto convencional, entre otros), las donaciones, los arrendamientos, en Derecho de sucesiones con las legítimas, etc. No son las legales, sin embargo, las únicas limitaciones que son objeto de análisis, sino que también se definirá el orden público y la moral, dos conceptos dinámicos que evolucionan

¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, Tomo X, Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 16-17.

constantemente para adaptarse a la realidad social. De esta forma, se entrará en más detalle en algunas de sus vertientes, como el orden público societario o matrimonial.

A continuación, se tratará el Derecho de consumo, de gran importancia en las operaciones del día a día. Para ello, se parte de un concepto de consumidor, como persona que actúa con un propósito distinto al de su actividad empresarial, al que se harán las matizaciones necesarias, según se trate de una persona física o jurídica.

Para proteger a los consumidores, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios contiene varias previsiones, entre las que se encuentra la necesidad de evitar las cláusulas abusivas que, como se dirá, son aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. También se diferenciará dicha abusividad de la transparencia, que pretende que el adherente comprenda fácilmente el coste real que implica el contrato que ha celebrado, y se explicarán las consecuencias de introducir cláusulas poco transparentes o abusivas.

Posteriormente, se resumirán algunos litigios que han surgido al respecto, especialmente en contratos bancarios. Se prestará especial atención a las tarjetas *revolving*, que permiten al consumidor que disponga del máximo del crédito, teniendo que devolverlo a plazos. Este tipo de contratos ha dado lugar a muchas controversias, en tanto en cuanto podrían establecer intereses usurarios. En este sentido, se seguirá la Ley de 23 de julio de 1908 (conocida como "Ley Azcárate"), sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, y la jurisprudencia más relevante. La reciente STS 258/2023, de 15 de febrero, ha arrojado algo más de luz para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que hay usura.

Por último, se tratarán las condiciones generales de contratación, muy relacionadas con los contratos de adhesión, en los que el adherente no dispone de ninguna capacidad de negociación, más allá de la de decidir si suscribir o no el contrato. Sobre este tema, se explicarán los requisitos de incorporación que fija la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación, así como los requisitos de interpretación de las cláusulas que contengan estas condiciones, y las consecuencias de declarar la nulidad de dichas cláusulas.

El presente trabajo se ha realizado mediante la consulta de diferentes fuentes. Por un lado, se ha analizado la legislación, partiendo del Código Civil, y complementándolo con leyes específicas de Derecho de consumo, arrendamientos urbanos, etc. Por otro, se ha observado la doctrina nacional y extranjera más destacada, publicada en manuales y revistas jurídicas de reconocido prestigio, además de diversas bases jurídicas. Se ha incidido en contrastar opiniones discrepantes acerca del tema planteado, intentando estar libre de sesgos y ofrecer una visión crítica.

Además, se ha recurrido constantemente a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, analizando sentencias que supusieron un punto de inflexión, y recogiendo las últimas tendencias.

Finalmente, cabe destacar que el objetivo del presente trabajo es estudiar todo lo anteriormente mencionado, de manera que se aporte una visión general del panorama actual y de las cuestiones más candentes. Por otra parte, se pretende comprender el concepto de autonomía privada, tanto en la regulación como en la práctica, con las diferentes aristas que encierra.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

2.1 Concepto

Para comenzar, es pertinente destacar que autonomía privada y autonomía de la voluntad no son conceptos idénticos, aunque su contenido esté prácticamente equiparado en la actualidad. La autonomía de la voluntad incluiría únicamente el libre ejercicio de la voluntad (el hombre es dueño de sus decisiones), mientras que la autonomía privada consiste en el poder de crear normas jurídicas, dentro de los límites que se abordarán posteriormente².

En Europa, es más frecuente el término “autonomía privada”. Por el contrario, en la doctrina tradicional española se ha recurrido comúnmente a la “autonomía de la voluntad”³.

² FERRI, L., *La autonomía privada*, traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001, p. 13.

³ DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1975, p. 373.

Si se acude a la raíz de las palabras, se observa que autonomía deriva de la unión de “auto”, es decir, algo propio, y “nomía”, que puede traducirse como norma o ley. De esta manera, sería una norma a la que se somete la propia persona⁴. Voluntad, a su vez, implica libre albedrío.

Por su parte, autonomía privada, como se indica a continuación, es un poder de gobierno de la propia esfera jurídica. Díez-Picazo declara que "Conviene en este punto observar que cuando se habla, como es usual entre nosotros, de autonomía de la voluntad, no deja de incurrirse en algún equívoco, porque el sujeto de la autonomía de la voluntad no es la voluntad, sino la persona como realidad unitaria. La autonomía no se ejercita queriendo - función de la voluntad- sino estableciendo, disponiendo, gobernando"⁵. Esto justifica que, a lo largo del trabajo, se utilice preferentemente la denominación de autonomía privada, por considerarse más precisa.

La autonomía privada ha sido definida en múltiples ocasiones. De Castro dijo que se trata del “poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad”⁶.

Más recientemente, Alfaro afirma que forma parte esencial del derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE, por lo que vincula a todos los poderes públicos (incluyendo, por supuesto, al legislador)⁷. Supone, por tanto, un poder de ordenación de la esfera privada de la persona⁸.

La autonomía privada es un principio general del Derecho, que son fuente del ordenamiento jurídico español, como deja claro el art. 1.1 del Código Civil⁹. Lalaguna defiende que este principio implica el reconocimiento en el ordenamiento jurídico de la libertad de la persona, “operando consiguientemente en el sentido técnico que se atribuye a los principios generales

⁴ VERDUGO BRAVO, I., “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”, *Revista Ars Boni et Aequi*, núm. 4, 2008, pp. 101-110.

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., Y GULLÓN, A., *cit.*, p. 373.

⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 2016, p. 13.

⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Libertad contractual y principio de igualdad”, *Almacén de Derecho*, 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad>

⁸ QUESADA SÁNCHEZ, A., “La autonomía de la voluntad y el contrato”, *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Coordinadores José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y María Luisa Moreno-Torres Herrera, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 141.

⁹ Art. 1.1 CC: “1. Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

del Derecho como criterios rectores de la labor de interpretación e integración de las normas jurídicas”¹⁰. La autonomía privada cumpliría los requisitos tradicionalmente exigidos para ser un principio general del Derecho, a saber: ser una manifestación de la ley natural, resultar de una experiencia histórica que informe el ordenamiento jurídico, inspirando las actuaciones de los Tribunales, y, por último, ser una idea política definida en normas de rango constitucional.

A nivel jurisprudencial también se ha ido perfilando el concepto, ya desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1946, que dispuso que “preside la contratación en nuestro Derecho”, lo que se ha matizado a lo largo de los años (entre otras, en la STS de 19 de octubre de 1991), en el sentido de que no la preside de modo absoluto, sino que se restringe a través de medidas imperativas o prohibitivas, en los límites del art. 1255 CC.

La STS de 13 de mayo de 1959 afirmó que “Cuando se habla de autonomía de la voluntad no quiere decirse que los individuos se puedan dar leyes a sí mismos para regular con ellas su obrar, lo que sería indiferente para el Derecho mientras no entrasen en la esfera de lo ilícito, fuera de lo cual uno puede vivir y obrar como tenga por conveniente, sino que quiere expresarse que el individuo tiene el derecho de realizar los negocios jurídicos que crea conveniente, y que contenidos en los límites de la Ley, son reconocidos por ésta y reciben de ella fuerza obligatoria”.

Acerca de esta sentencia, la doctrina añadió que la esencia y el principio activo que crea el negocio jurídico es la voluntad. Si esta voluntad está ausente, no hay negocio jurídico. En el ámbito jurídico, una manifestación de la voluntad de las personas se puede considerar un contrato válido, incluso sin la formalidad de la firma. El Derecho positivo establece los límites y condiciones en los que la voluntad puede engendrar negocios jurídicos y producir efectos jurídicos, que no solo penetra en el mundo jurídico “porque” así ha sido querido, sino “como” ha sido querido por las partes¹¹.

En ocasiones, el Tribunal Supremo ha ido más lejos, al caracterizar la autonomía privada como un principio básico de la contratación, como se dijo en la STS de 12 de noviembre de 1987 y, más recientemente, STS 347/2005, de 12 de mayo.

¹⁰ LALAGUNA, E., “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 1972, p. 888.

¹¹ ALBACAR LÓPEZ, J.L., y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV*, Trivium, Madrid, 1991, p. 560.

Otras reglas básicas para el Derecho privado, como la de *venire contra factum proprium*, también nacen en el ámbito de la autonomía privada, imponiendo la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma, evitando contradicciones. Se autolimita, por tanto, la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Esto se ha fijado, entre otras, en la STS 1117/2000, de 28 de noviembre, y se relaciona con el principio de buena fe.

Del principio de la autonomía privada deriva la libertad contractual, que determina que el ordenamiento jurídico reconoce como vinculantes los pactos libremente concluidos por las partes. La libertad contractual abarca, por un lado, la libertad de conclusión (potestad de celebrar o no un contrato en concreto) y, por otro, la libertad de la configuración interna¹² (una vez que el contrato se va a celebrar, determinar su contenido específico).

Larenz destaca que este principio permite que las relaciones personales se eleven a relaciones con carácter jurídicamente obligatorio, debido a la voluntad coincidente de los sujetos, que produce efectos vinculantes para ambos¹³.

Por tanto, además de la relación con el negocio jurídico, la autonomía privada también está vinculada al contrato, que, según la definición clásica de la más ilustre doctrina, no es sino un “acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a crear obligaciones entre ellas”¹⁴, por lo que la autonomía privada es clave para reglamentar sus relaciones jurídicas y acercarse las metas perseguidas. Sobre esto, la STS de 22 de diciembre de 2000 dijo que, dentro de los límites del art. 1255 CC, las partes pueden regular sus intereses mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y la causa del contrato.

La enorme relevancia de la autonomía privada conlleva que la intervención pública en la esfera privada debe obedecer a una justificación razonable¹⁵, pues, de lo contrario, el individuo se convertiría ulteriormente en “una pieza fungible de una máquina monstruosa”¹⁶, como decía De Castro.

¹² O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020, p. 49.

¹³ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, traducción de Santos Briz, Edersa, Madrid, 1958.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1993, p. 118.

¹⁵ BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Editorial Reus, Madrid, 2016, p. 5.

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil*, Gráficas Mariscal, Madrid, 1970, p. 17.

2.2 Dimensión social y normativa

2.2.1 Dimensión social

La autonomía privada tiene, indudablemente, cierta dimensión social, puesto que es necesaria para alcanzar la autorrealización de la persona como ser humano. Díez-Picazo lo expresa de la siguiente manera: “sólo se reconoce la dignidad de la persona si se la permite autorregular su marco de intereses”¹⁷.

Entre autonomía privada y dignidad humana hay una clara conexión que parece encontrar fundamento en el art. 10 CE. La autonomía de la voluntad, de hecho, podría proceder de la filosofía kantiana, que sostenía que cuando un sujeto se comporta moralmente, él mismo se da las leyes a las que se somete, dado que el origen de esas leyes estriba en la naturaleza de la propia razón¹⁸. Además de la libertad individual, la autonomía de la voluntad se proyecta al exterior, con una vocación de permanencia que excede al propio sujeto¹⁹.

Lo ya explicado no debe llevar a la confusión de que la voluntad del individuo es soberana o independiente; en realidad, si despliega efectos es porque otra voluntad soberana le autoriza a ello, personalizada en órganos institucionalizados que culminan con la elaboración de leyes²⁰.

La sociedad exige que los individuos se subordinen a objetivos de interés general, lo que limita el poder creador privado a normas jurídicas establecidas. A pesar de esto, los particulares pueden establecer relaciones jurídicas por mutuo acuerdo y regular las situaciones en las que participan. Sin embargo, esto solo es posible dentro de un marco legal preexistente que otorga un cierto grado de soberanía individual, gracias a la variabilidad y temporalidad de los límites generales establecidos por el art. 1255 CC.

Por tanto, es claro que la autonomía privada, con los límites pertinentes, beneficia a la sociedad en su conjunto, además de a cada individuo concreto. Cuando un particular o una persona jurídica realizan negocios jurídicos, contribuyen al desarrollo del Derecho privado,

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, L., “La Ley y la potestad normativa privada”, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Coordinador López Pina, A., Madrid, 1994, p. 83.

¹⁸ KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, 2006, p. 25.

¹⁹ BARRIO GALLARDO, A., *cit.*, p. 6.

²⁰ SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, Edersa, Madrid, 1964, p. 380.

que debe ir adaptándose a la realidad social. Por tanto, el resultado de la autonomía privada de los particulares cristaliza en el derecho dispositivo, que va dando forma a los propios textos legales²¹.

2.2.2 *Dimensión normativa*

La autonomía privada tiene una clara dimensión normativa, desarrollada por la doctrina y jurisprudencia. Así, son varios los preceptos que se relacionan con ella.

El primer artículo que puede mencionarse es el art. 1255 CC, que reza: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”.

El art. 1255 CC contiene una doble dimensión. Por un lado, una dimensión positiva, en cuanto permite a las partes estipular aspectos contractuales tan importantes como su contenido, además de la facultad de crear, modificar o extinguir los negocios jurídicos. Por otro, una dimensión negativa, al limitar la validez de los contratos contrarios a la ley, el orden público y la moral. Para ejercer la libertad de manera adecuada, es necesario que dicho ejercicio sea lícito y se base en la consideración de la persona como punto de referencia. Sin embargo, esta licitud solo puede ser determinada a través de la perspectiva social, de convivencia e interrelación²².

Albaladejo considera que el poder normativo que otorga la autonomía privada tiene como objeto que los particulares puedan regular sus propios intereses, escapando del control total de los poderes públicos. Así, el Derecho español vigente contempla que los propios individuos son los que deben regular sus relaciones privadas, en función de qué objetivos concretos persigan y de las necesidades que les acucien en cada momento²³.

Para continuar con el art. 1255 CC, cuando se habla de “pactos, cláusulas y condiciones”, es conveniente esclarecer estos conceptos. Aunque la doctrina no es pacífica en el contenido específico de cada uno, sí que lo es en lo que se refiere a su alcance: el art. 1255 CC pretende

²¹ SALVADOR CODERCH, P., “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, *Revista InDret*, núm. 229, 2004, p. 15.

²² REVERTE NAVARRO, A., “Comentarios al artículo 1255. Artículos 1254 a 1260”. *Comentarios al Código Civil, Tomo XVII*, BOE, Madrid, 2005, p. 117.

²³ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, vol. I, Parte General*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 34-37.

englobar todo el espectro de posibilidades del que gozan los particulares para regir los negocios jurídicos. Así, a través de la voluntad de los mismos, se crea, configura y (eventualmente) extingue el contrato²⁴. Se puede apuntar:

- Los pactos, hoy en día, están prácticamente equiparados al contrato, partiendo de la libertad de forma que establece el art. 1278 CC²⁵. El matiz podría ser que se consideran acuerdos particulares incorporados inicialmente al contrato o que se acuerdan con posterioridad, como el pacto de indivisión del art. 400 CC.
- Las cláusulas son definidas por Díez Picazo como “particulares disposiciones negociales”²⁶, siendo la parte formal la más relevante. Esto tiene como consecuencia que lo más frecuente es hablar de cláusulas en los casos en los que el contrato en cuestión se haya redactado por escrito. Las cláusulas sí que pueden diferenciarse con más facilidad de los pactos y condiciones, puesto que siempre se las considera partes integrantes del contrato. Más adelante, este estudio abordará las cláusulas abusivas en materia de Derecho de consumo y de condiciones generales de la contratación.
- Las condiciones se utilizan frecuentemente como elementos del contrato, de cuyo cumplimiento depende la validez del mismo. También se entrará a valorar algunas condiciones problemáticas en los siguientes apartados del presente trabajo.

Otro artículo digno de mención, y relacionado con la autonomía privada, es el art. 1091 CC, como expresión del principio *pacta sunt servanda*, al disponer que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”. Por tanto, el Código Civil otorga al contrato fuerza de ley, en una suerte de *lex privata* de los particulares, lo que implica que, de no ser cumplido, podría acudir a los tribunales. Es decir, cuando se celebra un contrato no se establece una mera declaración de que ambas partes quieren algo, sino que dichas partes tienen intención de obligarse y, así, se obligan, comprometiéndose a cumplir lo pactado²⁷. También habría, al menos en cierta

²⁴ DÍEZ PICAZO, L., *Comentarios a los artículos 1254 a 1260 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1991, p. 431.

²⁵ Art. 1278 CC: “Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez”.

²⁶ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho...cit.*, p. 243.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho...cit.*, p. 243.

medida, una obligación por parte del Estado de hacer cumplir lo convenido, utilizando para ello a la Administración de Justicia y su poder coactivo²⁸.

También por lo que se refiere al art. 1091 CC y el *pacta sunt servanda*, hay que tomar en consideración que su vinculación no es baladí, pero cabe la matización de que las leyes son normas abstractas, generales e impuestas, mientras que los contratos tienen carácter particular, aunque a veces sean abstractos²⁹. Por supuesto, el hecho de que los contratos tengan fuerza de ley entre las partes no implica que sean leyes propiamente dichas, como ya dejó claro la STS 216/1995, de 16 de marzo, debiendo cumplir con lo dispuesto en el ordenamiento vigente, de acuerdo con el art. 1255 CC.

En la STS 9 de Julio de 1986 se dijo que el art. 1091 CC contiene una norma sancionadora del principio de la autonomía de la voluntad y respeto y obediencia a los pactos.

La libertad de pacto no solo incluye, como es lógico, los contratos regulados normativamente, sino que también comprende los contratos atípicos y los innominados, siempre que respeten los límites del art. 1255 CC. Esto se reiteró en la STS 222/2010, de 19 de abril.

En la STS 428/2012, de 10 de julio, se afirmó que el artículo 1255 del Código Civil establece la regla de la libertad contractual, que permite que las partes configuren una relación negocial compleja sin ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley. Esta libertad también permite la modificación o sustitución de la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato, de acuerdo con los intereses negociales de las partes. Este marco de actuación de la autonomía privada se extiende a la posibilidad de configurar una modificación, ya sea en orden a una unidad contractual o en relación a un marco complejo de contratos.

La admisión del principio de libertad contractual es indubitada y firme en la doctrina jurisprudencial. La admisión y validez de estos contratos atípicos no reviste inconveniente alguno si su función económico-social y los fines concretos que las partes pretenden obtener quedan coherentes con los principios y límites que impone el control social en materia contractual.

²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, p. 1036.

²⁹ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 61.

Existen dos tipos de figuras: las que se conciertan en una sola síntesis o unidad contractual y las que se refieren a una unión o pluralidad de contratos en donde se produce una conexión o ligamen, dando lugar a contratos recíprocos, a contratos subordinados o, en su caso, a contratos alternativos. En ambos casos, cuando la voluntad concorde de las partes o la unidad del interés o función negocial que se articula en los diferentes contratos así lo exija, el fenómeno en su conjunto debe ser considerado como una unidad jurídicamente orgánica e interrelacionada.

Más allá de los contratos de compraventa y de donación, que serán objeto de estudio en sus correspondientes apartados, cabe señalar algunos supuestos específicos en los que también entra en juego la autonomía privada, a saber:

Respecto a los arrendamientos de aprovechamientos agrícolas o ganaderos, el Tribunal Supremo entiende en su STS de 27 de abril de 2010 que pueden cederse varios arrendamientos por el propietario de una finca, sin que se entiendan incluidos los aprovechamientos de otra naturaleza, salvo que las partes dispongan lo contrario, de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad.

En relación con el Derecho tributario, el Tribunal Supremo, en su STS 1667/2010, de 10 de marzo, sostiene que, tanto repercutir a la arrendadora como que el arrendatario asumiera el porcentaje de retención del impuesto de sociedades sin ulterior repercusión, estaría incluido en el art. 1255 CC, dejando a salvo, por supuesto, que sea factible que el retenedor que retiene tardíamente pueda repercutir, por lo que habría que asegurarse de no infringir la normativa tributaria al respecto.

En el Derecho mercantil también parece aplicarse el principio de la autonomía privada, como se ve en la remisión de los art. 50 y 51 del Código de Comercio a la normativa de Derecho común. En opinión de Miranda Serrano, la libertad de forma que establece el art. 51 del Código de Comercio se debe a que “la opción de política legislativa consistente en exigir como regla general formalidades específicas para la validez y eficacia de los contratos no se conciliaría bien con el tráfico empresarial”³⁰.

La autonomía privada también ha jugado tradicionalmente un gran papel en materia de relaciones económicas entre cónyuges, a las que se permite poder de disposición en ciertas materias. En el Código Civil, la libertad de contratación entre esposos se reconoce en el art.

³⁰ MIRANDA SERRANO, L.M., “Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, *La contratación mercantil*, Marcial Pons, 2006, p. 180.

1323 CC, de acuerdo con la libertad contractual del art. 1255 CC, y respetando los principios constitucionales de libertad del art. 1 CE, libre desarrollo de la personalidad del art. 10 CE, e igualdad del art. 14 CE. El Tribunal Supremo ha ratificado la validez y eficacia de pactos entre esposos en sentencias muy recientes, como la STS 428/2022, de 30 de mayo, STS 315/2022, de 20 de abril, STS 130/2022, de 21 de febrero, y STS 59/2022, de 31 de enero. Esto, por supuesto, no significa que no haya límites a la autonomía privada en los pactos que realizan los cónyuges, como será analizado en el apartado correspondiente.

3. LÍMITES A LA AUTONOMÍA PRIVADA

Como ya se ha repetido a lo largo del estudio, el principio de autonomía privada no es absoluto, puesto que el propio Código Civil contiene límites. Es preciso, en este momento, mencionar los tipos de límites³¹:

- Límites extrínsecos. Son los que vienen reflejados en el art. 1255 CC, es decir, la ley, la moral y el orden público.
- Límites conceptuales. No se permite a las partes que se desnaturalice el concepto de un negocio jurídico, atribuyendo características que no son propias del mismo. Esto sucedería, por ejemplo, si en una compraventa no hubiese precio, o en el supuesto de una donación a cambio de precio.
- Límites intrínsecos. Es el caso del abuso de derecho. También se incluyen en este apartado los contratos de adhesión y las condiciones generales de contratación, que serán analizados posteriormente.

Como puede verse, es un espectro amplio y rico en potenciales conflictos, sobre el que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse en innumerables ocasiones. Además de la jurisprudencia que será citada en los siguientes apartados (y de la que ya ha sido abordada con anterioridad), debe acudir a la STS 1224/2009, de 12 de enero. Esta Sentencia resume la opinión consolidada del Tribunal, al afirmar que el contrato puede regularse por la *lex privata* de las partes, en expresión de la autonomía privada, y siempre que no se contravengan normas de *ius cogens*.

³¹ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022, pp. 1225-1226.

El epígrafe comprende referencias expresas a estos límites, utilizando ejemplos concretos, con referencias a la doctrina, y sirviéndose de la jurisprudencia asentada y de las nuevas tendencias.

3.1 La Ley

Las normas imperativas que suponen un límite a la autonomía privada se justifican desde diversas perspectivas, entre las que se encuentra la protección de intereses públicos o de terceros en ciertas materias, buscándose, en ocasiones, una finalidad tuitiva respecto a una de las partes de la relación, como se verá con el Derecho de consumo y las condiciones generales de contratación.

A continuación, se proceden a analizar los límites legales en los contratos más utilizados en el tráfico jurídico, así como otros asuntos dignos de mención por sus particularidades, y que guardan relación con los límites legales a la autonomía privada.

3.1.1 La compraventa

La compraventa se regula en los artículos 1445 y siguientes del Código Civil. El art. 1445 CC reza lo siguiente: “Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente”. Albaladejo dice que es el contrato en virtud del cual una parte (el vendedor) se obliga a transmitir una cosa o derecho a otra (el comprador) a cambio de que ésta se obligue a pagarle una suma de dinero llamada precio³².

Los principales caracteres que definen el contrato de compraventa³³ son:

- Consensual. La compraventa se perfecciona por el consentimiento de las partes, siguiendo el principio general del art. 1258 CC³⁴. Esto viene regulado expresamente

³² ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, vol. II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2004, p. 485.

³³ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, pp. 294-295.

³⁴ Art. 1258 CC: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”.

en el art. 1450 CC de la siguiente manera: “La venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado”.

- Bilateral o sinalagmático. La compraventa produce obligaciones tanto para el comprador como para el vendedor. Es una obligación de una parte a cambio de la obligación de la otra. Los efectos, por tanto, son el cumplimiento simultáneo, la compensación en caso de mora y la resolución por incumplimiento, aunque con especialidades.
- Obligacional. El contrato de compraventa no produce directamente la transmisión de la propiedad entre vendedor y comprador, sino que se obligan a transmitir y adquirir cosa y precio. La transmisión de la propiedad tendrá lugar con la entrega o tradición. Hay matizaciones, como el pacto de reserva de dominio, que se analizarán a continuación.
- Oneroso. Cada parte obtiene una compensación a costa de la otra. Generalmente, también es un contrato conmutativo, puesto que las prestaciones de las partes no están determinadas por el riesgo de pérdida o ganancia. Sin embargo, podría haber un pacto expreso en contra que caracterizase al contrato como aleatorio o *emptio spei*.

El principio de autonomía privada rige en las particularidades de las que se quiera dotar al contrato. Esto tiene importantes consecuencias prácticas, puesto que no es necesario que el precio sea justo, siempre que no medie un vicio del consentimiento, según jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo (se reiteró en la STS 560/2010, de 16 de septiembre). Sobre esto, un límite a la autonomía privada se da con las compras de viviendas de protección oficial³⁵. Tras algunas sentencias titubeantes del Tribunal Supremo, en las que declaraba la nulidad del contrato que estableciese un precio superior al límite legal, la STS de 5 de noviembre de 1985 (entre otras) declaró la validez del contrato, pero aplicando el precio legal. Sin embargo, en sentencias más recientes, como la STS 1348/2007, de 12 de diciembre, el Tribunal ha vuelto a decantarse por la validez del contrato, sin perjuicio de las consecuencias administrativas por infringir el límite.

³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Compraventa y permuta”, *Curso de Derecho Civil (II): Contratos y responsabilidad civil*, Coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2020, p. 39.

Un caso en el que entran en juego límites a la autonomía privada se da con los pactos de *Lex Commissoria*, también conocidos como pactos de reserva de dominio. Tiene lugar cuando las partes pactan que el comprador no adquirirá la propiedad de la cosa vendida hasta que no haya pagado completamente el precio. Es decir, es “aquél por el que el vendedor no transmite la propiedad de la cosa vendida, al entregársela al comprador, más que en el momento del precio, si se paga”³⁶.

El pacto de reserva de dominio no viene regulado expresamente en el Código Civil, pero es válido y eficaz, y así ha sido reconocido por la jurisprudencia. En términos jurídicos, se trata de un contrato sujeto a una condición suspensiva, de manera que, perfeccionado el contrato de compraventa, el vendedor se reserva el dominio, que adquirirá si paga el precio³⁷. El Tribunal ha dicho al respecto, en su STS 745/2014, de 20 de febrero, que la reserva de dominio actúa como un pacto de garantía que produce efectos frente a terceros adquirentes de los bienes cuando se inscriben en el Registro Central de Bienes Muebles. Las limitaciones estriban, por ejemplo, en que el vendedor no tiene facultades de disposición mientras el comprador siga pagando, aunque conserve la propiedad de la cosa (así se dijo en la STS 260/2003, de 21 de marzo). En cuanto al comprador, tampoco tiene facultad de disposición pero, si el bien es embargado, podría ejercer la acción de tercería de dominio contra los acreedores, como se admitió en la STS 924/2003, de 14 de octubre.

Para concluir con los pactos de reserva de dominio, el art. 1859 CC prohíbe el pacto comisorio para las cosas dadas en prenda o hipoteca, de la siguiente manera: “El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas”. Esto se reitera por el art. 1884 CC³⁸ respecto a las hipotecas, sin que quepa pacto en contrario, en un claro límite legal a la autonomía privada de las partes contratantes. Al respecto se pronunció la STS 39/2005, de 10 de febrero, que declaró el fraude de ley y la nulidad de un contrato en el que se pretendió evitar la nulidad del pacto comisorio mediante la venta de un inmueble, conservando el vendedor la posesión inmediata del mismo como simple arrendatario, sin transmitir realmente el bien.

³⁶ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, p. 300.

³⁷ GIMENO-BAYÓN COBOS, R., “La compraventa con pacto de reserva de dominio”, *El contrato de compraventa*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, p. 371.

³⁸ Art. 1884 CC: “El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma en que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble”.

Otro supuesto en el que hay límites a la autonomía de la voluntad en la compraventa tiene lugar con el retracto convencional, mencionado en el art. 1507 CC: “Tendrá lugar el retracto convencional cuando el vendedor se reserve el derecho de recuperar la cosa vendida, con obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y lo demás que se hubiese pactado”.

Este retracto (conocido habitualmente como “pacto de retro”), por tanto, consiste en un derecho real (*ex. art. 1510 CC*) que permitiría al vendedor inicial recuperar la cosa vendida. Eso sí, no es una causa de resolución como tal, sino que se celebraría una suerte de compraventa “en sentido contrario”³⁹. Hay que tener en cuenta que no es una condición puramente potestativa, puesto que el art. 1508 CC⁴⁰ contiene límites temporales que no pueden superarse, ni siquiera a través de pacto en contra. Además, se dice expresamente que deben respetarse los límites del art. 1518 CC, que impone el reembolso al comprador del precio de venta, a lo que deben sumarse los gastos del contrato y para la venta, así como los que sean necesarios y útiles realizados en la cosa vendida. Otro límite aparece en el art. 1517 CC, refiriéndose a las sucesiones, en el sentido de que, si la parte compradora tuviese más de un heredero, sólo se puede ejercitar el retracto contra la parte de la herencia correspondiente a cada uno.

Como recoge Martínez de Aguirre Aldaz⁴¹, no es suficiente para que se verifiquen los requisitos del art. 1518 CC el mero ofrecimiento del precio ni de afianzamiento (se dijo en la STS de 14 de julio de 1987, entre otras), ni siquiera el depósito del dinero en un banco, sin avisar al comprador de que la tiene a su disposición (STS de 8 de noviembre de 1985). Si el precio pagado no fue el total, sino solo una parte, esa será la cantidad que hay que reembolsar (STS de 20 de mayo de 1991).

En otro orden de cosas, son interesantes las limitaciones del art. 1459 CC. Este artículo, modificado por la Ley 8/2021, de 2 de junio, prohíbe a una serie de personas que realicen algunas compraventas. La consecuencia de infringir este artículo sería la nulidad absoluta del contrato. En concreto, el art. 1459 CC establece la prohibición de compraventa a:

³⁹ O’CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 1535.

⁴⁰ Art. 1508 CC: “El derecho de que trata el artículo anterior durará, a falta de pacto expreso, cuatro años contados desde la fecha del contrato. En caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de diez años”.

⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *cit.*, p. 194.

1. Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen. Esto alcanza a los tutores, a los curadores y a los defensores judiciales, e incluye todos los bienes y derechos del tutelado que puedan ser objeto de compraventa.
2. Los mandatarios, los bienes de cuya administración o enajenación estuviesen encargados. El precepto se debe a que el negocio del mandato se basa en la confianza, lo que determina algunas características específicas, como la extinción del contrato por voluntad unilateral de una de las partes⁴².
3. Los albaceas, los bienes confiados a su cargo. Aquí se incluyen todos los bienes que son controlados por el albacea. Por tanto, si se trata de un albacea particular, englobará sólo a algunos bienes. En cambio, si es universal, serán todos los bienes del caudal hereditario.
4. Los empleados públicos, los bienes del Estado, de los Municipios, de los pueblos y de los establecimientos también públicos, de cuya administración estuviesen encargados. Esta disposición regirá para los Jueces y peritos que de cualquier modo intervinieren en la venta. Quizás esta última mención sobra, puesto que los Jueces se incluyen en el siguiente apartado.
5. Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de Justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

Se exceptuará de esta regla el caso en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, o de cesión en pago de créditos, o de garantía de los bienes que posean.

La prohibición contenida en este número 5.º comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio.

⁴² O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, pp. 1478-1479.

3.1.2 La donación

La donación se regula en los artículos 618 y siguientes del Código Civil. El art. 618 la define de la siguiente forma: “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. La doctrina apunta que es un contrato, por lo que el art. 618 CC yerra al calificarlo como acto (por influencia del Código francés). Una de las características fundamentales de la donación es que produce un empobrecimiento del donante y, a la vez, un enriquecimiento del donatario.

Para que un contrato se califique como donación, es imprescindible el *animus donandi*, es decir, la presencia de liberalidad, que se trate de una transmisión sin contraprestación a cambio. El sentido de la liberalidad es subjetivo, mientras que el de la gratuidad es objetivo. La doctrina jurisprudencial reitera que la liberalidad es la excepción, por lo que corresponde probarla a la parte que la alega, teniendo que haber prueba suficiente de que hay una transmisión gratuita (entre otras, STS de 24 de julio de 1997). Así, no se presume que hay *animus donandi* en entregas de dinero, siendo el supuesto donatario el que tiene que probarlo (STS 378/2009, de 27 de mayo).

La donación puede ser⁴³:

- Real. Tiene lugar cuando el enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante se producen con la transmisión del derecho de propiedad o lo relativo a los derechos reales. Un ejemplo sería donar la propiedad de una vivienda. Debe matizarse que el donante, en este supuesto, se obliga a transmitir la propiedad, lo que sucede con la entrega de la vivienda en cuestión, siguiendo la doctrina del título y modo.
- Obligacional. Se da cuando lo que se dona es un derecho de crédito, como el derecho de reclamar una indemnización.
- Liberatoria. En este caso, se extingue un derecho que tenía el donante contra el donatario, como si se decide renunciar a un derecho de usufructo sobre una casa del donatario.

⁴³ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 597.

La donación es un contrato formal o solemne, en contraste con la habitual libertad de forma del art. 1278 CC. De no cumplirse con los requisitos formales, no se perfeccionaría el contrato, y no existiría la donación, al faltar un elemento esencial⁴⁴.

También es muy relevante el art. 619 CC, que reza lo siguiente: “Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”. Aquí está, por un lado, la donación que se hace a una persona por sus méritos, que no deja de ser una donación pura (es decir, la ordinaria que se hace con *animus donandi*), aunque vista desde una perspectiva subjetiva. Parte de la doctrina entiende que el mérito puede ponerse como condición, por lo que, si no existiera, habría un error vicio de la voluntad⁴⁵.

En el art. 619 CC también hay referencias a la donación remuneratoria y modal, mezcladas con lo dispuesto en el art. 622 CC⁴⁶. Las remuneratorias hacen referencia a los casos en los que se dona por los servicios que se ha prestado al donante, pero que no se deben a deudas entre donante y donatario. Un ejemplo sería una botella de vino que se regala a un abogado, después de abonarle sus honorarios. Por su parte, la donación modal es aquella que impone al donatario una carga o modo. Al respecto, la STS 296/1999, de 6 de abril, establece que las donaciones modales exigen el cumplimiento de una obligación al beneficiario, pero el gravamen debe tener inferior valor que lo donado, de manera que no se desvirtúe la naturaleza del contrato. Por supuesto, no queda al arbitrio del donatario el cumplimiento de la obligación.

Un límite legal a la autonomía privada en las donaciones aparece regulado en el art. 634 CC, en cuanto se prohíbe que la donación deje al donante sin lo necesario para “vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”, obligándole a que se reserve estos bienes, ya sea en plena propiedad o en usufructo. Si esto se incumpliera, la donación sería parcialmente ineficaz, y el donante tendría derecho de restitución⁴⁷. Sobre este límite, es muy interesante la STS de 3 de noviembre de 1992, que señala que el art. 634 CC “no impone la necesidad

⁴⁴ ATAZ LÓPEZ, J., “Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, J.M. Bosch Editor, 1992, p. 111.

⁴⁵ ALBALADEJO, M., “La donación por méritos”, *Revista de Derecho privado*, núm. 88, 2004, p. 135.

⁴⁶ Art. 622 CC: “Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto”.

⁴⁷ O’CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, p. 402.

de manifestar que la reserva se hizo, de manera que no es indispensable la constancia de la reserva en el contrato de donación, y, en este sentido, la inexistencia de la reserva de los bienes o su insuficiencia habrá de ser acreditada por quien alega la infracción, según los principios generales sobre la carga de la prueba”.

Otro límite digno de mención es el contenido en el art. 636 CC, que reza: “No obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida”. Este artículo hace referencia a la reducción de donaciones inoficiosas, que pretende respetar la legítima, es decir, la parte del caudal hereditario que corresponde a los herederos forzosos, definidos en el art. 807 CC⁴⁸. El art. 808 CC dispone que la legítima de los hijos y descendientes está compuesta de las dos terceras partes del caudal hereditario de los progenitores, pudiendo éstos, eso sí, aplicar una de esas dos partes como mejora a sus hijos o descendientes.

El art. 636 CC se ve complementado por los artículos 654 y 655 CC, teniendo en cuenta que las donaciones que se han realizado perjudicando a la legítima pueden ser reducidas si así lo piden los legitimarios, sin que sea la donación nula⁴⁹. En algunos supuestos, como la STS 684/2007, de 20 de junio, el Tribunal Supremo ha distinguido las ya citadas donaciones inoficiosas que perjudican la legítima de aquellas que son donaciones simuladas, y que tienen el objetivo de engañar a los legitimarios. En este último caso, se entiende que la donación es nula por causa ilícita, siguiendo al art. 1275 CC.

Por último, es destacable el límite a la autonomía privada del art. 644 CC, que dice lo siguiente: “Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.
- 2.º Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación”.

Por tanto, este artículo es una excepción a la irrevocabilidad de los negocios jurídicos. La revocación, empero, no se produciría *ipso iure* ni de modo retroactivo, sino que el donante

⁴⁸ Art. 807 CC: “Son herederos forzosos:

1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3º El viudo o la viuda en la forma y medida que establece este Código”.

⁴⁹ PARRA LUCÁN, M.A., “La donación”, *Curso de Derecho Civil (II): Contratos y responsabilidad civil*, Coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2020, p. 91.

tendría que ejercer la acción en un proceso declarativo ordinario (salvo que el donatario esté de acuerdo) y se lograría la ineficacia de la donación⁵⁰. Si el donatario hubiese vendido los bienes, y de acuerdo con el art. 645 CC, tendría que abonar al donante su valor al tiempo de la donación, aunque parece que lo razonable es que se ajustara el valor a la inflación, de manera que no se le pague un precio ridículo. Los actos de disposición de los bienes, por tanto, no pierden su validez.

3.1.3 Otros límites

Las leyes limitan la autonomía privada en varios supuestos, entre los que puede mencionarse el art. 1102 CC, que considera nula la renuncia de la acción para exigir la responsabilidad derivada del dolo en una obligación. El dolo, de manera muy sumaria, puede definirse como la voluntad de incumplir la obligación. El art. 1269 CC dice que “Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. Por tanto, si, acaecido un conflicto, el perjudicado acaba accediendo a renunciar a exigir la responsabilidad por dolo, esta renuncia no será válida.

Otro claro ejemplo de limitación de la autonomía de la voluntad es el art. 1691 CC, que prohíbe los denominados “pactos leoninos”, y cuyo inicio declara tajantemente que “es nulo el pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas”. La consecuencia de infringir el precepto sería la nulidad absoluta del art. 6.3 CC⁵¹. La excepción sería el socio industrial, según el segundo inciso del art. 1691 CC.

Asimismo, es interesante destacar que hay limitaciones a la autonomía de la voluntad en los contratos arrendaticios. En concreto, la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, para aquellos contratos celebrados a partir del 6 de marzo de 2019 (que es el momento en el que entró en vigor el Real Decreto-Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler), establece la prórroga forzosa durante cinco años si el acreedor es persona física, o durante siete años si es persona jurídica, obligatoriamente para el arrendador, siempre que el arrendatario así lo desee (de acuerdo con el art. 9 LAU).

⁵⁰ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 623.

⁵¹ Art. 6 CC: “3. Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”.

Esto, por tanto, es un claro ejemplo de limitación de la autonomía privada del arrendador, que, incluso si se opone a que el arrendatario permanezca en la vivienda, no podrá hacer nada para evitarlo, al menos hasta que se alcance el plazo ya mencionado. Si quisiera rescindir el contrato, el arrendador tendría que contar con el consentimiento expreso del arrendatario. Es cierto que el art. 9.3 LAU permite (con condiciones, como que el arrendatario sea persona física) que no se aplique la prórroga forzosa obligatoria en algunos supuestos, como que el arrendador necesite ocupar la vivienda para adopción o para dedicarla a vivienda permanente para sí o para sus familiares más cercanos.

Por último, conviene mencionar los posibles conflictos de la autonomía privada con algunos derechos fundamentales reconocidos normativamente. Por un lado, es unánime la opinión de que los poderes públicos están vinculados por los derechos fundamentales (art. 53.1 CE), así como que los mismos no tienen idénticas consecuencias para particulares y poderes públicos. El problema consiste en compaginar la autonomía privada con el respeto a la dignidad humana (y a los “derechos inviolables que le son inherentes”⁵²).

Teniendo en cuenta que el art. 53.1 CE contempla la reserva de ley como límite a la regulación de los derechos fundamentales, parte de la doctrina afirma que, si la Constitución hubiese tenido como objetivo regular los efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares, también habría añadido el límite por contrato, no sólo por ley⁵³. Ejemplos que parecen mostrar esta tendencia son el art. 39 CE “Los poderes públicos aseguran...”, y el derecho a la educación del art. 27 CE, cuyos destinatarios son solo los poderes públicos, como dejó de manifiesto, entre otras, la STC 129/89, en la que no se reconoció a trabajadores el derecho a elegir constantemente el turno de noche para poder compaginar el trabajo con los estudios. El TC dejó claro que no valida que a los derechos fundamentales del trabajador se anuden, como contenido imprescindible de la relación laboral, y sin que medie ley o convención alguna, correlativas obligaciones o deberes del empresario exigibles por aquél en defensa de sus derechos fundamentales y cuyo incumplimiento provoque automáticamente una lesión de éstos que, de no ser judicialmente remediada, pueda ser deducida en demanda de amparo.

⁵² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1993, p. 59.

⁵³ CANARIS, C. W., “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 184, 1984, p. 216.

En resumen, en aquellos casos en los que los contratantes no están protegidos por la libertad contractual, como sucede cuando se impone una limitación de derechos, sin que se permita a dicho contratante renunciar y acudir a la competencia, será necesaria la intervención de los poderes públicos⁵⁴.

3.2 El orden público y la moral

El límite de la moral entra en juego cuando el negocio es contrario a la buena fe, a la ética necesaria para una mínima convivencia en sociedad⁵⁵, lo que afecta a su causa y lo hace ineficaz. Esto se refleja en el art. 1275 CC, que reza: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”, y en el apartado tercero del art. 1271 CC, que afirma que “Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”. Tampoco son admisibles, de ninguna manera, las cláusulas o condiciones contrarias a la moral. Sin embargo, estas cláusulas tienen un efecto distinto al de los negocios nulos, puesto que el negocio sería nulo totalmente, mientras que las cláusulas inmorales serían nulas, pero sin afectar al resto del negocio jurídico⁵⁶.

No es fácil realizar una nítida distinción entre los conceptos de moral y orden público, como muestra el Derecho comparado, en el que hay discrepancias. Así, la mayoría de la doctrina francesa considera que el orden público engloba las buenas costumbres, en el sentido de las bases morales sobre las que recaen las estructuras de la propia sociedad. Sin embargo, algunos autores apuntan que la inmoralidad se produce cuando se atenta contra la vida social, y el orden público se daña cuando se hace lo propio contra la legalidad⁵⁷. En España, los conceptos están prácticamente equiparados, aunque se apunta que la moral tiene rasgos

⁵⁴ HILLGRUBERM C., “Grundrechtsschutz im Vertragsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 191, 1991, p. 69.

⁵⁵ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, p. 212.

⁵⁶ DÍEZ-PICAZO L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamiento urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, p. 1158.

⁵⁷ ESPÍN CÁNOVAS, D., “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, pp. 800-801.

éticos, mientras que el orden público tiene carácter jurídico⁵⁸. Sin embargo, la moral se incorpora al ordenamiento jurídico a través de la ley.

Por su parte, el orden público es un concepto que evoluciona constantemente, y que ha sido revisado en múltiples ocasiones. De Castro diferencia el orden público de los principios generales del Derecho del art. 1.4 CC, ya que estos últimos son auténticas fuentes independientes del Derecho, mientras que el orden público hace referencia a los principios que informan las instituciones jurídicas en cada momento⁵⁹.

Es muy adecuada la definición de orden público que realiza la STS de 5 de abril de 1966, y que lo caracteriza como “aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

Retomando la discusión comenzada en el apartado anterior, relativa a limitaciones de la autonomía privada y derechos, si se otorgase eficacia horizontal a algunos derechos, como el de libertad de expresión, se restringiría la capacidad de los particulares de disponer su esfera jurídica, y se contradeciría la idea básica de que, en general, las decisiones individuales no requieren justificación, sino que se aceptan por ser queridas⁶⁰. Alguien, por ejemplo, puede decidir no comprar ropa de marcas chinas por motivos racistas, sin que tenga que justificarse, y sin que se le pueda obligar a contratar.

Muchas limitaciones que los particulares realizan a sus derechos son voluntarias, en ejercicio de su autonomía privada, lo que también es un reflejo del libre desarrollo de la personalidad. Sobre esto ya se pronunció el Tribunal Constitucional en su Sentencia 19/1985, de 13 de febrero. El caso versaba sobre una trabajadora que, por motivos religiosos, se negaba a trabajar en las horas que comprendían el viernes por la tarde y el sábado. La trabajadora fue despedida y recurrió en amparo, apelando a la libertad religiosa del art. 16.1 CE. El Tribunal dejó claro que, aunque el respeto a los derechos fundamentales es esencial en el orden público, su invocación no puede ser utilizada para imponer cambios unilaterales en el contrato de trabajo. Además, el cambio de ideas religiosas de la persona no puede ser

⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...cit.*, p. 246.

⁵⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Notas sobre las limitaciones...cit.*, p. 1036.

⁶⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La autonomía privada y derechos...cit.*, p. 65.

utilizado para modificar los términos del contrato, ya que esto sería contrario al principio de seguridad jurídica.

La clave según parte de la doctrina, entre la que se encuentran Pantaleón, Paz-Ares y Alfaro, consiste en distinguir limitaciones de sus propios derechos mediante el ejercicio de la autonomía privada, de aquellos casos en los que dicho ejercicio provoca la desprotección de derechos fundamentales de terceros que quieren contratar, diferenciando entre limitaciones consentidas y no consentidas⁶¹.

Es necesario apuntar que el concepto de orden público no es idéntico en todos los ámbitos del Derecho. A modo de ejemplo, a continuación se recogen algunas precisiones en sectores específicos.

En lo que se refiere al orden público matrimonial, y, como se dijo anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido ampliamente la autonomía de la voluntad en el ámbito del matrimonio, pero con límites que, como de costumbre, se van perfilando progresivamente.

Al respecto, es interesante la STS 879/2023, de 13 de marzo. El asunto trata sobre una demanda de divorcio interpuesta por la esposa, que solicita, además del divorcio, una pensión por desequilibrio y una compensación por extinción del matrimonio. Antes de contraer matrimonio, ambas partes habían suscrito capitulaciones matrimoniales, incluyendo una cláusula que disponía que, en caso de divorcio, no habría ningún tipo de reclamación de un cónyuge al otro, sin importar la cantidad de ingresos que cada uno percibiese en el momento en cuestión. La Audiencia Provincial decidió imponer al padre, entre otras medidas, una pensión compensatoria en favor de la mujer, por lo que el esposo recurrió en casación, alegando que se había vulnerado el pacto ya mencionado.

El Tribunal Supremo comienza recordando que los pactos de capitulaciones son válidos mientras respeten los límites del art. 1255 CC y art. 1328 CC, precepto clave al respecto, que afirma que: “Será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”. Como añadido, identifica orden público matrimonial con los principios y valores constitucionales, por lo que no se puede ir en contra del interés del menor (art. 39 CE) o de la igualdad del art. 14 CE. Tanto la compensación por desequilibrio como la compensación por haber trabajado en la

⁶¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, p. 93.

casa familiar son materias dispositivas, debiendo formarse libremente el consentimiento. En este caso, el pacto había sido válido y tajante, al establecer que no habría compensaciones “independientemente de la cuantía de los ingresos de cada uno”, siendo desiguales ya en el momento del pacto. Por tanto, y como no se vulneraban los principios constitucionales, el Tribunal Supremo decide respetar la autonomía privada y casar la sentencia, declarando que no debe haber pensión compensatoria a favor de la empresa.

El problema de la autonomía de la voluntad y ulteriores conflictos cuando se acuerdan pensiones compensatorias es recurrente. Así, como ejemplo añadido, y también muy reciente, la STS 130/2022, de 21 de febrero. Las relaciones de las partes, que estaban divorciadas, se regían por el convenio regulador, suscrito por ambas y aprobado judicialmente. En él, se establecía una pensión compensatoria en favor de la mujer, debido a que había abandonado su puesto de trabajo para dedicarse al cuidado de la familia.

El Tribunal Supremo reitera en esta Sentencia que los pactos celebrados por los cónyuges son perfectamente válidos y exigibles, siempre que se dé el consentimiento, objeto y causa, se respeten las exigencias de forma necesarias para el acto jurídico concreto, y que no sean contrarios a la ley imperativa, la moral y el orden público. La autorregulación de las relaciones privadas a través de convenios sobre materias disponibles para las partes, continúa el Tribunal, no está condicionada a la aprobación judicial para tener fuerza vinculante, siempre teniendo en cuenta que el beneficio del menor es un auténtico límite por razón de orden público. El Tribunal se apoya en la STS 233/2012, de 20 de abril, que afirma que las pensiones compensatorias son derechos personalísimos de crédito, y son disponibles para los cónyuges, tanto en su configuración como en su eventual renuncia. Esto incluye pactos típicos y atípicos. En este supuesto, el Tribunal falló a favor de mantener la pensión compensatoria, nuevamente respetando la autonomía privada de las partes. En el convenio existía una cláusula que extinguiría dicha pensión si la esposa contraía nuevo matrimonio. El Tribunal Supremo entiende que, pese a que en este conflicto no entra en aplicación por no haberse vuelto a casar, esta previsión es perfectamente válida y no contraviene los límites de la autonomía de la voluntad.

Puede reseñarse, asimismo, el concepto de orden público societario, cuyo estudio sirve para destacar los aspectos más importantes del orden público en general.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, en la STS 4721/2022, de 20 de diciembre, se dice que, en la sentencia recurrida (la SAP Madrid 2390/2019), que versaba sobre un conflicto de socios tras la aprobación de algunos acuerdos

que suponían la exclusión de varios socios, se definía el orden público societario como un conjunto de principios fundamentales que se deben identificar en cada momento particular, ya que evolucionan junto con el progreso social. Estos principios son la base de las instituciones jurídicas de un modelo social específico y son tan importantes para dicho modelo que no pueden ser ignorados en la aplicación del Derecho. Se parte del art. 205 LSC (antiguo art. 116 LSA), cuyo apartado primero dispone que: “La acción de impugnación de los acuerdos sociales caducará en el plazo de un año, salvo que tenga por objeto acuerdos que por sus circunstancias, causa o contenido resultaren contrarios al orden público, en cuyo caso la acción no caducará ni prescribirá”.

Es importante tener en cuenta que estos principios deben ser interpretados de manera restrictiva, lo que significa que no es suficiente que se produzca la infracción de una norma imperativa para que se considere que un acuerdo es contrario al orden público y que no cumple con estos principios. Se necesita algo más, es decir, que el acuerdo sea inasumible desde el punto de vista de los principios más esenciales que rigen el ordenamiento jurídico español.

Es en este último punto donde hay discordia, puesto que los recurrentes alegaban que el hecho de hablar de “principios más esenciales que informan el ordenamiento jurídico español” restringe aún más el concepto de orden público que sienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Frente a esto, el Tribunal comienza diciendo que la definición del concepto de orden público es difícil de reducir a categorías cerradas debido a su polisemia, es decir, tiene distintos significados en diferentes ámbitos del Derecho, como el Derecho público, el Derecho privado o el ámbito internacional.

En el Derecho privado, el orden público se considera como límite al principio de autonomía de la voluntad, pero incluso dentro de este ámbito, no tiene un significado unívoco. En el orden público societario, por ejemplo, su significado no se limita a la protección exclusiva de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sino que también delimita un ámbito de protección contra los acuerdos sociales que vulneren normas imperativas que afecten a la esencia del sistema societario, a los principios configuradores de la sociedad, así como a las normas que afecten a los derechos básicos de los socios.

De lo que no cabe duda, afirma el Tribunal, es de que el orden público es un concepto jurídico indeterminado que, como se dice en las STS 120/2006, de 21 de febrero, STS 841/2007, de 19 de julio, STS 222/2010, de 19 de abril, y STS 120/2015, de 16 marzo, se

refiere a los principios y directivas que, en cada momento, informan las instituciones jurídicas y que, por su enorme importancia, no pueden derogarse por los particulares.

Al hilo de lo anteriormente mencionado, la STS 1125/2004, de 15 de noviembre, dispone que la *ratio* de la norma se vincula a la pertinencia que ofrece que haya certeza de las relaciones jurídicas, de manera que no se perturbe el tráfico jurídico. El objetivo es la seguridad jurídica y la estabilidad.

También hay que tener en cuenta, en lo que se refiere al orden público societario, que se busca la finalidad tuitiva de los derechos del socio minoritario y terceros. En este sentido, la STS 485/2000, de 16 de mayo, aclara que hay que proteger a dichos accionistas de convenios o negocios que les ataquen y que pretendan privarles de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

Es claro, como se viene diciendo, que la interpretación del orden público debe ser restrictiva. La caducidad de la impugnación de acuerdos societarios del actual art. 205.1 LSC (antiguo art. 116 de la Ley de Sociedades Anónimas) es la regla general, por lo que no podrían ampliarse demasiado las posibilidades de impugnación por razón del orden público, puesto que podría destruirse la aplicación de la caducidad (sentencias de 28 de noviembre de 2005 y 1229/2007, de 29 de noviembre), necesaria para preservar la seguridad jurídica. Por eso, como se afirmó posteriormente en la STS 167/2013, de 21 de marzo, “no se puede calificar de contrarios al orden público todos los acuerdos que resulten contrarios a una norma legal prohibitiva imperativa”.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 19 de julio de 2007, establece que un acuerdo social puede vulnerar el orden público tanto por su contenido como por su causa. La evolución del concepto, que se trata de mostrar en este apartado, queda ejemplificada en que a estos motivos se añade en la reforma introducida por la Ley 31/2014 que un acuerdo puede contradecir el orden público por “sus circunstancias”.

A modo de resumen, el concepto de orden público no es estático, sino dinámico. Prueba de ello es que hay elementos del concepto que siguen invariable desde los inicios, como, en el supuesto de orden público societario, el hecho de que el acuerdo en cuestión debe lesionar los derechos y libertades del socio (STC 43/1986, de 15 de abril). Sin embargo, luego se añadió, por ejemplo, que no se ciñe a los derechos que afecten a la esencia del sistema societario (STS de 26 de septiembre de 2006), y que el orden público se encuentra entre los principios configuradores de la sociedad (STS 1229/2007, de 29 de noviembre).

3.3 Prohibición en materia de condiciones

3.3.1 a) *Negocios inter vivos. Art. 1116 CC*

El art. 1116 CC reza lo siguiente: “Las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. La condición de no hacer una cosa imposible se tiene por no puesta”.

Parece conveniente realizar una breve distinción entre las condiciones imposibles, inmorales e ilícitas.

En primer lugar, las condiciones imposibles son aquellas que tratan de hechos que no pueden cumplirse, bien sea porque así lo impidan las leyes de la naturaleza⁶² (imposibilidad física, como una condición que imponga ir a la Luna) o las reglas jurídicas (imposibilidad jurídica, como si se exige comprar el Everest). También cabe diferenciar entre imposibilidad absoluta (cualquiera de los ejemplos anteriores) y relativa (una condición que estipule que hay que nadar durante veinte horas seguidas). En segundo lugar, las condiciones inmorales son aquellas contrarias a las buenas costumbres, en la línea del art. 1255 CC. Por último, las ilícitas son aquellas que prohíbe la ley.

La consecuencia de que se impongan estas condiciones es la nulidad de la obligación entera, algo común en los negocios *inter vivos* (en los *mortis causa*, como se dirá, la regla es la contraria), ya que se piensa que los que realizaron el negocio no querían un término medio, sino el éxito o fracaso, teniendo la opción de realizar un nuevo negocio en este último caso⁶³. La excepción a lo que se acaba de decir son las condiciones imposibles, en las que, de acuerdo con el art. 1116 CC, no se produce la nulidad del negocio, sino que simplemente se tienen por no puestas.

Es importante destacar que la sanción de nulidad sólo se aplica a las condiciones suspensivas, y no a las resolutorias, en las que las obligaciones que contuviesen condiciones imposibles serían válidas, aunque no se diga expresamente en el art. 1116 CC. Esto obedece a que si, por ejemplo, se dice que alguien recibirá cien mil euros al año hasta que el disponente baje al infierno, la obligación desplegará efectos con naturalidad, como si la condición no existiera,

⁶² O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 1080.

⁶³ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 1083.

dado que se sabe que no se puede cumplir. De hecho, el art. 1116 CC parece apuntar a esto, al establecer que “anularán las obligaciones que de ellas dependan”, lo que sólo sucede en las condiciones suspensivas, ya que en las resolutorias no depende el cumplimiento de la obligación, sino la resolución de la misma⁶⁴.

Se observa una interpretación restrictiva del art. 1116 CC, como se ha manifestado, entre otras, en la STS de 30 de mayo de 1991. En el litigio en cuestión se había impuesto una condición que exigía la construcción de una planta potabilizadora de agua de mar, a cargo exclusivo de la recurrente. El Tribunal Supremo argumenta que, aunque la condición sea difícil de cumplir, las partes deben atenerse a lo pactado, primando su propia voluntad, salvo que se trate de “exégesis desorbitadas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas sometidas al raciocinio del juzgador”. En consecuencia, no considera imposible esta condición, fallando que no lo son las que penden de la situación accidental del deudor, aunque cambie posteriormente por azar o por la intención de uno de los contratantes. Esto es jurisprudencia asentada, dado que ya se declaró en la STS de 8 de junio de 1906.

Sería contrario a la buena fe, a la propia esencia del contrato y a las normas sobre obligaciones condicionales, el hecho de otorgar una facultad de resolución *sine die*. No es condición imposible del art. 1116 CC, empero, una condición que supedita el pago del precio aplazado a la aprobación de un proyecto de equidistribución, como establece la STS 1297/2016, de 30 de marzo.

La casuística es enorme. Piénsese, por ejemplo, en un pacto que condicione el arrendamiento a que el arrendatario no contraiga matrimonio. Aquí habría un conflicto entre un derecho y el derecho a limitarlo por la propia voluntad, poniendo techo a la renunciabilidad y disponibilidad de los derechos, lo que entronca con el orden público y los art. 6.2⁶⁵ y 1255 CC⁶⁶. Por un lado, se encuentra el derecho del arrendador a arrendar sólo a solteros, si así lo considera oportuno. Por otro, el arrendatario tiene derecho a contraer matrimonio. Pero no hay que olvidar un último derecho, en línea de lo que se viene manteniendo a lo largo del

⁶⁴ OSSORIO SERRANO, J.M., “Obligaciones puras, condicionales y a término”, *Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 81-82.

⁶⁵ Art. 6.2 CC: “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros”.

⁶⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *La autonomía privada y derechos...cit.*, p. 94.

trabajo: el derecho de arrendador y arrendatario de disponer de su esfera jurídica y autovincularse⁶⁷.

Relacionado con las condiciones que pueden pactar las partes, es interesante destacar la STS 4091/2018, de 4 de diciembre. Por dar un breve contexto, los hechos consistían en que el demandante interesaba que se resolviera un contrato de permuta por obra futura, debido a un incumplimiento de plazo de entrega de la construcción (configurado como elemento esencial del contrato). Las estipulaciones del contrato contenían expresamente una condición resolutoria en caso de que la demandada no entregara un porcentaje de los elementos correspondientes a la totalidad de la edificabilidad antes de una fecha determinada. El Tribunal deja claro que el art. 1255 del CC “permite a las partes contratantes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al art. 1124⁶⁸ del CC tengan o no trascendencia resolutoria”. Esto ya se había apuntado en otras sentencias, como la STS 300/2009, de 19 de mayo, o la STS 695/2012, de 29 de noviembre. No es necesario, cuando juega el pacto de las partes, que el incumplimiento frustre el fin o que una parte sea deliberadamente rebelde al cumplimiento.

3.3.2 b) *Negocios mortis causa. Art. 792 CC*

El art. 792 CC se refiere a la institución del heredero, dentro del Derecho de sucesiones, y afirma que: “Las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa”.

Este artículo es controvertido por su carácter imperativo, lo que determina que, si se da uno de los supuestos que contempla, impedirá al testador cumplir su última voluntad, siendo una excepción al art. 791 CC⁶⁹. Además, no sigue el principio general del art. 1116 CC para las condiciones rechazadas, dado que este artículo (como ya se ha analizado) establece que dichas condiciones anularían la obligación. En el caso del art. 792 CC, sin embargo, se tendrán por

⁶⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.

⁶⁸ Art. 1124 CC: “La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”.

⁶⁹ Art. 791 CC: “Las condiciones impuestas a los herederos y legatarios, en lo que no esté prevenido en esta sección, se regirán por las reglas establecidas para las obligaciones condicionales”.

no puestas, sin anular la obligación. Todo lo dicho aplica tanto a las condiciones suspensivas como resolutorias.

Los dos artículos contienen referencias a las condiciones que contravengan el ordenamiento jurídico, aunque con una redacción ligeramente diferente. Lo mismo sucede con las condiciones contrarias a las buenas costumbres e imposibles. Sin embargo, Albaladejo apunta que, en el caso del art. 792 CC, se dice que las condiciones se tendrán por no puestas “aun cuando el testador disponga otra cosa”. El art. 1116 CC, por su parte, no contiene esta última referencia, lo que parece indicar lo siguiente:

En el supuesto de actos *inter vivos*, cabe previsión del disponente, en el sentido de que retira la condición si es considerada inadmisibles, siendo válida la obligación aun resultando inadmisibles la condición⁷⁰. En cambio, si el acto es *mortis causa*, no es necesario que el testador haya previsto el supuesto de que la condición no se admita, ya que directamente se tiene por no puesta, y el acto se considera puro. En términos jurídicos, el art. 1116 CC establece la nulidad del negocio jurídico entero, mientras que el art. 792 CC sólo provoca la nulidad parcial de la propia condición, sin que se arrastre a todo el testamento ni a la cláusula o disposición en la que se ha añadido la condición⁷¹.

Sobre este artículo 792 CC es destacable la STS 4092/2018, de 5 de diciembre. La demandante, en contra de su hermano y del contador partidor, había impugnado algunas disposiciones del testamento de su madre, que imponían la obligación recíproca de realizar actos de disposición entre hermanos. La demandante, así, se veía obligada a transmitir a su hermano la cuota indivisa de una finca, que debía ser abonada por el hermano con su propio dinero. En otra estipulación, además, se imponía al hermano que transmitiese, a su vez, una cuota indivisa de otra vivienda, teniendo que pagar la demandante la cuota con su propio dinero. El valor de las cuotas debía ser fijado por el contador partidor. Si esto no se cumplía, el testador disponía taxativamente que la demandante y/o el hermano (según quién no cumpliera la condición) verían reducido su derecho hereditario a la legítima estricta, sin recibir el resto. El Tribunal Supremo, ante esta situación, decide desestimar el recurso de casación, alegando que las condiciones estipuladas no eran de imposible cumplimiento, ni son contrarias a las leyes o a las buenas costumbres.

⁷⁰ ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil, Tomo X, Vol 2º: Artículos 774 a 805 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984.

⁷¹ O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado...cit.*, p. 742.

El testador, simplemente, expresó en el testamento su voluntad y la forma de asegurarse de que se cumplía, sancionando (en otro caso) la reducción del testamento a la legítima estricta.

4. LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO

En multitud de los contratos celebrados en la actualidad, una de las características fundamentales es que las partes no están en igualdad de condiciones. El consumidor, en ocasiones, no goza de ningún margen de negociación con el empresario, y debe adherirse al contrato. Otras veces se utilizan técnicas comerciales desleales. Este tipo de situaciones han desembocado en que algunos contratos han contenido cláusulas abusivas, despertando numerosos litigios y controversias, si bien ciertos consumidores han aprovechado la coyuntura para alegar indefensión o falta de conocimiento previo, sin tenerla realmente. Esto ha provocado la adopción de medidas y remedios legales que tratan de poner coto a los abusos.

Antes de comenzar con el desarrollo, es preciso hacer una reflexión: no todo vale. No es adecuado dar por hecho que todo el conjunto normativo que limita la autonomía privada en relación con el Derecho de consumo se debe a una finalidad altruista del legislador. En realidad, no puede descartarse que, como apunta Guilarte, lo que se pretenda sea proteger al consumidor para que siga consumiendo⁷².

En este apartado se estudian los problemas que acaban de mencionarse, partiendo de la regulación y complementándolo con la doctrina y jurisprudencia.

⁷² GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación: (crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 2001, p. 1107.

4.1 Los consumidores

La legislación vigente en lo que se refiere a consumidores es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, (en adelante, TRLGDCU). Esta norma reformó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que también derogó otras leyes, como la Ley sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, las normas contenidas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista que fueran relativas a la protección a consumidores y usuarios sobre contratos a distancia, la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley sobre viajes combinados y la Ley de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

A modo de aclaración, es importante apuntar que el TRLGDCU se aplica a consumidores y usuarios, mientras que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, se aplica a todo contrato que contenga estas condiciones, de las que se hablará en el siguiente apartado.

El art. 3 TRLGDCU define a los consumidores o usuarios como “las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”. Se diferencia consumidor y usuario en función de quién los utiliza realmente. Esta definición no es única, puesto que el propio TRLGDCU, en su Libro III, relativo a productos y servicios defectuosos, extiende su protección a quien haya sufrido un perjuicio. Asimismo, en el Libro IV de normas que se refieren al contrato de viaje combinado, se protege al que interviene directa o indirectamente en la relación de consumo como “viajero”.

También se incluye a las personas jurídicas cuando actúen sin ánimo de lucro, en contra del criterio general de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Acerca de esto, la STS 16/2017, de 16 de enero, aclara que el requisito negativo del ánimo de lucro sólo afecta a las personas jurídicas. En consecuencia, las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras, aun teniendo ánimo de lucro, siempre que actúen al margen de una actividad empresarial o comercial. El límite para el Tribunal Supremo se alcanza cuando la persona física realiza operaciones con ánimo de lucro con mucha frecuencia, puesto que empezarían a darse las características de empresario del art. 1 del Código de Comercio, especialmente si se realizan en un período corto de tiempo.

En el sentido indicado, aunque con más flexibilidad respecto a la nota de habitualidad, se manifestó el TJUE en su Sentencia de 10 de diciembre (Asunto C-774/19), fallando que una persona física que vive en un Estado miembro y que ha firmado un contrato con una empresa de otro Estado miembro para jugar al póker en línea, pero no ha declarado oficialmente esta actividad y no la ofrece a terceros como un servicio de pago, seguirá siendo considerada un consumidor legalmente, incluso si dedica muchas horas al día a jugar, tiene un amplio conocimiento del juego y gana grandes cantidades de dinero.

El concepto de consumidor ha despertado controversias, dado que, en ocasiones, la finalidad con la que se adquiere un producto no es única, buscándose un retorno personal y comercial⁷³. Al respecto, el TJUE se pronunció en el Asunto C-464/01 (*Gruber*), en Sentencia de 20 de enero de 2005. Se trataba de un contrato en el que un agricultor compró unas tejas para arreglar el tejado de su granja, que se usaba tanto para fines comerciales como empresariales. El TJUE consideró que es clave que el órgano jurisdiccional averigüe si el uso profesional que se ha mencionado es muy relevante o si, por el contrario, es marginal. Algo parecido había dispuesto la STJUE de 3 de julio de 1997, en el Asunto C-269/95 (*Benincasa*), en el sentido de que no hay que atender a la calificación jurídica que estipule el contrato, sino al tipo de uso real que se dará a los bienes o servicios.

La jurisprudencia dio como resultado que, en la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, se introdujera el Considerando 17, que recoge precisamente el criterio ya apuntado, al decir que: “La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor”.

En España, la STS 224/2017, de 5 de abril de 2017, ha aceptado esto, al decir que, en caso de que haya indicios de que un contrato persigue una doble finalidad y no quede claro si se ha llevado a cabo con un propósito personal o profesional, se puede utilizar el criterio del objeto predominante para determinar si una persona puede ser considerada consumidor

⁷³ VILLANUEVA LUPIÓN, C., “Contratación con consumidores”, *Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 189.

según la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU. Este criterio examina la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato y se basa en la apreciación de la prueba practicada, en lugar de utilizar un criterio puramente cuantitativo. Si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor, incluso si no está claro si el contrato se ha llevado a cabo con un propósito personal o profesional. Se aprecia, de esta manera, una *vis atractiva* del concepto jurídico de consumidor, lo que facilita el acceso de más personas a la protección que las normas mencionadas ofrecen⁷⁴.

La STS 548/2018, de 5 de octubre, lo resume de forma clara, afirmando que la definición de consumidor se basa en la posición que ocupa una persona en un contrato específico y en la naturaleza y finalidad del mismo, en lugar de en la situación subjetiva de la persona. De hecho, la misma persona puede ser considerada consumidor en algunas transacciones y proveedor de servicios en otras. La protección específica otorgada a los consumidores como parte considerada económicamente más débil solo se aplica a contratos celebrados para satisfacer necesidades privadas de consumo, sin ninguna actividad o finalidad profesional asociada. En los contratos cuyo objeto consiste únicamente en una actividad profesional, dicha protección no está justificada.

El criterio general que ha utilizado el TJUE es el de consumidor medio, al que define como “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” en muchas sentencias, entre la que está la STJUE de 2 de mayo de 2019, Asunto C-614/17, que puntualizó que debe entenderse referido a los consumidores europeos, incluyendo a aquellos consumidores del Estado miembro en el que se fabrica el producto, y en el que dicho producto se consume de forma mayoritaria.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, el art. 3 TRLGDCU contiene el concepto de persona consumidora vulnerable para casos puntuales. El concepto fue introducido con el Real Decreto-Ley 1/2021, de 19 de enero, y ha sido retocado con la Ley 4/2022, de 25 de febrero, siendo la regulación vigente (a fecha de realización de este trabajo) la siguiente: “A los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus

⁷⁴ TOMILLO URBINA, J., y GOZALO LÓPEZ, V., “Aportaciones al libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, *Estudios de Derecho español y europeo*, Coordinadores Margarita Serna Vallejo y Consuelo Arranz, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, p. 977.

características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”.

El concepto se utilizó, por ejemplo, en la STJCE de 16 de mayo de 1969, Asunto C-382/87 (*Buet*), en relación con la venta a domicilio de material pedagógico, cuando el usuario sufre un retraso en su formación y trata de paliarlo, lo que les hace especialmente vulnerables ante la persuasión de los vendedores.

4.2 Las cláusulas abusivas y su marco regulatorio

4.2.1 Concepto y naturaleza

A nivel legal, las cláusulas abusivas se definen en el art. 82 TRLGDCU, de la siguiente manera: “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Esto deriva del art. 3 de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo segundo apartado establece una presunción de no negociación, al disponer que “Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”, y que “El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba”.

Sobre dicha presunción de no negociación, la STS 244/2013, de 18 de abril, dejó claro que no es suficiente un epígrafe llamado “condiciones particulares” en el contrato en cuestión, como se había intentado para dejar entrever que sí que había negociación. Este tipo de menciones está vacío de contenido real, teniendo que atender a los hechos. De esta forma, la STS 222/2015, de 29 de abril, establece que, si se quiere probar que la cláusula fue negociada, el empresario tiene que explicar las razones por las que hubo negociación individual con ese consumidor en concreto, algo que se aleja totalmente de la práctica de

mercado en ese tipo de sectores. Asimismo, soporta la carga de probar que dicha negociación existió.

Entonces, lo relevante en cuanto a los elementos esenciales es que el consumidor sea consciente del contenido exacto de lo que le ofrece el predisponente, de manera que pueda comparar esa oferta con las de otros empresarios⁷⁵.

Analizando más jurisprudencia, la STS 241/2013, de 9 de mayo, considera que no es necesario que el consumidor no haya podido elegir a otra empresa para contratar, ni que oponga resistencia. Esto da luz sobre la imagen que se tiene del consumidor, buscando la sobreprotección, cuando quizás no siempre desconocía todos los riesgos inherentes a los contratos que firmaba.

La contratación en masa (en la que se entrará más a fondo en el siguiente apartado) ha conllevado, en ocasiones, la adopción de cláusulas abusivas generalizadas. Como sostiene Alfaro⁷⁶, “la presencia de una misma cláusula abusiva en -a veces- centenares de miles de contratos ha puesto de manifiesto que, si el legislador se limita a no actuar, la justicia del contenido contractual, que es un efecto propio de la libertad en la contratación individual, está, a menudo, ausente en la contratación estandarizada o en masa”. Así, las condiciones generales de la contratación, como cláusulas no negociadas, suponen una alternativa al sistema ya estudiado de la autonomía de la voluntad⁷⁷.

Como se ve, es fundamental determinar si la cláusula es negociada o no, puesto que, de serlo, se acude a la institución de la autonomía privada, como es habitual. Así lo expresa la STS 16/2021, de 19 de enero, que desestima un recurso de casación por considerar que en la cláusula objeto del litigio hubo negociación, y reitera que “Los controles de incorporación, transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las condiciones generales de la contratación. En concreto, los controles de transparencia y abusividad del contenido son aplicables a las cláusulas no negociadas en los contratos celebrados con consumidores. Por

⁷⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas no negociadas individualmente”, *Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en <https://almacendederecho.org/clausulas-no-negociadas-individualmente>

⁷⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinadores Luis Díez Picazo y Aurelio Menéndez, Civitas, 2002, p. 75.

⁷⁷ TOMILLO URBINA, J., *Cuestiones sobre consumidores y cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, Dykinson, 2021, p. 45.

tanto, si una cláusula ha sido negociada, no son aplicables estos controles”. La condición de consumidor de uno de los contratantes no excluye la aplicación de esta regla.

Es importante destacar que cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación son conceptos próximos, pero no iguales: no toda condición general es una cláusula abusiva, ni toda cláusula abusiva proviene de una condición general de la contratación⁷⁸.

También hay que mencionar el art. 59.2 TRLGDCU, cuyo segundo párrafo dispone que se aplican preferentemente las disposiciones sectoriales en los aspectos que las normas de Derecho de la Unión Europea contemplen expresamente. Por tanto, si hay armonización total, el Derecho español no puede contravenir el Derecho de la Unión Europea. Sin embargo, cabe que se eleve el nivel de protección del TRLGDCU, siempre que no se vulneren las disposiciones de la Unión Europea. Esto, sucede, por ejemplo, en la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario, cuyo art. 1 incluye en el ámbito de aplicación, además de al prestatario (ya sea consumidor o empresario), al fiador o garante del préstamo cuando sea persona física.

Por último, el art. 59.3 TRLGDCU establece que, en aquellos supuestos en los que los contratos con consumidores y usuarios incorporen condiciones generales de la contratación, se someterán también a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que se abordará posteriormente. Un resumen sería que la Ley protege a todos frente a las condiciones generales, y sólo al consumidor o usuario frente a las condiciones generales que también sean abusivas⁷⁹.

4.2.2 *Transparencia y lista de cláusulas abusivas*

En el art. 82.4 TRLGDCU se recogen algunas cláusulas que, cuando involucren a un consumidor como contratante, serán consideradas abusivas, y que se desarrollan en los artículos 85 a 90 del TRLGDCU. El espectro es variado:

- Cláusulas que son abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario (art. 85 TRLGDCU), como si se le da al empresario la facultad de modificar

⁷⁸ CUARTERO RUBIO, M.V., “Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinador Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 2000, p. 94.

⁷⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *cit.*, p. 1108.

unilateralmente el contrato. Hay que tener en cuenta, empero, que no siempre será considerado abusivo el hecho de que el empresario se reserve esta facultad de modificación unilateral, ante riesgos imprevisibles que dificulten o imposibiliten el cumplimiento del contrato⁸⁰.

- Cláusulas que limitan los derechos básicos del consumidor y usuario (art. 86). Un ejemplo es aquella cláusula que obligue a renunciaciones previas de estos derechos, como obligar a renunciar al derecho de desistimiento.
- Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad (art. 87). Por ejemplo, si se impusiese una duración excesiva del contrato para el consumidor, o que se prohíba la resolución del contrato⁸¹.
- Cláusulas abusivas sobre garantías en relación con el riesgo asumido (art. 88), como si se obliga a desplazar la carga de la prueba en aspectos en los que recae sobre el empresario.
- Cláusulas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art. 89). Un ejemplo sería imponer al consumidor el pago de gastos que corresponden al empresario, como los gastos de establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda.
- Cláusulas abusivas sobre competencia y Derecho aplicable (art. 90).

El control de abusividad se lleva a cabo después del control de incorporación, del que se hablará más adelante. Aquí se trata de tener en cuenta el control de contenido de la cláusula.

Como se ha dicho, el art. 82 TRLGDCU dice que una cláusula es abusiva cuando es contraria a la buena fe y cuando cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

Es muy relevante mencionar que el filtro de control de incorporación de los artículos 5 y 7 LCGC no es único, puesto que, como se recuerda en la muy reciente STS 1248/2023, de 29 de marzo, cuando se trata de contratos celebrados con consumidores y se trate de elementos esenciales del contrato, debe aplicarse adicionalmente un control de transparencia, para ver si la cláusula predispuesta es o no válida. El objetivo de este control de transparencia es permitir que el adherente comprenda fácilmente tanto el coste real que implica el contrato

⁸⁰ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Artículos 80 a 91: condiciones generales y cláusulas abusivas”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Coordinador Sergio Cámara Lapuente, COLEX, Madrid, 2011, pp. 801-802.

⁸¹ VILLANUEVA LUPIÓN, C., *cit.*, p. 199.

que ha celebrado, es decir, el sacrificio financiero que ha realizado a cambio del beneficio económico que espera recibir, como la posición jurídica que ocupa en relación con el contrato celebrado, incluyendo tanto los elementos esenciales que lo conforman como la asignación de los riesgos asociados al mismo. El propósito de esto es evitar que la carga que el consumidor percibió al momento de firmar el contrato se vea agravada por la inclusión de una cláusula general que, si bien consigue superar los requisitos de incorporación, tiene implicaciones legales o financieras que no fueron adecuadamente informadas al consumidor en términos claros y precisos.

Lo que se acaba de mencionar deriva de que no puede haber control de abusividad en aquellos elementos del contrato que sean esenciales, como el precio, y siempre que las cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, de acuerdo con el art. 4.2 Directiva 13/93/CE. Esto puede deberse, entre otros factores, al fundamento de control de las condiciones generales, así como al principio de libertad de empresa, que impediría a los jueces controlar este tipo de cuestiones, que son fijadas por el mercado.

Parece pertinente distinguir los conceptos de abusividad y transparencia. El Tribunal Supremo, en su STS 267/2016, de 3 de junio, observa que la abusividad “responde al plano de la calificación de la cláusula y su correspondiente sanción como cláusula abusiva, ya derive esta del propio enjuiciamiento de la falta de transparencia (tesis del control de transparencia), o ya resulte necesario, además, la prueba del desequilibrio patrimonial que produce dicha falta de transparencia (tesis del control de incorporación)”.

Por su parte, el concepto de transparencia, también sea cual sea la configuración del control correspondiente, “responde necesariamente al objeto de dicho control y no a su calificación, es decir, al enjuiciamiento de la comprensibilidad real del clausulado predispuesto, extremo que debe realizarse cualquiera que sea la configuración del control. Por lo que la abusividad es siempre la calificación de la cláusula predispuesta, y la transparencia el instrumento o parámetro que permite llegar a dicha calificación”. Ahora se incluye al final del art. 83 TRLGDCU, de la siguiente manera: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

Entre muchas otras, la reciente STS 63/2021, de 9 de febrero, estableció que “La consecuencia derivada de la falta de transparencia de la cláusula de renuncia al ejercicio de acciones, al no haber podido conocer el consumidor sus consecuencias jurídicas y económicas, consecuencias que no se advierten beneficiosas para el consumidor, es su

consideración como abusiva, lo que lleva, por tanto, a que declaremos su nulidad de pleno derecho (arts. 83 TRLGDCU, 8.2 LCGC y 6.1 de la Directiva 93/13)”. Esto derivó de la STJUE de 9 de julio de 2020, Asunto C-452/18 (*Iberaja*), que ya había dicho lo siguiente: “La cláusula estipulada en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor para la solución de una controversia existente, mediante la que el consumidor renuncia a hacer valer ante el juez nacional las pretensiones que hubiera podido hacer valer en ausencia de esta cláusula, puede ser calificada como abusiva cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula”.

4.2.3. *Litigios en la actualidad. Falta de transparencia y automática nulidad*

Los litigios al respecto de las cláusulas abusivas, especialmente en contratos bancarios, han sido enormes. El Tribunal Supremo se ha ido adaptando a lo que se marcaba desde el TJUE.

Se analizarán, a continuación, algunos conflictos de actualidad, sin entrar en otros que ya han sido pacificados, como lo relacionado con el Asunto C-415/11 (*Aziz*), al que dio lugar la STJUE de 14 de marzo de 2013.

Fue muy polémica la interpretación nacional de la STJUE de 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18 (*Bankia*), que determinó que, si una cláusula contractual se declara abusiva, y fija un índice de referencia para calcular intereses variables de un préstamo, el juez nacional puede sustituirlo por un índice legal que sea aplicable de manera subsidiaria al pacto de las partes, siempre, eso sí, que se haya anulado el contrato de manera total y que el contrato no pudiese seguir existiendo tras la declaración de nulidad de la cláusula abusiva.

Sobre esto, Guilarte⁸² recoge la disparidad de los criterios utilizados por las Audiencias, que van “desde la confirmación plena de su validez (0), a la declaración de su falta de transparencia considerando, sin embargo, la validez de la cláusula por no estimarla abusiva (1); a su nulidad por falta de transparencia/abusividad con el resultado de tener que integrarse con el índice IRPH Entidades (2); a su nulidad por falta de transparencia/abusividad con el resultado de integrarse con el Euribor (3) y finalmente a su nulidad por falta de

⁸² GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2010>

transparencia/abusividad con el resultado de no ser posible integración alguna y, por lo tanto, suprimirse el cobro de intereses remuneratorios (4)”.

Fue clave el pronunciamiento del TJUE en la citada Sentencia de 3 de marzo de 2020, que, sobre la transparencia del IRPH, entendió en su punto 53 que “los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25%”.

Por concluir con este tema, es clave señalar que para el control de transparencia material y el control de abusividad hay que seguir diferentes criterios. Una información precontractual deficiente que determine que no hay transparencia no es igualmente útil para determinar la falta de abusividad⁸³.

Otro tema polémico, y muy relacionado con lo que se ha mencionado, es si existe identidad entre falta de transparencia y automática nulidad, en aquellos casos en que afecte a un elemento esencial del contrato, o si, por el contrario, la falta de transparencia abre paso al control de abusividad, como deriva de la STS 596/2020, de 12 de noviembre. En otras palabras, un tipo de interés muy bajo (pongamos, por ejemplo, del 0,1%), que no sea transparente, ¿es nulo *per se* o debe abrirse el control de abusividad? Este asunto trae causa de la ya citada STJUE de 3 de marzo de 2020.

Al respecto, Pantaleón comenzó pronunciándose en el sentido de que, si en el contrato objeto de examen no hay ninguna cláusula que sea abusiva según los requisitos del art. 3.1 Directiva 93/13, sería irrelevante que la transacción haya sido o no transparente materialmente, al menos en lo que respecta a la aplicación de dicha Directiva⁸⁴ (dejando al

⁸³ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii>

⁸⁴ PANTALEÓN, F., “8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>

margen la aplicación de la normativa general del Derecho español sobre los defectos de información precontractual). La opinión de Pantaleón es tajante, en cuanto afirma que: “si la transacción (u otro tipo de contrato) no contiene cláusula alguna que, contra las exigencias de la buena fe, cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, la falta de transparencia de las cláusulas de la transacción (o del contrato de otro tipo) carece tan completamente de relevancia, como el que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente con el consumidor, sino predispuestas/impuestas por el empresario o profesional; o como que, en lugar de ser el adherente un consumidor, fuese un empresario o profesional”.

Pantaleón defiende que la transparencia material que aparece en el art. 4.2 Directiva 93/13 no pretende establecer un control del consentimiento, sino que se abra el control de abusividad de algunas cláusulas no negociadas individualmente que definen el objeto principal del contrato, siguiendo los parámetros del art. 3.1 Directiva 93/13. Así, el control de transparencia material sería una suerte de control de abusividad, aunque especial por razón de su objeto. El control de contenido de las cláusulas sobre elementos esenciales del contrato debe ser excepcional, ya que es el propio mercado el que evita que las condiciones abusivas prosperen. La transparencia material no puede excluir la abusividad, y sería un grave error permitir a los tribunales españoles que declaren abusiva una cláusula no negociada individualmente sobre el objeto principal de un contrato entre un empresario y un consumidor, sin necesidad de constatar la transparencia material de la cláusula en cuestión.

Pertúñez, sin embargo, considera que la cláusula IRPH no cumple las exigencias de la transparencia material, y que la consecuencia sería que la cláusula sería abusiva y, por ende, nula. El resultado de la declaración de nulidad sería la sustitución del índice IRPH “por el euríbor manteniéndose el mismo diferencial o bien la aplicación sustitutiva del tipo medio de mercado, referenciado al euríbor, existente en el momento de la realización del contrato”⁸⁵. El autor critica la citada STJUE de 3 de marzo de 2020, en cuanto podría integrarse el vacío existente tras la nulidad por abusiva de la cláusula IRPH Cajas con el índice IRPH Entidades. Esto no se ha reconocido por la jurisprudencia del TJUE: antes bien, la Sentencia de 3 de octubre de 2019, *Dzjubak*, y Sentencia de 9 de julio de 2020, *Banca Transilvania*, ya habían acogido la tesis contraria.

⁸⁵ PERTÚÑEZ VÍLCHEZ, F., “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Diario La Ley*, 2020. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/04/el-devenir-de-la-clausula-irph-tras-la-stjue-3-marzo-2020-transparencia-caracter-abusivo-e-integracion>

Sobre esto, Pantaleón recuerda que la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo concuerdan en que, para que una cláusula que afecte al objeto principal del contrato sea declarada nula por abusiva, tienen que darse dos requisitos al mismo tiempo⁸⁶: que la cláusula no supere el juicio de transparencia material; y que sea abusiva según lo dispuesto en el art. 3.1 Directiva 93/13 y art. 82.1 TRLGDCU. Así, no puede decirse que la falta de transparencia material de una cláusula implique necesariamente que sea abusiva. El autor rebate la referencia que realiza Pertíñez al art. 83.2 TRLGDCU⁸⁷, cuya interpretación literal conduciría a consecuencias aberrantes⁸⁸, y que sólo es aplicable a los contratos que se hayan celebrado con posterioridad al 16 de junio de 2019.

La STS 596/2020, de 12 de noviembre, versaba sobre un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 75000 euros y un plazo de veinticinco años. Los demandantes solicitaron la nulidad de algunas cláusulas, exigiendo que el contrato subsistiera sin tipo de referencia aplicable y que la demandada restituyese lo cobrado durante la vigencia del contrato.

El Tribunal Supremo, en su STS 669/2017, de 14 de diciembre, ya había constatado que el IRPH podía ser objeto de control de transparencia, lo que se reiteró en la STJUE de 3 de marzo de 2020, de la siguiente manera: “La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo

⁸⁶ PANTALEÓN, F., “Implicaciones económicas de la cláusula IRPH”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/implicaciones-economicas-de-la-clausula-irph>

⁸⁷ Art. 83 TRLGDCU: “2. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

⁸⁸ PANTALEÓN, F., “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacendederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-y-ii>

del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés”. Ya se ha hecho referencia, al inicio de este epígrafe, a que en la STJUE de 3 de marzo de 2020 se consideraba que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros eran fácilmente asequibles a los que quisieran contratar un préstamo hipotecario. Hay que tener en cuenta que, como señala el Tribunal Supremo, lo que se juzga es la cláusula, no el índice, puesto que ninguno (ni siquiera el euríbor) superaría el juicio de comprensibilidad.

La STS de 12 de noviembre de 2020 declara expresamente que el hecho de que una cláusula no sea transparente no quiere decir que sea abusiva de manera automática. De esta manera, continúa el Tribunal, cuando el elemento es esencial (precio y prestación), el control de transparencia es presupuesto o antecedente del control de abusividad. El TJUE se inclinó a adoptar esta postura en sus Sentencias de 14 de marzo de 2019, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, *GT*, entre otras. La declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.

El único punto en el que el Tribunal Supremo ha equiparado falta de transparencia a abusividad ha sido en supuestos específicos, como el de las cláusulas suelo, como puede verse en las STS 241/2013, de 9 de mayo, STS 334/2017, de 25 de mayo, o STS 367/2017, 8 de junio. La justificación estriba en que esas cláusulas podrían conducir al engaño, al aparentar un interés variable, cuando en realidad era fijo y sólo variable al alza.

La STS de 12 de noviembre de 2020, finalmente, estimó el recurso de casación, en cuanto la sentencia recurrida declaraba la nulidad de la cláusula por falta de transparencia, sin entrar a valorar si concurría el desequilibrio importante y buena fe, algo necesario para determinar si la cláusula era o no abusiva.

4.2.4. *Tarjetas revolving*

Pese a todo lo anterior, el conflicto más problemático a fecha de realización del trabajo y relacionado con el consentimiento de los consumidores, es el de las tarjetas *revolving*, que consisten en un crédito recurrente, pero con límite máximo constante a lo largo de la vida del contrato. La especialidad consiste en que se permite al consumidor que disponga del máximo del crédito, teniendo que devolverlo a plazos. Por tanto, el consumidor puede disponer en cualquier momento de la diferencia entre la cantidad adeudada y el límite de crédito aprobado⁸⁹.

Pues bien, el litigio comenzó a hacerse notorio con la STS 628/2015, de 25 de noviembre, que consideró por primera vez que el interés de un contrato *revolving* era usurario⁹⁰, por determinar que era superior al doble del interés medio de los “créditos al consumo” en esa fecha. Para esto, se basó en el artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 (conocida como “Ley Azcárate”), sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuyos requisitos para declarar nulo un contrato de préstamos son que el interés sea notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso. Esto es un límite a la autonomía privada del art. 1255 CC.

Años después se dictó la STS 149/2020, de 4 de marzo, en un caso en el que el demandante había celebrado uno de estos contratos, con una TAE del 26,82%, y había solicitado la nulidad del contrato por tipo de interés usurario, lo que se concedió en primera y segunda instancia.

El Tribunal Supremo entiende que sí que hay un tipo de interés usurario y que se cumplían los dos requisitos del art. 1 de la Ley Azcárate ya citados. Para determinar cuál es el tipo de interés normal del dinero, el Tribunal acude a las estadísticas del Banco de España, para posteriormente tomar como referencia el tipo medio de las tarjetas de crédito y *revolving*⁹¹. Esto contrasta con la STS 628/2015, en la que, como se dijo, se consideraban las operaciones de crédito al consumo en su conjunto, puesto que se trataba de un contrato de 2001, fecha

⁸⁹ ARTIGOT GOLOBARDES, M., “Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>

⁹⁰ MONSALVE DEL CASTILLO, R., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2020, de 4 de marzo”, *Biblioteca Jurídica BOE*, 2020. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-2

⁹¹ ARTIGOT GOLOBARDES, M., *cit.*

en la que no había estadísticas disponibles sobre tipos de interés de tarjetas *revolving* ni productos equivalentes.

La argumentación del Tribunal Supremo en la STS 149/2020 sobre el tipo de interés usurario no es muy profusa, aunque se indican algunos factores a tener en cuenta, como el tipo de público al que se dirige el producto, o que “cuanto más elevado sea el índice a tomar como referencia en calidad de interés normal del dinero menos margen hay para incrementar el precio de la operación de crédito sin incurrir en usura.” Esta sentencia, aunque supuso un gran avance en el tratamiento de las tarjetas *revolving*, también arrojó dudas, como el hecho de que las estadísticas del Banco de España no tienen valor normativo, y no se adaptan exactamente a las características de estos contratos, por lo que no se tienen muy en cuenta los elementos subjetivos del caso⁹². Además, los índices TEDR y TAE no son homogéneos. Quedó pendiente, asimismo, aclarar si los tribunales nacionales pueden realizar un control judicial de precios, sin considerar elementos subjetivos, y si esto atentaría contra el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

Es muy relevante distinguir la usura de la transparencia y la abusividad⁹³: la usura es un análisis de carácter económico, que puede afectar tanto a consumidores como a aquellos que no lo son, y cuya consecuencia es la declaración de nulidad que se extiende a la integridad del contrato. En cuanto a la transparencia y abusividad, sólo protegen a consumidores y pretenden analizar si el consumidor comprendió los términos de la cláusula. En este caso, las consecuencias de la nulidad son, en casos de cláusulas no esenciales, que podría tenerse por no puesta la cláusula en cuestión y no declarar nulo el contrato entero.

Lo dispuesto en la STS 149/2020 acerca de utilizar como término de referencia la estadística específica del *revolving* se reiteró en la STS 367/2022, de 4 de mayo. En ese caso, no se consideró un tipo de interés usurario, por estar cercano al tipo medio de las operaciones más parecidas. Algo parecido sucedió en la STS 643/2022, de 4 de octubre, que añadió que, de haber categorías específicas dentro de otras más amplias, deben utilizarse las más específicas, puesto que las características compartidas son rasgos determinantes del interés remuneratorio.

⁹² MONSALVE DEL CASTILLO, R., *cit.*

⁹³ MONSALVE DEL CASTILLO, R., *cit.*

El último episodio (a fecha de realización de este estudio) del conflicto de las tarjetas *revolving* ha sido la reciente STS 258/2023, de 15 de febrero, en la que el demandante había suscrito uno de estos contratos, con un interés remuneratorio del 23,9% TAE. El contrato objeto del litigio era de 2004, fecha en la que no había estadísticas disponibles del Banco de España (al igual que sucedía en los hechos de la STS 628/2015). Esta nueva sentencia matiza que el índice que analiza el Banco de España en sus informes no es la TAE, sino el tipo efectivo de definición restringida (TEDR), que equivale a la TAE sin comisiones.

En cuanto a los contratos anteriores a la existencia de estas estadísticas, el Tribunal Supremo dice que no cabe acudir al índice correspondiente a los créditos al consumo, sino que “es más adecuado tomar en consideración otros productos más similares a los créditos *revolving*”.

Una vez obtenida la TAE, hay que ver el margen que se acepta por encima del tipo de referencia. En otras palabras, hay que fijar el límite de puntos porcentuales que puede superar la TAE del contrato para que no se considere un tipo de interés notablemente superior al normal del dinero. La novedad de esta STS 258/2023 es que fija esta diferencia en 6 puntos porcentuales, como umbral a partir del cual este tipo de contratos de tarjetas *revolving* serán considerados usurarios.

4.3 Condiciones generales de contratación y sus requisitos

4.3.1 Concepto

Las condiciones generales sirven como instrumento de racionalización para las empresas, frente a los inconvenientes que acarrear los contratos en masa. A través de la estandarización, las empresas aumentan la eficiencia en sus transacciones, puesto que se reducen los costes de celebración de los contratos, se favorece la división de tareas, se promueve la coordinación y se hace posible el cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios que comercializa la compañía⁹⁴.

La contrapartida es la posición vulnerable del consumidor. Cuando contratamos un servicio de teléfono, Internet, luz, ciertos productos bancarios, etc., no tenemos margen de negociar nada. La propia contratación en masa, como dice la citada STS 222/2015, de 29 de abril,

⁹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...cit.*, pp. 26-28.

dejaría de tener sentido si cada contratante tuviese la capacidad de negociar las condiciones que se van a estipular. Esto exige que se pongan límites a la voluntad unilateral de la posición fuerte, de manera que se trata de evitar abusos.

La autonomía privada, en estos supuestos, solo aparece en una de sus vertientes; la libertad de contratar, en el sentido de que la parte puede elegir si celebrar o no el contrato, pero, una vez que se decide su celebración, no tiene ninguna capacidad de negociación⁹⁵.

En los contratos de adhesión, que aparecen como consecuencia del cambio de paradigma en las relaciones sociales, la gestación del *iter contractus* varía⁹⁶, limitándose en gran medida el principio de autonomía privada. Esta limitación no viene impuesta por el legislador, sino por el enorme poder de las multinacionales y por las necesidades que surgen de los consumidores, que tratan de satisfacer mediante la adopción de contratos.

Albaladejo define el contrato de adhesión como el “contrato cuyas cláusulas han sido preestablecidas por una de las partes, que no admite que la otra modifique o haga contraofertas, sino solo que las acepte pura y simplemente, o que no contrate”⁹⁷.

En cuanto a las condiciones generales de los contratos, fueron definidas por Federico de Castro de la siguiente manera: son el “conjunto de reglas que un particular ha establecido para fijar el contenido de los contratos que sobre un determinado tipo de prestaciones se propone celebrar”⁹⁸.

Cabe la breve mención de la polémica entre Garrigues y De Castro, en lo referido a la naturaleza de las condiciones generales. Mientras que De Castro sostenía su naturaleza comercial, Garrigues afirmaba que tenían valor normativo⁹⁹. Hoy en día la práctica totalidad de la doctrina apoya la tesis de De Castro.

⁹⁵ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, p. 221.

⁹⁶ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil...cit.*, p. 220.

⁹⁷ ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, vol. II...cit.*, p. 433.

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1961, p. 295.

⁹⁹ GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos: lecciones de Derecho Civil II*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1995, p. 209.

Posteriormente, Alfaro¹⁰⁰ identificó tres notas comunes al concepto:

- Realmente se trata de cláusulas contractuales, y no de condiciones de la contratación. No son condiciones en el sentido técnico-jurídico (hechos futuros y objetivamente inciertos de los que depende la eficacia del negocio jurídico).
- Son cláusulas predispuestas, que se han redactado con anterioridad a la perfección del contrato.
- Son cláusulas impuestas, en las que no hay negociación, y en las que una parte no puede eliminar o modificar cláusulas.

La doctrina ha añadido que son cláusulas incluidas en una generalidad de contratos¹⁰¹.

Las condiciones generales de contratación se regulan en la Ley 7/1998, de 13 de abril (en adelante, “LCGC”). Tanto esta Ley como el TRLGDCU fueron reformados a consecuencia de la jurisprudencia del TJUE, que entendía que España no estaba siguiendo lo dispuesto en los artículos 5¹⁰² y 6.2¹⁰³ de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Cabe recordar que, cuando se trate de consumidores o usuarios que celebren contratos con condiciones generales de contratación, se aplicará tanto el TRLGDCU como la Ley 7/1998, *ex. art.* 59.3 TRLGDCU.

El art. 1.1 de la Ley realiza la siguiente definición: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Puede verse como se incluyen las notas aportadas por la doctrina antes mencionadas, a saber: cláusulas contractuales predispuestas, que una parte impone, afectando a una generalidad de contratos y sin que

¹⁰⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...cit.*, pp. 116-126.

¹⁰¹ O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho civil...cit.*, p. 223.

¹⁰² Art. 5 Directiva 93/13/CEE: “En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva”.

¹⁰³ Art. 6 Directiva 93/13/CEE: “2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad”.

importe quién es su autor (puede ser la propia empresa o un despacho de abogados, por ejemplo) ni su extensión. Además, el hecho de hablar de “cualesquiera otras circunstancias” muestra que es un *numerus apertus*.

A continuación, la Ley matiza que, sólo porque algunos elementos de una cláusula hayan sido negociados individualmente, no debe excluirse la aplicación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación, si se considera que es un contrato de adhesión.

El art. 2 pone nombre a las partes: la que impone las cláusulas predispuestas es un profesional, denominado predisponente, y la otra parte puede ser tanto una persona física como jurídica, y se llama adherente. Este último, como aclara expresamente el art. 2.3 de la Ley, puede ser un profesional.

4.3.2 *Requisitos*

Los requisitos de incorporación de las condiciones generales están en los art. 5 y 7 LCGC, y son necesarios para que la cláusula predispuesta se incorpore al contrato. El art. 5 LCGC empieza afirmando que: “Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

Respecto a esto, Alfaro¹⁰⁴ señala que la adhesión a las condiciones generales implica tres cosas:

- Por un lado, el consumidor se da por enterado de que a ese contrato se le aplican condiciones generales de contratación.
- Por otro lado, el consumidor muestra que es consciente de cuáles son esas condiciones, y puede disponer de un ejemplar que las contenga, como ordena el art. 5 LCGC de la manera ya citada.

¹⁰⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Folletos bursátiles y condiciones generales”, *Almacén de Derecho*, 2016. Disponible en <https://almacendederecho.org/folletos-bursatiles-y-condiciones-generales>

- Por último, la adhesión sería una suerte de “autorización” del consumidor para que el predisponente fije regulaciones equivalentes al Derecho supletorio, conviniendo que sea el empresario el que las reglamente. La clave es que se incorporen las cláusulas que el consumidor, de haber leído y valorado, habría aceptado.

Mediante el control de incorporación, y como indica Guilarte¹⁰⁵, se pretende definir las cláusulas que se integran en el contrato según el grado de conocimiento o cognoscibilidad por el adherente. Esto es lo que determina si el consentimiento de dicho adherente debe ser considerado válido o no. En realidad, este problema guarda mucha relación con el concepto del error obstativo, que acontece cuando hay una apariencia de declaración de voluntad que realmente no lo es, puesto que el negocio o acto en cuestión no se quiso, o se llevó a cabo sin el conocimiento suficiente de lo que se declaraba. La doctrina ha considerado que las reglas de incorporación ofrecen una solución “más clara y ventajosa”¹⁰⁶ que el error obstativo como vicio de la voluntad, más allá de quién sea el que se beneficie de esta situación (eso es otra cuestión). De esta forma, el control de incorporación entra en juego en la fase de perfección del contrato, siendo una suerte de deber de información¹⁰⁷ que atañe al predisponente (sea el adherente un consumidor o no), y que se manifiesta de manera diferente, según cómo se haya celebrado el contacto, ya que el art. 5.1, como se ha dicho, se refiere a los contratos formalizados por escrito, y el art. 5.3¹⁰⁸ a los contratos no formalizados por escrito.

El apartado quinto del artículo 5 LCGC fue modificado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y ahora afirma lo siguiente: “La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”. Este cambio acogió la jurisprudencia de la STS 267/2016, de 3 de junio, que defiende que la transparencia se proyecta de forma objetivable sobre el cumplimiento del

¹⁰⁵ GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *El control de inclusión...cit.*, p. 1112.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinador Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 2000, p. 143.

¹⁰⁷ FELIÚ REY, M.I., “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Coordinadores Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, p. 56.

¹⁰⁸ Art. 5.3 LCGC: “Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración”.

predisponente de hacer que su oferta sea verdaderamente comprensible. Por tanto, no tiene como objetivo juzgar la validez del consentimiento del adherente, sino el cumplimiento del deber de transparencia.

Posteriormente, y basándose en lo dispuesto en la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13 (Asunto OTP), se declara que el control de transparencia “no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada, ya sea en la consideración general o sectorial de la misma, sino que requiere de un propio enjuiciamiento interno de la reglamentación predispuesta a los efectos de contrastar la inclusión de criterios precisos y comprensibles en orden a que el consumidor y usuario pueda evaluar, directamente, las consecuencias económicas y jurídicas que principalmente se deriven a su cargo de la reglamentación contractual ofertada”.

Si no se cumplieran dichos requisitos de incorporación, bastaría con decir que no existe la cláusula y que se tiene por no puesta. Sin embargo, el art. 7 LCGC complica las cosas al formular los requisitos del art. 5 LCGC de forma negativa. Concretamente, el art. 7 LCGC afirma que: “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las 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.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”.

Una vez incorporada la cláusula, serían de aplicación las reglas de interpretación del art. 6 LCGC, que comienza diciendo:

“1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

En cuanto al primer apartado, se contrasta condición general y particular, siendo la cláusula particular que no constituye una cláusula general, entendida en el sentido antes descrito. Así, la clasificación sería completa y absoluta, en cuanto cualquier cláusula puede englobarse en

uno u otro grupo, y entendiéndose como términos excluyentes: una cláusula no puede ser considerada como particular respecto a otras cláusulas del contrato “más generales” y como general respecto a otras cláusulas “más particulares”¹⁰⁹. Para que el supuesto fuera de aplicación, tanto la cláusula general como la particular tendrían que ser eficaces, y disponer cosas discrepantes. Este precepto regula la denominada regla de prevalencia, y, relacionada con ella, la regla de la condición más beneficiosa. Es decir, sólo prevalecerá la condición particular sobre la general si es más beneficiosa para el adherente¹¹⁰.

Por su parte, el art. 6.2 LCGC reza: “2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente. En los contratos con consumidores esta norma de interpretación sólo será aplicable cuando se ejerciten acciones individuales”.

Esta es la llamada regla *contra proferentem*, que aparece recogida en el art. 1288 CC¹¹¹, parece fundamentarse en la autorresponsabilidad de quien realiza una declaración de voluntad¹¹². Este precepto tiene carácter subsidiario, es decir, sólo se aplicará cuando no se haya logrado la adecuada interpretación de la cláusula utilizando el resto de criterios hermenéuticos.

El art. 6.3 LCGC contiene la regla complementaria y supletoria de aplicar las reglas contenidas en los art. 1281 y siguientes del Código Civil.

Por último, habría que realizar el control de contenido del art. 8 LCGC, para ver si alguna de las condiciones que ya se han incorporado e interpretado son nulas. Aquí es pertinente señalar la STS 227/2015, de 30 de abril, según la cual “las condiciones generales insertas en contratos en los que el adherente no tiene la condición legal de consumidor o usuario, cuando reúnen los requisitos de incorporación, tienen, en cuanto al control de contenido, el mismo régimen legal que las cláusulas negociadas, por lo que sólo operan como límites externos de las condiciones generales los mismos que operan para las cláusulas negociadas, fundamentalmente los previstos en el art. 1.255 y en especial las normas imperativas, como recuerda el art. 8.1 LCGC”.

¹⁰⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...cit.*, p. 299.

¹¹⁰ MIQUEL RODRÍGUEZ, J., “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Coordinadores Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, p. 66.

¹¹¹ Art. 1288 CC: “La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”.

¹¹² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...cit.*, p. 373.

El art. 8 LCGC dice que “Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención”. En particular, añade en el segundo apartado, serán nulas las condiciones generales abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

Por tanto, habría nulidad total de la cláusula y nulidad parcial del contrato, aunque es difícil tener un criterio preciso de hasta dónde alcanza la nulidad, y de cómo realizar la labor integradora. Hay que tener en cuenta que el adherente quiere que el contrato se celebre, y el predisponente no tiene como interés (lógicamente) que se le vincule a un contrato modificado en su perjuicio. La propia Ley, además, no puede pretender otorgar beneficios al adherente a los que no tiene derecho, como si se deja el contrato con un precio irrisorio, por lo que habrá que conservar el contrato en los casos en que sea factible¹¹³. El contrato no puede devenir injusto para ninguna de las dos partes, lo que incluye, por supuesto, al predisponente.

La no incorporación se equipara a la declaración de nulidad de la cláusula, sin que se extienda el defecto a las demás cláusulas que fueron informadas correctamente o consentidas, aunque habrá que atender al eventual carácter esencial de la cláusula, que podría dar lugar a la nulidad total del contrato. El pronunciamiento de la nulidad de la cláusula debe ser judicial y a instancia de parte, sin que el ordenamiento jurídico deba tener un interés especial en declarar dicha nulidad, más allá del interés de la parte en concreto, que podría renunciar a la acción si no se perjudica a terceros o se contraviene el orden público¹¹⁴.

La doctrina ha defendido que la nulidad total del contrato, como consecuencia de una cláusula nula, podría favorecer a los adherentes de mala fe¹¹⁵. Además, también sería contrario al principio de autonomía privada, puesto que está claro que los contratantes sí que querían que se celebrase el contrato bajo ciertas condiciones, por lo que debe conservarse si esas condiciones no se alteran gravemente, una vez eliminadas las cláusulas conflictivas.

A modo de conclusión, se observa que es vital cerciorarse de si ha habido una negociación individual. Sobre esto, la STS 222/2015, de 29 de abril, aclara que, a pesar de que una oferta sea hecha específicamente a un grupo en particular y de que el consumidor haya solicitado

¹¹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...cit.*, p. 461.

¹¹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...cit.*, p. 457.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...cit.*, p. 384.

seguir los términos de la oferta al contratar un préstamo, no se puede considerar que las estipulaciones del contrato hayan sido negociadas individualmente. Para que se considere una negociación individual, el consumidor debe tener un poder de negociación que esté debidamente justificado, ya que esto es algo excepcional y no puede identificarse simplemente con tener la opción de elegir entre varios productos ofrecidos por el mismo proveedor o por diferentes proveedores en el mercado. De lo contrario, se estaría confundiendo la ausencia de negociación con una situación de monopolio del proveedor de productos o servicios, lo cual ya fue rechazado en la STS 241/2013, de 9 de mayo.

A continuación, el Tribunal Supremo determina que la clave para ver si hay una situación jurídica de asimetría (digna de protección) es averiguar si el consumidor tiene capacidad de negociar. Es indiferente, argumenta, que el consumidor tenga mucha formación o que esté en situación de desvalimiento o ignorancia. De hecho, muchos de los supuestos de condiciones generales tienen lugar con bienes y servicios de uso común, sin que los consumidores o usuarios puedan negociar, al margen del grado de formación o nivel de estudios.

Esto entronca con la reciente doctrina de la STJUE de 16 de julio de 2020, Asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19 (*Caixabank*), que determinó que es el juez nacional el encargado de cerciorarse de que el consumidor tenía suficientes elementos para conocer el contenido de la cláusula.

Un buen resumen del complejo sistema de controles viene dado por la STS 267/2016, de 3 de junio:

- El control de incorporación de las condiciones generales se extiende a cualquier cláusula contractual que se considere como tal condición general, sin importar si el adherente es o no consumidor.
- El control de abusividad no puede extenderse a cláusulas perjudiciales para el profesional o empresario.
- El control de transparencia no abarca las condiciones generales de contratación en las que el adherente no es un consumidor o usuario.

5. CONCLUSIONES

Primera. La autonomía privada es la piedra angular del Derecho privado, en cuanto permite a los particulares que ordenen su propia esfera privada y logren, de esta manera, el libre desarrollo de su personalidad. Este principio se proyecta en diversas ramas del Derecho, y tiene, además de la dimensión normativa, cierta dimensión social, ya que permite que la sociedad en su conjunto avance, dando forma a nuevas maneras de contratar que acaban reflejándose en la regulación.

Segunda. La intervención del Estado que restrinja la autonomía de la voluntad de los individuos debe ser excepcional y obedecer a un motivo de interés general, que trate de frenar situaciones de abuso o de desigualdad.

Tercera. El principio de autonomía privada no es absoluto, y tiene límites extrínsecos, conceptuales e intrínsecos, que pretenden proteger el interés público o a terceros, así como a una de las partes de la relación (en algunos supuestos).

Cuarta. La compraventa es un contrato bilateral, consensual, obligacional y oneroso, en el que rige la autonomía privada, como muestra el hecho de que el precio no tiene por qué ser justo, sino que hay que atender al pactado por las partes, dejando a salvo casos específicos como el de viviendas de protección oficial. Las limitaciones se producen con el pacto de *Lex Commissoria*, por ejemplo, en el que no se da facultad de disposición al vendedor mientras el comprador no incumpla su obligación de pagar, o en el retracto convencional con los límites temporales que impone el art. 1508 CC.

Quinta. La donación se caracteriza por un empobrecimiento del donante y, a la vez, un enriquecimiento del donatario, y requiere de *animus donandi*. Este contrato también tiene límites, como el que aparece en el art. 634 CC, que prohíbe que el donante se quede sin los bienes necesarios para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.

Sexta. En cuanto al resto de límites, se vulnera la moral cuando el negocio es contrario a la buena fe, teniendo ciertas connotaciones éticas. El orden público, por su parte, se refiere a los principios que informan las instituciones jurídicas en cada momento, y que son necesarios para la conservación del orden social.

Séptima. Moral y orden público no son conceptos estáticos, sino que evolucionan con el transcurso del tiempo y el cambio de las dinámicas sociales. En este ámbito, puede haber limitaciones consentidas por las partes, en el propio ejercicio de la autonomía privada, y

limitaciones no consentidas. Para que el orden público se entienda vulnerado, el acuerdo debe ser inasumible desde el punto de vista de los principios más esenciales que rigen el ordenamiento jurídico español.

Octava. Los artículos 1116 y 792 CC también establecen limitaciones a la autonomía privada, en este caso, en materia de condiciones en negocios *inter vivos* y *mortis causa*, respectivamente. Sin embargo, las consecuencias de establecer condiciones que vulneren estos artículos no son idénticas, puesto que, si se trata de negocios *inter vivos*, la condición anulará la obligación, mientras que, en los negocios *mortis causa*, la condición se tiene por no puesta.

Novena. El Derecho de consumo trata de proteger a los consumidores (quizás para que sigan consumiendo) ante la falta de comprensión de algunas cláusulas o las condiciones abusivas que establecen. Esto ha sido motivo de litigios constantes. El concepto de consumidor también puede englobar a personas jurídicas sin ánimo de lucro, y se caracteriza por una *vis atractiva* que pretende que más personas sean protegidas por la normativa de consumo.

Décima. Una cláusula es abusiva cuando causa un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, y no se ha consentido expresamente o no se ha negociado de manera individual. El consumidor debe ser consciente del contenido exacto de las cláusulas, algo difícil de medir que, en ocasiones, ha derivado en una sobreprotección del consumidor o usuario. Si una cláusula ha sido negociada individualmente, no podrán aplicarse los controles de transparencia y abusividad.

Undécima. Cuando el adherente es un consumidor, no basta con el control de incorporación de los art. 5 y 7 LCGC, sino que hay que realizar un control de transparencia que asegure que el consumidor supo las implicaciones financieras de la cláusula en cuestión.

Duodécima. Cuando una cláusula afecte a un elemento esencial del contrato, como el precio, el control de transparencia es antecedente del control de abusividad, sin que se pueda declarar la abusividad automáticamente, una vez establecido que la cláusula no es transparente. Esta es la opinión de la mejor doctrina y del Tribunal Supremo, que se pronunció en la STS de 12 de noviembre de 2020 tras la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Decimotercera. El litigio más candente en la actualidad es el relativo a las tarjetas *revolving*. Los requisitos para que el interés de un contrato de este tipo se considere usurario son que el tipo de interés sea notablemente superior al dinero y que haya una desproporción manifiesta, según la Ley Azcárate. El Tribunal Supremo ha ido perfilando los requisitos: en la STS 628/2015 toma como referencia el tipo de interés medio del conjunto de créditos al

consumo, mientras que en la STS 149/2020 se atiende a la estadística del Banco de España específica de los contratos *revolving*. En la reciente STS 258/2023 se fija en 6 puntos porcentuales el límite que puede superar la TAE del contrato para que se considere usurario. La consecuencia de la nulidad por usura se extiende a la totalidad del contrato, a diferencia de lo que sucede con la abusividad.

Decimocuarta. Las condiciones generales de contratación son cláusulas contractuales predispuestas, impuestas a una de las partes, e incluidas en una generalidad de contratos. Los requisitos de incorporación de las cláusulas pasan por la aceptación del adherente, su firma y la información expresa de su contenido, con entrega de un ejemplar. Así, el consentimiento del adherente será o no válido dependiendo de su grado de cognoscibilidad o conocimiento. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho. El art. 6 LCGC contiene las reglas de interpretación, que se componen de la regla de la prevalencia, de la condición más beneficiosa, de la *contra proferentem*, y la aplicación supletoria del CC. Finalmente, se realiza el control de contenido del art. 8 LCGC, cuya vulneración supone la nulidad de la cláusula.

Decimoquinta. Es importante señalar que este trabajo ha supuesto un punto de inflexión en la formación jurídica del autor de estas líneas, puesto que le ha permitido ahondar en el apasionante mundo del Derecho civil, y aprender de los más reconocidos juristas. Asimismo, ha sido una gran oportunidad para analizar jurisprudencia (tanto del Tribunal Supremo como del TJUE), lo que será muy útil para su próxima carrera como abogado de los negocios.

Decimosexta. Este trabajo es una mera aproximación a la inmensa institución jurídica que es la autonomía privada, sin que se puedan abarcar todas sus facetas en un único trabajo. Hay aspectos que admitirían matices. Sin duda, el autor del trabajo se plantea profundizar más al respecto en un futuro cercano.

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBACAR LÓPEZ, J.L., y SANTOS BRIZ, J., *Código Civil: Doctrina y Jurisprudencia, Tomo IV*, Trivium, Madrid, 1991.

ALBALADEJO, M., *Comentarios al Código Civil, Tomo X, Vol 2º: Artículos 774 a 805 del Código Civil*, Edersa, Madrid, 1984.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, vol. II, Derecho de Obligaciones*, Edisofer, 2004.

ALBALADEJO, M., “La donación por méritos”, *Revista de Derecho privado*, núm. 88, 2004, pp. 135-152.

ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, vol. I, Parte General*, Edisofer, Madrid, 2006.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Autonomía privada y derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1993, pp. 57-122.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinadores Luis Díez Picazo y Aurelio Menéndez, Civitas, 2002, pp. 75-93.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas no negociadas individualmente”, *Almacén de Derecho*, 2015. Disponible en <https://almacenederecho.org/clausulas-no-negociadas-individualmente>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Libertad contractual y principio de igualdad”, *Almacén de Derecho*, 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/libertad-contractual-y-principio-de-igualdad>

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Folletos bursátiles y condiciones generales”, *Almacén de Derecho*, 2016. Disponible en <https://almacenederecho.org/folletos-bursatiles-y-condiciones-generales>

ARROYO MARTÍNEZ, I., “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Coordinadores Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, pp. 19-69.

ARTIGOT GOLOBARDES, M., “Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>

ATAZ LÓPEZ, J., “Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones”, *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruza Berdejo*, J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 111-144.

BARRIO GALLARDO, A., *Autonomía privada y matrimonio*, Editorial Reus, Madrid, 2016.

CANARIS, C. W., “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 184, 1984, pp. 201-246.

CUARTERO RUBIO, M.V., “Artículo 3. Ámbito territorial. Disposiciones imperativas”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinador Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 2000, pp. 93-110.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes”, *Anuario de Derecho Civil*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 1961, pp. 295-342.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho civil*, Gráficas Mariscal, Madrid, 1970.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, Tomo X, Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971.

DE CASTRO Y BRAVO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1982, pp. 987-1086.

DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Civitas, Madrid, 2016.

DÍEZ-PICAZO L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamiento urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1956, pp. 1149-1182.

DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil, Volumen I*, Tecnos, Madrid, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L., *Comentarios a los artículos 1254 a 1260 del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I*, Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L., “La Ley y la potestad normativa privada”, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Coordinador López Pina, A., Madrid, 1994.

ESPÍN CÁNOVAS, D., “Las nociones de orden público y buenas costumbres como límites a la autonomía de la voluntad en la doctrina francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 1963, pp. 783-820.

FELIÚ REY, M.I., “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Coordinadores Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, pp. 19-69.

FERRI, L., *La autonomía privada*, Editorial Comares, Granada, 2001.

GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción de Blasco Gascó y Prats Albentosa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

GARCÍA AMIGO, M., *Teoría general de las obligaciones y contratos: lecciones de Derecho Civil II*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1995.

GIMENO-BAYÓN COBOS, R., “La compraventa con pacto de reserva de dominio”, *El contrato de compraventa*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5. Requisitos de incorporación”, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Coordinador Rodrigo Bercovitz, Aranzadi, 2000, pp. 139-192.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia de su no incorporación: (crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, núm. 3, 2001, pp. 1105-1144.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2010>

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii>

HILLGRUBERM C., “Grundrechtsschutz im Vertragsrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 191, 1991, pp. 69-86.

KANT, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Tecnos, 2006.

LALAGUNA, E., “La libertad contractual”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, 1972.

LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*, traducción de Santos Briz, Edersa, Madrid, 1958.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., “Compraventa y permuta”, *Curso de Derecho Civil (II): Contratos y responsabilidad civil*, Coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 31-78.

MIQUEL RODRÍGUEZ, J., “Disposiciones generales”, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación*, Coordinadores Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, pp. 19-69.

MIRANDA SERRANO, L.M., “Las disposiciones del Código de Comercio sobre el contrato y la obligación mercantil en general”, *La contratación mercantil*, Marcial Pons, 2006, pp. 69-178.

MONSALVE DEL CASTILLO, R., “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 149/2020, de 4 de marzo”, *Biblioteca Jurídica BOE*, 2020. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2020-2

O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020.

O'CALLAGHAN, X., *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, Wolters Kluwer, Madrid, 2022.

OSSORIO SERRANO, J.M., “Obligaciones puras, condicionales y a término”, *Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 81-85.

PANTALEÓN, F., “8 preguntas y respuestas sobre la transparencia material de las cláusulas predispuestas”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/8-preguntas-y-respuestas-sobre-la-transparencia-material-de-las-clausulas-predispuestas>

PANTALEÓN, F., “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/la-comision-de-apertura-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo-y-ii>

PANTALEÓN, F., “Implicaciones económicas de la cláusula IRPH”, *Almacén de Derecho*, 2020. Disponible en <https://almacenederecho.org/implicaciones-economicas-de-la-clausula-irph>

PARRA LUCÁN, M.A., “La donación”, *Curso de Derecho Civil (II): Contratos y responsabilidad civil*, Coordinador Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-104.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Artículos 80 a 91: condiciones generales y cláusulas abusivas”, *Comentarios a las normas de protección de los consumidores: Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Coordinador Sergio Cámara Lapuente, COLEX, Madrid, 2011, pp. 696-954.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Diario La Ley*, 2020. Disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/09/04/el-devenir-de-la-clausula-irph-tras-la-stjue-3-marzo-2020-transparencia-caracter-abusivo-e-integracion>

QUESADA SÁNCHEZ, A., “La autonomía de la voluntad y el contrato”, *Conceptos básicos de Derecho Civil*, Coordinadores José Manuel Ruiz-Rico Ruiz y María Luisa Moreno-Torres Herrera, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 141-154.

REVERTE NAVARRO, A., “Comentarios al artículo 1255. Artículos 1254 a 1260”. *Comentarios al Código Civil, Tomo XVII*, BOE, Madrid, 2005.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, 1986.

SALVADOR CODERCH, P., “Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos”, *Revista InDret*, núm. 229, 2004, pp. 1-33.

SANTORO PASSARELLI, F., *Doctrinas generales del Derecho civil*, Edersa, Madrid, 1964.

TOMILLO URBINA, J., y GOZALO LÓPEZ, V., “Aportaciones al libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo”, *Estudios de Derecho español y europeo*, Coordinadores Margarita Serna Vallejo y Consuelo Arranz, Universidad de Cantabria, Santander, 2009, pp. 975-1001.

TOMILLO URBINA, J., *Cuestiones sobre consumidores y cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, Dykinson, 2021.

VERDUGO BRAVO, I., “La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos”, *Revista Ars Boni et Aequi*, núm. 4, 2008, pp. 101-110.

VILLANUEVA LUPIÓN, C., “Contratación con consumidores”, *Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Coordinador Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 186-232.

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Sentencia de 3 de julio de 1997, *Benincasa*, C-269/95, EU:C:1997:337.

Sentencia de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, EU:C:2005:32.

Sentencia de 14 de marzo de 2013, *Azijski*, C-415/11, EU:C:2013:164.

Sentencia de 30 de abril de 2014, *OTP*, C-26/13, EU:C:2014:282.

Sentencia de 14 de marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207.

Sentencia de 2 de mayo de 2019, *Queso Manchego*, C-614/17, EU:C:2019:344.

Sentencia de 5 de junio de 2019, *GT*, C-38/17, EU:C:2019:461.

Sentencia de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819.

Sentencia de 3 de marzo de 2020, *Bankia*, C-125/18, EU:C:2020:138.

Sentencia de 9 de julio de 2020, *Ibercaja*, C-452/18, EU:C:2020:536.

Sentencia de 9 de julio de 2020, *Banca Transilvania*, C-81/19, EU:C:2020:532.

Sentencia de 16 de julio de 2020, *Caixabank*, C-224/19 y C-259/19, EU:C:2020:578.

Sentencia de 10 de diciembre de 2020, *Personal Exchange International*, C-774/19, EU:C:2020:1015.

Tribunal Constitucional

STC 19/1985, de 13 de febrero.

STC 43/1986, de 15 de abril.

STS 129/1989, de 17 de julio.

Tribunal Supremo

STS de 8 de junio de 1906.

STS de 2 de abril de 1946.

STS de 13 de mayo de 1959.

STS de 5 de abril de 1966.

STS de 5 de noviembre de 1985.

STS de 8 de noviembre de 1985.

STS de 9 de julio de 1986.

STS de 14 de julio de 1987.

STS de 12 de noviembre de 1987.

STS de 20 de mayo de 1991.

STS de 30 de mayo de 1991.

STS de 19 de octubre de 1991.

STS de 3 de noviembre de 1992.

STS 216/1995, de 16 de marzo.

STS de 24 de julio de 1997.

STS 296/1999, de 6 de abril.

STS 485/2000, de 18 de mayo.

STS 1117/2000, de 28 de noviembre.

STS de 22 de diciembre de 2000.

STS 260/2003, de 21 de marzo.

STS 924/2003, de 14 de octubre.

STS 1125/2004, de 15 de noviembre.

STS 39/2005, de 10 de febrero.

STS 347/2005, de 12 de mayo.

STS de 28 de noviembre de 2005.

STS 120/2006, de 21 de febrero.

STS de 26 de septiembre de 2006.

STS 684/2007, de 20 de junio.

STS 841/2007, de 19 de julio.

STS 1229/2007, de 29 de noviembre.

STS 1348/2007, de 12 de diciembre.

STS 1224/2009, de 12 de enero.

STS 300/2009, de 19 de mayo.

STS 378/2009, de 27 de mayo.

STS 1667/2010, de 10 de marzo.

STS 222/2010, de 19 de abril.

STS de 27 de abril de 2010.

STS 560/2010, de 16 de septiembre.

STS 233/2012, de 20 de abril.

STS 428/2012, de 10 de julio.

STS 695/2012, de 29 de noviembre.

STS 167/2013, de 21 de marzo.

STS 244/2013, de 18 de abril.

STS 241/2013, de 9 de mayo.

STS 745/2014, de 20 de febrero.

STS 120/2015, de 16 marzo.

STS 222/2015, de 29 de abril.

STS 227/2015, de 30 de abril.

STS 628/2015, de 25 de noviembre.

STS 1297/2016, de 30 de marzo.

STS 267/2016, de 3 de junio.

STS 16/2017, de 16 de enero.

STS 224/2017, de 5 de abril.

STS 334/2017, de 25 de mayo.

STS 367/2017, de 8 de junio.

STS 669/2017, de 14 de diciembre.

STS 548/2018, de 5 de octubre.

STS 4091/2018, de 4 de diciembre.

STS 4092/2018, de 5 de diciembre.

STS 149/2020, de 4 de marzo.

STS 596/2020, de 12 de noviembre.

STS 16/2021, de 19 de enero.

STS 63/2021, de 9 de febrero.

STS 59/2022, de 31 de enero.

STS 130/2022, de 21 de febrero.

STS 315/2022, de 20 de abril.

STS 367/2022, de 4 de mayo.

STS 428/2022, de 30 de mayo.

STS 643/2022, de 4 de octubre.

STS 4721/2022, de 20 de diciembre.

STS 258/2023, de 15 de febrero.

STS 879/2023, de 13 de marzo.

STS 1248/2023, de 29 de marzo.

Audiencias Provinciales

SAP Madrid 2390/2019.