



FACULTAD DE DERECHO

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Madrid Abril 2018

Autor: Alfonso de María Casado Domech

4º E-1

Derecho Civil

Tutor: Doña María Reyes Corripio Gil-Delgado

ÍNDICE

1.INTRODUCCIÓN.....	4
2. LA AUTONOMÍA PRIVADA	6
2.1 Concepto	6
2.2 Dimensión social y normativa.....	9
2.2.1 Dimensión social	9
2.2.2 Dimensión normativa.....	10
2.3 Límites a la autonomía privada	12
2.3.1 La Ley:.....	13
2.3.2 El orden público y la moral.....	17
3. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CLÁSICOS	20
3.1 La Compraventa.....	20
3.1.1 Marco jurídico	20
3.1.2 El Pacto de <i>Lex Commissoria</i>	22
3.1.3 La compraventa de bienes muebles a plazos	23
3.1.4 Prohibiciones de disponer: el retracto convencional.....	25
3.1.5 La compraventa de bienes inmuebles futuros	26
3.2 La Donación:.....	27
3.2.1 Marco Jurídico:.....	27
3.2.2 Límites de la Donación:	28
3.2.3 Donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante:.....	29
3.3 Los arrendamientos urbanos	30
3.3.1 Motivos que llevaron a reformar su regulación:	30
3.3.2 Principios básicos de la legislación especial de arrendamientos de viviendas:.....	32
3.3.3 Los derechos de adquisición preferentes del arrendatario de viviendas.	33
4 LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL MARCO DEL DERECHO DE CONSUMO	35
4.1 Las cláusulas abusivas y su marco regulatorio:.....	35
4.1.1 Concepto y naturaleza:.....	35
4.1.2 Regulación:	36
4.2 Condiciones generales de contratación y sus requisitos	38
4.2.1 Concepto.....	38
4.2.2 Requisitos	38
4.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013	39
5.CONCLUSIONES	42
6.BIBLIOGRAFÍA	44
7. ANEXOS	46

LISTADO ABREVIATURAS UTILIZADAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General Poder Judicial
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado Ley General Protección Consumidores y Usuarios
LGPCyU	Ley Orgánica Poder Judicial
LOPJ	Ley Arrendamientos Urbanos
LAU	Número
Num	Obra citada
Op cit	Recurso
Rec	Resolución Judicial
RJ	Sentencia
S	Tribunal Justicia Unión Europea
TJUE	Tribunal Supremo
TS	

1. INTRODUCCIÓN

Considerado el pilar básico del derecho privado, el principio de autonomía privada es reconocido como la capacidad de los particulares de realizar actos y negocios jurídicos en un acuerdo de voluntades. Es el poder de imponerse a uno mismo la ley o el precepto acordado, el poder de la persona para ordenar las relaciones jurídicas en la que es parte. A diario presenciamos la realización de actos particulares de disposición de intereses y también los protagonizamos. Desde el cumplimiento del requisito de capacidad de obrar, el ordenamiento reconoce la validez de los pactos que alcanzan los individuos.

Es la piedra angular del tráfico jurídico y el motor que desarrolla la economía y signo de los valores constitucionales de libertad de actuar y de pactos, básicos en los derechos fundamentales de las personas en la actualidad. Mi interés de este trabajo proviene de aquí: de la capacidad reconocida por el ordenamiento jurídico que posee el individuo para poder reglar sus actos y negocios jurídicos en función de sus necesidades e intereses.

No obstante, una libre disposición de libertad de pactar supondría reservar a las partes contratantes la resolución de los conflictos que pudieran producirse. En este sentido, las partes con mayor capacidad de negociación y conocimiento del sector o campo de servicios, podría aprovechar tal posición de ventaja para satisfacer sus intereses de manera abusiva en un contrato cuyas obligaciones son legalmente vinculantes (fuerza de ley). Se presenta un escenario en el que la otra parte se ve obligado a una cláusula estipulada que supone un perjuicio enorme; por el hecho de no haber sabido interpretar el contrato mediante el “engaño” de la otra parte contratante.

Ante esta situación, nuestro Código Civil establece unas limitaciones a la libre capacidad de actuar de los individuos en su artículo 1255: la ley, la moral y el orden público. Se considera que la la ley regula las distintas situaciones que se dan en nuestra sociedad hoy día. El orden público defiende el interés general de la sociedad y la moral contiene los valores y principios que dan forma al modo de vivir de dicha sociedad. En conclusión, estos límites se establecen para recordar que la libertad de actuar y pactar se encuentra incluida en un sistema para con la sociedad, existiendo una grave inseguridad jurídica en el supuesto de no existir tales limitaciones.

Por lo tanto, ante la generalidad que caracteriza a la autonomía privada, la hipótesis con la que parto es la concreción de su concepto y naturaleza jurídica, tanto del principio como de sus límites. Una vez estudiado este tema, mi atención pasa a la puesta en práctica de estos límites en los actos y negocios que frecuentemente se dan en el tráfico jurídico; con la finalidad de reflejar la aplicación de éstos en supuestos concretos de contratos y negocios clásicos, estudiando las soluciones

establecidas por el ordenamiento para no llegar a las situaciones de abusividad comentadas anteriormente.

La metodología aplicada de este trabajo ha consistido en añadir, analizar y comentar los disitintos artículos doctrinales de autores de relevancia en el mundo jurídico; doctrina fundamental para entender la definición del concepto a través de la aportación de cada uno de ellos. Además se ha manejado jurisprudencia que ha detallado y completado defectos o vacíos de las distintas disposiciones legales, disposiciones que; también han sido analizadas para mostrar, o bien la evolución de esa ley en función del surgimiento de nuevas cláusulas contractuales o la regulación que es manifestación de los límites y requisitos de la libertad de pactar que le corresponde a la autonomía privada.

Con este fundamento se ha llevado a cabo este trabajo: estudiar el motor básico del Derecho Privado que da lugar a la existencia de los supuestos que son objeto de aplicación de las regulaciones legales y que dan lugar a la interacción entre la libertad de los individuos y la función reglamentadora y protectora de nuestro ordenamiento jurídico.

Abstract:

The purpose of this work is the study of the general principle of private law: private autonomy. This principle expresses the freedom of the parties to agree on the contractual provisions that they see fit according to their interests. However, the regulation regulates this capacity by limiting free agreements with the law, morality and public order.

The applied methodology of this work has consisted in adding, analyzing and commenting on the different doctrinal articles of relevant authors in the legal world; fundamental doctrine to understand the definition of the concept through the contribution of each of them. In addition, jurisprudence has been handled that has detailed and completed defects or gaps in the different legal provisions, provisions that; they have also been analyzed to show, or the evolution of that law depending on the emergence of new contractual clauses or the regulation that is a manifestation of the limits and requirements of the freedom to agree that corresponds to private autonomy.

2. LA AUTONOMÍA PRIVADA

2.1 Concepto

No cabe comenzar este Trabajo de Fin de Grado sin definir previamente que es la autonomía. A pesar de que la autonomía privada es un principio general del derecho, es una derivación del principio universal y humano de la libertad. Así, Immanuel Kant considera a la autonomía como: “ *La autonomía de la voluntad describe la circunstancia de que cuando un sujeto se comporta moralmente, él mismo se da las leyes a las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de la propia razón*”.¹

Muchos son los autores que han definido el concepto de autonomía privada. Siguiendo al profesor De Castro, cabe apuntar que, se entiende por autonomía privada:² “*Aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social*”.

No obstante, una definición también aclarativa considero que es la de Eric Palacio Martínez, profesor de Derecho Civil de la Universidad Pontificia Católica de Chile, el cuál detalla : “ *Podemos definir la autonomía privada como el poder reconocido a los sujetos privados (particulares) para la ordenación de las relaciones e intereses propios (...) El ordenamiento jurídico sólo puede limitarse a su reconocimiento otorgando formas de tutela más eficaces y no atribuyendo este poder a los particulares* ”.³

Es un principio general del derecho y tradicional, considerándose como el principio clásico de nuestra ordenación de derecho privado debido a que es un claro reflejo del principio clásico de “*pacta sunt servanda*”, es decir: “*lo pactado obliga*”, que expresa que toda convención debe ser fielmente cumplida por las partes de acuerdo con lo pactado. Actualmente está reflejado en los cuerpos normativos del Código Civil (art 1255) y recogido en la Constitución Española en numerosos artículos (arts 1, 9.2, 10, 22, 23, 32, 33 y 14) que básicamente reconocen el derecho a la libertad de actuación de los particulares y la interdicción de las instituciones de violar tal derecho.

En cuanto principio general del derecho, se habla del principio de autonomía de la persona —«autonomía de la voluntad»— o del principio de autonomía privada⁴. Utilizo esta referencia para referirme a la discusión doctrinal que existe con los términos “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad” . En este trabajo sólo utilizaré la primera expresión.

¹ Immanuel Kant., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785.

² Federico de Castro; *El negocio jurídico*; Tomo X; Tratado Práctico y Crítico del Derecho Civil; Instituto Nacional de Estudios Jurídicos; Madrid; 1971; página 12.

³ Palacios Martínez E., *Autonomía privada, principio de legalidad y derecho civil*, Revista Derecho Pcup, N. 60, 2007.

⁴ Eduardo Molano; *El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas*; Universidad de Navarra; página 2.

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Como principio general del Derecho, su trascendencia práctica es mayúscula. Son normas vinculantes supletorias en defecto de ley y costumbre (como señala el artículo 1.1 CC), cuya manifestación es la importancia de la autonomía en la interpretación de los negocios jurídicos.

Se concreta, en un amplio resumen, en un poder de gobierno de la propia esfera jurídica. No obstante, esta esfera se compone en su mayor parte de relaciones jurídicas en las que se es parte. De este esquema podemos deducir las características de la autonomía privada:⁵

En primer lugar, es una forma de poder jurídico. La autonomía privada no es lo mismo que la libertad individual. Así define el autor Emilio Balarezo⁶ la libertad: " *la facultad que tiene el ser humano de decidir por sí mismo sin influencia alguna lo que en realidad desea hacer, que traslade sin ningún tipo de suspicacia o error lo que realmente quiere el sujeto*". Puede decirse que la libertad es el instrumento por el cual se materializa la autonomía.

No obstante, los conceptos de negocio jurídico y autonomía privada coinciden en la dimensión de libertad, expresado en mayoría en referencia al contrato, pero que puede extenderse a demás figuras negociales: libertad de contratar o no contratar, libertad de escoger con quién; determinar el contenido de la disposición, libertad de celebrar el negocio por sí mismo o por medio de representante y libertad de prevenir y realizar la terminación del contrato.⁷

La autonomía es además un poder del individuo, de la persona. El sujeto de la autonomía no es la voluntad, sino la persona. La autonomía no sólo contempla la disposición de realizar, sino también gobernando. Se exige la función de voluntad y disponer.

Por lo tanto, en resumen de lo mencionado anteriormente, la autonomía es un poder de ordenar la esfera privada de la persona: el conjunto de derechos, facultades, titularidades, etc., que el individuo ostente. Sin embargo, ha de recordarse (y de esto versa una gran parte de la investigación) que este poder del individuo sobre su esfera no es absoluto. Existen parcelas de la esfera para las cuales el derecho excluye la autonomía como poder ordenador; ya sea por interés general o establecido en las leyes imperativas.

La autonomía en general es reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas funciones: la primera, como fuente de normas jurídicas formando parte del mismo orden jurídico que las reconoce; y la otra, como presupuesto de relaciones jurídicas ya regladas por las normas de orden jurídico. Hay, entonces, una autonomía que crea normas y otra creadora de relaciones jurídicas. No obstante, el poder del individuo carece de aptitud para crear normas de derecho aunque puede crear, modificar o extinguir las relaciones

⁵ Luis Díez-Picazo Ponce de León., *La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*, BOE, Madrid, 1956.

⁶ Emilio José Baraezo Reyes; *El Papel de la Autonomía Privada dentro de la temática del Libro II del Código Civil Peruano*; Universidad San Martín de Porres.

⁷ Fernando Hinestrosa., *Función, límites y carga de la autonomía privada*, Revista de Derecho Privado, N 26, 2014, pp 6.

jurídicas y reglamentarlas. Por lo tanto, el gobierno individual de las relaciones jurídicas se dispone en una doble dirección: como poder de constitución de relaciones jurídicas y como poder de reglamentación que dedicaré posteriormente.

Es decir, la autonomía privada, considerada como poder para gobernar la propia esfera jurídica puede comprender, en realidad, dos diversas funciones, la de consentir a las personas la potestad de confeccionar reglas jurídicas de origen privado y la de autorizar a los particulares para que realicen actuaciones que produzcan la creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas⁸. De nuevo, se muestra a la autonomía privada reconocida y aprobada como poder de decidir libremente sobre los propios asuntos jurídicos, en cuanto que el ordenamiento los hace depender de la voluntad de los particulares, individual o colectivamente manifestada. Por lo tanto, es importante añadir que la autonomía privada como poder personalísimo no es una concesión del ordenamiento jurídico, sino un reconocimiento de este poder y sus efectos, que se adquiere una vez presente la capacidad de obrar en la persona.

La autonomía como poder de constitución de relaciones jurídicas señala a la eficacia constitutiva que tienen los actos o negocios jurídicos. Esta función está recogida en nuestro derecho positivo, concretamente el Código Civil. Su artículo 1089 estipula: “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos, y cuasi contrato (...)*”, subrayando el carácter constitutivo de los actos del individuo. Además, estas obligaciones nacen de los contratos por regla general, ya que según el artículo 1090 CC: “*Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Sólo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales (...)*”.

El negocio es el instrumento por excelencia a la mano de los particulares para regular sus propios intereses o para la reglamentación de sus relaciones jurídicas. Por tanto, cada cual que tenga intereses propios y poder de disposición de ellos con reconocimiento social y también jurídico, tanto de los intereses como de su disponibilidad por el titular merece ser objeto de mayor atención por parte del Estado social de derecho para la realización de su fin de tutela de los débiles y equiparar a las distintas personas⁹.

Finalmente, el autor y catedrático de Derecho Civil, Ángel Carrasco, nos da una serie de razones de la existencia y defensa del principio de la autonomía privada en el Derecho de Contratos¹⁰. En primer lugar, es un mandato constitucional (de los artículos 10 y 38 CE), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más les convenga. Es una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que

⁸ Jesús Delgado Echeverría; *Elementos de Derecho Civil. Parte General I*; Volumen Tercero; Editorial Dykinson; Madrid, 2005; página 126.

⁹ Fernando Hinestrosa., *op.cit*; pg 8.

¹⁰ Ángel Carrasco Perera; *Nuevos Clásicos. Derecho de Contratos*; Capítulo IV: El principio de autonomía contractual; Editorial Aranzadi; 2017.

disponen. Es una regla moral, conforme a la cual cada uno debe responsabilizarse de las consecuencias de su propia conducta, e internalizar los resultados prósperos o adversos que ello traiga consigo. Es una regla de justa distribución de riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones.. Es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que no se debe establecer los valores a los particulares que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios.

2.2 Dimensión social y normativa

2.2.1 Dimensión social

Este apartado conduce a la idea del desarrollo jurídico y contractual que produce la libertad de pactar como consecuencia de la autonomía privada de las partes.

Además de los actos y negocios de autonomía privada, con eficacia *inter partes* y que son titulares de sus intereses que se regulan, existe su dimensión social. Considero que ésta dimensión manifiesta los beneficios de este principio a la sociedad y la evolución económica. Las empresas y consumidores contribuyen al desarrollo del derecho privado, ya que modifican frecuentemente los acuerdos y contratos y practican los clásicos, dando forma así a los códigos civil y de comercio.

La nueva cláusula utilizada en un negocio es imitada por otros particulares, posteriormente formando parte de los nuevos formularios contractuales, se establece como uno de los usos o prácticas del sector de actividad y, finalmente, integra el derecho dispositivo de un negocio jurídico regulado en el Código Civil. Es decir, el artificio de los particulares (manifestación del poder de la autonomía privada) cristalizan en el derecho dispositivo de estos actos distinto a las cristalizadas en la ley.¹¹

El problema no se refiere de hasta dónde desemboca la libertad de las partes para obligarse, sino sobre qué condiciones y requisitos puede considerarse obligatorio un pacto, lo cual enseña la realidad inmersa en todo acto o negocio jurídico: una desconfianza ineludible y la necesidad de un margen mínimo de confianza, que empieza a ser otorgado por la forma o solemnidad del acto. Esto no es suficiente: los intereses de los particulares y el modo de su disposición tienen que ser merecedores de la tutela del Estado. Cada una de las figuras disciplinadas en la ley ha de ser apoyada por parte del ordenamiento o, reconocida como socialmente útil ya que, como se ha mencionado anteriormente, se sancionan determinados negocios que por su difusión y por su consagración en la práctica exigen una especial tutela jurídica.¹²

Pero el protagonismo de la libertad contractual y la expansión del Derecho Privado se fundamentan en la Economía clásica . Conforme a ésta, el incremento del bienestar y

¹¹ Pablo Salvador Coderch., *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos.*, Universidad Pompeu Fabra., Julio 2004.

¹² Gorla., *El contrato*, Barcelona, 1959, página 20.

de la riqueza sólo puede darse en una economía de mercado donde la competencia asuma un papel preponderante, para cuyo establecimiento resulta imprescindible el ejercicio de la autonomía privada. No obstante, esta libertad puede crear situaciones de abuso de derecho, provocando una necesidad de la acción del Estado. El autor De Castro¹³ considera que se produce así, un avance del Derecho Público y de la intervención administrativa en detrimento del Derecho Privado y del principio de autonomía privada.

2.2.2 Dimensión normativa

Hasta ahora se ha detallado una aproximación a la dimensión social de la autonomía privada. Una segunda dimensión eficaz para la creación de normas jurídicas. Ya en el derecho romano, como ha sido mencionado previamente, los *pacta* se posicionaban en un mismo plano que las leyes y costumbres. No obstante, las normas del legislador y de los particulares son sustancialmente diferentes: las leyes y costumbres poseen una eficacia primaria de organización social mientras que los negocios jurídicos funcionan como reglas de actuación en las relaciones entre particulares.

El Código no equipara el contrato con la ley, sino que otorga al contrato fuerza de ley, es decir, fuerza de precepto de imperativo cumplimiento por las partes: *“Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes”* (art 1091 CC) Además, el poder reglamentador de la autonomía privada se halla reconocido en el artículo 1255 CC: *“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”*. Con la expresión “pactos, cláusulas y condiciones” se refiere el artículo a las parcelas del contrato. Sin embargo, considero que este artículo es de base muy general. No es un buen argumento si no es respaldado por artículos más concretos que reflejan este concepto de autonomía. Así lo refleja Rodrigo Bercovitz, catedrático de Derecho Civil: *“La mención de los pactos, cláusulas y condiciones carece de toda significación técnica. Sólo sirve para referirse con terminología diversa al conjunto de las materias sobre las que recae el consentimiento de las partes, y que constituye el contenido del contrato.”*¹⁴ (...) *Por su carácter genérico, el art 1255 no puede servir de fundamento de un motivo de casación si no va acompañado de otros preceptos que lo desarrollen”*.¹⁵

Todo contrato, todo negocio jurídico, se nos ofrece como una ordenación de una relación jurídica o de un conjunto de ellas. Las partes pueden, conforme al artículo citado, establecer las disposiciones que tengan por conveniente, dentro de los límites que el propio artículo establece y que más adelante se examinarán.¹⁶

¹³ Federico de Castro ;op.cit ; páginas 16-17.

¹⁴ Rodrigo Bercovitz., *Comentario al artículo 1255 del Código Civil., Grandes Tratados.*, Editorial Aranzadi., Enero 2009.

¹⁵ STS (Sala de lo Civil), 22 mayo 2003, recurso 7147.

¹⁶ Luis Diez- Picazo Ponce de León., op., cit., pgs 1155-1156.

Una vez analizado esto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿la autonomía privada es fuente de Derecho? Históricamente, como se ha mencionado, en el Derecho Romano los pacta (*lex privata*) se situaban en el mismo nivel que la ley y la costumbre. No obstante, el autor José María Ruiz de Huidobro no comparte esta afirmación y trae tres argumentos para negar el carácter de norma jurídica a las reglas de la autonomía privada.

En primer lugar, el argumento de que estas reglas no disponen de generalidad y abstracción característicos de una norma jurídica, ya que son singulares. No obstante, hoy en día nuestro Derecho dispone la posibilidad tanto de una ley formal como singular. En segundo lugar, cada norma jurídica admitida le corresponde una fuerza social con potestad normativa creadora; véase así el Estado con la ley, los grupos sociales con la costumbre y la comunidad jurídica con los principios generales. Atendiendo a este argumento las reglas de la autonomía privada no son normas jurídicas, porque los individuos no poseen esta potestad normativa creadora. Sin embargo, este argumento pierde peso ante la presencia en la actualidad de una “normatividad difusa” con un poder regulador (convenios colectivos, estatutos de empresas, etc).¹⁷

Por lo tanto, el argumento que mejor define la diferencia entre la norma jurídica y la prescripción de la autonomía privada es la eficacia primaria que caracteriza a ésta primera. Su fundamento es regular la vida social, mientras que la autonomía privada establece reglas de conductas *inter partes* sin objeto de una organización social. La conclusión de J.M. Ruiz Huidobro sentencia que las reglas de la autonomía privada no tienen naturaleza jurídica de norma jurídica- y así lo reconoce el ordenamiento- pero que operan como las normas jurídicas (de ahí las disposiciones contractuales con fuerza de ley).

El sentido de la autonomía es doble: por una parte se presenta como una realidad básica, fundamental dentro del orden jurídico; puede hablarse en este aspecto de un significado institucional de la autonomía privada; de otra parte, la autonomía privada ejerce un destacado papel en el mecanismo de aplicación del derecho objetivo. La autonomía privada es un principio general del derecho porque es uno de los pilares básicos que inspira.

Este poder de regulación otorgado a los particulares abarca no solo los contratos atípicos, sino también los típicos. Para los primeros, en cuanto la ley permite que las partes creen nuevos contratos que se acomoden de mejor forma a los intereses que les es conveniente resguardar en el tráfico jurídico. Para los típicos, en cuanto la ley permite que los contratantes alteren las normas legales aplicables naturalmente, o agregar cláusulas accidentales que suplan la toda la organización de nuestro derecho privado¹⁸.

No obstante, a este poder de la autonomía privada se ve condicionado por el artículo 1.255, que es límite a la autorregulación de los intereses expresada mediante los pactos,

¹⁷ Jose María Ruiz de Huidobro de Carlos; *Manual de Derecho Civil Parte General*; Editorial Dykinson S.L.; Madrid; 2008; páginas 354-355.

¹⁸ Ismael Eduardo Verdugo Bravo; *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*; Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins; Volumen I; Año 7; página 104.

cláusulas y condiciones que las partes tengan por conveniente, por lo que en ocasiones su ilicitud puede desprenderse de la contemplación dinámica de sus elementos, es decir, cómo se determinan éstos (objeto, causa, etc.) en el concierto del reglamento contractual¹⁹.

El autor Antonio Gordillo²⁰ pone de manifiesto que actualmente en el Estado Social de Derecho -más que la pureza del esquema contractual formal, lo que interesan ahora son las situaciones jurídicas contractuales, cuyo nacimiento podrá ser controlado y en cuyo contenido podrán introducirse las modificaciones que exija el interés general. El contrato deberá ser controlado desde su nacimiento y durante el período de su vigencia, hasta el momento de su extinción,, a fin de evidenciar que el precepto conforma no sólo el acto de autonomía que dicta el reglamento contractual, sino también la situación generada, en el concierto total del ordenamiento jurídico. Es decir, siguiendo este razonamiento añadido que, a pesar de tener eficacia *inter partes* las disposiciones contractuales, se encuentran en relación con el resto de sistema jurídico, pudiendo ser restringidas por otra serie de normas.

Aquellas normas que sean prohibitivas, es decir, normas limitadoras, se interpretarán de manera restrictiva, como fundamento de que nuestro derecho dispositivo el principio de autonomía es la regla general. Para concluir, considero muy acertada el razonamiento de Díez-Picazo, el cual afirma que siendo la autonomía privada una regla general dentro del Derecho privado, habrá que tenerse en cuenta en el momento de examinar cada una de las instituciones que lo componen. Un claro ejemplo puede ser la libertad del testador a la hora de detallar su voluntad, limitado por la legítima o el pacto contrario que pueden establecer las partes en un contrato, evitando así las normas de derecho dispositivo.

2.3 Límites a la autonomía privada

Este apartado trata de la idea principal de esta investigación que consiste en observar las limitaciones que los individuos deben tener en cuenta previamente a la realización de cualquier acto o negocio jurídico y que desglosan, como se ha visto; en la ley, la moral y el orden público.

La autonomía privada no es un principio de carácter absoluto. Dar carácter absoluto a la autonomía privada sería reconocer el imperio sin límites del arbitrio individual. El orden social requiere que esta autonomía sea limitada. La cuestión es pues el señalamiento de los límites que no pueden ser amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada ni tan estrechos que lleguen a suprimir la propia autonomía. Es una cuestión de equilibrio que se refleja en los cuerpos legales que regulan las instituciones.

Por lo tanto, según el artículo 1255 CC, los particulares no pueden establecer en sus negocios cláusulas contrarias a la ley, ni a la moral ni al orden público. El ordenamiento jurídico no puede prestar su apoyo a la autonomía de los particulares para la satisfacción

¹⁹ Antonio Reverte Navarro; *Comentarios al Código Civil. Tomo XVII. Artículos 1254 a 1260 del Código Civil. Comentario al artículo 1255*; Volumen 1; BOE; Madrid; 2005.

²⁰ Antonio Gordillo Cañas; *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*; Anuario Derecho Civil, BOE 1975; página 110.

de cualquiera de sus intereses; al contrario, debe realizar previamente un proceso de tipificación y evaluar la función práctica del intento de los particulares. Dicha evaluación puede tener tres resultados distintos:

1. Lo cataloga como digna de tutela, reconoce y otorga protección (ejemplo: cubriendo los vacíos generados por la incompleta actividad de las partes)
2. Lo cataloga como no digna de tutela, no la reconoce, y la toma como jurídicamente indiferente, estando desprovisto de reconocimiento jurídico.
3. Puede reprobalo y combatir con los mecanismos jurídicos predispuestos generalmente para la tutela del interés general, es decir, las sanciones civiles (nulidad, anulabilidad, rescisión, etc)²¹.

Así, pueden denominarse como los límites extrínsecos, basados estrictamente en la normativa imperativa externa, es decir, que no guarda relación directa con la estructura del negocio jurídico. Pongo por ejemplo un contrato en el cual las partes han prestado su consentimiento, el objeto es definido, la forma o solemnidad es la correcta pero la causa es ilícita. La estructura contractual sería la correcta pero la causa es ilícita y, por tanto, contraria a la normativa u orden público.

Por otro lado, los límites intrínsecos actúan desde el interior de la estructura del negocio jurídico de tal manera que los particulares, al momento de realizar el hecho, deberán tener en cuenta las exigencias y requisitos previstos en el ordenamiento jurídico de las estructuras de dichos negocios jurídicos. A la hora de valorar la necesidad de que el negocio tenga una causa que justifique la atribución de efectos negociales y considerarse merecido de tutela del ordenamiento jurídico. Este razonamiento debe ser desarrollado con el estudio concreto de cada uno de los límites que establece el Código Civil:

2.3.1 La Ley:

La autonomía privada tenía, como se ha mencionado anteriormente, un doble contenido: poder de constitución de relaciones jurídicas y como poder de regulación del contenido de esas relaciones jurídicas. La limitación también se da en un doble sentido:

- Prohibiendo la constitución de determinadas relaciones o prohibiendo la realización de algunos negocios jurídicos. El cuerpo normativo referente en la limitación de estos negocios es el Código Civil. Véase así el artículo 792 CC que afecta a la institución del heredero: *“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”*. Es de destacar en este artículo que la voluntad del testador, si es contraria al texto normativo, no podrá verse realizada. Otro ejemplo, aunque más genérico,

²¹ Eric Palacios Martínez., op., cit., pgs 103 y 104.

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

La limitación de la Ley se manifiesta principalmente en el artículo 1275 CC, que refleja: *“Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o la moral”*. Es necesario recordar que la causa es uno de los elementos del contrato, sino también el más importante. Por último, el artículo 1116 CC detalla que las condiciones prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa. El Código de Comercio, como otro pilar de reglamentación de las relaciones entre particulares, establece en su artículo 53 que las convenciones ilícitas de comercio no producen obligación o acción alguna.

- Pero el poder de la autonomía del particular puede verse también limitado, cuando la ley lo que hace no es prohibir o impedir la celebración de los negocios, sino imponer obligatoriamente determinadas relaciones jurídicas a los individuos. Nos hallamos ante los actos de constitución forzosa de relaciones, también llamados contratos forzosos, cuando, con independencia de quien sea el que determine el contenido de la relación, el hecho es que ésta no nace de un acto de las partes. Para entender mejor este concepto usaré un ejemplo: la ley obliga a los ciudadanos a poseer un seguro en la circulación de vehículos a motor, concretamente la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Normalmente viene fundamentado por la necesidad o protección de bienes jurídicos que justifiquen la lesión de los derechos de los particulares. Así, esta ley establece que el conductor de vehículos es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o bienes, de ahí el deber de suscripción de seguro obligatorio.²²

En el caso del contrato dictado o reglamentado, supone sólo la substitución del precepto privado que todo contrato normalmente contiene, por un precepto público (norma jurídica, ley) en la reglamentación de las relaciones privadas. Como ejemplos se van haciendo clásicos: los particulares pueden acordar voluntaria y libremente establecer entre ellas una relación de arrendamiento o de trabajo. El contenido no lo determinan las partes. Los derechos y deberes de arrendador y arrendatario, de trabajador y empresario están fijados en la ley (como la Ley de Arrendamientos Urbanos que se estudiará posteriormente). Todo ello no parece suponer una alteración de la esencia de la institución contractual debido a que, aun existiendo una restricción de la autonomía, los contratos normados son efectivamente contratos.²³

²² Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor., BOE núm 267., 5 noviembre 2004., arts 1 y 2.

²³ Luis Díez-Picazo., *Los llamados contratos forzosos.*, Anuario Derecho Civil, pgs 85-117 Madrid, 1956.

Es de destacar también que puede la ley prohibir que las relaciones lícitas que la autonomía cree se les dé un determinado contenido. Son los pactos, cláusulas y condiciones prohibidas por ley. Un ejemplo puede ser el pacto comisorio en la prenda, hipoteca o anticresis, conforme a los artículos 1859 y 1884 del Código Civil, o el pacto que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas (art 1691).

Como reflexión, la norma es un mandato con eficacia general de organización. Tiene por ello una función de reglamentación de la realidad social que acota y a la cual se refiere. Por su parte, la autonomía privada supone la concesión al particular de un poder de regulación de situaciones jurídicas, dentro de ciertos límites. Esto supone que una relación jurídica puede hallarse regulada, al menos, por dos preceptos distintos: uno de tipo general (la norma jurídica); y otro de tipo especial (el acto de autonomía).

En una compraventa, ésta puede ser regulada por la norma del Código Civil o Código de Comercio, que establecen los derechos y deberes al comprador y vendedor; y puede estar a la vez regulada por los pactos entre estos dos, señalándose por sí mismos unos ciertos derechos y obligaciones. La cuestión es: ¿Cuál de los dos tiene rango preferente?

El ordenamiento jurídico no establece reglas generales ni una solución apriorística. Sigue una línea intermedia. Hay casos en los que es preferente el acto de autonomía y otros en los que concede primacía a la norma jurídica. Punto clave es en esta cuestión la distinción entre norma imperativa (*ius cogens*) y dispositiva (*ius dispositivum*)

Son normas imperativas aquellas que se sobreponen a la voluntad del individuo, de modo que ésta no puede derogarlas, en tanto que las normas dispositivas son expresamente derogables por la voluntad individual. La norma es dispositiva cuando el ordenamiento jurídico permite que prevalezca a ella el precepto creado por la autonomía privada. Es imperativa cuando el ordenamiento le concede un rango jerárquico superior. Por lo tanto, el ordenamiento establece un orden de prelación ante los actos privados:²⁴

1. Norma imperativa
2. Precepto privado
3. Norma dispositiva

El derecho dispositivo español no menciona expresamente esta distinción, pero existen artículos que manifiestan esta cuestión. El artículo 1255, que ya hemos mencionado en varios momentos, establece la inadmisibilidad del pacto contrario a la ley coloca a ésta en una norma imperativa. Pero el artículo 1258 afirma que los contratos no sólo obligan 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 este artículo, el orden ha variado: obligan “lo expresamente pactado” tiene un rango superior a la ley que

²⁴ Luis Díez-Picazo., op. Cit pg 1162.

determina las consecuencias naturales del contrato, es decir, primero el pacto y después la norma dispositiva.

Por lo tanto, el fundamento de las normas de *ius cogens* es la mejor garantía de la voluntad individual. No se entienden las limitaciones a la voluntad privada si no es con objeto de proteger y garantizar el libre ejercicio de la propia voluntad. Cuando el acto no requiera tal protección, será frecuente la previsión de la expresión “salvo pacto en contrario”, “a falta de pacto expreso” o “si otra cosa no se hubiese pactado”. Las normas imperativas se reflejarán en la expresión “sin admitir pacto en contrario”.

Para concluir, ha de estudiarse las diferentes posiciones que una disposición de la autonomía puede tener frente a la ley:

Si la disposición negocial se ajusta completamente a la norma jurídica (disposición *secundum legem*) puede decirse que es innecesaria. Lo ordenado se cumplirá no por haberlo pactado las partes, sino por haberse prescrito por la ley. La disposición de autonomía es *contra legem* cuando regula un supuesto de hecho idéntico al de una norma imperativa, pero en contradicción con lo dispuesto para ella en la norma. Es la colisión entre la disposición negocial y la ley que debe resolverse en favor de la norma imperativa.

La disposición *praeter legem* contempla un supuesto de hecho diferente del de la norma imperativa. La discrepancia del supuesto de hecho hace que no pueda en tal caso hablarse de una colisión. Esto supone que la existencia de un régimen de carácter imperativo para la regulación de una situación jurídica no impide el establecimiento de disposiciones de autonomía para los supuestos no previstos por las normas, siempre siendo posible la aplicación conjunta y que la disposición negocial no sea una manera de burlar la norma de derecho.²⁵

En definitiva, la ley como límite a la autonomía privada puede verse manifestada en varios ámbitos del derecho privado, principalmente: estado y capacidad de las personas físicas, derecho patrimonial, derecho de familia y de sucesiones. De todos ellos, me gustaría destacar el de sucesiones. El Código Civil da prioridad al testamento como negocio mortis causa, siendo la voluntad del testador la suprema ley de la sucesión, como afirma el artículo 658. No obstante, la ley interviene limitando esta voluntad del testador con la institución de la legítima. Es el límite principal del testamento, negocio jurídico ya que es medio de transmisión de bienes, derechos y obligaciones. El Código protege así la parte correspondiente a los legitimarios, partes indisponibles para el testador según los artículos 1056 y 813 CC.

Como reflexión considero que la ley es el principal límite de la autonomía del particular ya que, a pesar de no estar muy definidos estos límites en general, los cuerpos

²⁵ Luis Díez-Picazo., op.cit. pg 170.

normativos de las relaciones privadas si pueden ofrecer un marco de referencia de algunos límites; basados en mi opinión, de la repetición de determinados actos jurídicos en los cuales no eran defendidos algunos intereses de las partes.

2.3.2 El orden público y la moral:

A pesar de que la Ley es el principal límite de la autonomía del individuo, el artículo 1255 establece otros dos límites: moral y orden público. Es necesario detallar que la regulación se desarrolla en el marco de un sistema jurídico basado en unos principios jurídicos, económicos y sociales. Es lógico que los negocios jurídicos respeten éstos principios también.

Puede definirse al orden público como: “El conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos que son obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo en una época determinada”.²⁶

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1966 afirma el carácter jurídico del concepto de orden público: “*El orden público nacional está integrado por 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*”.²⁷ Se trata de un concepto propiamente jurídico, ya que esos otros principios sociales o morales se integran en el contenido orden público en el momento en que son recogidos por el Derecho, por lo que se “juridizan”.

Dentro del contexto del derecho privado, el interés de las partes no puede sobrepasar el interés público ya que su fundamentación es la satisfacción del bienestar colectivo, contrariamente al interés privado que al ejercitar la libre voluntad, puede realizarse pero sólo dentro del marco de la ley y la moral que no lo prohíben. El interés colectivo en el límite del interés privado se advierte en la constitución de los contratos, los cuáles son nulos cuando agravian al orden público, es decir, los intereses de la sociedad.

Dentro de estas consideraciones, tenemos que son parte del orden público el cumplimiento de las resoluciones judiciales que tienen la autoridad de cosa juzgada, tanto como las resoluciones emanadas de la Administración Pública. Así lo establece la Ley Orgánica del Poder Judicial: “Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las resoluciones judiciales emanadas de la autoridad judicial competente en sus propios términos sin poder calificar su contenido o fundamento (...)”.²⁸ Tienen carácter vinculante.

²⁶ Fernández Novoa., *El orden público*.

²⁷ STS 5 abril 1966., Aranzadi., Repertorio nº 1684, 1966.

²⁸ Art 4 LOPJ., BOE., 1 Julio 1985.

Afirma el autor Braulio Zavaleta que en el derecho privado constituye una garantía de seguridad jurídica el cumplimiento de los contratos,; puede decirse que es respeto al orden público. Es una garantía del Estado, a desarrollarse dentro de una política de convivencia pacífica y solidaria. El Estado al hacer uso de las leyes ante la comisión de cualquier irregularidad determina la inmediata intervención, imponiendo prohibiciones y sanciones a todas aquellas personas que no respetan el orden y la regularidad para mantener la paz y la seguridad ciudadana.²⁹

Asimismo, en cuanto al Derecho Constitucional del que también proviene el orden público dispone que los derechos inherentes a las personas no son negociables puesto que se tratan de derechos fundamentales. No obstante, nuestra Constitución comienza con los elementos esenciales de la autonomía privada: la propiedad privada y la libertad empresarial. La autonomía privada (arts 10 y 17 CE) es la expresión originaria de libertad. En este sentido, las intervenciones del Estado en la libertad individual solamente se darán para satisfacer la garantía de la paz, seguridad y libertad.

El amplio ámbito de libertad individual configurado mediante los derechos fundamentales por la Constitución cobra expresión en el art 10.1 CE , como derecho general de libertad y rúbrica de todos los derechos. Tal libre desarrollo de la personalidad comporta el derecho de cada individuo, al fin de la mejor realización personal, a hacer y dejar de hacer a voluntad a tenor de las propias capacidades.³⁰

Autonomía privada significa más que la mera defensa frente a la limitación de las intervenciones del Estado. La autonomía sólo puede realizarse cuando existe un orden jurídico del Estado que reconoce como vinculante y eficaz lo contractualmente querido. El tráfico jurídico privado no puede darse en una situación no reglada por el Estado. Por lo tanto, el interés individual lleva a que los actos privados se den libremente sin intervención estatal y, por otro lado; que una regulación pública permita el ejercicio de la libertad. Además de asegurar al particular un ámbito de libertad frente al Estado, los derechos fundamentales garantizan al individuo frente a terceros un derecho de protección por el Estado. La autonomía privada aparece así como pieza estructural de un orden social de libertad.³¹

La intervención del Estado en la autonomía del individuo presenta dos caracteres: negativo y positivo. La función negativa o defensiva supone la cláusula de orden público con la finalidad de poner un límite a la autonomía de la voluntad. Su utilidad está pensada para evitar la validez de aquellos actos que lo contraríen. No obstante, además de esta función negativa, el orden público puede ser un mecanismo al servicio del Derecho. Una de las manifestaciones de esta funcionalidad positiva puede ser el

²⁹ Braulio Zavaleta Velarde., *El orden público y las buenas costumbres.*, Integración Derecho Civil y Procesal Civil, 2016.

³⁰ Antonio López Pina., Catedrático Derecho Constitucional., *La autonomía privada y los derechos fundamentales.*, pg 147.

³¹ Antonio López Pina., op. Cit pgs 147 y 148.

reconocimiento que el Estado hace de la autonomía de la voluntad garantizando su libre ejercicio.

Es importante destacar el estudio del profesor de Derecho Civil Ángel Acedo Penco, cuando éste utiliza una alusión a la doctrina alemana en un intento de comparar los dos ordenamientos: la *Drittwirkung*. Esta construcción doctrinal afirma el carácter vinculante de los derechos fundamentales, no sólo para los poderes públicos, sino también, entre los demás particulares. Se trata de saber si los particulares se benefician de algún tipo de protección jurídica eficaz frente al no reconocimiento de sus derechos fundamentales por la otra parte cuando contratan con él, o cuando esos particulares se niegan a contratar con él violando algunos de sus derechos. En el Derecho Privado, esta doctrina revierte tanto a la libertad contractual, libertad de pactos o libertad para establecer el contenido de los contratos.³²

Al perjudicado por otro particular que le sea impuesto un contenido discriminatorio en el contrato, sólo le queda impugnar dicho acuerdo por violar el contenido de sus derechos fundamentales. En este caso se nos presenta un problema de renunciabilidad y disponibilidad de los derechos; apareciendo el orden público para limitar el acto mediante los artículos 6.2 y 1255 CC debido a que, aunque pueden limitarse los derechos propios en un contrato, los derechos fundamentales están fuera del tráfico jurídico privado.

No cabe sino concluir este apartado con la normativa y jurisprudencia que refleja a el orden público como límite a la autonomía privada:

- a) El artículo 6.2 CC niega la validez a la renuncia de los derechos si va contra el interés o el orden público. El fundamento de esta norma es impedir la renuncia de los particulares a derechos recogidos por normas imperativas o principios básicos del Derecho interno.
- b) Un ejemplo más práctico es el artículo 594 CC: “*Todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público*”. Es la llamada libertad de fincas, dónde se limita la autonomía a través del orden público pero referido a una institución concreta: servidumbres prediales.
- c) Cabe mencionar el art 1255 CC, como pilar del sistema de contratación del Derecho Privado, aunque se ha estudiado ya esta norma.
- d) El Tribunal Constitucional se pronuncia en este sentido, afirmando que es un elemento esencial del orden público el respeto a los derechos fundamentales

³² Ángel Acedo Penco., *El orden público como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y jurisprudencia.*, pg 355.

constitucionales, determinando que son nulas las estipulaciones contractuales que vulneren a estos derechos.³³

- e) El Tribunal Supremo falla en que los actos contrarios a las normas imperativas sean gravemente contrarios al respeto debido al orden público, la moral o la ley, podrán declararse nulos³⁴ (eficacia de los actos contrarios al 1255 CC).

Para concluir este primer apartado de la investigación, queda destacar a la moral como límite de la autonomía privada. Este puede considerarse el límite menos destacado o, mejor dicho, menos definido del artículo 1255 CC.

El profesor de Derecho Civil Braulio Zavaleta realiza una aproximación al concepto: “Es la forma de ser de la comunidad plural, la cual deberá por todos los medios ceñir a sus integrantes por el buen hacer y de cada una de las personas constituirse como un ejemplo para los demás dentro del contexto de la moral como norma imperativa”.³⁵ Serán actos de mala costumbre los que en vez de traer un mensaje formativo traen la destrucción de la moral, la honestidad y la deshonra.

Nuestra jurisprudencia afirma mediante el Tribunal Supremo define la moral como: “Conductas humanas que frontalmente se oponen a los sentimientos medios de ética, recato, buenas costumbres entendidas que son prevalentes en una comunidad normal y concertada de personas que convergen sus vidas individuales en el común social(...)”.³⁶

3. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS CLÁSICOS

Después del estudio de los aspectos generales de la autonomía privada, este apartado contiene las distintas medidas o condicionantes, tanto convencionales como legales, que influyen en libre desarrollo de los negocios jurídicos de los particulares. Los negocios jurídicos clásicos a tratar son la compraventa, donación y arrendamiento; al ser negocios o contratos de un determinado calado en nuestro tráfico jurídico.

3.1 La Compraventa

No podía descartarse de este capítulo el contrato de compraventa, uno de los más frecuentes en el tráfico jurídico hoy en día. Este apartado contiene también supuestos concretos en los que se dota de protección tanto a comprador como vendedor.

3.1.1 Marco jurídico

³³ STC 19/1985., (BOE nº55 5 marzo 1985), Sala Segunda., en el recurso de amparo nº 98/1984.

³⁴ STS 7/1987., BOE.

³⁵ Braulio Zavaleta Velarde., op.cit., pgs 5.

³⁶ STS 22 mayo 1993., Sala de lo Civil., en el recurso 161/1991.

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Establece el artículo 1445 del Código Civil que en el contrato de compra y venta uno de las partes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente.

Es un contrato de carácter consensual, se materializa con el mero consentimiento y establece una serie de derechos y obligaciones. Este consentimiento no requiere de una formalidad, a priori. El Código Civil a pesar de que requiere de la necesidad de escritura pública, supone un requisito que las partes pueden compelerse una vez perfeccionado.

Otros caracteres del contrato de compraventa son la onerosidad, reciprocidad y conmutatividad. Supone la onerosidad los desplazamientos patrimoniales para cada una de las partes; reciprocidad porque las obligaciones que nacen de él son vinculantes a comprador y vendedor; y conmutatividad porque la obligación principal que asume una parte es equivalente a la que la otra contrae.

En cuanto al objeto de compraventa, pueden ser tanto objetos corporales como incorporeales y ha de reunir las siguientes condiciones. En primer lugar, ha de tener una existencia actual o futura: La pérdida de la cosa a tiempo de celebrarse el contrato lleva a la inexistencia de éste al no tener el elemento del objeto, como detalla el artículo 1.460 CC. El objeto también puede ser una cosa futura, es decir, que se espera según el desarrollo normal o previsto de los acontecimientos, aunque no exista en el momento de la celebración. Aunque puede producirse, el contrato de cosa futura considero que tiene apenas regulación legal, así que habrá que estar pendiente de los pactos de las partes, como se verá en otro apartado que trataré más adelante.

Además, las cosas ha de ser determinadas según el artículo 1273 CC, debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. Por último, ha de tratarse de una cosa lícita de comercio, dentro del comercio de los hombres, según el artículo 1271 CC.

Antes de continuar veo necesario comentar una situación poco definida o contradictoria en la legislación vigente, la venta de cosa ajena. El silencio del Código puede deberse a que el contrato de compraventa es meramente productor de obligaciones, el vendedor contrae la obligación de entrega de una cosa, que puede ser de su propiedad o puede adquirirla posteriormente para cumplir con aquella obligación.³⁷

Según este presupuesto, el contrato de compraventa que recayese sobre una cosa ajena puede ser resuelto por el comprador antes de la evicción, si hubo entrega, al no existir verdadero cumplimiento por no tener el vendedor el poder de disposición sobre la cosa. Puede sostenerse que el contrato es anulable por error del comprador o por dolo del vendedor. La jurisprudencia sigue una línea dubitativa aunque la solución más consolidada es la validez del contrato en virtud del carácter obligatorio, productor de obligaciones y por no haber precepto en el Código que establezca que el vendedor ha de ser propietario de la cosa en el momento de la venta.

³⁷ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón., *Contratos en especial.*, Sistema Derecho Civil., Volumen II., Editorial Tecnos., 2015.

No obstante, también se admite la nulidad por dolo del vendedor, cuando éste conoce la ajenidad de la cosa y el comprador no (Sentencia 5 mayo 1983, TS). Sin embargo, cuando la cosa vendida se haya en comunidad, la venta por un comunero sin consentimiento se considera nula por falta de poder de disposición³⁸. No obstante, Díez Picazo considera que en realidad es una venta de cosa ajena en parte, ya que el vendedor era uno de los copropietarios. En resumen, esta falta de definición por la parte de la legislación sobre la cosa ajena supone la dependencia de la capacidad del vendedor de poder realizar una venta, aunque no sea propietario de la cosa objeto.

3.1.2 El Pacto de *Lex Commissoria*

Este apartado corresponde a un supuesto de protección del vendedor en caso de incumplimiento de la obligación principal del comprador: el abono del importe total de la cosa objeto del contrato.

El pacto comisorio en la compraventa o condición resolutoria expresa es una cláusula contractual por la que se pacta que la falta de pago del precio en el término convenido, o en los plazos señalados, supondrá de pleno derecho la resolución de la venta. Además el vendedor podrá quedarse con las cantidades ya pagadas en caso de una venta a plazos.

El artículo 1504 CC determina la validez de este pacto en la venta de bienes inmuebles, aunque el vendedor se verá limitado al beneficio del comprador: éste podrá pagar aun transcurrido el plazo, “*interin no hay sido requerido judicialmente o por acta notarial*”. Es decir, el incumplimiento no produce la resolución, sino que es un presupuesto para que el vendedor ejercite su derecho de resolución a través del juez o notario. Una vez hecho el requerimiento, el pago del comprador es extemporáneo y no evita la resolución.

Así, contamos con la sentencia del Tribunal Supremo de 2004 en la que dos particulares pactaron la compraventa de una finca en Palma de Mallorca, teniéndose que abonar la mitad en un segundo plazo. La parte demandante notificó un requerimiento notarial a la demandada, casando el Tribunal Supremo y anulando las demás sentencias. Además se estipula que no es necesaria la intención del deudor de no pagar para poder hacerse efectivo el pacto resolutorio³⁹.

No obstante, la doctrina ha discutido sobre la validez de este pacto en los negocios fiduciarios. Los argumentos que avalan la prohibición del pacto comisorio son: la defensa del deudor, la inmoralidad del pacto y el respeto a la protección de terceros acreedores. En la *fiducia* (entendida como atribución patrimonial realizada por el fiduciante a favor del fiduciario, con objeto de garantía de una deuda), supondría que ante el incumplimiento de devolución del crédito por el deudor, el acreedor se apropiaría del bien en garantía. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo concluye que el fiduciario no ostenta la titularidad real pues no es un auténtico dueño (sólo la titularidad formal),

³⁸ STS., 30 Diciembre 1996.,

³⁹ STS., (Sala de lo Civil., Sección 1ª), num 1024/2004 de 18 octubre. Recurso Casación num 2880/1998.

sin perjuicio de la apariencia jurídica frente a terceros. La causa es la garantía y no la transmisión en sí⁴⁰.

Señala Manresa Y Navarro⁴¹ que la prohibición del pacto comisorio va encaminada a evitar posibles fraudes que conllevaría la apropiación de la garantía, ya que puede darse la situación de que el valor del bien sea muy superior al de la garantía. En este sentido y respecto de la hipoteca el artículo 1884 CC establece la prohibición aunque se pacte expresamente por las partes la posibilidad de esta apropiación. Por último, en los negocios fiduciarios se garantiza el respeto a la *par conditio creditorum*- igual que en los procedimientos concursales-, debiendo aportarse el bien dado en fiducia a la masa concursal del fiduciante, ostentando el fiduciario un derecho de crédito más sobre los bienes que compongan la masa. Por lo tanto, un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, incurre en nulidad *ipso iure*⁴².

3.1.3 La compraventa de bienes muebles a plazos

Radica su importancia este apartado en la libertad que dio el legislador para un nuevo sistema de compra y venta de bienes, dando la posibilidad al comprador de abonar el importe a plazos, pudiendo así éste disponer de la capacidad económica suficiente obtenida a plazos.

- Legislación:

El fenómeno económico de las ventas a plazos, que es uno de los puntuales de nuestro sistema económico, es objeto de una regulación específica no sólo como protección al comprador, sino también por sus incidencias económicas en el sistema financiero. La Ley 28/1998 de 13 julio, vigente actualmente, que regula tales ventas; los contratos de préstamo con objeto de habilitar la adquisición de los bienes muebles a que se refiere la Ley; y las garantías que se establezcan para asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas de los anteriores contratos. La Ley tiene una naturaleza imperativa, disponiendo su artículo 14 la nulidad de los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos que fuesen contrarios a sus normas o se dirijan a eludirlas. Lógicamente, ello debe dar lugar a un precepto imperativo.

La Exposición de Motivos de esta Ley justifica la redacción de la norma. La Ley constituyó dentro de nuestro ordenamiento un precedente fundamental en la legislación protectora de los consumidores: a través del sistema de aplazamiento de pago y de préstamos destinados a facilitar la adquisición de los bienes, se pretendió regular una

⁴⁰ STS., NUM 177669/2012., 31 octubre 2012.

⁴¹ Manresa y Navarro., *Comentarios al Código civil español.*, Tomo XII, Reus, S.A. Madrid, pgs 521 a 525, 1973.

⁴² Sergio Tudela Chordá., *La prohibición del pacto comisorio en los negocios fiduciarios.*, Revista de Derecho UNED, núm 17, 2015.

serie de operaciones que hiciesen posible el acceso a los mismos que hiciesen posible el acceso a los mismos concediendo unas importantes garantías al vendedor.⁴³

Es una respuesta a la incorporación al Derecho Interno de las Directivas dictadas en el ámbito europeo, el incremento de la protección que se otorga al consumidor de todo tipo de bienes y servicios. La Ley 50/1965 se derogó con objeto de actualizarse y armonizar con la Ley de Crédito al Consumo, refiriéndose a la concesión de un “crédito bajo la forma de pago aplazado; un préstamo”. A los efectos de aplicar esta Ley, se entenderá por venta a plazos el contrato mediante el cual una de las partes entrega a la otra una cosa mueble corporal y ésta se obliga a pagar por ella un precio cierto de forma total o parcial aplazada en tiempo superior a tres meses desde la perfección del mismo. Las ventas aplicables a esta Ley son distintas a las del Código Civil, pues el vendedor sólo podrá transmitir el dominio del objeto cuando el importe sea abonado íntegramente en los plazos estipulados.

Cuestión aparte es si el arrendamiento financiero o *leasing* podría encubrir una compra a plazos, huyendo así de su legislación. Dependerá de la realidad o ficción del precio de la opción de compra que, al finalizar, debe contener el *leasing*.

Es destacable la implicación de los contratos de préstamos en la Ley para facilitar la adquisición de los bienes muebles. De ahí su conexión con la Ley de Crédito al Consumo: el artículo 2 de la Ley 28/1998 establece que los contratos sujetos a ella que también se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley de Créditos, se regirán por los preceptos de esta última, en todo aquello que favorezca al consumidor.

Esta conexión de leyes-consecuencia para la autonomía de obrar de las partes en la actualidad- puede verse reflejada en el ejemplo más característico de venta de bienes muebles a plazos hoy en día: la venta de vehículos. Dispone la jurisprudencia relativamente reciente que los contratos de financiación y compraventa del vehículo son conexos y no deben ser tratados de manera autónoma⁴⁴. Además en protección al comprador, el artículo 14.2 de Ley de Créditos al Consumo establece que: “*si el bien o servicio no es entregado o lo es defectuosamente, si se cumplen ciertas condiciones, la ineficacia del contrato de venta o prestación de servicios determina la ineficacia del contrato de financiación*”.⁴⁵

-El pacto de reserva de dominio:

Mediante la reserva de dominio el comprador no adquiere la propiedad del objeto hasta que se complete el pago. La Ordenanza del 19 de julio de 1999 del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles establece la nulidad de pleno derecho de los actos de enajenación o gravamen desarrollados por el comprador y la sustracción de los bienes embargables por deudas del mismo. La reserva de dominio no es un recurso que la Ley establezca de manera necesaria: las partes podrán o no pactar la reserva como una

⁴³ Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles; BOE.

⁴⁴ STS (Sala 1ª de lo Civil); nº 700/2016, 24 noviembre 2016.

⁴⁵ Ley 16/2011, de 24 junio, de Contratos de Crédito al Consumo, BOE.

cláusula en el contrato de compraventa. A el comprador no se le otorga el dominio del bien hasta que no pague la totalidad del precio, es decir, se realiza la entrega o *tradito*, pero no se adquiere el dominio.

El vendedor tiene un dominio limitado a la condición resolutoria. En caso de que éste tenga acreedores, no podrán agredir más que los derechos que tiene, no la total propiedad de lo que ha vendido, lo mismo que los del comprador podrán contar con que en el patrimonio de él se encuentra esa iniciativa de llegar a ser el propietario. Una profundización a la doctrina jurisprudencial es la sentencia de 18 de mayo de 1989, casando una demanda de unos compradores de pisos con una reserva de dominio en favor del vendedor ante el embargo de los compradores por los acreedores del vendedor, insistiendo los compradores que cumplían los plazos de pago. Se definió que los acreedores tienen derecho de disposición no al objeto del contrato, sino a los derechos del vendedor. Por lo tanto, los compradores no podrían ser embargados al no cumplirse la condición resolutoria y no disponer de ese modo la otra parte de poder de enajenación.

3.1.4 Prohibiciones de disponer: el retracto convencional

El retracto convencional, o pacto de retro, es el derecho de recuperar la cosa vendida que el vendedor se reserva. Afirma el artículo 1510 CC que puede ejercitarse contra tercero que “traiga causa del comprador”. Sin embargo, la eficacia *erga omnes* de este derecho de retracto se paraliza cuando no consta inscrito en el Registro de la Propiedad, en protección del que “*adquiere la propiedad o un derecho real sobre inmuebles*”⁴⁶.

Además el vendedor no es plenamente libre de hacer uso del retracto. El artículo 1518 CC establece que no podrá hacer uso sin reembolsar al comprador del precio de la venta, los gastos del contrato, los gastos necesarios y últimos realizados en la cosa vendida. Si el vendedor no cumple estas obligaciones, el comprador adquiere el dominio de la cosa vendida.

El Código Civil prevé una serie de supuestos especiales que pretende evitar la situación de copropiedad como ejercicio del derecho de retracto. Entre varios, se encuentra la compra de una finca que pertenece a varios “pro indiviso”, es decir, cuando varios venden de manera conjunta una finca indivisa con pacto de retro, ninguno podrá ejercitar ese derecho más que con su parte respectiva. El artículo 1515 establece la posibilidad para el comprador de exigir que se pongan de acuerdo los vendedores para retraer, en otro caso no podrán obligar al comprador al retracto parcial, viendo así disminuida la propiedad del comprador.

Algo parecido ocurre en el derecho de sucesiones, por el cual el artículo 1517 CC establece que si el comprador ha dejado varios herederos, el retracto solo se ejercitará por la parte respectiva de cada heredero. Si la herencia se hubiese dividido al ejercitar el

⁴⁶ Ley 27 febrero 1946, Ley Hipotecaria; BOE.

retracto, heredando la finca sólo uno de los coherederos, el retracto podrá ejercitarse contra él por el todo.

3.1.5 La compraventa de bienes inmuebles futuros

Sin duda no me gustaría abandonar este apartado sin la mención de la compraventa inmobiliaria. Esta compraventa utiliza la figura de la compraventa de bien futuro, mencionada anteriormente. Esta modalidad ha permitido vender inmuebles sin aun tener existencia. Los compradores financian esta construcción en la fase de “preventa”, en la cual los precios son menores, para poder así los promotores obtener una base económica para iniciar las obras de edificación. Es decir, en la actualidad si un particular desea adquirir un inmueble, mayoritariamente las partes hacen uso de la compraventa de bien futuro, ya que el precio del inmueble en planos es menor que cuando ya está construido.⁴⁷

Ante este “boom inmobiliario” veo conveniente incluir los aspectos y condiciones que influyen en la autonomía de las partes de esta modalidad. Inicialmente esta contratación no disponía con más legislación que la observada en el Código Civil. Sin embargo, hoy día contamos con el Reglamento Nacional de Edificaciones y el Código de Protección al Consumidor, que brindan una regulación más concreta. El artículo 1534 CC establece: *“En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia”*. Por lo tanto se establece una condición suspensiva para darse la perfección del contrato, ya sea la construcción de un edificio o si un particular compra a otro la cosecha que producirá su finca el año próximo.

Si no llega a tener existencia, el vendedor no cumplirá su obligación de entrega, quedando sin causa la obligación del comprador de pagar el precio, por lo que se eximirá de su cumplimiento. Ahora bien, el comprador tiene el deber de no impedir el nacimiento de la cosa.⁴⁸

El Código de Protección y Defensa del Consumidor, en su artículo 78, regula la contratación de productos o servicios inmobiliarios; enumerando la información mínima que debe contener el contrato. De este modo busca una tutela al consumidor, imponiendo una sanción administrativa al vendedor en caso de no aparecer tales cláusulas en el contrato. Algunas coinciden con los formularios de contratos clásicos, salvo excepciones particulares: identificación registral del edificio futuro, plazo, fecha o condiciones expresas de entrega del inmueble.

Este punto es fundamental, ya que al tratarse de un bien futuro, es básico conocer el momento de la existencia del bien y su entrega al adquirente. Son momentos principales a destacar: el primero por ser el momento de la entrega de la posesión del inmuebles,

⁴⁷ Juan Medina Canelo; *La Compraventa Inmobiliaria de Bienes Futuros Sujetos a la Propiedad Horizontal*.

⁴⁸ Luis Díez-Picazo; op. Cit., pg 27.

para su utilización y aprovechamiento por el comprador; y el segundo que la independización adquiere existencia registral, es decir, se inscribe la titularidad del comprador, obteniendo seguridad jurídica.

No obstante, queda la interrogación de cuál es el hecho que determina la existencia del bien inmueble. Podría decirse que el bien existe en cuanto es susceptible de aprovechamiento para los fines que ha sido adquirido, tanto físicas como todas las condiciones necesarias para su uso completo. Pongo de ejemplo la construcción de un gimnasio en la que las bases están realizadas, aunque algunas zonas accesorias (ducha, piscina, vestuario, etc) no están construidas.

Una solución para determinar este hecho podría ser la inclusión de no sólo condiciones físicas y de uso, sino también el cumplimiento de las condiciones jurídicas: conformidad con el Plan Urbanístico, cumplir condiciones de seguridad e inscripción en el Registro para dotar de fe pública registral). En general, las exigencias previstas son objeto de protección de estas actuaciones que hoy en día conducen a delitos de estafa, fraude y engaño contra el patrimonio de particulares con la promesa de edificar. Es otro marco de referencia a la evolución del derecho a la protección de los consumidores.

3.2 La Donación:

La donación es un negocio jurídico distinto dada la liberalidad o voluntariedad del donante de dar sin contraprestación alguna. De este modo, adquirirá plena eficacia cuando revista una solemnidad concreta que se verá a continuación.

3.2.1 Marco Jurídico:

Según el artículo 618 del Código Civil: *“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 donación es un acto gratuito, el donatario no recibe ninguna contraprestación. Es la donación traditoria, el donante da alguna cosa al donatario.

Las donaciones *inter vivos* se regirán por las disposiciones generales de los contratos en todo lo que no se halle estipulado en su regulación específica (art 621 y ss). Podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes, según el artículo 629 CC. La donación puede comprender todos los bienes presentes del donante o parte de ellos. Los bienes futuros e indeterminados no son susceptibles de donación.

A efectos de su validez, debe cumplir una forma ad solemnitatem. La forma, en la donación, es sustancia, de tal modo que para su válida constitución debe celebrarse bajo la forma ordenada legalmente en los arts. 632 y 633 CC (aceptación del donatario), es decir, que hasta que no se cumplimente, no se perfecciona, no hay contrato y nadie queda obligado por el solo hecho de haber mediado el consentimiento no formal. La mera

voluntad unilateral de donar es incapaz de crear un vínculo contractual si no va acompañado de la forma solemne legalmente impuesta.

Resultando, en tal caso, excluido que el mero consentimiento produzca por sí solo la vinculación jurídica obligatoria, es lógico que, en aras de garantizar la certeza y estabilidad del tráfico jurídico, el Ordenamiento establezca con seguridad qué condiciones o requisitos debe reunir una promesa para engendrar una obligación jurídica, esto es, cuándo el promitente quiere, verdaderamente, contraer una obligación jurídica. El problema que plantean las prestaciones de cortesía que, normalmente (siendo el uso social el parámetro de la normalidad), no suelen ser objeto de relaciones jurídicas, es la duda, casi insoluble, acerca de cuándo existe la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico o cuándo existe, simplemente, intención de cortesía.⁴⁹

Ante ello, el legislador, atendiendo a la costumbre o conciencia social, ha de tener en cuenta cuando el donante tiene la intención de cortesía o del buen hacer o, por el contrario, cuando tiene intención de obligarse jurídicamente. Es decir, al poder considerarse inicialmente como una promesa unilateral, para la plena validez de compromiso de obligarse, hará falta como requisito una forma *ad solemnitatem* (solemnidad)⁵⁰

3.2.2 Límites de la Donación:

El Código Civil prevé una serie de límites en protección al derecho de alimentos y la legítima de sus parientes, figuras básicas e indisponibles que no son susceptibles de enajenación por parte del donante.

a) El artículo 634 establece la obligación de tener una reserva en plena propiedad o en usufructo para conservar lo necesario para vivir en un estado correspondiente a las circunstancias del donante. La donación, en lo que traspase este límite, será nula.

b) El artículo 644 nos da una protección a los menores en parentesco al donante. Toda donación hecha entre vivos, hecha por persona que no tenga ni hijos ni descendientes, será revocable si ocurren cualquier de estas situaciones: que el donante tenga después de la donación hijos, aunque sean póstumos; que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto. El fundamento de esta limitación es la necesaria e inmediata necesidad de aplicación del derecho de alimentos. Es tal este deber que si los bienes se hallasen hipotecados, podrá el donante liberar la hipoteca pagando la cantidad garantizada, con derecho a reclamarla del donatario (art 645 CC)

⁴⁹ Inmaculada Vivas Tesón; *La invalidez de la promesa de la donación*; Universidad de Sevilla; páginas 143 y 144.

⁵⁰ Inmaculada Vivas Tesón; op. cit. Pg 142.

c) En la actualidad el límite más repetido en la práctica pueden considerarse las llamadas donaciones inoficiosas. Esta limitación proviene del Código Civil en protección de los herederos legitimarios, diciendo el artículo 636: “ *Ninguno podrá dar o recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento*”. La infracción de este límite no hace nula la donación, sino reducible, es decir una ineficacia parcial hasta satisfacer la cantidad reservada a la legítima.

No obstante, la Dirección General de los Registros y del Notariado confirma la validez de inscripción de la enajenación de una cosa donada a un tercero de buena fe. No existe ningún precepto que suspenda la fe pública registral respecto de quienes adquieren por compra bienes donados, aunque esos bienes puedan ser reducidos posteriormente.⁵¹ El caso más común se trata de la partición de la herencia en la que el causante dona en vida un único bien que podría dejar a sus hijos como legítima. Véase así en la Audiencia Provincial de Toledo en la que falla como inoficiosa la donación de una finca en la provincia mencionada a un solo hijo, sin tener en cuenta a las herencias forzosas de sus hermanos⁵².

3.2.3 Donaciones con reserva de la facultad de disponer por el donante:

El Código Civil admite la posibilidad de que” el donante pueda reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos”, según su artículo 639. No obstante, la facultad de disposición es implícita al derecho subjetivo de propiedad que es inseparable. Otra cosa supondría si el donante se hubiese reservado la nuda propiedad y el donatario fuese usufructuario, pero es una figura distinta a la establecida en este artículo.

Por lo tanto, el donatario adquiere la propiedad pero todos los actos o negocios que haga dependen de ser eficaces de que el donante haga uso o no de su facultad. La protección de terceros dependerá de la aplicación del principio de protección a la apariencia jurídica (estimados en los art 464 CC y 34 LH). La Dirección General de Registros propone una confrontación de derechos en la solicitud preventiva de embargo sobre una finca adquirida sucesivamente por varias donaciones en las que el primer donante hizo reserva de la facultad de disponer sin consentimiento de los subsiguientes donatarios.

El debate propuesto es la confrontación de derechos entre las propiedades inscritas en el Registro de los donatarios (terceros de buena fe) y la donación con reserva. Se expresa la DGRN: “*En consecuencia, se admite la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre el inmueble donado, dada su finalidad cautelar, encaminada a garantizar el derecho de acreedores y terceros mediante la conservación de los bienes del deudor, si bien podrá quedar extinguida caso de resolverse el derecho del propietario. Es una*

⁵¹ DGRN; Resolución num. 1/2006 de 14 enero 2006; RJ/2006/648. BOE

⁵² Sentencia AP Toledo (Sección 2ª); Sentencia num 393/2017 de 21 junio.

*donación sujeta a condición resolutoria, dado que el actual propietario puede verse privado del dominio del bien transmitido”.*⁵³

Es decir, aunque siempre impera la fe pública registral, el donatario ha de saber que lo que inscribe no es de plena propiedad hasta el ejercicio o renuncia del derecho por parte del donante.

3.3 Los arrendamientos urbanos

La regulación de este sistema de contratación ha evolucionado con el tiempo, dando el legislador libertad de pactar y amplios plazos de prórroga.

3.3.1 Motivos que llevaron a reformar su regulación:

El régimen jurídico de los arrendamientos urbanos se encuentra en la actualidad regulado por el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, que fue modificada posteriormente por la Ley 4/2013, de 4 de junio.

La escasez de viviendas y locales de negocio producido como consecuencia de la Guerra Civil Española, hacía muy difícil poder aplicar de manera simple y escueta las normas del Código Civil, basadas en la ley de la oferta y la demanda⁵⁴. La libre e incondicionada aplicación habría llevado a un considerable aumento de los alquileres, dificultando el pago y hubiera producido desahucios masivos de los contratos que llegaban a su término con consecuencias terribles. Surgido este problema, el legislador apostó por una mayor protección al arrendatario, incluso congelando las rentas pues no se permitía su elevación salvo por causas señaladas por ley.

En el orden jurídico, estas medidas se traducían en una especial legislación caracterizada por una remarcada imperatividad de sus normas, con una casi anulación o bloqueo del poder de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Esto ocurrió con la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946 como la de 1955, que la modificó. Una mayor flexibilización en pro de la autonomía de la voluntad de los contratantes se notó en la Ley de 1964, y sobre todo en el Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, que abolió el carácter imperativo de la prórroga forzosa de los arrendamientos para los pactados a partir de la vigencia de este Real Decreto, ya que su régimen sólo sería aplicado si era voluntad así de las partes.

Esta desaparición de la prórroga legal forzosa unida a la existencia de situaciones favorables en el terreno económico para un mayor número de ofertas de viviendas, llevó a la redacción de la actual Ley de Arrendamientos Urbanos 12/1994. Esta Ley ampara de nuevo el principio de la autonomía de la voluntad para la solución de los problemas

⁵³ DGRN; Resolución 24 octubre 2016; BOE.

⁵⁴ Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón; op. cit pg 111

contractuales, aunque sigue manteniendo una firme protección del arrendatario presente en la legislación arrendataria desde 1946.

En la actualidad, el mercado de los arrendamientos urbanos en vivienda se caracteriza por la existencia de dos situaciones diferenciadas. Por un lado, los contratos celebrados al amparo del Real Decreto-ley de 1985, que suponen el 20 por 100 del total y se caracterizan por tener rentas elevadas. Por el otro lado, los contratos celebrados con anterioridad a este Real Decreto con rentas no elevadas. Debido a esta situación, la finalidad que persigue la promulgación de esta ley es la de ayudar a potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pilar básico de una política de vivienda basada en el mandato constitucional del artículo 47 de la Constitución⁵⁵: “ *Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias (...), regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”.⁵⁶

Es decir, esta ley armoniza con la intervención para evitar la especulación de los empresarios y arrendatarios y evitar así la imposición de rentas prácticamente indisponibles para los arrendatarios. Además, el artículo comienza con el reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Puede considerarse que dentro de la idea vivienda digna no sólo se defiende unas condiciones correctas para poder vivir (por ejemplo, todas las instalaciones en perfecto estado), sino también precio de alquileres asequibles para el pago de los arrendatarios.

Otra de las novedades que presentó esta Ley fue el cambio de duración. Se optó por establecer un plazo mínimo de duración del contrato de cinco años, considerando que un plazo como tal permite una cierta estabilidad para las unidades familiares que les posibilita considerar el arrendamiento como alternativa válida a la propiedad. Este plazo mínimo de duración se articula a partir del libre pacto entre las partes en relación con la duración inicial del contrato unido a un sistema de prórrogas obligatorias hasta alcanzar el mínimo de cinco años. Además se introduce un mecanismo de prórroga tácita, una vez transcurrido el plazo de cinco años, dando lugar a un nuevo plazo de tres años.

En la actualidad, esta evolución legislativa sigue en proceso. El preámbulo de la Ley 4/2013 detalla que: “ *la norma nace con el objetivo de flexibilizar de alquiler de vivienda*”⁵⁷. Esto es debido a la constatación de que en España el porcentaje de personas que viven en viviendas de alquiler se sitúa en un 17% mientras que la media europea se acerca al 30%⁵⁸. Esta Ley ha introducido reformas de forma sustantiva que vienen a aumentar el ámbito de la autonomía privada en los contratos de arrendamiento.

⁵⁵ *Preámbulo Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994*; 25 noviembre 1994; BOE.

⁵⁶ *Constitución Española*; artículo 47; 1978; BOE.

⁵⁷ *Preámbulo Ley 4/2013 de 4 de junio de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas*. 2013; BOE.

⁵⁸ *Novedades introducidas por la Ley 4/2013 de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado de Alquiler de Viviendas*; Actualidad Jurídica Uría Menéndez; 36-2014; página 80.

3.3.2 Principios básicos de la legislación especial de arrendamientos de viviendas:

Manifestaciones del apartado anterior son los principios en los que se basa este texto legislativo. Estos principios buscan en mi opinión una protección al inquilino mediante prórrogas flexibles, límites frente a las necesidades de sus parientes que habitan con él, en necesidad de una vivienda, etc.

a) Duración. Prórrogas

El artículo 9.1 de la LAU establece que la relación alcance una duración mínima de tres años. Si la duración fuese menor, llegado el día del vencimiento del contrato se prorrogará éste por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de tres años. No obstante, el art 9.3 establece una excepción si, una vez transcurrido el primer año de duración, el arrendador comunica al arrendatario que necesita la vivienda arrendada para destinarla para sí o sus familiares en primer grado de consanguinidad o por adopción, o para el cónyuge en los supuestos de separación por sentencia firme. Es visible así también una protección a la propiedad del arrendador para cumplir con los derechos de alimentos y cargas familiares en caso de urgencia o necesidad de éste.

b) Oponibilidad del arrendamiento a terceros adquirentes.

La Disposición Adicional Segunda de la LAU sienta el precepto de que son inscribibles en el Registro de la Propiedad los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarrendos, cesiones y subrogaciones. Los efectos son de inscripción de cualquier derecho susceptible de ello: oponibilidad del que adquiere del arrendador. Si el arrendamiento no se inscribe, el adquirente al que le fuese aplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no sufriría tales efectos: *“El tercero de buena fe que adquiera a título oneroso algún derecho de persona que aparezca en el Registro con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho (...)”*⁵⁹.

c) Situaciones familiares del arrendatario.

De nuevo otro artículo que proporciona una protección a las personas relacionadas con el arrendatario en su derecho de tener una vivienda. Si el arrendatario estuviese casado, la facultad de desistir del contrato o de no renovarlo, necesita el consentimiento del otro cónyuge que con él conviva, debido a que seguramente la vivienda es el hogar familiar. Esta medida se encuentra relacionada con el artículo 1320 CC que establece la necesidad de contar con la voluntad del cónyuge para la disposición sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque esos derechos sólo pertenezcan a uno solo de los cónyuges.

⁵⁹ Real Decreto 8 febrero 1946 que aprueba la Ley Hipotecaria; artículo 34; 27 febrero 1946; BOE.

Si no constase tal consentimiento en caso de manifestación expresa del arrendatario, es carga del arrendador requerir al cónyuge para que declare si desea continuar con el arrendamiento, eso sí, estará obligado a abonar la renta hasta la extinción del contrato, como presupuesto de quién disfruta de la vivienda. En caso de abandono de la vivienda por el arrendatario sin ninguna manifestación previa (supuesto posible en una separación de hecho), la carga de notificar al arrendador pesa sobre el cónyuge, y su contenido ha de dirigirse a la voluntad de querer ser arrendatario.

d) Arrendamiento para uso distinto a vivienda

La LAU de 1994 ha distinguido el arrendamiento de edificaciones habitables cuyo objeto sea la satisfacción de vivienda permanente y el arrendamiento con un uso distinto: actividad industrial, artesanal, comercial. La Exposición de Motivos de la LAU es tajante con esta distinción: abandonar la diferencia entre arrendamientos de viviendas y de locales de negocios a los de vivienda y de uso distinto a vivienda (que engloba los de segunda residencia, temporada, locales de negocio, etc).

En una primera interpretación, puede decirse que los arrendamientos de industria no se encuentran dentro de esta enumeración (art 3.2 LAU). No obstante, el arrendamiento de industria y el de uso distinto al de vivienda tienen hoy un régimen jurídico muy parecido: el Código Civil y la voluntad de las partes. En esta regulación nos encontramos con la subrogación del adquirente de la finca arrendada en los derechos y obligaciones del arrendador, salvo que concurran los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Otra medida es la indemnización a cargo del arrendador en caso de extinción del contrato a favor del arrendatario, por razón de pérdida de clientes o por aprovechamiento por otro. Por último, se permite al arrendatario la cesión del contrato o subarriendo sin el consentimiento del arrendador, aunque si notificándosele. El arrendador tendrá derecho a la elevación de la renta.

A pesar de haber más principios y medidas, he considerado éstas las más destacables, dejando en otro apartado los derechos de adquisición preferentes.

3.3.3 Los derechos de adquisición preferentes del arrendatario de viviendas.

La Ley protege el uso y disfrute de la posición del arrendatario mediante las tradicionales figuras del tanteo y retracto, por las cuales el arrendador no podrá disponer de una venta de su propiedad sin notificar previamente al arrendatario, pudiendo éste realizar las actuaciones que se desarrollan a continuación.

La LAU de 1994 conserva los derechos de tanteo y retracto, siendo límites a las facultades dispositivas del arrendador cuando quiere enajenar la vivienda. El artículo 25 otorga al arrendatario para el caso de enajenación onerosa de la vivienda el derecho de

tanteo, por el cual el arrendador le ha de notificar su decisión de vender, precio y estipulaciones de la posible venta. El arrendatario podrá obtener el inmueble por el mismo precio ofrecido al comprador en el contrato de compraventa.

El arrendatario dispone de 180 días naturales para ejercer tal derecho. Si no lo hiciese, el arrendador es libre de vender el inmueble más con la condición de entregar al arrendatario una copia del documento de la compraventa a fin de comprobar que las condiciones de venta son las mismas con las que se le ofreció el inmueble a él. Si el precio es inferior, tendrá derecho de retracto durante treinta días desde la notificación de la compraventa. También tendrá este derecho cuando no fuera notificado o que esta notificación no contuviera los requisitos legales.

No habrá tanteo ni retracto cuando la vivienda se venda con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que sean parte del inmueble, ni cuando sean vendidos de manera conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de pisos o locales del inmueble. Por último, las partes podrán pactar la renuncia del arrendatario al derecho de adquisición preferente si así lo disponen, comunicando el arrendador al arrendatario con treinta días de antelación a la fecha de formalización del contrato de compraventa.

Cuestión de vital importancia cobra este pacto de renuncia en nuestra jurisprudencia. La Dirección General de Registros y Notariado, que se pronuncia⁶⁰ en el derecho del arrendatario en el caso de no estar inscrito en el Registro. La resolución viene a analizar una nota de calificación del Registro cuestionando la certeza de la manifestación hecha por el vendedor-arrendador de haber renunciado el arrendatario a su derecho de adquisición preferente ya que a la escritura del contrato, no se une la del contrato de arrendamiento. La DGRN pone como fundamento de derecho el apartado 5 del artículo 25 LAU en cuanto determina que "para inscribir en el Registro los títulos de venta de viviendas arrendadas deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones prevenidas".

El artículo 7.2 establece claramente un principio de inoponibilidad del arrendamiento no inscrito frente a tercero inscrito. En esta dirección, la DGRN exige al arrendatario un plus de diligencia para que su derecho sea oponible frente a tercero inscrito; de tal modo que en supuestos de manifestación inexacta del vendedor- arrendador, de" tal modo ue no puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y que adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendamientos o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente".

Para concluir, el Tribunal Supremo se pronuncia sobre la modulación del derecho de adquisición preferente: "El fenómeno adquisitivo que se deriva del derecho de

⁶⁰ DGRN; Resolución num. 1096/2016 de 11 enero 2016.

adquisición preferente que la ley otorga al arrendatario queda configurado, de forma sustantiva, por los presupuestos que el Código Civil contempla al respecto en la correlación de los artículos 1518 y 1521 . De la interpretación sistemática de los mismos se desprende que, si bien el efecto adquisitivo no se produce de un modo directo y pleno por obra de la norma, no obstante, su producción queda modalizada (...) por el propio efecto subrogatorio que contempla el Art. 1521 ,Código Civil ('derecho a subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago') y por el cumplimiento por el arrendatario del referente obligacional de dicho pago, extremo que lleva a cabo con la correspondiente consignación al vendedor del precio de la venta y demás elementos previstos en el artículo 1518 del Código Civil”⁶¹. Es decir, la posición del arrendatario es la misma que la que hubiese sido el hipotético comprador.

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

No debo finalizar sin plasmar en este estudio las prácticas en el tráfico actual de las contrataciones en masa que afectan a miles y miles de consumidores y usuarios. Los grandes contratantes “aprovechan” tal posición para incluir en sus contratos estipulaciones generales a las que los consumidores se adhieren sin conocimiento previo o asesoramiento. Este apartado estas estipulaciones y los remedios legales vigentes para amparar a los consumidores.

4.1 Las cláusulas abusivas y su marco regulatorio:

Merece especial atención el estudio de las técnicas legislativas establecidas para la limitación de pactar en el derecho de consumo, evitando así abuso de derecho por ejemplo en contrataciones generales o en masa.

4.1.1 Concepto y naturaleza:

A efectos de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁶², son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas y entidades sin personalidad jurídica que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial o empresarial. Además de esta definición encontramos otra en la Directiva 93/13/CEE⁶³ que define al

⁶¹ STS (Sala de lo Civil); num 539/2014 para el recurso 2432/2012; 14 enero 2015.

⁶² Artículo 3; *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*; BOE.

⁶³ *Directiva 93/13/CEE*; 5 abril; DOUE.

consumidor como: *“toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”*.

Por tanto, antes de hablar de cláusulas abusivas es necesario definir a quién se aplica estas regulaciones. Se puede entender que se aplicaría a los consumidores y usuarios que operan sin tener un fin profesional. Así lo expresa también nuestra jurisprudencia en la sentencia del Tribunal Supremo⁶⁴ en 2017: *“Cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato”*.

Las cláusulas abusivas se definen legalmente como todas aquellas cláusulas o 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 en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La legislación española de consumidores y usuarios se basa en el artículo 51 de la Constitución Española, según el cual los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo establece que promoverán su información y educación, fomentarán sus organizaciones y las oírán en las cuestiones que puedan afectarles.

La definición aportada previamente de las cláusulas abusivas corresponde a la Ley General para Defensa de Consumidores y Usuarios. Esta ley, junto a la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, fueron objeto de modificación a raíz de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Una de ellas, la sentencia de fecha 9 de septiembre de 2004⁶⁵ entendió que España no había adaptado de manera correcta a su Derecho interno los artículos 5 y 6.2 de la Directiva 93/13/CEE. La Directiva en cuestión fue entonces incorporada a nuestro Derecho mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, modificando la ley anterior de 1984.

4.1.2 Regulación:

La regulación de estas cláusulas es fruto de un proceso de armonización de derecho comunitario con el objetivo de que los Estados Miembros previesen en sus distintas legislaciones un cuerpo normativo de protección de usuarios y consumidores.

a) Directiva 2011/83/UE, de 25 octubre 2011, sobre los derechos de los consumidores.

⁶⁴ STS (Sala de lo Civil); num 224/2017 al recurso 2783/2014; 5 de abril de 2017.

⁶⁵ STJUE (Sala Primera) de 9 Septiembre de 2004; Asunto C-70/03.

Es un proyecto comunitario de gran importancia, que pretende poner fin a una muy heterogénea situación de la materia en la UE. Esta heterogeneidad surgía con el abanico de normas comunitarias que tutelan al consumidor en muy diversos sectores del mercado (Directivas sectoriales). Las medidas de armonización tomadas han llevado a que los Estados adoptaran frecuentemente medidas más estrictas de protección.

El fundamento que subyace en el artículo 4 de la Directiva es de reducir las barreras en el mercado interior, aumentando el derecho de información de los consumidores en todo contrato. La Directiva es la primera de carácter horizontal, en cuanto que se aplica a todo contrato celebrado entre un empresario y un consumidor. No obstante, la Directiva no resulta aplicable a todos los contratos celebrados por consumidores, ya que el legislador comunitario ha señalado las excepciones en el artículo 3: servicios sociales, asistencia sanitaria, jingo por dinero, viajes combinados, etc).

La Directiva no logra una armonización plena, pese a ser éste su objetivo principal, puesto que la propia Directiva contiene muchas excepciones a tal armonización que inicialmente pretendía plena⁶⁶.

b) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 (LGDCU)

Esta ley realiza una enumeración de las cláusulas que han de ser consideradas abusivas, regula las consecuencias de la declaración de abusividad. De este modo, su artículo 82, en su apartado cuarto indica que cláusulas son abusivas. Los demás artículos desarrollan estas cláusulas:

- Las que vinculen la voluntad del empresario (art 85): reserven al empresario un plazo excesivamente largo o indeterminado para aceptar o rechazar una oferta contractual, las que le reserven facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato.
- Las que limiten los derechos básicos del consumidor y usuario reconocidos por normas dispositivas o imperativas (art 86): limiten el derecho a indemnización por daños y perjuicios, excluyan de responsabilidad del empresario en cumplimiento del contrato, limitación o exclusión de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.
- Las que entrañen falta de reciprocidad, contraria a la buena fe, y en perjuicio del consumidor y usuario (art 87).
- Cláusulas sobre garantías que supongan (art 88): la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, imposición de carga de prueba al usuario cuando corresponde a la otra parte.
- Las que afecten al perfeccionamiento y ejecución del contrato (art 89): las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, transmisión al usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos.

⁶⁶ Eva M. Domínguez Pérez; *Recientes planteamientos de tutela del derecho del consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento*; Facultad de Derecho; UNED.

- Cláusulas que sobre competencia y derecho aplicable establezcan (art 90): sumisión a arbitrajes distintos del arbitraje de consumo y previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor.

4.2 Condiciones generales de contratación y sus requisitos

4.2.1 Concepto

Según la Ley de Condiciones Generales de Contratación:⁶⁷ *“se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general el conjunto de las redactas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarla a todos los contratos que aquella o ésta celebren, y cuya aplicación o puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”*.

Las condiciones generales de contratación puede decirse que son una manifestación típica del Derecho de la economía moderna, se dan cuando una empresa realiza servicios o produce bienes de manera sistemática y regular para el público a gran escala. A la realización de servicios en serie y a la producción de bienes en masa corresponde una contratación en serie. Por lo que las ventajas del uso de este sistema de contratación son: eliminar dudas e incertidumbres, eliminar los tratos previos, situación de igualdad para las partes que contratan con las empresas que las imponen.

Piénsese así en la compra de una entrada a un evento. El usuario se compromete mediante la compra a una serie de modos de proceder que impone la empresa (buen comportamiento, prohibición de reventa, no devolución del importe abonado, etc).

4.2.2 Requisitos

Estas condiciones a las que se adhiere la otra parte contratante pueden camuflar una clara abusividad de tales cláusulas, en perjuicio de éste. El poder de la parte que impone las condiciones es preciso que sea controlado para evitar situaciones de injusticia. Pueden distinguirse tres tipos de controles⁶⁸. En primer lugar, un control judicial, que implicaría que Jueces y Tribunales pudiesen homologar tales condiciones, aunque no existe tal control en el ordenamiento español, debido a que el órgano jurisdiccional interpreta y aplica el caso concreto. No obstante, nuestro ordenamiento aporta la regla contra *proferentem* en el Código Civil (art 1288) que establece que establece que las cláusulas oscuras de un contrato no podrán favorecer a la parte que las hubiese

⁶⁷ Artículo 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación;1998; BOE.

⁶⁸ Xavier O'Callaghan Muñoz; *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*; Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos); Volumen I; Editorial Universitaria Ramón Areces.

ocasionado. Además el artículo 10.2 de la LGDGU establece: *“las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado”*.

En segundo lugar se produce un control administrativo de las condiciones o estipulaciones de las empresas públicas, ya que serán sometidas a la aprobación y vigilancia de las Administraciones Públicas competentes, según el artículo 10. 3 LGDGU.

Por último, y el que considero que es el más importante, es el control legal. Está hoy representado esencialmente por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (como en los otros controles). El sistema de control es imponer unos requisitos para la validez de las estipulaciones. La condición general que no las cumpla, sufre la sanción de la nulidad. Tales requisitos se refieren a tres actividades: oferta, promoción y venta.

Entre estos encontramos en el artículo 10 el de plasmación documental (que las condiciones se hallen en el texto del documento o que se haga una referencia expresa al documento en el que se encuentran), al igual que se entregue una copia del contrato. El texto debe ser legible, físicamente, es decir, no esté en letra tan pequeña que sea difícil leerlos. En cuanto a interpretación, en el caso de contradicciones entre condiciones generales y cláusulas particulares, prevalece la que sea más beneficiosa para el consumidor, contratante más débil.

Por último, se establece como requisito la aplicación del principio de buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones. De este requisito deriva el carácter no abusivo del objeto del contrato o de las condiciones y estipulaciones necesarias para realizarse el objeto del contrato.

4.2 Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013⁶⁹

Un precedente sin igual que no puede faltar en el estudio de estas cláusulas abusivas es la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013, estimando parcialmente un recurso de casación (485/2012) que versaba sobre las denominadas “cláusulas suelo”. Con parte recurrente la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) y de parte recurrida una serie de bancos y cajas de ahorro (Banco de Bilbao, Cajamar, Caja de Ahorros de Galicia, etc); la importancia de esta sentencia deriva de la falta de información clara y suficiente para definir el objeto central del contrato: los préstamos hipotecarios.

En primer lugar el Tribunal Supremo hace una contextualización: el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto a las entidades financieras, tanto al nivel de información como a la capacidad de negociación. La cuestión a debatir es si la cláusula suelo es una cláusula abusiva para el consumidor ya que, ni ha influido en la redacción y que tiene menos nivel de información y negociación.

⁶⁹ STS (Sala de lo Civil); Sentencia num 241/2013 de 9 mayo; RJ 2013/3088.

Entrando en contenido, en los contratos de préstamo hipotecario con interés variable, la cláusula suelo es el límite que protege al banco de las bajadas del Euribor y la cláusula techo la que protege al deudor de la misma consecuencia. Se considerarán abusivas si se pacta sólo una, que tenga una notable desproporción y cuando falte una información detallada y veraz de la cláusula suelo. El Tribunal Supremo no duda en considerar a esta cláusula como condición general de contratación (cláusulas predispuestas). El hecho de que se refieran al objeto principal del contrato no impide para que sea considerada como condición general, sino el proceso seguido para su inclusión.

Continúa la sentencia con la referencia a la Orden Ministerial de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que regula el proceso de constitución de las hipotecas en garantía de préstamos hipotecarios a los consumidores y que comienza por la entrega al solicitante de un folleto informativo con la inclusión de las condiciones financieras. Además de este deber de información, el TS resalta que *las cláusulas no pueden estar enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas*. Por lo tanto, considera que no son transparentes ya que: falta información clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato y se ubican entre una enorme cantidad de datos que diluyen la atención del consumidor.

Concluye con el razonamiento de que estas cláusulas son ilícitas si no poseen la transparencia suficiente que permita al consumidor identificarla como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variación de los tipos. Corresponde a la empresa fijar el interés al que presta el dinero pero también comunicar de forma clara, comprensible la oferta, evitando la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender. Finalmente, falla el Tribunal en la nulidad parcial de estos contratos, disponiendo que el contrato sigue siendo vinculante para las partes en los mismos términos, salvo las abusivas, que no vincularán al consumidor.

Entiendo que esta sentencia ha supuesto un claro ejemplo de la abusividad de los profesionales o empresarios, aprovechando su posición frente a los usuarios, con “artimañas o engaños”, dificultando la interpretación del contrato y pudiendo llevar al error a los consumidores en la realización de estos contratos. No obstante, cabe recordar que esta defensa de la Ley a los consumidores sólo se aplica en caso de ser la parte consumidor, es decir, un abogado que celebra un contrato de crédito con un banco y lo garantiza constituyendo una hipoteca sobre un inmueble propiedad del bufete y no se especifica el destino del crédito y con una cláusula suelo de este tipo; solo podrá pedir la

nulidad de la cláusula si no se precisa el destino del crédito es profesional o no (según el artículo 2.b) Directiva 93/13/CEE).

Si solicitase el crédito concretando que lo utilizará para hacer obras en su despacho, no podrá pedir la nulidad aplicando el criterio de transparencia, ya que al utilizarse el

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

crédito para una actividad vinculada a su actividad profesional, no se le consideraría consumidor.

5 CONCLUSIONES

Primera: El principio de autonomía privada es un Principio General del Derecho, siendo de aplicación en defecto de ley y costumbre; como normas dispositivas que las partes pueden usar para regular su relación jurídica.

Segunda: Su importancia radica en ser el principio básico del derecho privado, que capacita a los particulares a poder pactar libremente y regular su esfera jurídica, pudiendo éstos establecer las estipulaciones contractuales que vean convenientes. Es la base sobre la cual se fundamenta la regulación civil de los contratos: debiendo respetar esta regulación este principio de las partes.

Tercera: Es un principio reconocido y no atribuido por el Estado a los particulares. La libertad de pactar es inherente a la persona física (una vez obtenida la capacidad de obrar) y jurídica (como sujeto de derechos y obligaciones), que debe ser amparado por el ordenamiento jurídico.

Cuarta: Aunque el Código Civil en su artículo 1091 otorgue fuerza de ley a las obligaciones contractuales, la naturaleza de la prescripción de estas disposiciones no corresponden a la de las normas jurídicas. Las normas jurídicas se destinan a regular la vida social, con generalidad y abstracción, mientras que las cláusulas contractuales poseen eficacia *inter partes*. Es decir, no son normas jurídicas pero operan como tal, como afirma el autor J.M. Huidobro.

Quinta: Como pilar básico de la libertad contractual, también deber ser limitada y controlada. Las partes no pueden satisfacer sus intereses mediante mecanismos abusivos en perjuicio de los derechos y patrimonios de la otra parte. Así las cosas, el artículo 1255 establece los límites de este principio. La Ley como principal herramienta del ordenamiento para la regulación de los fenómenos jurídicos y la moral y orden público en amparo del bienestar colectivo y los principios que cimientan la sociedad.

Sexta: Las limitaciones responden a un fundamento basado en el realismo jurídico. Es decir, la legislación evoluciona en función de la aparición de nuevos tipos de cláusulas que abren la posibilidad de un nuevo tipo de contratación (pongo por ejemplo la Ley de Arrendamientos Urbanos y Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazo).

LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS

Séptima: En el contexto de la regulación de las relaciones entre particulares considero necesaria la intervención del ordenamiento a la autonomía privada. No obstante, sólo podrá estar fundamentada en la previsión de cualquier lesión del derecho o patrimonio de la otra parte mediante negocios jurídicos abusivos que pueden manifestarse en contratación general o contratos de adhesión.

6 BIBLIOGRAFÍA

- LUIS DÍEZ-PICAZO Y ANTONIO GULLÓN: *Contratos en Especial*; Volumen II (Tomo 2); Editorial Tecnos; Madrid; 2015.
- JOSÉ MARÍA RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS: *Manual de Derecho Civil. Parte General*; Editorial Dykinson S.L.; Madrid; 2008.
- FEDERICO DE CASTRO; *El negocio jurídico*. Tomo X; Tratado Práctico del Derecho Civil. Madrid. 1971.
- JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA; *Elementos del Derecho Civil*; Parte General I; Volumen Tercero; Madrid; 2005.
- RODRIGO BERCOVITZ; *Comentarios al artículo 1255 del Código Civil*; Grandes Tratados; Editorial Aranzadi; 2009.
- ANTONIO REVERTE NAVARRO; *Comentario al artículo 1255. Artículos 1254 a 1260*. Comentarios al Código Civil. Tomo XVII; BOE; Madrid; 2005.
- ANTONIO GORDILLO CAÑAS; *La nulidad parcial del contrato con precio ilegal*. Anuario Derecho Civil; BOE; 1975.
- MANRESA Y NAVARRO; *Comentarios al Código Civil Español*; Tomo XII; Madrid; 1973.
- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ; *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*; Compendio Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos). Volumen I; Editorial Universitaria Ramón Areces.
- ÁNGEL ACEDO PENCO; *El Orden Público Actual como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia*. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Rioja.
- LUIS DIEZ-PICAZO; *La Autonomía Privada y el Derecho Necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos*; BOE; Madrid; 1956.
- PABLO SALVADOR CODERCH; *Autonomía privada, fraude de ley e interpretación de los negocios jurídicos*; Universidad Pompeu Fabra; Barcelona; 2004.
- BRAULIO ZAVALA VELARDE; *El orden público y las buenas costumbres*. Integración Derecho Civil y Procesal; 2016.

- INMACULADA VIVAS TASÓN; *La invalidez de la promesa de la donación*. Universidad de Sevilla.
- ACTUALIDAD JURÍDICA URÍA MENÉNDEZ; *Novedades introducidas por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas en la legislación arrendataria*. 2014.
- ISMAEL EDUARDO VERDUGO BRAVO; *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*; Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins. 2008.
- EDUARDO MOLANO; *El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas*. Universidad de Navarra.
- EVA M. DOMÍNGUEZ PÉREZ; *Recientes planteamientos de tutela del derecho de consumidor mediante el ejercicio del derecho de desistimiento: La Directiva 2011/83/UE, de 25 octubre de 2011 y su transposición al derecho español*; Facultad de Derecho. UNED.

7. ANEXOS

a) Anexos legislativos:

- Código Civil Español de 1889.
- Constitución Española de 1978.
- Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.
- Ley 16/2011, de 24 junio, de Contratos de Crédito al Consumo.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.
- Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas.
- 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.
- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación..

b) Anexos jurisprudenciales:

- STS (Sala de lo Civil), 22 mayo 2003, recurso 7147.
- STS 5 abril 1966; Repertorio n^a 1684, 1966.
- STC 19/1985., (BOE n^a55 5 marzo 1985), Sala Segunda., en el recurso de amparo n^a 98/1984.
- STS 22 mayo 1993., Sala de lo Civil ., en el recurso 161/1991.
- STS., (Sala de lo Civil., Sección 1^o)., num 1024/2004 de 18 octubre. Recurso Casación num 2880/1998.
- STS., NUM 177669/2012., 31 octubre 2012.
- STS (Sala 1^a de lo Civil); n^a 700/2016, 24 noviembre 2016.
- DGRN; Resolución num. 1/2006 de 14 enero 2006; RJ/2006/648.
- Sentencia AP Toledo (Sección 2^a); Sentencia num 393/2017 de 21 junio.
- DGRN; Resolución 24 octubre 2016.
- DGRN; Resolución num. 1096/2016 de 11 enero 2016.
- STS (Sala de lo Civil); num 539/2014 para el recurso 2432/2012; 14 enero 2015.
- STS (Sala de lo Cvil); num 224/2017 al recurso 2783/2014; 5 de abril de 2017.
- STJUE (Sala Primera) de 9 Septiembre de 2004; Asunto C-70/03.
- STS (Sala de lo Civil); Sentencia num 241/2013 de 9 mayo; RJ 2013/3088.

