

# La ley sobre condiciones generales de la contratación

Rafael SARAZA JIMENA

La Ley 7/1998, de 13 de abril (BOE de 14 de abril; entró en vigor a los 20 días de su publicación, conforme a su disposición final 3ª), regula las condiciones generales de la contratación. En principio, la ley está destinada a trasponer al Derecho interno la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Como suele ocurrir con las Directivas dictadas en materias de cierto contenido social, la trasposición se ha realizado fuera del plazo previsto, pues el artículo 10 de la Directiva establecía como fecha límite para que los Estados miembros de la Unión Europea realizaran la trasposición de la Directiva a su Derecho interno el 31 de diciembre de 1994. No se trata de un hecho excepcional, pues anteriores Directivas sobre materias de consumo —responsabilidad por productos defectuosos, ventas realizadas fuera de establecimientos comerciales, etc.— han sido traspuestas fuera de plazo, tanto aquí como en la mayoría de los países de la Unión Europea.

Las Cortes han elaborado una Ley en la que se persiguen objetivos más amplios que la mera trasposición de dicha Directiva. Además de regular las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, que propiamente constituía el objeto dicha Directiva, la Ley establece un régimen general aplicable a cualesquiera condiciones generales contenidas en los contratos, incluso aunque los mismos estén celebrados entre profesionales o empresarios y no haya intervenido en los mismos un consumidor. Se establece así un régimen dual, más genérico cuando se trata de contratos celebrados entre profesionales o empresarios, y más riguroso y detallado cuando se trata de contratos celebrados con consumidores. En este último, se regulan las cláusulas abusivas, que no necesariamente han de ser condiciones generales utilizadas con carácter general por el empresario o profesional en una pluralidad de contratos, sino que pueden encontrarse en un contrato aislado, siempre que sea de adhesión. Y asimismo, si las cláusulas contenidas en el contrato celebrado con el consumidor tienen el carácter de condiciones generales, les será de aplicación subsidiaria el régimen general establecido en la primera parte de la ley para las condiciones generales de los contratos.

A primera vista, la idea parece acertada. Los borradores y anteproyectos de ley sobre esta materia se habfan ido sucediendo, sin que llegaran a cristalizar en ley. Un primer borrador de anteproyecto de ley sobre condiciones generales fue ya elaborado en el año 1980, y se conocen una primera redacción de julio de 1983, una segunda de noviembre de 1987, y una tercera de noviembre de 1991, que llegó a ser incluso informada por el Consejo General del Poder Judicial. En los últimos tiempos de la última legislatura, cuando ya se sabía que la legislatu-

ra iba a ser disuelta por la retirada del apoyo parlamentario que su socio catalán daba al gobierno socialista, fue también remitido a informe del Consejo un anteproyecto de reforma del artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que lógicamente no pudo fructificar.

Pese al sugestivo panorama dibujado en la exposición de motivos, el resultado obtenido con la promulgación de la Ley de condiciones generales de la contratación no puede calificarse sino como muy pobre. Veamos por qué.

## REGIMEN GENERAL DE LAS CONDICIONES GENERALES

El articulado de la ley —dejando aparte las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales— regula lo que denomina “condiciones generales de la contratación”, que responde a lo que buena parte de los autores denominaba “condiciones generales de los contratos”, estipulaciones incluidas en el propio contrato, y que dichos autores diferenciaban de las “condiciones generales de la contratación”, que serían las normas utilizadas por las empresas para contratar con sus clientes, aunque éstos no las conocieran.

La ley define las condiciones generales de la contratación como aquellas cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, sin que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula, o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, excluya la aplicación de la nueva ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Como se ha indicado, se prevé la aplicación de la ley a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente—. Se entenderá como profesional predisponente toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, sea pública o privada. En cuanto al adherente, no es preciso que sea un consumidor, pues puede ser también otro profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

El artículo 6 de la nueva ley establece tres principios ya clásicos en lo relativo a la interpretación de las condiciones generales: el de prevalencia, el de la condición más beneficiosa y el principio “contra proferentem”.

De acuerdo con el primero de ellos, cuando exista

contradicción entre las condiciones generales y las particulares, prevalecerán éstas sobre aquellas, pues se entiende que reflejan mejor la voluntad real de las partes. De acuerdo con el segundo, la anterior regla de la prevalencia tiene una excepción: que la condición general sea más beneficiosa para el adherente que la condición particular, caso en que aquélla prevalecerá sobre ésta. El tercer principio es una transposición de lo establecido en el artículo 1288 del Código Civil: las dudas de interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

Por último, se prevé la aplicación subsidiaria de las normas de interpretación de contratos del Código Civil, contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil.

## INCORPORACION Y NULIDAD

Para que pueda considerarse que una condición general forma parte de un contrato, ha de cumplir una serie de requisitos que establece el artículo 5 de la ley. En primer lugar exige la ley que el adherente ha de aceptar la incorporación al contrato de las condiciones generales, y dicho contrato ha de estar firmado por todos los contratantes, siendo necesario para entender que ha habido tal aceptación de la incorporación que el predisponente informe expresamente al adherente de la existencia de las condiciones generales y le entregue un ejemplar de las mismas. No obstante, la ley establece unas especialidades para el caso de contratos que no deban formalizarse por escrito, caso en que bastará que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible o de cualquier otra forma asegure la posibilidad efectiva de conocer su existencia; y para el caso de contratación telefónica o electrónica, la ley exige que conste la aceptación de todas las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional, con inmediato envío al consumidor de justificación escrita del contrato. Aquí ya encontramos una remisión a un posterior desarrollo reglamentario, que se repite frecuentemente a lo largo de la ley.

En segundo lugar, la ley exige como requisito de incorporación que las condiciones generales estén redactadas con criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Correlativamente a estos requisitos, el artículo 7 establece la no incorporación al contrato de las condiciones generales en el caso de que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas —salvo en los casos de contratos no escritos o contratación telefónica o electrónica antes comentados—, y asimismo cuando sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas que hayan sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contractuales.

Respecto a este último inciso, la conjunción co-

pulativa “e” parece que responde a un error material y que lo correcto habría sido utilizar la disyuntiva “o”, pues de otro modo no tendría sentido la expresión siguiente, “salvo en cuanto a éstas últimas...” Lo contrario sería absurdo, pues encontrar una condición general que reúna las características de ilegible, ambigua, oscura e incomprensible parece más bien propio de una convocatoria al libro Guinness de los records.

De todos modos, ya empezamos a encontrar puntualizaciones que rebajan la eficacia del instrumento legislativo. No procede aplicar la sanción de no incorporación a las condiciones generales “incomprensibles” cuando “hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”. Se está pensando fundamentalmente en la contratación bancaria, en la que existe una normativa reglamentaria relativa a la transparencia en la contratación, fundamentalmente Ordenes Ministeriales y Circulares del Banco de España —con los problemas que respecto de éstas últimas se plantean en cuanto al alcance de su eficacia—, dictadas en desarrollo del artículo 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y que son fundamentalmente la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de entidades de crédito, la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de entidades de crédito, modificada a su vez por las Circulares 13/1993, de 21 de diciembre, 5/1994, de 22 de julio y 3/1996, de 27 de febrero, y la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Siendo cierto que parece un requisito mínimo que las condiciones generales que se contengan en este tipo de contratos reúnan al menos las menciones exigidas por estas normas, no es menos cierto que además deban de ser comprensibles, teniendo en cuenta lógicamente el grado de complejidad de la operación contratada. Porque el hecho de que, por ejemplo, un contrato de apertura de una cuenta corriente contenga las menciones obligatorias de tipos de intereses, comisiones aplicadas, períodos y fechas de liquidación, etc., exigidas en la reglamentación sobre transparencia de operaciones bancarias antes citada, no lo hace por sí solo comprensible, y parece que sería lógico que exija al predisponente una cierta diligencia a la hora de redactar el condicionado general en términos comprensibles para el ciudadano medio, cuidando de evitar expresiones innecesariamente complejas e incomprensibles. Aunque, todo sea dicho, los jueces no parece que seamos demasiado indicados para dar lecciones de claridad, simplicidad y comprensibilidad en el lenguaje.

En cuanto a la nulidad, el artículo 8.1º establece la sanción de nulidad de pleno derecho para las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cual-

quier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. La regulación no puede ser más pobre, porque se trata en realidad de una mera transposición de lo previsto en el artículo 6.3º del Código Civil, norma que cumple ahora veinticuatro años de vigencia. Podría haberse esperado algo un poco más avanzado, una regulación que incluyera también casos flagrantes de desequilibrio en la posición jurídica que para las partes resulta del contrato, la prohibición del desplazamiento al adherente de ciertos riesgos propios del predisponente, etc., sobre todo si tenemos en cuenta que en la exposición de motivos, para justificar la regulación de las condiciones generales en los casos de contratos celebrados entre profesionales, se hace la siguiente declaración: *"la protección de la igualdad de los contratantes es presupuesto necesario de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual"*. Se trata de una declaración programática que responde a las exigencias del nuevo Derecho de la contratación, pero que no tiene traducción práctica en el articulado de la Ley.

El segundo párrafo del referido artículo establece una previsión expresa de nulidad de las condiciones generales abusivas en los contratos celebrados con consumidores, remitiéndose al régimen de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificado por las disposiciones adicionales de esta ley.

## ACCION INDIVIDUAL

Los artículos 9 y 10 establecen el modo de hacer efectivo el régimen de no incorporación y de nulidad establecido por los artículos precedentes. Dice la ley que la declaración judicial de no incorporación o de nulidad de las condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.

La remisión a "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual" para definir el régimen de las acciones de nulidad y no incorporación derivadas de esta ley es, en mi opinión, otro fiasco de la ley. Remitirse a "las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual" supone remitirse a un campo lleno de ambigüedades y dudas. El profesor Díez-Picazo inicia el capítulo relativo a la ineficacia del contrato, en sus "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", diciendo que *"definir la ineficacia y situarla en el campo de los conceptos jurídicos constituye una tarea que no resulta nada fácil. Por lo pronto, la terminología usual no se encuentra fijada y es muchas veces equívoca. Se utilizan los conceptos de nulidad, anulación, validez, invalidez, rescisión, etc., a veces extrañamente entremezclados..."*. Si lo que pretende la ley

es remitirse a la regulación contenida en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil sobre las acciones de nulidad, se trata de una regulación decimonónica, pensada para contratos individuales y no para la contratación en masa a la que responde el fenómeno de las condiciones generales reguladas en la nueva ley.

La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o declaración de no incorporación ha de contener las siguientes declaraciones:

1º) Decretará la nulidad o no incorporación de las cláusulas generales afectadas por el vicio determinante de la nulidad o no incorporación, es decir, las que se encuentren en los supuestos previstos en los artículos 7 y 8 de la ley, antes comentados.

2º) Aclarará la eficacia del contrato cuando el contrato pueda subsistir sin las cláusulas nulas o no incorporadas, integrándose la parte del contrato subsistente con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil, es decir, con los criterios que resulten de la buena fe, el uso y la ley, y con las disposiciones de interpretación contractual de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

3º) Si el contrato no puede subsistir tras la declaración de nulidad o no incorporación de las cláusulas o condiciones generales impugnadas, por afectar a alguno de los elementos esenciales del contrato previstos en el artículo 1261 del Código Civil —consentimiento, objeto o causa—, la sentencia declarará la nulidad del propio contrato.

La mención que hace la ley a que estas declaraciones se contendrán en "la sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación" arroja la duda de si esta nulidad o no incorporación puede instarse como excepción frente a una acción promovida por el predisponente en base al contrato o al menor mediante reconvencción. Parece excesivo que haya de ser el adherente quien deba tomar la iniciativa, interponiendo una demanda para que determinadas condiciones generales sean declaradas nulas o no incorporadas, antes incluso de que se produzca una situación conflictiva en la relación contractual. Además, podría darse el caso de que coincidieran en el tiempo el proceso instado por el adherente para obtener la declaración de nulidad o no incorporación de determinadas condiciones generales del contrato y el proceso promovido por el predisponente contra el adherente para reclamarle el cumplimiento del contrato y en el que habría de aplicarse la reglamentación de las relaciones contractuales resultante justamente de dichas condiciones generales reputadas nulas o no incorporadas. Por ello, entiendo que, como ocurre en general con todo supuesto de nulidad contractual, la misma puede hacerse valer por el demandado como excepción o mediante reconvencción, dependiendo de cuál sea declaración que quiera obtenerse en la sentencia —la mera desestimación total o parcial de la demanda o además otros pronunciamientos añadidos a esa desestimación y relacionados con la nulidad pretendida—.

## LAS ACCIONES COLECTIVAS

En el artículo 12 y siguientes de la ley se regulan lo que la práctica anglosajona ha denominado "class actions", las acciones colectivas. Son de tres tipos:

1º) Acción de cesación, dirigida a que se condene al predisponente demandado a eliminar de sus contratos las condiciones generales nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2º) Acción de retractación, dirigida a condenar al demandado, sea o no el predisponente, a retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar cláusulas de condiciones generales que se consideren nulas y a abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro, siempre que hayan sido efectivamente utilizadas por el predisponente en alguna ocasión.

3º) Acción declarativa, dirigida al reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación e instar su inscripción en el Registro únicamente cuando ésta sea obligatoria.

Están legitimados activamente para ejercitar las acciones colectivas las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, las asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional de Consumo y organismos equivalentes de las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, los colegios profesionales y el Ministerio Fiscal.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha de distinguirse entre los distintos tipos de acciones colectivas. Así, la acción de cesación puede dirigirse contra cualquier profesional que utilice condiciones generales que se reputen nulas.

La acción de retractación procederá contra cualquier profesional que recomiende públicamente la utilización de condiciones generales que se reputen nulas o manifieste públicamente su voluntad de utilizarlas en el tráfico, exigiéndose el requisito de que en alguna ocasión hayan sido efectivamente utilizadas por algún predisponente.

La acción declarativa procederá contra cualquier profesional que utilice en sus contratos condiciones generales.

Estas acciones pueden dirigirse conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden la utilización de condiciones generales idénticas que se consideren nulas.

La ley permite que las entidades a las que se concede legitimación activa para ejercitar estas acciones colectivas pueden personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas en calidad de intervinientes. Serán tenidas por parte, sin que se retroceda en las actuaciones pero pudiendo utilizar, de acuerdo con la fase en que se encuentre el proceso, los medios de defensa o recursos con independencia del actor o demandado.

La sentencia estimatoria de una acción de cesación tiene un triple efecto:

1º) Impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas

que se declaren nulas, así como abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2º) Aclarará la eficacia del contrato. Aunque la ley no lo dice, parece que habrá que utilizar los parámetros establecidos para la acción individual, es decir, se integrará el contrato con arreglo a los artículos 1258 y 1281 y siguientes del Código Civil.

3º) Declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso por la utilización de las cláusulas nulas y solicitar indemnización de daños y perjuicios causados. En caso de que el predisponente no se avenga a dicha solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia.

Respecto de este último extremo, parece un tanto difícil que quien acciona una acción colectiva de cesación, que será una entidad o asociación que defiende intereses difusos o colectivos de acuerdo con el inciso final del artículo 7.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial pueda pedir la devolución de las cantidades cobradas indebidamente y la indemnización de daños y perjuicios causados por la utilización de condiciones generales nulas o no incorporadas, pero de todos modos parece interesante que ello pueda hacerse en el propio proceso en que se ejercita la acción colectiva, en fase de ejecución de sentencia, sin necesidad de que los contratantes hayan de acudir a otro proceso distinto.

La sentencia que estime la acción de retractación impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura respecto de las cláusulas reputadas contrarias a Derecho.

La sentencia que estime la acción declarativa declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

Esta acción colectiva de declaración es, en mi opinión, una de las "perlas" de la ley. Teniendo en cuenta que el proceso a seguir en el caso de acciones colectivas es siempre el de menor cuantía, y que siempre cabe la casación, la entidad o asociación que inste este tipo de proceso se encontrará con que tiene que litigar durante aproximadamente ocho años —promedio de duración de un proceso de menor cuantía en primera instancia, apelación y casación— para obtener una sentencia en la que todo lo que se dice es que determinada cláusula es una condición general. Porque la inscripción en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, que sería uno de los objetivos a conseguir con el ejercicio de esta acción, sólo podrá acordarse en la sentencia obtenida en este proceso cuando se trate de contratos pertenecientes a un sector específico de la contratación en el que la inscripción registral de las condiciones generales haya sido declarada obligatoria por vía reglamentaria, como resulta del artículo 12.4 en relación al 11.2 de la ley.

Más increíble todavía es el régimen de eficacia "erga omnes" de las sentencias dictadas en procesos sobre acciones colectivas. Una de las cuestiones que siempre se ha planteado en esta materia es la ineficacia del control judicial de las condicio-

nes generales abusivas derivada de la eficacia limitada de toda resolución judicial, que sólo afecta a las partes del litigio. Por eso la doctrina ha propuesto que se dote de eficacia "erga omnes" a las sentencias firmes que declaren la nulidad de una condición general, permitiendo a todos los interesados personarse en el proceso, mediante la adecuada publicación de su existencia, a fin de poder defender sus derechos. De este modo, no sería necesario un proceso para cada predisponente, sino que la declaración de nulidad de una condición general usada con reiteración en un determinado sector de la contratación realizada en la sentencia firme dictada en un proceso en el que han podido personarse todos los predisponentes interesados, tuviera eficacia para todos los supuestos de utilización de dicha condición general.

El régimen previsto por la ley es, por usar un apelativo suave, ridículo. Prevé el artículo 20.4 que la sentencia dictada por la Sala 1ª del Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en estos procesos sobre acciones colectivas vinculará a todos los jueces en los eventuales posteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, pero con dos requisitos limitativos:

1º) Se prevé que dicha vinculación tendrá lugar "una vez que constituya doctrina legal", lo que de acuerdo con el artículo 1.6º del Código Civil implica que la jurisprudencia sea reiterada, es decir, que haya dos sentencias idénticas o substancialmente análogas en cuanto a la cuestión jurídica controvertida.

2º) Sólo se dará esta vinculación si los posteriores procesos se siguen contra el mismo predisponente contra el que se dictaron las sentencias en las acciones colectivas.

No se entiende cómo una vez lograda, por ejemplo, una sentencia estimatoria de una acción de cesación dirigida contra determinado predisponente, en la que se le condena a que elimine de sus condiciones generales las cláusulas abusivas y se abstenga de utilizarlas en lo sucesivo, pueda entablarse un segundo proceso contra el mismo predisponente y respecto de las mismas condiciones generales, pues lo procedente será en todo caso solicitar la ejecución de la sentencia para obligar al predisponente a que deje de utilizarlas. Desde luego, si quien insta este segundo proceso es una entidad o asociación que ya ha intervenido en el anterior como actor o como interviniente adhesivo, hay litispendencia o cosa juzgada —según que el anterior proceso haya o no finalizado— y no puede estimarse la demanda. Y en todo caso, al predisponente demandado le basta con no recurrir la segunda sentencia estimatoria para que no exista una segunda sentencia del Tribunal Supremo.

Por otra parte, parece absurdo que en el más que improbable caso de que se logren dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se declare nula una condición general, supongamos que estableciendo una modificación de intereses de una operación crediticia en base a índices fijados unilateral y arbitrariamente por la entidad financiera, las sen-

tencias obtenidas contra el Banco "X" no vinculen a los jueces en relación al resto de las entidades financieras que utilicen la misma condición general que ha sido declarada nula.

Si el sistema de control de las condiciones generales de los contratos del párrafo 3º del artículo 3 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, consistente en que la Administración pública habría de obligar a los aseguradores a modificar las condiciones generales cuya nulidad hubiera sido declarada por el Tribunal Supremo (no conozco que ello se haya producido en ninguna ocasión), ha sido reputado unánimemente como ineficaz, ha hecho falta el transcurso de dieciocho años para que la nueva ley establezca un sistema de control aún más ineficaz. Todo un logro.

## EL REGISTRO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION

El artículo 11 de la ley prevé la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, a cargo de un registrador de la Propiedad y Mercantil, posponiéndose su organización a un ulterior desarrollo reglamentario, si bien la disposición adicional 3ª ya prevé que existirá uno al menos en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia.

Se establece la inscripción potestativa —dice la ley que "podrán inscribirse"— de las cláusulas que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación, si bien se prevé que reglamentariamente pueda imponerse la inscripción obligatoria en sectores específicos de la contratación. Como se ve, la remisión a un desarrollo reglamentario es constante en la ley, y viene a reducir aún más los escasos avances que la misma supone.

Se dispone que serán objeto de anotación preventiva la interposición de demandas en que se ejerciten acciones individuales de nulidad o no incorporación de cláusulas generales, así como de aquéllas en que se ejerciten acciones colectivas de cesación, retractación y declarativas, y también las resoluciones judiciales que acuerden la suspensión cautelar de la eficacia de una condición general. Cuando se haya dictado sentencia firme en estos procesos, las mismas serán objeto de inscripción en el Registro, pudiendo ser también objeto de inscripción la persistencia en la utilización de cláusulas declaradas judicialmente nulas —es previsible que se planteen problemas en relación a la calificación por los registradores de la concurrencia de una situación de "persistencia" en la utilización de tales condiciones generales—.

El régimen de inscripción "potestativa", unido al régimen de legitimación para solicitar la inscripción en el Registro de las condiciones generales, revela la inutilidad práctica del mismo. Efectivamente, si la inscripción de las condiciones generales no se solicita por el propio predisponente, sólo pueden lograr la inscripción el adherente y los legitimados para ejercitar acciones colectivas si consta la autorización del predisponente, pues si tal autorización no se ha obtenido, habrá de estarse al resultado de la

acción declarativa. Teniendo en cuenta que en las sentencias dictadas en relación a estas acciones sólo se acordará la inscripción en el Registro cuando la misma sea obligatoria, parece que el círculo se cierra: salvo en los sectores en los que reglamentariamente pueda acordarse la inscripción obligatoria de las condiciones generales —está por ver si esta previsión se desarrolla en términos razonables—, sólo pueden inscribirse en el Registro las condiciones generales el propio empresario predisponente. Lo que no parece que vaya a tener lugar, sobre todo si se trata de condiciones generales dudosamente lícitas.

## **NOTARIOS, REGISTRADORES Y CORREDORES DE COMERCIO**

La regulación de las funciones de estos profesionales en relación a la utilización en los documentos públicos autorizados o calificados por ellos no va a suponer especiales garantías de los adherentes en relación a la utilización de condiciones generales abusivas, a la vista de los términos en que está redactada la norma que las regula.

El artículo 23 de la ley establece que estos profesionales, en el ámbito de sus competencias, advertirán a los interesados sobre la “aplicabilidad” de la ley. En el caso concreto de los notarios, la ley prevé además que velarán porque los documentos que autoricen cumplan los requisitos de incorporación previstos en los artículos 5 y 7, advertirán de la obligatoriedad de inscripción registral en los casos legalmente establecidos, y harán constar el carácter de condiciones generales de las cláusulas que figuren previamente inscritas como tales en el Registro de las Condiciones Generales de la Contratación, o la manifestación en contrario de los contratantes.

Advertir a los interesados de la “aplicabilidad” de la ley es poco menos que nada, dada la generalidad de la expresión. Hacer constar el carácter de condición general de las cláusulas inscritas como tales en el Registro es también una previsión ineficaz, si tenemos en cuenta los obstáculos prácticos existentes para que pueda realizarse dicha inscripción registral y que, dada la redacción del precepto, esta mención dependerá exclusivamente de lo que declaren las partes. Tan sólo presenta cierto interés la obligación de los notarios de velar por el cumplimiento en los documentos que autoricen de los requisitos de información previa y suficiente al adherente de las condiciones generales del contrato, con oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de firma de la escritura, y transparencia, claridad, concreción y sencillez de las cláusulas, de acuerdo con los artículos 5 y 7 de la ley. Ha de recordarse también que sigue vigente el artículo 147 del Reglamento Notarial, que obliga a los notarios a hacer constar cuándo un documento público ha sido redactado por él conforme a proyecto o minuta entregado por una de las partes.

## **REGIMEN ESPECIAL APLICABLE A LOS CONSUMIDORES**

La disposición adicional 1ª de la nueva ley modifica la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio), fundamentalmente cambiando la redacción del artículo 10 y añadiendo un artículo 10 bis así como una disposición adicional 1ª conteniendo un listado de cláusulas abusivas. Se establece en este caso un régimen más riguroso que el contenido con carácter general en los artículos 1 a 24 de la nueva ley, tanto por ser aplicable a las todas las cláusulas predisponentes por el empresario en un contrato de adhesión, tengan o no el carácter de condición general utilizada en una multiplicidad de contratos, como por establecer unos requisitos más exigentes para la eficacia de dichas cláusulas.

En primer lugar, se prevé la aplicación subsidiaria de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación para el caso de que las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores tengan el carácter de condición general, por lo que será de aplicación dicha ley en todo lo no previsto en la Ley de Consumidores.

En segundo lugar, se establece una regulación específica de las cláusulas no negociadas individualmente por consumidores.

El texto del reformado artículo 10 reproduce los tres requisitos que establecía el texto anterior, eliminando la exigencia de que se trate de condiciones generales, a saber: 1º) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, sin reenvíos a textos o documentos no facilitados previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. 2º) Entrega, salvo renuncia expresa, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado. 3º) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Otra novedad en el artículo 10 es el mandato que se hace a notarios y registradores de la Propiedad y Mercantiles a no autorizar ni inscribir los contratos que contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales. La virtualidad de esta previsión no parece que vaya a ser importante, por cuanto que será preciso una sentencia firme en un proceso sobre ejercicio de una acción colectiva de cesación o retractación, inscrita en el Registro.

El artículo 10-bis introducido por la nueva Ley regula las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores.

Se definen las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato. Los elementos fundamentales del carácter abusivo de estas cláusulas serán, pues, dos: no ajustarse a las exigencias de la buena fe, que entiendo ha de ser considerada en un sentido objetivo; y falta de equilibrio en la situación jurídica que

para las partes resulte de esa reglamentación contractual.

Tras esta definición genérica, se prevé de modo específico que en todo caso se considerarán abusivas las cláusulas previstas en el listado contenido en la disposición adicional 1ª de la ley.

Se ha optado por un régimen de "lista negra", de carácter meramente enunciativo, y de cláusula general subsidiaria: son en todo caso abusivas las cláusulas expresamente previstas como tales en el listado de la ley, pero ello no impide que puedan considerarse abusivas otras no previstas expresamente en dicho listado, si las mismas perjudican al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe.

Se establece una regla concreta de carga de la prueba: será el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente quien tendrá la carga de probarlo.

El régimen de ineficacia contractual que se prevé para estas cláusulas abusivas es el de nulidad de pleno derecho. No se exige, como en el régimen general de las condiciones generales, el ejercicio por el adherente de una acción individual dirigida expresamente a obtener una declaración de nulidad o no incorporación de la cláusula, por lo que tal nulidad podrá plantearse como excepción o reconvencción ante la reclamación del predisponente.

En cuanto al contenido de la sentencia que estime la alegación de nulidad de una cláusula abusiva, prevé el artículo 10-bis que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo al artículo 1258 del Código Civil —buena fe, uso y ley—, por lo que el juez deberá integrar el contrato, disponiendo al efecto de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes cuando subsista el contrato, y respecto de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá ser declarada la ineficacia del contrato en su totalidad.

## LISTADO DE CLAUSULAS ABUSIVAS

La nueva disposición adicional 1ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios hace un listado de las cláusulas que, en todo caso, tendrán carácter de abusivas. Se trata de una lista de 29 apartados, algunos de los cuales incluyen más de un supuesto, en la que se transponen los supuestos previstos en el anexo de la Directiva comunitaria, y se añaden algunos otros más no previstos en la Directiva, y que provienen bien del listado que se contenía en el artículo 10.1.c de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su redacción anterior, bien de otras normas —como por ejemplo la Ley de Crédito al Consumo—. Pueden clasificarse fundamentalmente en:

1º) Vinculación del contrato a la voluntad unilateral del profesional, en orden a la perfección, ejecución o interpretación del contrato.

2º) Privación de derechos básicos del consumidor, fundamentalmente los de indemnización por hechos incluidos en el ámbito propio de la responsabilidad del empresario, los de resolución por incumplimiento del empresario, y los de compensación, consignación, retención, etc.

3º) Falta de reciprocidad en orden al cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes o en orden a la renuncia o rescisión del contrato.

4º) Garantías, entre las que se incluyen la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido. La ley incluye también en este apartado la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, que es una cuestión ajena a las garantías.

5º) Otras de tipo muy diverso, como por ejemplo la transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le son imputables, la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley imperativa corresponde al profesional, y en concreto de los gastos de preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al vendedor en el caso de primera venta de viviendas, la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo en caso de arbitrajes institucionales creados legalmente para un sector o supuesto específico, los pactos de sumisión expresa a juzgados distintos al del domicilio del consumidor, al del lugar del cumplimiento de la obligación o de situación del inmueble —que ya han sido declarados nulos por el Tribunal Supremo en diversas sentencias de los últimos cuatro años— o la renuncia al derecho a elección de fedatario, a imposición de condiciones de crédito para los descubiertos en cuenta corrientes que superen los límites del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, que son de 2,5 veces el tipo del interés legal, etc.

Algunos de estos supuestos presentan una redacción criticable, que seguramente les restará eficacia, y en la que puede notarse la influencia de determinados sectores empresariales. Por ejemplo, el número 18 declara abusiva la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, pero añade que "se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica". Dado que en la "normativa específica" de estos contratos de financiación no existe en principio limitación alguna a la hora de exigir garantías por dichas entidades financieras, se está vaciando de contenido este concreto extremo de las garantías desproporcionadas para este sector económico, en el que tiene mayor importancia esta cuestión de las garantías.

Asimismo, en el número 22 se declara abusiva la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por Ley imperativa corresponda al profesional. Normalmente, las normas que distribuyen entre las partes el pago de estos gastos o no son leyes, sino normas reglamentarias, o no son imperativas, sino meramente dispositivas —por ejemplo, el artículo 1455 del Código Civil—. Menos mal que en la segunda parte del precepto se

enumera de forma taxativa algunos de estos gastos —gastos de titulación de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación—, por que en caso contrario el precepto podría ser totalmente ineficaz.

## A MODO DE CONCLUSION

La nueva ley es ambiciosa en sus fines pero, en mi opinión, pobre en su resultado. Se trata de una materia en la que es fundamental una regulación clara junto a unos medios eficaces de control de las cláusulas abusivas. La regulación que hasta ahora se contenía en el artículo 10 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pese a que permitía interpretaciones mediante las que se podría lograr una protección razonable del consumidor frente a condiciones generales abusivas, se ha revelado ineficaz en buena parte por las deficiencias técnicas de la ley. Algunas Audiencias, revelando una postura ciertamente regresiva, han llegado a declarar en sus sentencias que dichas imperfecciones técnicas hacían de dicho precepto poco menos que una declaración programática, pero sin posibilidad de aplicación real.

Pues bien, en la nueva ley se utilizan expresiones y términos inconcretos e inadecuados, como cuando prevé que la declaración de nulidad o no incorporación podrá ser instada “de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual”, que, como se ha dicho antes, es una materia en la que reina una cierta confusión conceptual y además su regulación en el Código Civil es inadecuada por no responder al fenómeno de la

contratación en masa. Otro ejemplo de lo insatisfactorio de la regulación de la nulidad de las condiciones generales es el artículo 8.1º, que al regular la nulidad de pleno derecho de las mismas se limita prácticamente a transcribir el artículo 6.3º del Código Civil. Lo mismo puede afirmarse también a la regulación de la información a facilitar por notarios y registradores, a los que se impone la obligación de advertir de “la aplicabilidad de esta ley”, lo que en la práctica permitirá tanto una actitud diligente de los notarios informando a los contratantes del carácter abusivo de determinadas cláusulas por contravenir lo previsto en la ley, como la actitud poco diligente de insertar en las escrituras una cláusula de estilo indicando que se ha informado a los otorgantes de la “aplicabilidad” de la ley al contrato elevado a escritura pública.

El régimen de acceso de las condiciones generales al Registro de las Condiciones Generales que se crea es tan restrictivo que puede convertir a este Registro en ineficaz, pues la inscripción es en principio potestativa y si bien puede ser instada por “el adherente” y asociaciones de consumidores, precisa la previa autorización del presdisponente.

El régimen de las acciones colectivas es asimismo muy restrictivo, con acciones cuya utilidad práctica es nula, como la acción declarativa, o con requisitos tan excesivos que lo hacen ineficaz, como es por ejemplo el régimen de eficacia “erga omnes” de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia.

Podrían ponerse otros ejemplos de deficiencias de la ley, pero harían muy prolijo el artículo. En resumen, lo que en principio parecía una feliz iniciativa, en la práctica se convierte en una oportunidad perdida.