

**IDEA DEL CONTRATO:
CINCUENTA AÑOS DESPUÉS**
(CONSIDERACIONES PREVIAS A UNA DEFINICIÓN
DEL CONTRATO)

Manuel GARCÍA AMIGO
Catedrático de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN

Se trata de verificar si con un esquema conceptual del contrato, basado en la concepción clásica de Domat —inspirador de los Códigos Civiles latinos: francés, español, italiano— y de Savigny —inspirador del BGB alemán—, se pueden asumir las nuevas realidades contractuales de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores: se llega a la conclusión de que la idea de contrato «tridimensional» —de contrato como hecho jurídico (declaraciones de voluntad), como relación contractual y como norma/regla (o parte de ella) reguladora de aquella relación— se percibe mejor y se explican aquellos fenómenos modernos, y de su secuela legislativa: la nulidad parcial de la regla/norma contractual, así como de las figuras clásicas de la interpretación y de la integración del contrato.

Palabras clave: contrato, eficacia del contrato, condiciones generales, cláusulas abusivas, nulidad parcial, integración, relación contractual, regla/norma contractual.

ABSTRACT

It is a question of verifying that, if with a conceptual scheme of the contract, based on the classic conception of Domat —who inspired the Civil Latin Codes: Frenchman, Spanish, Italian— and of Savigny —who inspired the German BGB—, there can be assumed the new contractual realities of the general conditions and of the improper clauses in consumers contracts: it comes near to the conclusion of the idea of a «three-dimensional» contract —of contract as juridical fact (declarations of will), as contractual relation and as norm/rules (or part of it) regulating that relation— it is better perceived and those modern phenomena are more fully explained, and of his legislative sequel: the partial nullity of the contractual rules/norm, as well as of the classic figures of the interpretation and of the integration of the contract.

Keywords: contract, efficiency of the contract, general conditions, abusive clauses, partial nullity, integration, contractual relation, rules/contractual norm

ZUSAMENFASSUNG

Es handelt sich um die Überprüfung, ob man mit einem begrifflichen Vertragsschema, auf dem klassischen Begriff von Domat —von dem Konzipierer den lateinischen (französischen, spanischen und italienischen) Bürgerlichen Gesetzbüchern— und von Savigny —von dem Konzipierer des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches— beruhenden, die neuen Vertragsrealitäten von der allgemeinen Bedingungen und von den missbräuchlichen Klauseln in den Verbraucherverträgen übernehmen kann. Man erreicht die Folgerung, dass die Idee von einem «tridimensionalen» Vertrag —von dem Vertrag, der als juristischer Tat (Erklärungen des Willen), und als eine vertragliche Beziehung und als regulierende Norm (oder ein Teil von dieser) dieser Beziehung— besser wahrgenommen wird, und es werden diejenigen modernen Phänomene erklärt, und von seiner gesetzgebenden Folgeerscheinung: Teilungültigkeit von der Vertragsregel, so wie Teilungültigkeit der klassischen Figuren der Interpretation und der Vertragsintegration.

Schlüsselwörter: Vertrag, Vertragswirksamkeit, allgemeine Geschäftsbedingungen, missbräuchliche Klauseln, Teilungültigkeit, Vertragsintegration, vertragliche Beziehung, Regel/Vertragsnorm

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ASPECTOS/PERSPECTIVAS DEL CONTRATO.—III. CONTRATO Y NEGOCIO JURÍDICO: CLASES DE ÉSTOS.—IV. LA REALIDAD CONTRACTUAL HOY EN DÍA.—V. LAS CATEGORÍAS DOCTRINALES Y LEGISLATIVAS CLÁSICAS DEL CONTRATO. EL CONTRATO EN DOMAT Y LOS CÓDIGOS LATINOS; SAVIGNY Y EL BGB.—VI. FENÓMENOS CONTRACTUALES QUE OPERAN SOBRE EL ASPECTO NORMATIVO DEL CONTRATO.—1. Modo de operar las técnicas utilizadas por las Leyes 1984/1998.—VII. ANEXO.

I. INTRODUCCIÓN

Con esta colaboración pretendo constatar si mi idea de contrato, formulada cuando yo era joven —quiero decir, cuando tenía veinticinco años—, podría seguir siendo válida hoy cuando yo lo soy menos; se trata de una institución angular del Derecho privado, a la cual he dedicado, sea desde el punto de vista de la técnica jurídica, como de la política legislativa, una parte extensa de mi vida académica y legisladora.

La afición por el tema surgió a mi paso por la Universidad de Salamanca, en las magistrales explicaciones de cátedra de mi maestro el profesor Beltrán de Heredia y Castaño, cuando, en el curso académico de 1955-1956, nos explicaba la teoría general de las obligaciones y contratos, desarrollando el concepto de éste como el instrumento técnico-jurídico que realizaba la libertad jurídica contractual: una persona contrataba si quería,

con quien quería y como quería. El Derecho estatal, la ley, la norma heterónoma tenía como misión precisamente hacer posible el ejercicio de aquella libertad, fijando sus requisitos, sus límites, sus efectos, imponiendo un contenido mínimo —Derecho imperativo, positivo o prohibitivo— y supliendo con un contenido (máximo) las «lagunas contractuales», lo no pactado explícitamente —Derecho dispositivo—. Como alumno en el año central de la carrera me seducía aquella misión del Derecho civil, que el profesor Beltrán de Heredia y Castaño explicaba especialmente influenciado por el Código Civil italiano, bien conocido por él no sólo por el hecho de «ser bolonio» —y, por tanto, doctor por la vieja Universidad italiana—, sino también por tratarse del gran último (por entonces y quizás también por ahora) Código Civil europeo, síntesis del Code Napoléon, del BGB y del Código suizo de las Obligaciones —con importantes innovaciones sobre sus modelos—. Ahora se quiere que sea el modelo para el Código Civil europeo: también es mi opinión.

En realidad, me seducía la idea de una sociedad cuyo tejido social se basaba en el contrato como instrumento estructurador y regulador —la «civilización del contrato», que mantiene en el hombre al menos la ilusión de creerse libre—; una sociedad que, en última instancia, se fundamenta en la idea de libertad, y que la contrapone a otros modelos de organización social cuya característica esencial era (y es en pequeña extensión hoy) la supresión de la libertad, también la contractual, como consecuencia de eliminar la libertad de empresa —la «civilización del acto estatal»—.

Naturalmente que en la realidad económico social moderna la institución contractual comporta riesgos de injusticia, puede y da lugar a abusos; lo sé muy bien porque fui precisamente yo uno de los pioneros en España que puso de relieve el problema de los contratos celebrados por adhesión a condiciones generales —que había denunciado a principios del siglo XX Saleilles¹ y que había regulado por primera vez el Código Civil italiano: arts. 1.341 y 1.342—; y yo traduje también en 1978 la Ley de Condiciones Generales de la Contratación alemana de 1976 —primera Ley especial que regulaba el fenómeno en toda su extensión y que todavía sirve como modelo a la Ley portuguesa y a la nuestra de 1998— con la finalidad de darla a conocer en España; riesgo de injusticia, sobre todo, si las condiciones generales contenían cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, y, en general, «cláusulas abusivas». Pero lo único que no se le ocurre a un buen

¹ C. SALEILLES, *Declaration de volonté*, París, 1901, p. 229. Un estudio monográfico moderno, BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, París, 1976.

médico para sanar una enfermedad es eliminar al enfermo; en vez de ello tratará de encontrar y aplicar las medicinas apropiadas para curar su enfermedad; y es lo que yo ensayé publicando aquellas antiguas —hoy anticuadas— monografías, rotuladas con aquellos títulos, en el plano académico, y en el plano legislativo también lo intenté —como diputado nacional y eurodiputado— cuando por mi iniciativa, representando a mi grupo parlamentario, se introdujeron una serie de modificaciones importantes —precedentes de mis enmiendas: unas admitidas literalmente, otras parcialmente y otras rechazadas— en el Proyecto de Ley General para la Protección de los Consumidores y Usuarios (1984); la Ley salió técnicamente imperfecta, sobre todo a causa de las transacciones y del encaje (mal encaje) de las enmiendas en el contexto general del Proyecto; pero representó un primer paso —de gigante, del no ser al ser— en la regulación del fenómeno de los contratos con consumidores y condiciones generales; en cuanto eurodiputado del Parlamento Europeo, ya colegislador con el Consejo, miembro de la Comisión jurídica, mi intervención se plasmó en la Directiva sobre cláusulas abusivas (1993), especialmente en el juego de la buena fe para delimitar su concepto, en el campo de aplicación y en el mecanismo jurídico de la nulidad parcial.

Volviendo al principio, a la influencia que sobre su alumno ejerció el profesor Beltrán de Heredia y Castaño, aquella se materializó en que, al terminar la carrera y fijado mi destino personal y profesional en la dedicación a la Universidad, aceptase mi idea de hacer una tesis doctoral —comienzo de la vida académica profesional en aquel entonces— por él dirigida sobre el contrato: concretando la idea, él asumió mi sugerencia de que fuera la «Cesión del contrato» el objeto de la tesis doctoral, figura regulada por primera vez precisamente en el Código Civil italiano. Así fue como dediqué aquellos años —desde octubre de 1958 a mayo de 1961— al estudio en profundidad de nuestro Código Civil en materia de teoría general de los contratos y de sus fuentes inspiradoras: Domat y los Códigos Civiles francés e italiano (1865); después, ya como doctor por la Universidad de Salamanca y dirigido siempre por el profesor Beltrán de Heredia y Castaño, continué profundizando en la materia de contratos, pasando a Múnich primero y a Bolonia después. Los estudios allí realizados se plasmarían en sendas monografías sobre «Condiciones generales» —iba a ser mi tesis en Múnich, bajo la dirección de Larenz, el gran maestro alemán moderno— y sobre «Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual» —que fue mi tesis doctoral en Bolonia, bajo la dirección de Resigno—. Con ambos motivos logré conocer con cierta profundidad también el BGB (1896) y el italiano (1942).

II. ASPECTOS/PERSPECTIVAS DEL CONTRATO

Para interpretar intelectual y científicamente el ordenamiento jurídico español —y el Derecho comparado europeo— en materia de contratos, su teoría general, yo creía y creo que la institución contractual se concretaba en poner de relieve la triple perspectiva de una realidad unitaria. Escribía yo: «Si observamos la realidad jurídica que la institución contrato es, podemos distinguir en ella diversos significados o acepciones (...) Fundamentalmente son tres, a saber: 1. El contrato como fuente de las obligaciones es el negocio jurídico creador de la relación contractual. 2. El contrato como norma objetiva reguladora y determinante de la relación contractual y de su contenido. 3. El contrato como expresión de los efectos jurídicos originados por el contrato-fuente y regulado por el contrato-norma. Como se traduce en un vínculo que liga a las partes contratantes lo denominamos relación contractual»².

Explicando el párrafo transcrito, cabría decir hoy resumidamente:

1.º El contrato como un *hecho*³ de la experiencia jurídica, consistente en dos o más declaraciones de voluntad (consentimiento), conformes de toda conformidad, sobre el objeto y la causa (arts. 1.261 y concordantes del Código Civil): es el contrato fuente de relaciones obligatorias (art. 1.089 del Código Civil), la más frecuente de ellas en la vida real, pero una más al lado de otras.

2.º El contrato como *norma*⁴ (arts. 1.255, 1.091, 1.258 y 1.257 del Código Civil) parte de la norma reguladora de la relación contractual, nacida del acuerdo de voluntades: como tal norma o regla de Derecho será *interpretada* (arts. 1.281-1.289), será *integrada* con las otras fuentes normativas (art. 1.258) y *jerarquizada* entre ellas (arts. 1 y 6.2 y 3, y arts. 1 de la LAR y 4 de la LAU de 2003 y 1994, respectivamente). Sólo con esta visión, sólo con esta perspectiva, puede comprenderse y situarse correctamente el trascendental fenómeno moderno de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas, y su secuela de la nulidad parcial del contrato;

² Era el párrafo inicial de mi tesis doctoral sobre la «Cesión de contratos», elaborada entre 1958 y 1961, defendida en mayo de 1961 en la Universidad de Salamanca y publicada por la Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

³ Es la acepción del *Digesto* atribuida a ULPIANO: «*duorum vel plurium in idem placitum et concensum*».

⁴ Para el concepto de norma y sus clases —heterónomas y autónomas—, ver mi *Parte general del Derecho civil*, Madrid, 1997, pp. 76 y ss.

en efecto, mientras la *lex contractus* —su contenido normativo— viene materialmente de las dos partes en el contrato, cuando de contratos individuales se trata, la *lex contractus* —su contenido normativo— viene materialmente de una sola parte en los contratos con condiciones generales; siquiera la necesaria adhesión del adherente las reviste formalmente de contractualidad⁵.

3.º El contrato como relación contractual, como vínculo jurídico que une a las dos partes contratantes, continente cuyo contenido subjetivo son los derechos y obligaciones, las facultades y los deberes respectivos. Es, en definitiva, una de las modalidades de las relaciones obligatorias (art. 1.089). Esa relación contractual, su identificación y su cesión, era el objeto último de mi tesis doctoral. Como toda relación jurídica, la relación contractual lo es porque una norma o regla la regula, la prevé, la conforma —tal como lo afirmaba Savigny—; lo específicamente diferencial, frente a otras relaciones jurídicas, es que su norma reguladora puede ser creada y formulada, al menos en parte (muy amplia), por los propios contratantes que crean la relación (arts. 1.255, 1.257 y 1.258) —cosa que no afirmaba Savigny—.

Esta visión del contrato —con la triple perspectiva—⁶ se reflejaba, desde el punto de vista del Derecho positivo, del Derecho legislado, en el Código Civil italiano, cuyo art. 1.321 lo definía y define, bajo el epígrafe de «*Nozione*» (del contrato), de la siguiente forma: «*Il contratto é l'accordo (1.º) di due o piú parti per costituire (3.º), regolare (2.º) o estinguere tra loro*

⁵ Hoy todos los autores defienden, cuando se trata del tema, la naturaleza contractual de las Condiciones Generales de la Contratación. Ésta es también la posición del legislador español cuando en el art. 5.1 dispone 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».

⁶ Entre nuestros autores, el profesor L. Díez-PICAZO (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Teoría del contrato*, Madrid, 1993, p. 123) parece que se inclina por dejar fuera del contrato —de su idea, de su concepto— el tercer aspecto —la relación contractual—, no así la *lex contractus*. Me parece más correcto, más realista, recoger en la noción de contrato los tres aspectos, al menos por estas dos razones: primero, porque cuando el legislador español, en el Título IV del Libro II del Código Civil, regula el contrato de compraventa, por ejemplo, bajo el epígrafe «Del contrato de compra y venta», lo que hace es precisamente regular los derechos y obligaciones de las partes, es decir, precisamente el contenido de la relación contractual; y segundo, porque el significado literal originario de la expresión contrato es precisamente el vínculo contractual, lo contraído, pues contrato deriva del latín *contractum*, participio pasivo precisamente del verbo *contrahere*. En este sentido escribió DE RUGGIERO (*Diritto civile*, 1921, p. 217) que «*contractus* significa para los romanos la relación que se constituye mediante el acuerdo y no el acuerdo mismo».

un rapporto giuridico patrimoniale». La definición del codificador italiano de 1942 es seguida por el Código Civil peruano, cuyo art. 1.351 entiende que «*el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial*».

III. CONTRATO Y NEGOCIO JURÍDICO: CLASES DE ÉSTOS

La visión o concepción del contrato antes descrita representa una realidad integrada por una causa, una realidad que opera como causa —es decir, un hecho causal: la declaración de voluntades— y dos efectos: el efecto que podemos denominar constitutivo —creador de relaciones jurídicas obligatorias contractuales— y el efecto normativo o preceptivo —creador de la regla/norma o parte de la regla/norma reguladora de aquella relación jurídica, creada también por el acuerdo de voluntades—. Ese doble efecto jurídico del negocio contractual, constitutivo y normativo a la vez, lo diferencia de otros negocios jurídicos que, o bien crean sólo una relación jurídica —así, el matrimonio—, o bien sólo crean norma o regla reguladora de una relación jurídica que nace de otro hecho o negocio jurídico —así, las capitulaciones matrimoniales o el testamento—.

A) Efectivamente, el negocio jurídico matrimonio —desde el punto de vista del Derecho civil es un convenio— consiste en las declaraciones de voluntad de los contrayentes, concretadas en el «sí quiero» de ambos (art. 58), y tiene por efecto exclusivo la creación de la relación/vínculo jurídico-matrimonial, la cual es regulada no por el «sí quiero» de las partes, sino exclusivamente por la ley, tanto por la Ley imperativa en el aspecto personal —arts. 66, 67 y 68 del Código Civil, fijando los derechos y deberes de los cónyuges— como por la ley dispositiva en el aspecto patrimonial —arts. 1.316 y siguientes del Código Civil, regulando el régimen de gananciales; artículos correlativos de las Compilaciones forales, fijando los regímenes de separación de bienes (Cataluña y Baleares), muebles y adquisiciones (Aragón), de conquistas (Navarra) y comunicación foral (parte de Vizcaya y Fuero de Baylio): todos ellos regímenes supletorios, pues rigen si no hubiera capitulaciones—.

Obviamente, al regularse por ley dispositiva el aspecto patrimonial de la relación conyugal —nacida ésta del «sí quiero» matrimonial— esa ley puede ser —y lo es con frecuencia— excluida su aplicación (art. 6.2 del

Código Civil) por otro negocio jurídico, celebrado también por los cónyuges, denominado capitulaciones matrimoniales, otorgadas antes o después del matrimonio (arts. 1.315 del Código Civil y concordantes de las Compilaciones forales).

Comparando ambos negocios desde el punto de vista de los efectos que producen, mientras el matrimonio sólo tiene efecto constitutivo —creador de la relación conyugal, para lo cual basta con el «sí quiero»—, las capitulaciones, por el contrario, sólo tienen efecto normativo, porque no crean relación jurídica, sino que crean sólo la regla reguladora de aquella relación jurídica —ya creada o a crear por el negocio jurídico matrimonio— en su aspecto patrimonial. En conclusión, el matrimonio es un negocio constitutivo exclusivamente; las capitulaciones son un negocio normativo exclusivamente.

B) Lo propio que ocurre con las capitulaciones sucede con el testamento. En efecto, la relación jurídica sucesoria no nace del testamento, sino del hecho jurídico de la muerte del causante: muerta una persona, se abre automáticamente su sucesión, la cual se regulará, o por la voluntad del testador (sucesión testamentaria), o por la ley (sucesión legal), o por ambas a la vez (arts. 658 y 912 del Código Civil). Hay que tener presente que para ambas rige el sistema de legítimas (art. 806) si hubiere herederos forzosos, regulado con ley imperativa, que prevalece tanto sobre la norma testamentaria como sobre la norma legal dispositiva.

De ello se deduce que el negocio testamentario no crea, en absoluto, una relación jurídica; lo único que crea es una norma negocial, privada, capaz, en cuanto tal, de excluir voluntariamente la ley dispositiva aplicable a la sucesión legal (no la necesaria), pero respetando siempre la ley imperativa (art. 6.2 y 3 del Código Civil).

En consecuencia, el testamento es un negocio jurídico exclusivamente normativo, y por eso, como escribiera Domat, tiene «*lieu de loi*»⁷, igual que el contrato, que también tiene «*lieu de loi*»⁸ referido a su efecto normativo.

⁷ DOMAT, «Les lois civiles dans leur ordre naturel», en *Ouvres complètes*, II, p. 487, donde escribe que «*les dispositions d'un testament ont leur effet par la volonté du testateur, qui tient lieu de loi*».

⁸ DOMAT, *op. cit.*, I, p. 133, donde escribe que «*les conventions etant formées, tout ce qui a été convenu, tient lie de loi a ceux qui les ont faites*».

IV. LA REALIDAD CONTRACTUAL HOY EN DÍA

¿Cabe en la definición descrita por mí, anclada en la doctrina y la legislación de hace cincuenta años, la realidad contractual actual, la de 2005? La contestación afirmativa implica que en aquella idea de contrato debe encontrar reflejo adecuado la serie inacabable de contratos vivos actuales, en los más diversos sectores del Derecho privado contemporáneo, sea civil, mercantil y aun laboral. Entre ellos:

— Contratos de hoy pero con la modalidad regulada en 1889, que hoy perviven como entonces, nominados o tipificados por el legislador del Código Civil o por las legislaciones especiales, más o menos modernas y aún variables en el tiempo —por ejemplo, arrendamientos—, puramente sociológico y aun político.

— Contratos del mundo de la alimentación, sea en los mercados semanales de los pueblos de España —auténticamente medievales—, sea en los modernos super o hipermercados; sea de las personas, sea alimentación de los animales, sea de empresas familiares o multinacionales.

— Contratos de prestación de servicios, financieros —banca, bolsa, seguros— o no; desde la limpieza de edificios o calles a los contratos de servicios profesionales de todo tipo, de transportes, etc.

— Contratos del mundo de la construcción en todas sus modalidades, desde la construcción de la «Ciudad del Santander», en Majadahonda, a la de una central eléctrica de ciclo combinado, con cientos de folios de cláusulas; desde un chalet individual en la costa o en la sierra a la construcción de urbanizaciones o «rascacielos» de la ex ciudad deportiva del Real Madrid, etc.

— Contratos del mundo de la fabricación y venta de objetos o ingenios industriales más variados: barcos y aviones, trenes, automóviles, electrodomésticos y ordenadores, teléfonos y juguetes, etc.

— Contratos, en fin, del mundo de la informática o de la electrónica, vinculados a Internet, de interconexión de redes, etc.

No es necesario seguir enumerando para resaltar la dificultad y la necesidad de que toda esa riquísima variedad multicolor de la realidad moderna en tema de contratos debe entrar en una noción única y adecuada del contrato como institución jurídica; sin duda será conveniente poner de relieve, aunque ampliándola y matizándola, para concordarla con la realidad legislativa actual, la ya centenaria clasificación de Saleilles que distin-

gue entre contratos ordinarios (individuales, «*gré a gré*») y contratos de adhesión (ya codificada: art. 428 del Código Civil ruso); entre contratos individuales y contratos con condiciones generales [ya codificada: arts. 1.341 y 1.342 del Código Civil italiano; arts. 305 y siguientes del alemán (2002); La Ley española de Condiciones Generales de la Contratación de 1998]; entre contratos *standard* y los demás (Inglaterra); entre contratos entre empresas y entre éstas y los consumidores (España: Constitución Española y Ley de 1984/1998); entre contratos con cláusulas abusivas y los demás [ordenamientos de la Unión Europea (1993) y de sus Estados integrantes (leyes de incorporación)]; y quizás sea conveniente tener presente la enorme variedad de los contratos innominados o atípicos, con base ya en el Derecho romano, recogidos por Domat y facilitados en los ordenamientos modernos por la vigencia del principio de la libertad de contratación; respecto de los cuales hay que recordar —a veces parece olvidarse— que no son contratos carentes de regulación en los sistemas jurídicos codificados —carecen, eso sí, de regulación legal tipificadora—, por cuanto, siendo contratos creadores de obligaciones, tienen todos ellos su regulación —al menos parcial— en el Código Civil, no sólo en la teoría general de los contratos (arts. 1.254 y siguientes), sino también en la teoría general de las obligaciones (arts. 1.088 y siguientes) —precisamente por ser contratos y obligaciones—.

¿Cabe todo ello en la noción/institución clásica del contrato formulada por Domat —y los Códigos Civiles francés, italiano y español—, por Savigny y el diseño del BGB? Yo entiendo que básicamente sí, siempre que su definición tenga presente la triple perspectiva indicada al principio de este estudio, es decir, viendo el contrato no sólo como el hecho jurídico constituido por la voluntad unánime de dos o más declaraciones, sino también en su dimensión de relación obligatoria y de norma/regla contractual que, para regular aquella relación, se integra con la ley imperativa o dispositiva que sea, con el uso (normativo) y la buena fe (normativa, como principio general del Derecho) —tal como dispone nuestro art. 1.258; jerarquizadas esas fuentes como quieren los arts. 1 y 6.2 y 3—.

Obviamente, la nueva realidad contractual —negocial y legislativa— exigirá la apertura y caracterización de las nuevas categorías y clasificaciones contractuales; pero nos parece obvio también que aquel esquema «tridimensional» —acto, relación y norma— del contrato permite reflejar toda aquella riquísima variedad, incluidos los esquemas de protección del «contratante débil» —trabajo, arrendamientos, consumidores— hoy presente en la realidad legislativa moderna sobre el contrato, cuya protección exige-

rá una mayor presencia de la norma legal imperativa o semiimperativa, en detrimento de la norma negocial/contractual.

V. LAS CATEGORÍAS DOCTRINALES Y LEGISLATIVAS CLÁSICAS DEL CONTRATO. EL CONTRATO EN DOMAT Y LOS CÓDIGOS LATINOS: SAVIGNY Y EL BGB

Para la ciencia del Derecho civil moderno relativa al concepto de contrato, los «padres fundadores» —aunque haya «abuelos»⁹ fueron Domat, reflejado directamente, a veces literalmente, en los Códigos Civiles francés, italiano y español, de un lado; y, de otro, Savigny, recreado por Windscheid, reflejado por el BGB alemán. El primero elaborará directa y únicamente el concepto de contrato; el segundo elabora la idea de negocio jurídico —declaración de voluntad— como idea genérica y, dentro de ella, siquiera como supuesto de negocio más frecuente e importante, la de contrato.

A) Domat (1625-1695), abogado del Rey en Clermont y, por tanto, jurista práctico, es también un jurista formado en el iusnaturalismo: por eso su obra cumbre llevará precisamente el título de *Les lois civiles dans leur ordre naturel*¹⁰.

La idea clave, que allí describe y que ahora interesa, es la de *convention*, la cual define en los siguientes términos: «*la convention est le consentement de deux ou plusieurs personnes pour former entre elles quelque engagement*» (también extinguirlo o modificarlo)¹¹.

Por tanto, Domat en esta definición ve la convención como un medio/instrumento para crear relaciones jurídicas, no para crear una norma o parte de la norma, reguladora de esa relación jurídica contractual creada con la *convention*; esto, el valor normativo de la *convention*, sin designarlo con este nombre, lo dirá en otro momento que en seguida veremos; porque antes quiero poner de relieve que, para Domat, el concepto de *convention* es genérico, que comprende otros tres conceptos: «*ce mot de con-*

⁹ Así, por ejemplo, CUJACIUS escribió: «*contractus accipimur pro negotiatione vel causa ex qua nascuntur obligatio*»; y también «*contractus est conventione et negotium, ex quo obligatio contrahitur*», en *Comentaría intítulos pandectarum*, tít. XIV *in fine*. Es la suma de GAIO y ULPIANO.

¹⁰ Hemos utilizado la edición de París de 1828 incluida en su *Obras completas*, especialmente su t. I.

¹¹ DOMAT, *op. cit.*, p. 122.

vention est un nom general, qui comprend toute sorte de contrats, traités et pactes de toute nature»¹². Aquí aparece nuestra palabra clave, el contrato, como una categoría especial de la *convention*, y ello explicará que luego el Código Civil francés, al definir el contrato en su art. 1.101, lo hará en los siguientes términos: «*le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, a donner, a faire ou a ne pas faire quelque chose*»; definición, por tanto, que ve el contrato sólo como fuente de obligaciones y que encuentra su reflejo en el Código Civil español, sólo que separadamente, en los arts. 1.089, cuando dice que «*las obligaciones nacen (...) de los contratos...*», y 1.088, cuando describe que «*toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa*»; y conjuntamente en el art. 1.254 cuando entiende que «*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*».

Es claro que la redacción de la definición del contrato por el Código Civil francés y el español se hacen del contrato como convención o acuerdo y como fuente de relaciones obligatorias contractuales, tal como hacía Domat en las citas que preceden; pero ni Domat al definir la *convention* —y, por inclusión en ella, del contrato—, ni los Códigos francés y español reflejan explícita y formalmente en la definición del contrato el efecto normativo del mismo; cosa que sí hace, en cambio, el Código Civil italiano, cuyo art. 1.321, bajo el epígrafe de «*Nozione*» (del contrato), dispone que «*il contratto é l'accordo de due o piú parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*»; aquí sí se recogen los tres aspectos del contrato, sea como hecho voluntario e intencional —negocio jurídico contractual: acuerdo—, sea como relación jurídica, sea como norma o parte de la norma —a integrar con otras fuentes— reguladora de la relación contractual creada.

Ahora bien, una cosa es que no se refleje en la definición del contrato —¿vale la pena recordar que «*in iure civile omnis definitio periculosa est*»?—, ni por Domat ni por los Códigos Civiles francés y español, el aspecto normativo del mismo y otra bien diferente que aquel gran jurista y los redactores de ambos Códigos que en él se inspiraron —o copiaron— no fueran conscientes del mismo, e incluso sacaran las consecuencias legislativas pertinentes, siquiera no utilizaran el propio término literario adecuado. En efecto, Domat y los Códigos Civiles latinos se hacen eco del tema al menos en tres ocasiones:

¹² *Ibid.*

1.^a Una vez escribirá que «*les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs persons, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent*»¹³. No es una ley del poder legislativo, norma estatal, general y publicada, heterónoma; tiene, en cambio, un valor de norma autónoma negocial que vincula, sí, pero sólo a quienes la formulan, es decir, a los contratantes: llamar *loi* a la norma contractual no es la primera vez que se hace entre los civilistas, pues el *Digesto* recoge que «*legem enim contractus dedit*» (L. XVIII.23) y que «*contractus enim legem ex conventionem accipiunt*» (I.I.16.3); es seguro que Domat piensa en estas expresiones de Ulpiano.

2.^a Otra vez, de forma más explícita y contundente, escribió que «*les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu, tient lieu de loi a ceux qui les ont faites*»¹⁴. La frase pasó a ser, con algún cambio literario: *a*) el art. 1.134 del Código Civil francés, a tenor del cual «*les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites*»; *b*) el art. 1.372 del Código Civil italiano, según el cual «*il contratto ha forza di legge tra le parti...*», y *c*) el art. 1.091 del Código Civil español, a tenor del cual «*las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de las mismas*».

Quiero llamar especialmente la atención del lector sobre la identidad terminológica y conceptual de la frase que Domat utiliza para designar el efecto —normativo, digo yo— del contrato y el del testamento, para destacar de éste igualmente su valor y efecto —normativo, digo yo—, cuando afirma: «*comme les dispositions d'un testament ont leur effet par la volonté du testateur qui tient lieu de loi, ce n'est que de cette volonté qu'elles ont leur forcé*»¹⁵.

Se trata, por tanto, no de que el contrato sea una ley en sentido técnico actual, la norma heterónoma, general, abstracta, escrita y publicada, procedente del poder legislativo del Estado; pero sí de una norma autónoma, privada y negocial, creada por los propios contratantes y que sólo a ellos obliga (art. 1.257 del Código Civil español), pero que tiene la fuerza (normativa) de una ley. Han escrito los brillantes civilistas franceses de nuestra época Marty y Raynaud¹⁶, explicando el valor de la frase «*lieu de loi*» del art. 1.134 del Código Civil francés, que «*l'article 1.134 assimile le contrat a*

¹³ *Ibid.*, p. 121.

¹⁴ DOMAT, *op. cit.*, I, *Conventions en general*, section II, núm. 7.

¹⁵ DOMAT, *op. cit.*, II, p. 487.

¹⁶ MARTY Y RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, I, p. 258.

la loi; le contrat tient lieu de loi aux parties; certes il n'a pas la généralité de la loi, ce n'est que la loi des parties, mais il en a l'autorité, les parties doivent se soumettre aussi bien qu'à la règle légale et le juge doit en imposer le respect aussi bien que celui de la loi».

En todo caso, Domat explicará la amplitud de esa posibilidad normativa, reconociéndosela a las partes, que ofrecen las convenciones, y, por consiguiente, los contratos, en tanto que modalidad principal de aquéllas, cuando escribe que *«toutes persons peuvent faire toutes sortes de conventions (...) pourvu seulement (...) que la convention n'ait rien contraire aux lois et aux bonnes meures»*¹⁷.

La idea encontrará reflejo bien cumplido en el art. 1.255 del Código Civil español, cuando dispone que los contratantes pueden establecer *«los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público»*, y, en su segunda parte, lo encontrará: *a)* en el art. 1.271.3 del Código Civil español —al regular el objeto del contrato, prohibiendo los que sean «contrarios a las leyes o a las buenas costumbres»—, y *b)* en los arts. 1.133 del Código Civil francés¹⁸, 1.343 (italiano) y 1.275 (español) al regular la causa.

3.^a La tercera vez que Domat pone implícitamente de relieve el efecto normativo de la *convention* —por tanto, también del contrato— es al emparejarla con las otras fuentes normativas —las heterónomas: ley, costumbre y equidad—, integrándolas todas ellas para determinar la totalidad de consecuencias jurídicas implicadas al celebrar la *convention*. Literalmente escribió Domat: *«les conventions obligent, non seulement a ce qui y est exprimé, mais encore a tout ce que demande la nature de la convention, et a toutes les suites que l'équité, les lois et l'usage donnent a l'obligation où l'ont est entré; de sorte —añade, explicando— qu'on peut distinguer trois sortes d'engagements dans les conventions: a) ceux qui sont exprimés; b) ceux qui sont des suites naturelles des conventions, et c) ceux qui sont réglés par quelque loi ou quelque coutume»*¹⁹.

¹⁷ DOMAT, *op. cit.*, p. 128.

¹⁸ Dispone el art. 1.133 del Código Civil francés que *«la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou a l'ordre public»*. En realidad, el art. 1.133 del Código Civil francés es una aplicación concreta de su art. 6, el cual, con una portada general, sanciona: *«on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre publique et les bonnes moeurs»*. Por su parte, el Código suizo de las Obligaciones (1911), bajo el epígrafe de *Bestimmung des Inhaltes* («Del contrato»), regula la libertad contractual y sus límites, situados en la ley imperativa, el *«öffentliche Ordnung»*, las *«guten Sitten»* y el *«Recht der Persönlichkeit»* (art. 19).

¹⁹ DOMAT, *op. cit.*, p. 134.

Por tanto, la total norma reguladora de una relación obligatoria contractual concreta y determinada, a la cual debe acoplarse la conducta de las partes en el contrato si quieren cumplirla —deben cumplirla para no incurrir en responsabilidad—, está integrada, debidamente jerarquizadas, por las normas parciales procedentes de las distintas fuentes, por la ley imperativa, la *lex contractus*, la ley dispositiva, la costumbre y la equidad.

Este planteamiento de Domat pasa a ser artículos concretos de los Códigos Civiles latinos: efectivamente, dispondrá el art. 1.135 del Código Civil francés que «*les conventions obligent non seulement a ce qui y est exprimée, mais encore a toutes les suites que l'équité, l'usage o la loi donnent a l'obligation d'après sa nature*»; como se ve, la frase de un jurista convertida en ley cien años después de morir y plena de vigor hoy en día, trescientos años después, no sólo en Francia, sino también en Italia, cuyo Código Civil dispone en su art. 1.374 —dando el nombre a la figura civil de «*integrazione del contratto*»— que «*il contratto obliga le parti non solo a quanto é nel medesimo espresso, ma anche a tutte de conseguenze, che ne derivano secondo la legge o in macanza, secondo gli usi e l'equità*»; y también en España, cuyo Código Civil, en su art. 1.258, preceptúa que «*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*».

Esta visión de Domat, denominada por Redenti «*integrazione del contratto*» y recogida con este nombre por el Código Civil italiano en su art. 1.374, antes transcrito, encuentra eco en ordenamientos jurídicos tan dispares de los Códigos Civiles latinos como son: el sistema jurídico civil inglés, donde es doctrina común —con unos u otros términos—, al exponer el contenido normativo del contrato, la utilización de la expresión *terms*, distinguiendo entre ellos: 1) los «*express terms*» —queriendo significar los términos expresos, es decir, «pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente» (las partes), del art. 1.255 del Código Civil español—, y 2) los «*implied terms*» —queriendo significar los términos implícitos o implicados por la existencia de la relación contractual, que tendrá aspectos no previstos por las partes, pero que estén regulados por fuentes normativas no contractuales, sino heterónomas; por eso distingue el Derecho civil inglés varios tipos de «*implied terms*»: a) «*implied by costum*»; b) «*implied by statute*», y c) «*implied by courts*», es decir, *terms* implicados (derivados) de la costumbre, de la ley o de la jurisprudencia (precedentes judiciales)—.

El nuevo Código Civil ruso —1994, de la Rusia democrática, de la «perestroica»—, que sustituyó al Código Civil de la Rusia soviética de 1964

—con base en la denominada «Ley de Principios Fundamentales del Derecho Civil soviético de 1962»—, en su art. 421, bajo el título de «*Freedom of contract*», después de regular la libertad contractual constitutiva o de conclusión en los primeros apartados, dedica los números 4 y 5 a regular la libertad contractual normativa, enumerando y jerarquizando las fuentes normativas, es decir, las fuentes de integración del contrato, en los siguientes términos: «4. *The terms of the contract shall be determined by agreement of the parties except for cases when the content of the respective term is prescribed by a statute or other legal acts (article 422: imperative norms). In cases when a term of a contract is provided by a norm that is applied to the extent not provided otherwise by agreement of the parties (a dispositive norm), the parties may by their agreement exclude its application or establish a term different from that provided in it. In the absence of such an agreement the term of the contract shall be determined by the dispositive norm. 5. If a term of a contract is not determined by the parties or a dispositive norm, the respective terms shall be determined by the customs or trade applicable to the relations of the parties*».

En todo este problema importantísimo de la enumeración de las fuentes normativas y su integración, previsto inicialmente por Domat, hay un punto diferencial representado por el Código Civil español, cuando en su art. 1.258, apartándose del propio Domat y de los otros Códigos latinos —francés e italiano—, sustituye a la equidad como fuente normativa heterónoma por la *buena fe*, entendida, claro es, en su sentido normativo y no subjetivo²⁰, en la calidad de norma jurídica y no en función de cumplimiento de las obligaciones contractuales. En realidad, se trata de que el legislador español hace jugar a la buena fe —en el art. 1.258— directamente como fuente normativa, mientras que el francés e italiano hacen jugar a la equidad para cubrir esa función, siguiendo más directamente a Domat —siquiera la equidad sería una derivada de la buena fe—. En efecto, Domat escribió que «*il n'y a aucune espece de convention où il ne soit sous entendu que l'un doit a l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la maniere de s'exprimer dans la convention que pour l'execution de ce qui est convenu et de toutes les suites*»; por eso el Código Civil francés hará jugar a la buena fe en el cumplimiento (art. 1.134.2) y el italiano hará operativa la buena fe también en el cumplimiento (art. 1.375) y en la interpretación de los contratos (art. 1.366) —coincidiendo en esto con el BGB,

²⁰ Véase mi «Contribución sobre la buena fe», en *Libro Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, t. I, pp. 627 y ss.

cuyo art. 157 regula la interpretación según la buena fe en los negocios jurídicos en general—. La idea de operar con la buena fe sólo en el cumplimiento de las obligaciones es la recogida por el Código de Comercio español en el art. 57. Por lo demás, la exigencia de la buena fe en el cumplimiento —«*Treue und Glauben*»— es lo dispuesto en el párrafo 242 del BGB —siquiera la jurisprudencia y la doctrina alemana hayan utilizado el párrafo 242 con una gran amplitud de supuestos (*Monopolrechtprechung, Geschäftsgrundlage, AGB, etc.*)—.

B) Savigny, profesor universitario, fue el gran sistematizador alemán del *Digesto* o *Pandectas*. El *Pandektenrecht* germánico representó una segunda (siglos XVIII-XIX) recepción del Derecho romano —la primera lo sería por los países latinos a través de las Universidades de Bolonia, París o Salamanca— por los profesores universitarios alemanes, elaborando un *Professorenrecht* con categorías conceptuales basadas en el método de la *Begriffsjurisprudenz*, con la lógica conceptualista y con pretensiones de elaborar un Derecho civil científico, creando un auténtico sistema de principios y conceptos generales. La obra más representativa —aunque tuviera precedentes— es la del propio Savigny, que titula precisamente como *System des heutigen römischen Rechts*²¹.

Como ejes o columnas del sistema de Savigny, a efectos de lo que ahora interesa a nuestro estudio, aparecen las tres ideas siguientes:

En primer lugar, la idea del *Rechtsverhältnis*, entendida como sigue: «*jedes einzelne Rechtsverhältnis als eine Beziehung zwischen Person und Person durch eine Rechtsregel bestimmt*»²². Se trata de un vínculo jurídico intersubjetivo cuya juridicidad viene dada precisamente porque una regla de Derecho, una norma jurídica, la regula, la determina, la conforma. Hay en toda *Rechtsverhältnis* dos elementos esenciales: uno material —la relación intersubjetiva— y otro formal —la forma jurídica que impone la regla jurídica—.

En segundo término, la idea de *Willenserklärung*, equivaliendo a *Rechtsgeschäfts*, definida así: «*Unter Willenserklärungen oder Rechtsgeschäften sind diejenige Tatsachen verstehen, die nicht nur freie Handlungen, sondern in welchen zugleich der Wille des Handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist*»²³.

²¹ Hemos manejado la edición alemana fechada en Berlín, 1840, y la traducción española prologada por DURÁN Y BAS, 2.ª ed., Madrid.

²² C. SAVIGNY, *op. cit.*, edición de VEITUND (comp.), t. I, p. 333.

²³ *Ibid.*, pp. 98-99.

Sólo destaca Savigny, por tanto, el efecto constitutivo del negocio jurídico en general; perfeccionado éste por la(s) declaración(es) de voluntad engendra una *Rechtsverhältnis*; para nada menciona Savigny ahora el eventual efecto normativo; más aún, contrapondrá, utilizando precisamente como ejemplo el contrato, la ley que reconoce el contrato y el contrato mismo: «estos hechos, escribe, son de naturaleza esencialmente distinta y colocar al mismo nivel las leyes y los contratos, considerar los contratos como fuentes del Derecho, es confundir lastimosamente las cosas. Esta confusión se encuentra, sin hablar de autores modernos, en muchos pasajes de Cicerón». Esta visión del negocio contractual es la que recogió el art. 305 —hoy 311.1— del BGB, al considerar el contrato como fuente necesaria de las relaciones obligatorias nacidas de un negocio²⁴.

Además, se ocupa Savigny de una tercera idea clave, en función siempre de lo que ahora interesa, y es la idea de *Vertrag*, y la encuadra bajo el concepto más general de negocio jurídico o manifestación de voluntad; considerando el contrato «entre todas las clases de manifestación de voluntad, como la más extensa y variada»; y considerando el negocio jurídico o manifestación de voluntad como hecho jurídico consistente en «un acto libre». Del hecho forma parte el acto libre, del acto libre forma parte la manifestación de voluntad, de la manifestación de voluntad forma parte el contrato; escala jerarquizada en base a la generalidad de los conceptos que va desde el más general al menos general: hecho, acto libre, manifestación de voluntad y contrato.

Con estos esquemas mentales aborda Savigny la definición de contrato: por ser manifestación de voluntad —«la más importante y variada»— debería definirla como la clase de declaración de voluntades conforme que tiene como fin inmediato crear o extinguir la relación obligatoria contractual; pero no es eso lo que dice: eso hay que derivarlo lógicamente de su definición de *Willenserklärung*, de la cual el contrato es la más importante manifestación; lo que efectivamente escribe Savigny es lo siguiente: «*Vertrag ist die Vereinigung mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden*». No utiliza ahora las expresiones *entstehen* ni *auflossen* como hacía al definir el negocio jurídico, sino precisamente *bestimmt*, que es algo bien distinto. En efecto, cuando alguien *bestimmt* una relación jurídica no la crea ni la extin-

²⁴ Disponía el art. 305 y dispone ahora el 311.1.º del BGB: «*Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit ein Gesetz ein anderes vorschreibt*».

que, sino que la regula; crea la norma o regla que la rige o regula; cuando alguien *bestimmt* una relación contractual lo que hace es estipulaciones *Bestimmungen*: «los pactos, cláusulas y condiciones» (art. 1.255 del Código Civil). Es de mucho interés confrontar lo que dice al definir la *Rechtsverhältnis* —una relación de persona a persona *bestimmt* por una regla jurídica— y la definición del contrato —varias declaraciones de voluntad fusionadas en una, mediante las cuales los contratantes *bestimmt* sus relaciones jurídicas—. ¿Será que para Savigny el contrato es la norma o parte de la norma que *bestimmt* la relación contractual? Es claro, en todo caso, que el contrato realiza la misma función que lo que Savigny definió como regla jurídica, a saber, *bestimmt* relaciones jurídicas.

Lo que está claro también es que no vio Savigny la diferencia entre los distintos tipos de negocio jurídico, teniendo en cuenta su distinta eficacia: todos ellos ciertamente son declaraciones de voluntad, pero en cuanto a su eficacia, unos crean relaciones jurídicas (matrimonio); otros crean reglas jurídicas (testamento, capitulaciones matrimoniales); otros, en fin, crean ambas cosas a la vez, relación jurídica contractual y regla jurídica, o parte de ella (contratos obligacionales). Éstos son supuestos de hecho a regular con la norma heterónoma y son, a la vez, la parte de la norma autónoma de su norma reguladora total: crean a al vez relación y norma.

Pero Savigny tiene tanta influencia en la ciencia jurídica y en la legislación alemana, tanto el respeto y veneración que inspiraba, que sus esquemas penetran en el BGB, el cual se estructura, en la Parte general, sobre la idea del *Rechtsgeschäft* —*Willenserklärung*— y, seguidamente, del *Vertrag* —también en la Parte general—, en vez de llevar el *Vertrag* al libro de las obligaciones; cosa que curiosamente sí hacen ahora los legisladores del BGB reformado en 2002, al llevar al Libro II el tema de la «*Gestaltung rechts geschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*»²⁵.

Al no recoger Savigny el aspecto normativo del negocio jurídico tampoco lo recogió el BGB de 1900, el cual, sin definir negocio ni contrato, carece de preceptos similares a las mencionados por los arts. 1.255, 1.258 y 1.091 de nuestro Código Civil —y el italiano y el francés—, viéndose obligada la jurisprudencia y la doctrina alemanas, sobre todo la primera, a utilizar el parágrafo 242 —el principio de la «*Treue und Glauben*»— a modo

²⁵ El BGB (modificado en su Libro II entró en vigor el 1 de enero de 2002) reforma el Derecho de obligaciones incorporando el Abschnit 2, donde se recoge tanto la Ley de Condiciones Generales de la Contratación como las Directivas comunitaria de consumidores.

de comodín, desbordando su campo de actuación propio querido por el legislador alemán —el cumplimiento de las obligaciones: como el art. 57 del Código de Comercio español— y basando en él el nacimiento de reglas, es decir, dándole alcance normativo, como el art. 1.258 español, cosa que el legislador no lo dio.

La doctrina posterior a Savigny en general ha tenido en cuenta su definición del negocio jurídico —con su solo efecto constitutivo: creador de relaciones jurídicas— y no su definición de contrato, según la cual las partes no *entstehen*, ni *auflosen*, sino que *bestimmt* relaciones jurídicas obligatorias contractuales. A nuestro entender, en cambio, en las definiciones de Savigny hay lo siguiente en todo contrato:

En cuanto negocio jurídico que es —el más importante y representativo—, el contrato hace nacer una relación jurídica entre los contratantes (efecto constitutivo).

En cuanto contrato, además, *bestimmt* —estipula cláusulas, rige (dice el traductor español)—, sus relaciones jurídicas (efecto normativo).

Es claro que la norma contractual es norma esencialmente como la legal: a ella los contratantes deberán acomodar su conducta debida al cumplir el contrato; pero es claro también que la norma legal es heterónoma —nacida de poder legislativo: general, abstracta—, mientras que la contractual es autónoma —nacida de la voluntad de los contratantes, privada, particular y concreta—²⁶.

Pero ahora, en el nuevo Abschnitt 2 del Libro II, el BGB, de un lado, dispondrá que «*Zur Begründung-eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich*» (311, antiguo 305); y, de otro, los larguísimos arts. 305 y siguientes, al definir y denominar las distintas cláusulas de las AGB, las considera y precisamente denomina *Bestimmungen*, esto es, las cláusulas resultantes de la acción del verbo *bestimmt*.

Es decir, el contrato como fuente de relaciones obligatorias contractuales (311) y el contrato cuyo contenido (normativo) son *Bestimmungen* que rigen la relación creada o una parte de ella (305 y siguientes). Esta visión del contrato, en su aspecto normativo moderno, comporta una eventual contradicción entre los principios inspiradores de la *Teilnichigkeit* del

²⁶ Interpretando modernamente la idea de *Privatautonomie* ha escrito MEDICUS: «*sie ermöglicht Selbstbestimmung*», frente a la «*total Fremdbestimmung durch dem Staat*» (*Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 1985, p. 71), y que la «*Privatautonomie (...) soll also Selbstbestimmung, nicht Fremdbestimmung*» (*Schuldrecht*, t. I, München, 1986, p. 29).

Rechtsgeschäfts —139 del BGB: prevalece en la duda la nulidad total— y la *Teilnichtigkeit* del *Vertrag mit AGB* —306 (3): prevalece en la duda la nulidad parcial—.

VI. FENÓMENOS CONTRACTUALES QUE OPERAN SOBRE EL ASPECTO NORMATIVO DEL CONTRATO

Lo habitual es que los Manuales del Derecho civil no estudien el aspecto normativo del contrato y del negocio jurídico en general; sólo el profesor Díez-Picazo²⁷ llega a plantear el problema y sostener que el contrato, además de relaciones obligatorias contractuales, crea también reglas jurídicas que regulan aquellas relaciones, o parte de ellas, aunque se resiste a denominar normas a esas reglas nacidas del contrato: reserva la expresión «norma» para designar con ella las normas heterónomas —ley, costumbre y principios generales, es decir, las normas generales y abstractas—, mientras que a las normas autónomas, es decir, las procedentes de la autonomía de los particulares, no serían normas, sino reglas.

Su opinión ha sido valorada por mí en el libro de *Parte General*, y a lo allí escrito me remito²⁸; en mi concepción del contrato, el acuerdo de las partes crea, como hemos dicho al principio, no sólo la relación contractual derivada de la libertad jurídica constitutiva o libertad de conclusión, sino también la norma o regla (o parte de ella) reguladora de aquélla, derivada de la libertad jurídica normativa o autonomía de la voluntad. Ambas facetas de la eficacia contractual se estudian en sendas lecciones de mi *Derecho Civil*, II²⁹; a ellas me remito para no desviarme del problema que ahora me ocupa.

Se trata de poner de manifiesto que hay, al menos, cuatro temas relativos al contrato, todos ellos de un enorme calado, todos ellos regulados hoy con detalle por el Derecho positivo, codificado o en leyes especiales, que sólo resultan comprensibles, y, por tanto, explicables, partiendo del efecto normativo del contrato, es decir, que lo presuponen, que se dan dentro de

²⁷ L. Díez-Picazo, *Fundamento de Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Teoría del contrato*, Madrid, 1993, p. 123; íd., *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 2001, p. 29. Sobre la teoría normativa del negocio jurídico y del contrato en Italia, véase GALGANO, *Il negozio giuridico*, 1988, pp. 29 y ss (esp. nota 31).

²⁸ M. GARCÍA AMIGO, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Madrid, 1979, pp. 212 y ss. (ed. de 1997, pp. 199 y ss.).

²⁹ M. GARCÍA AMIGO, *Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1995.

su eficacia normativa. De los cuatro, hay dos más clásicos y dos más actuales; los dos primeros se regulan en el Código Civil y vienen del siglo XIX, de la Codificación; los dos segundos se regulan en leyes especiales y vienen de finales del siglo XX, al menos sus leyes reguladoras. Los dos primeros están constituidos por la «interpretación de los contratos» —*rectius* de la norma contractual—, regulada en los arts. 1.281 a 1.289 del Código Civil, de un lado, y, de otro, por la «integración del contrato», regulada —aunque sin explicitar ese nombre— en los arts. 1.258 del Código Civil y concordantes de las Leyes especiales (arts. 3 del ET, 4 de la LAU y 3 de la LAR). Los dos segundos, ausentes del Código Civil, están regulados en sendas leyes especiales. Me estoy refiriendo a la figura de las «condiciones generales de los contratos», reguladas ahora por la Ley de su nombre de 1998 (antes LGPCU de 1984), en primer lugar, y, en segundo término, a la figura de las «cláusulas abusivas» de la Directiva comunitaria de 1993, incorporada a la Ley de Consumidores de 1984, modificada a este efecto por la Ley de 1998. Voy a intentar sucinta, pero separadamente, tratar de los cuatro temas en la perspectiva señalada, esto es, para encuadrarlos en su marco natural, que es precisamente la eficacia normativa del contrato.

A) La *interpretación del contrato y sus reglas prácticas* están codificadas y explicadas en todos los Manuales y Comentarios al Código Civil —a ellos me remito—. Sólo me importa ahora poner de relieve que en Derecho sólo se interpretan las normas, no los hechos (acuerdo de voluntades), no las relaciones jurídicas; aquéllos y éstas se prueban, no se interpretan. Las normas, como expresiones de la voluntad normativa, son las que permiten y piden la interpretación precisamente cuando su expresión es defectuosa, imprecisa, equivocada u oscura —*in claris non fit interpretatio*—. Por eso nuestro Código Civil contiene reglas interpretativas similares, cuando no idénticas, para la norma legal (art. 3), para la norma testamentaria (art. 675), para la norma contractual (arts. 1.281 a 1.289). Es aleccionador observar que los criterios de interpretación contenidos en los preceptos antes mencionados son básicamente los mismos que ya expusiera Savigny —salvo el de la «realidad social» del art. 3—, y es más aleccionador aún que el Código Civil no tenga ningún criterio para interpretar las declaraciones de voluntad matrimoniales, sólo explicable porque el matrimonio es negocio jurídico que no crea norma, a diferencia del testamento y del contrato, como antes se dijo.

B) La *integración del contrato*, aunque recibe tal nombre en el Derecho legislado del art. 1.374 del Código Civil italiano —la expresión se debe

a Redenti—, nace mucho antes no sólo en la doctrina civilista, sino también en los Códigos, ya que el art. 1.374 del Código Civil italiano es copia literal del art. 1.124 del Código Civil italiano de 1865; el cual, a su vez, copia literalmente al art. 1.135 del Código Civil francés; el cual, a su vez, copia casi literalmente —y desde luego, copia su fondo normativo— a Domat, como antes se expuso. Nuestro Código Civil, en su art. 1.258, copia casi literalmente a los arts. 1.124 y 1.374 italianos, al art. 1.135 francés y a Domat; la única diferencia de fondo consiste en que el nuestro sustituye, como fuente de integración, la idea de la equidad de Domat y de los Códigos francés e italiano por la idea de buena fe, haciendo jugar a ésta en el momento normativo de la relación contractual —en su caso— y no en el momento de cumplimiento, como hacen los Códigos francés (art. 1.134.3), italiano (art. 1.375), alemán (§ 242) y art. 57 del Código de Comercio español.

No voy a tratar ahora en profundidad el problema de la integración del contrato —remito a mi libro de obligaciones y contratos³⁰—, pero sí voy a hacer algunas consideraciones breves en todo caso que interesan para el tema que me ocupa:

A) La primera es que el fenómeno de la integración exige conceptualmente que se integren cosas de naturaleza homogénea: se integran normas siempre, porque el resultado de la integración es también norma y sólo norma; se integra siempre la total norma reguladora de la relación contractual de que se trate; se integran normas y no hechos jurídicos y normas, y relaciones jurídicas; se integran siempre normas, sean normas autónomas o heterónomas, pero siempre normas; se integran voluntad normativa contractual, más voluntad normativa legal, más voluntad normativa consuetudinaria, más voluntad normativa decantada por la buena fe objetiva; y como una de las fuentes a integrar es la generada por el contrato —«lo expresamente pactado» (art. 1.258 español); «*ce qui y est exprimé*» (art. 1.135 francés); «*quanto é nel medesimo (contratto) espresso*» (art. 1.374 italiano)— habremos de concluir que el contrato crea normas —autónomas, negociales, particulares, privadas, pero normas—; normas que se integran con las otras normas, ahora heterónomas —ley, uso (nor-

³⁰ *Ibid.*, pp. 354 y ss. Véase también mi Conferencia en el Colegio Notarial de Madrid «Integración del negocio jurídico», publicada en los *AAMN*, XXIII, 1979. Asimismo, «Integración del testamento», en *Libro Homenaje al Profesor Albaladejo*, vol. I, Murcia, 2004, pp. 1833 y ss.

mativo) y buena fe (principio general del Derecho)—; buena fe ahora normativa —no subjetiva—, como modelo de conducta normativa que genera o modula, regula o rige en todo caso la conducta de las partes dentro de la relación contractual de que se trate, y que se traducirá, cuando proceda su aplicación, en derechos y deberes concretos entre las partes.

B) La segunda consideración, de una enorme trascendencia en el Derecho contractual moderno —de las condiciones generales y de las cláusulas abusivas; luego veremos esto—, es la jerarquización de los distintos tipos de normas a integrar: autónomas y heterónomas, y dentro de éstas, las legales, las consuetudinarias, las generadas por la buena fe. Esa jerarquización, que permitirá superar las contradicciones eventuales entre uno y otro tipo de normas determinando cuál de ellas prevalecerá en caso de contravención, no está resuelta en Domat, no en el art. 1.135 francés, ni en el art. 1.258 español; sí lo está, aunque sólo parcialmente, en el art. 1.374 italiano y lo está claramente en el art. 421.4 y 5 del Código Civil ruso.

El problema de la jerarquización de las fuentes a integrar y de las normas de ellas derivadas, reguladoras de una relación contractual concreta, hay que resolverlo en España por dos vías: una general, acudiendo a los arts. 1 y 6.2 y 3 del Código Civil para todo contrato que no tenga una jerarquización propia; otra especial, contenida en las particulares leyes reguladoras —así, el art. 1 de la LAR³¹, los distintos supuestos y apartados del art. 4 de la LAU³², el art. 3 del ET³³, aparte los pertinentes artículos de las Compilaciones: aragonesa (art. 3) y navarra (ley 6), y el art. 111.6 de la Ley (inconstitucional) de introducción al Derecho civil catalán—. De todos estos preceptos, generales y especiales —por razón de la materia o del terri-

³¹ Dispone el art. 1.2 de la LAR de 2003 que «estos contratos se rigen por lo expresamente acordado por las partes, siempre que no se opongan a esta ley. Supletoriamente, regirá el Código Civil y, en su defecto, los usos y costumbres que sean aplicables. Hay que entender que el derecho imperativo aplicable, aunque esté en el Código Civil, precederá a lo acordado por las partes».

³² El art. 4.2 de la LAU de 1994 dispone que «los arrendamientos de vivienda se rigen por lo dispuesto en el Título II de la presente Ley (semi imperativa) y, en su defecto, por la voluntad de las partes y supletoriamente por el Código Civil». El art. 4.3 de la LAU dispone que «los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes y, en su defecto, por lo dispuesto en el Título III de la presente Ley (dispositiva) y supletoriamente por el Código Civil».

³³ El art. 3 del Estatuto, «Fuentes de la relación laboral», dispone que «los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan: a) por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado; b) por los convenios colectivos; c) por la voluntad de las partes; y d) por los usos y costumbres legales y profesionales».

torio—, se deduce que la jerarquización —cada fuente/norma excluye la aplicación de la siguiente— viene dada en el siguiente orden: 1) ley imperativa; 2) voluntad contractual; 3) ley dispositiva; 4) costumbre/uso normativo; 5) buena fe (luego veremos esto referido a contratos con condiciones generales o cláusulas abusivas)³⁴.

Esa misma jerarquización —prescindiendo de la buena fe, que no se menciona— estatuye el más reciente de los Códigos Civiles promulgados. En efecto, el Código Civil ruso de 1994, en su art. 421, establece en su punto 4.º la precedencia de la norma legal imperativa sobre la norma contractual, y de ésta sobre la ley dispositiva, y el punto 5.º sanciona que la ausencia de ley dispositiva se suple con la costumbre³⁵.

C) Las condiciones generales del contrato representan el gran fenómeno moderno en tema de contratos, del cual debe dar cuenta un concepto actual del contrato. Sin duda alguna para comprenderlo y explicar este fenómeno jurídico, inseparable por lo demás de la realidad contractual de nuestros días, con una extensión y una intensidad que abarca todos o casi todos los contratos de las empresas entre sí y con sus clientes y consumidores, habría que hablar de celebración de contratos de adhesión de un contratante (adherente) a las condiciones generales de la contratación del otro contratante (predisponente).

En todo caso, su incidencia peculiar en la concepción moderna del contrato viene dada por el hecho de que afecta a la libertad contractual normativa, no a la libertad contractual constitutiva (de conclusión): el adherente ejerce su libertad de crear una obligación, una relación obligatoria contractual; la que no ejerce es su libertad de crear la norma contractual —*lex contractus*— o la ejerce de una manera muy peculiar: la adhesión a la norma o regla formulada por el otro contratante (predisponente), que le viene dada e impuesta por la otra parte en el contrato (art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998)³⁶.

³⁴ No resuelve así el problema Díez-PICAZO en su «Comentario al art. 1.258», en *Comentario al Código Civil*, t. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 438. Su valoración del Derecho dispositivo frente a la norma procedente de la autonomía de la voluntad —siguiendo al profesor DE CASTRO, el cual, a su vez, seguía a NIPPERDEY en el *Enneceus*, edición de 1960, punto IV— y del «uso de los negocios frente a la ley dispositiva» —siguiendo a GARCÍA GOYENA— no parece que estén conformes con los artículos del Código Civil y leyes especiales citadas por nosotros. Hay que valorar, en cambio, muy positivamente su visión general de la «reglamentación de la relación contractual y sus fuentes» (punto III del Comentario). Sí establece correctamente la jerarquización en su *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 338.

³⁵ Véase la transcripción literal de los apartados 4 y 5 en las páginas anteriores.

³⁶ Un caso especial de Condiciones Generales de la Contratación es el representado por

El fenómeno, puesto de relieve doctrinalmente por primera vez por Saleilles y estudiado monográficamente ahora por multitud de autores —y también por mí en su día, como aportación a la polémica entablada sobre su naturaleza jurídica por los profesores Garrigues y De Castro—, no fue regulado en España hasta 1984, cuando el art. 10 de la LGPCU (hoy derogado) recogió una definición y régimen sucinto de las mismas sobre la base de algunas de las enmiendas propuestas por mí como diputado portavoz de la oposición y aceptadas en parte por el grupo de la mayoría: el marco de la Ley de Consumidores encuadraba a las CGC; hoy su regulación se contiene en su Ley especial (1998), exclusivamente a ello dedicada, desbordando —aunque sobre o subponiéndose— al tema de la protección de los consumidores, comprendiendo su ámbito de aplicación no sólo a los contratos de empresas con consumidores, sino también de empresas entre sí (art. 2 de la CGC).

No es el momento de abordar el estudio del problema en su totalidad —hay un excelente y extenso comentario a la Ley dirigido por los profesores Menéndez y Díez-Picazo, aunque adolece de ser obra colectiva y, por tanto, desigual—. Me interesa sólo destacar ahora, en relación con el tema que nos ocupa, que sin partir del efecto normativo del contrato mal puede comprenderse este fenómeno: la nulidad parcial del contrato, consecuencia de la nulidad total o parcial de las CGC (art. 8 de la CGC), y las consecuencias generadas por la misma o por la no incorporación —dando paso precisamente a la integración de acuerdo con el art. 1.258 del Código Civil (art. 10 de la Ley Condiciones Generales de la Contratación), para colmar el aspecto normativo dejado vacío precisamente por la nulidad parcial—, proclama claramente que se está actuando sólo sobre el aspecto normativo del contrato con Condiciones Generales de la Contratación, no sobre el aspecto constitutivo —la relación jurídica contractual entre el que impone las Condiciones Generales de la Contratación y el adherente sigue siendo perfectamente válida y eficaz, pero regulada con otras reglas o normas: las derivadas de aplicar el art. 1.258 del Código Civil, según dijimos sub B), en sustitución de las reglas contenidas en las CGC a las que se adhirió el adhe-

las denominadas «condiciones generales de la contratación de los transportes de mercaderías, por carretera», formuladas por Orden de 25 de abril de 1997 del Ministerio de Fomento, publicadas en aplicación del art. 24.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, el cual señala que «la Administración podrá aprobar contratos tipo en relación con los transportes de mercancías, siendo sus condiciones aplicables únicamente en forma subsidiaria o supletoria a las que libremente pacten las partes de forma escrita en el correspondiente contrato». El art. 24.1 de la Ley es desarrollado por el art. 13 de su Reglamento (RD 1211/1990, de 28 de septiembre). En realidad, son Derecho legal (reglamentario) dispositivo.

rente, que han sido declaradas nulas; porque, en efecto, lo nulo no es la relación contractual, sino la *lex contractus* o parte de ella, sustituida en la parte nula por la ley, el uso normativo o la buena fe (arts. 1.258 del CC y 10 de la CGC)—.

Es criticable, pues no tiene sentido que en el propio art. 10 se quiera integrar con disposiciones interpretativas del Código Civil: integrar no es interpretar, pero esto no es ahora el problema.

D) La otra clasificación actual moderna, por la existencia de una ley especial con base en la misma, es la que distingue entre contratos en los que una de las partes sea un consumidor o usuario y aquellos otros donde ninguna de las partes lo fuere; ello se debe a que en los primeros existe la posibilidad de cláusulas abusivas, mientras no la hay en los segundos. Ésa es la base de la Directiva comunitaria de 1993, incorporada al ordenamiento interno español por la Ley de 1998, que modificó la LGPCU originaria de 1984³⁷.

El tema de las cláusulas abusivas, basadas en la contradicción con el principio de buena fe, operando éste como límite a la libertad contractual normativa —en vez de una fuente de integración supletoria de último grado (art. 1.258)—, fue apoyado por mí y por los eurodiputados alemanes en la Comisión jurídica del Parlamento Europeo, frente a las opiniones de los ingleses, franceses e italianos, que defendían el criterio del «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes en la relación contractual, es decir, en el fondo, la idea de equidad. La transacción entre ambos criterios técnicos —contrariedad a la buena fe o contrariedad a la equidad— se plasmó en el art. 3.1 de la Directiva de 1993, vigente e incorporada, y cuya formulación final —«se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato»— recuerda claramente a Domat cuando escribió: «*Il n'y a espece de convention ou il ne soit sous entendu que l'un doit a l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'equité peut y demander, tant en la maniere de s'exrpimer dans la convention, que pour l'execution de ce qui est conven...*»³⁸. Sólo que Domat, aun conjuntando ambas reglas, de buena

³⁷ La figura de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores fue introducida, aunque sin conceptualizarlas legislativamente, por la Ley francesa 78/22, de 10 de enero de 1978, cuyo art. 35 atribuía al Consejo de Estado la posibilidad de «prohibirlas, limitarlas o reglamentarlas (...) tales cláusulas abusivas estipuladas en contradicción con las disposiciones precedentes, se reputan no escritas».

³⁸ DOMAT, *op. cit.*, p. 138.

fe y equidad, sólo las hace jugar en la conclusión y el cumplimiento, no en el momento normativo.

Buena fe y equidad —desequilibrio importante— como límites a la autonomía de la voluntad, cuando de contratos de adhesión por parte de los consumidores y de cláusulas abusivas se trate y que operan ahora en el Derecho positivo español, tanto en el ámbito propio de la LGPCU (1984/1998: art. 10 bis) como en el de la CGC (1998: art. 8, reclamando al anterior 10 bis de la LGPCU).

En consecuencia, siendo nulas las cláusulas abusivas, sea en contratos con consumidores, sea con CGC, o sin ellas, la forma de operar jurídicamente es la misma: las cláusulas abusivas —siendo siempre nulas— se tienen por no puestas y la entonces «laguna contractual» normativa generada por esa nulidad parcial de la *lex contractus* se colmará acudiendo al sistema de integración —sea ley, costumbre o buena fe—; correctamente ahora no se mencionan las normas de interpretación, como sí se hace en el art. 10 de la LCGC (1998).

La incidencia de orden doctrinal o científico que todo ello comporta para la noción general del contrato es que la relación contractual —que nació siendo eficaz y sigue vinculando a las partes— se regulará ahora por otra norma o regla —heterónoma—, distinta de la inicialmente formulada —autónoma—; en otras palabras, el punto de las cláusulas abusivas alcanza sólo al efecto normativo del contrato con consumidores, no al efecto constitutivo, al menos cuando hubiere nulidad parcial del contrato. En realidad, el régimen actual de las «cláusulas abusivas», situándolo en el esquema general del Código Civil español, queda enmarcado en el art. 6.3 cuando dispone que los «actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Las cláusulas abusivas van en contra de una Ley que las prohíbe, la cual, a su vez, establece el efecto no de la nulidad total del acto/contrato, sino de la nulidad parcial —precisamente de la parte del contrato-norma que las cláusulas abusivas representan—, llenándose el vacío normativo de la cláusula(s) nula(s) con la norma pertinente —ahora heterónoma: ley, costumbre, buena fe—, según el art. 1.258, precisamente por remisión de la ley especial prohibitiva, la cual prevé ese efecto para el caso de contravención.

Por ello, como conclusión lógica final, hay que asegurar que el tema de las cláusulas abusivas presupone necesariamente también el efecto normativo del contrato.

1. Modo de operar las técnicas utilizadas por las Leyes 1984/1998

El problema específico que introduce en la contratación el tema de las condiciones generales, especialmente cuando intervienen en los contratos con los consumidores —y consumidores son/somos todos—, es que una empresa elabora/impone normas contractuales a toda una generalidad/masa³⁹ de ciudadanos cuya característica común es la de ser consumidores o usuarios, adquiriendo entonces el fenómeno una dimensión general, si se quiere social o económico-social: es la generalidad o una gran masa de ciudadanos/consumidores y usuarios —adquirentes de bienes y servicios— la que se encuentra sometida a la regla unilateralmente dictada o impuesta, y, por tanto, se la hace valer o se la puede hacer valer en función de los intereses privados egoístas de la empresa que utiliza las Condiciones Generales de la Contratación. El problema individual, particular, de la empresa adquiere realidad general, social, al intervenir como adherentes a las Condiciones Generales de la Contratación la generalidad, son condiciones generales, la masa (contrato de masas) de ciudadanos consumidores contratantes con la empresa. Es por ello que interviene ahora el poder estatal —el legislativo del Estado— para cortapisar el enorme poder normativo contractual (*Bargaining power*) que el sistema de contratación con CG ponen en manos de las empresas; y lo hace no «matando al enfermo» —la institución contractual—, sino aplicando la medicina de las «cláusulas abusivas» —nulas—, haciendo pasar por encima de la «voluntad normativa» de las partes formalmente de ambos contratantes, ya que el adherente se adhiere, es decir, las aprueba, de lo cual deriva la incorporación al contrato, convirtiendo las condiciones generales en *lex contractus* —el principio de equilibrio de las prestaciones en que se concreta la exigencia de la buena fe normativa, proclamada jerárquicamente superior que aquella «voluntad normativa» nacida del contrato celebrado por adhesión a las condiciones generales— al chocar las cláusulas —o alguna de ellas— con la buena fe, provocando un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, son nulas de pleno derecho, como cuando chocan con una ley imperativa: como son cláusulas nacidas del «abuso» del poder contractual de quien redacta/impone condiciones generales de la contratación reciben el calificativo de «abusivas», corregidas, sancionadas con la nulidad parcial por la Directiva 1993. Declarada la «abusividad» de las cláusu-

³⁹ Como decía SALEILLES: «a una colectividad indeterminada».

las pertinentes, la corrección, la «medicina» aplicada, es colmar la laguna contractual con los mecanismos de integración previstas por el art. 1.258 del Código Civil, al cual remiten los artículos pertinentes de las Leyes especiales de 1984/1998 (consumidores: art. 10 bis.2) y de 1998 (condiciones generales: art. 10).

En consecuencia, el mecanismo jurídico de las cláusulas abusivas es un «fármaco» que actúa sobre el aspecto normativo del contrato solamente, dejando intacto el aspecto constitutivo —la relación obligatoria contractual sigue existiendo—, salvo en supuestos excepcionales en que queden afectados los elementos esenciales del contrato, caso en el cual se irá a la nulidad total, de acuerdo con la doctrina general (art. 9.2 de la Ley de 1998).

Todo ello implica una diferenciación fundamental entre lo que se considera «justo» para los contratos individuales y los contratos con consumidores o con condiciones generales: para los primeros, lo justo viene dado por el simple hecho de pactar —*qui dit contractual dit juste*—; para los segundos, lo justo, además de la exigencia contractual a través de la denominada por la Ley «incorporación», necesita que se cumpla otra exigencia que viene representada por la idea de «equilibrio» —«no desequilibrio importante»— entre los derechos y obligaciones de las partes contratantes, exigido por el comportamiento de buena fe en quien redacta/impone las condiciones generales, implicando esa buena fe tener en cuenta los intereses de la otra parte —del adherente— y no sólo los intereses de quien redacta o impone las condiciones generales. Cuando el presidente Botín vende al presidente Florentino Pérez el 22 por 100 de las acciones de FENOSA, ambos presidentes al contratar no deben tener en cuenta más que su interés particular cada uno de ellos; cuando ambos presidentes contratan con sus respectivos consumidores y usuarios, imponiendo sus condiciones generales, están sometidos al principio de la buena fe contractual, siendo nulas las cláusulas abusivas contenidas en tales contratos (Ley de 1998) por no tener en cuenta los intereses de la otra parte (consumidor).

A la vista de lo hasta ahora considerado, especialmente del fenómeno contractual moderno de la utilización masiva de condiciones generales de contratación, y aun de las cláusulas abusivas —habitualmente contenidas en condiciones generales de la contratación— en los contratos con consumidores y de las reacciones de los diferentes ordenamientos jurídicos, en particular la de los países de la Unión Europea, podemos concluir que se trata de un nuevo —pero amplio— campo, donde la libertad contractual

—la libertad jurídica—, en su modalidad de libertad normativa —autonomía de la voluntad—, sufre un importante recorte, una fuerte limitación por obra de la ley imperativa, en su modalidad de ley semi imperativa, cuya finalidad es la protección del contratante débil; considerando como tal al adherente a condiciones generales de la contratación y al consumidor de bienes o usuario de servicios; y ello por virtud de las leyes especiales —Condiciones Generales de la Contratación (1998) y General de Protección de Consumidores y Usuarios (1984/1998)—. La técnica jurídica utilizada para realizar la política jurídica de protección no es nueva; aunque con matices, ha sido y es utilizada para la protección de «contratante débil» en otros campos contractuales; lo fue y es en materia del contrato de trabajo⁴⁰; lo fue y lo es —aunque ahora menos— en materia del contrato de arrendamiento rústico⁴¹ y urbano⁴². Hay ciertamente matices entre unos y otros campos y supuestos, pero básicamente es la misma técnica: utilizar la nulidad parcial de las cláusulas abusivas por su choque de la norma legal semi imperativa protectora del «contratante débil» y sustituir la norma o parte de la norma contractual nula por la norma heterónoma correspondiente, utilizando la vía de la remisión prevista por las leyes especiales —arts. 10.2 de la LCGC y 10 bis.2 de la LGPCU—⁴³.

La idea de la nulidad parcial del contrato —de alguna— de sus cláusulas por razón de contener condiciones generales de la contratación ha sido incorporada a la situación general de nulidad por contrariar a la ley imperativa o las buenas costumbres en algunos Códigos Civiles modernos o modernamente reformados; en efecto:

a) El Código Civil austriaco (ABGB) en su art. 879 dispone: «1. *Ein Vertrag der gegen gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt ist nichtig (...)* 3. *Eine in allgemeine Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einem Teil gröblich benachteiligt*».

b) Por otra parte, el Código Civil ruso (1994), después de regular con carácter general en el art. 421, bajo el epígrafe de «*Freedom of contract*», la libertad contractual y sus límites, tanto la libertad de conclusión (constitutiva) —en su apartado 1—, como la libertad normativa —apartados 2, 3

⁴⁰ Véase el Estatuto de los Trabajadores, especialmente sus primeros artículos.

⁴¹ Véase LAR de 2003, especialmente su art. 1.2.

⁴² Véase LAU de 1994, especialmente su art. 4.

⁴³ *Mi Teoría General de las Obligaciones y Contratos*, Madrid, 1995, p. 135.

y 4—, así como la integración del contrato —apartados 4 y 5 y art. 422—, dedica el art. 428 a regular el «*contract of adhesion*», en cuyo artículo, después de definirlo en el apartado 1, sitúa el límite a la validez de sus cláusulas en el apartado 2, en los siguientes términos: «*The party adhering to the contract has the right to demand the rescission or change of the contract if the contract of adhesion although does not contradict a statute or other legal acts, deprives this party of rights usually granted under contracts of such type, excludes or limits the liability of the other party for the violation of obligations or contains other terms clearly burdensome for the adhering party, that it, on the basis of its reasonably understood interest, would not have accepted if it had the possibility of participating in the determination of the terms of the contract*»⁴⁴.

Como conclusión final de cuantas consideraciones anteceden, apenas esbozadas, se podría presentar una definición del contrato, sustancialmente coincidente con la del Código Civil italiano de 1942 (art. 1.321), en los siguientes términos: «dos o más declaraciones de voluntad (Ulpiano), fundidas en una sola (Savigny), la cual crea, modifica o extingue (Ulpiano, Savigny, Domat) una relación contractual (obligatoria) y crea también la norma o parte de la norma reguladora (Ulpiano, Cicerón, Domat) de aquella relación jurídica».

VII. ANEXO

Art. 1.321 del Código Civil italiano:

«El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre sí una relación jurídica patrimonial».

Domat, II, p. 487:

«Las disposiciones de un testamento producen su efecto por la voluntad del testador, que tiene fuerza de ley».

Domat, I, p. 133:

«Formalizadas las convenciones, todo lo que se ha convenido tiene fuerza de ley entre quienes las hicieron».

⁴⁴ Citamos transcribiendo de la traducción al inglés del Código Civil ruso, realizado por el Private Law Research Center, Moscú, 1997.

Domat, I, p. 122:

«La convención es el consentimiento de dos o más personas para contraer entre ellas cualquier obligación».

Domat, I, p. 122:

«Esta palabra convención es un término genérico, que comprende todo tipo de contratos, tratados y pactos “de cualquier clase”».

Domat, I, p. 121:

«Las convenciones son las obligaciones que se forman por el mutuo consentimiento de dos o más personas, que hacen entre ellos una ley (norma) para cumplir lo que prometen».

Marty-Raynaud, I, p. 258:

«El art. 1.134 asimila el contrato a la ley: el contrato tiene fuerza de ley entre las partes; ciertamente el contrato no tiene la generalidad de la ley, pues es la ley de las partes, pero tiene la autoridad y las partes deben someterse lo mismo que a la regla legal y el juez debe imponer el respeto igual que a la ley».

Domat, I, p. 128:

«Todas las personas pueden hacer todo tipo de convenciones (...) teniendo en cuenta solamente (...) que la convención no tenga nada contrario a las leyes y a las buenas costumbres».

Art. 1.133 del Código Civil francés:

«La causa es ilícita cuando es prohibida por la ley y cuando es contraria a las buenas costumbres y al orden público».

Art. 6 del Código Civil francés:

«No se pueden derogar (excluir voluntariamente), por convenciones particulares, las leyes que interesan el orden público y las buenas costumbres».

Domat, I, p.134:

«Las convenciones obligan no solamente a lo que se ha pactado, sino a todo lo que exija la naturaleza de la convención y a todas las consecuencias que la equidad, las leyes y el uso dan a la obligación en que se ha entrado; de suerte que se pueden distinguir tres tipos de obligaciones en las convenciones: las que se han pactado, las que son consecuencias naturales de las convenciones y las que son reguladas por cualquier ley o cualquier costumbre».

Art. 1.135 del Código Civil francés:

«Las convenciones obligan no solamente a lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza».

Art. 1.374 del Código Civil italiano, «Integración»:

«El contrato obliga a las partes no sólo a cuanto se ha pactado en el mismo, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley o, en ausencia de ley, según los usos o la equidad».

Art. 421 del Código Civil ruso, «Libertad contractual»:

«4. Los “contenidos” de un contrato pueden ser establecidos por las partes, salvo que los supuestos de los respectivos contenidos estén prescritos por la ley (art. 422: normas imperativas). En los casos en que un “contenido” de un contrato esté previsto en una norma que es aplicada a todo cuanto no esté previsto de otra forma en el acuerdo de las partes (una norma dispositiva), las partes pueden excluir su aplicación en su acuerdo o establecer un “contenido” diferente al previsto en tal norma. En ausencia de tal acuerdo, el “contenido” del contrato se determinará por la norma dispositiva. Si un “contenido” de un contrato no es determinado por las partes o por la norma dispositiva, tal “contenido” será determinado por las costumbres o uso aplicable a las relaciones entre las partes».

Savigny, I, p. 333:

«Toda relación jurídica concreta es una relación entre persona y persona determinada (regulada) por una regla jurídica».

Savigny, I, pp. 98-99:

«Por declaraciones de voluntad o negocios jurídicos se entienden aquellos hechos que no sólo son actos libres, sino que además la voluntad de las partes se dirige inmediatamente a crear o extinguir una relación jurídica».

Savigny, I, p. 309:

«El contrato es la unión (fusión en una) de varias declaraciones de la voluntad conformes, mediante la cual determinan (regulan) sus relaciones jurídicas (las partes)».

Medicus, p. 71:

«La autonomía privada (...) habilita la autodeterminación (autorregulación), por contraposición a la heterodeterminación (heterorregulación) total por el Estado».

Domat, I, p. 138:

«No hay ningún tipo de convención donde no se sobreentienda que una parte no deba a la otra la buena fe, con todas las consecuencias que pueda exigir la equidad, tanto en la forma de expresarse en la convención como para la ejecución de lo que se ha pactado».

Art. 879 del Código Civil austriaco:

«1. Un contrato que contradice una prohibición legal o las buenas costumbres es nulo.

(...)

3. Una cláusula contractual contenida en condiciones generales de contratos o en formularios contractuales, que no garantice las prestaciones principales de ambos contratantes, es nula siempre que, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, perjudique gravemente a una de las partes».

Art. 428 del Código Civil ruso:

«La parte adherente a un contrato tiene derecho a pedir la rescisión o la modificación del contrato, si el contrato de adhesión contradice la ley o priva al adherente de los derechos garantizados en el mismo tipo de contratos, o excluye o limita la responsabilidad de la otra parte por incumplimiento de obligaciones o contiene otras cláusulas claramente perjudiciales para el adherente, de tal modo que, en base a su interés razonable, éste no lo hubiera aceptado si hubiese tenido la posibilidad de participar en la determinación de los “contenidos” del contrato».