

# Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador. (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación)

**LUIS HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Acaba de aparecer la esperada Ley de Condiciones Generales que tantos años hemos esperado los juristas y que tanto parecía necesitar la sociedad española. El nuevo texto se denomina «Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación» y ha sido publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 14 de abril de 1998. Cualquier Ley atinente a esta materia habría obviamente merecido abundantes comentarios y exégesis; desgraciadamente, esta Ley merece algo más, pues constituye un espectacular ejemplo de cómo no debe hacerse una Ley de Condiciones Generales. Las siguientes líneas sólo pretenden un breve comentario crítico de la citada Ley 7/1998, texto nacido, entre otras razones, para desarrollar la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Inevitablemente saldrá a colación la aún vigente pero transformada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Creo que el modo más claro de clarificar mi opinión sobre la Ley que acaba de aparecer es indicar los rasgos generales que debería tener una Ley aceptable sobre esta materia, rasgos fácilmente detectables en cualquier buen texto vigente de Derecho comparado o en cualquier buen proyecto o borrador, con objeto de contrastarlos con la Ley 7/1998. Pero retrocedamos en el tiempo, trasladándonos a los meses anteriores a abril del presente año: ¿Cómo debía ser una Ley sobre Condiciones Generales razonable? Como punto de partida, antes de abril de 1998, habría lanzado la siguiente idea: hágase una ley que, respetando el marco de la mencionada Directiva 93/13, fuese lo más parecida posible a la Ley alemana

de condiciones generales, de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviadamente *AGB Gesetz*), naturalmente haciendo algunas convenientes adaptaciones a nuestras circunstancias y suprimiendo algunos preceptos alemanes, como, por ejemplo, el contenido en el núm. 3 del párrafo 6. Obviamente cabía también hacer una ley española original técnicamente aceptable, pero, si no se atrevían los redactores a tanto, quedaba la solución de la prudente imitación de una Ley extranjera, como la apuntada. Lo que sí debía evitarse es gran parte de lo hecho ¿Y qué debió hacerse?

El primer problema al que se enfrenta un redactor o una comisión redactora de una Ley de Condiciones Generales es, a mi juicio, el de la delimitación del supuesto, problema efectivamente delicado, pues pretendemos expulsar de las, en principio razonables, reglas generales de los Códigos civiles y comerciales un conjunto de hipótesis a la vista de sus especiales características: en nuestro caso éstas consisten, como es sabido, en la desigualdad fáctica, económico-social, de las partes contratantes, una que impone, otra que se somete: el caso tipo es el del monopolio o el oligopolio que coloca al modesto consumidor en la tesitura de escoger entre contratar bajo unas cláusulas lesivas para él o no contratar, privándose de un bien o un servicio imprescindible para su vida o, al menos, muy importante; no parece, por ello, contemplado, por ejemplo, el supuesto del cliente que puede elegir entre varias ofertas de diversos empresarios que no suelen comunicarse entre sí pero que predisponen sus cláusulas en formularios o en tabloneros. No olvido que, para algunos autores, aunque quepa elección entre ofertas diferentes, el hecho de que no quepa negociación ya hace aconsejable un régimen especial de protección. Esto es, el problema real consiste en que el Derecho dispositivo de los Códigos sirva, de hecho, para encubrir una desigualdad efectiva que nace de la diferente necesidad de cada contratante y de la posibilidad de prescindir de contratar y de elegir entre contratos diferentes. Ahora bien, el legislador, en aras del principio de seguridad jurídica, se ve impelido a veces a subsumir en el *Tatbestand* de sus normas casos que, en rigor, no desencadenaron su reacción correctora; por esto, en materia de condiciones generales, tal vez sea inevitable, a la vista de la imposibilidad de medir la efectiva capacidad de elección de los adherentes o su grado de necesidad o de urgencia, reputar insertos en la Ley especial todos los casos de predisposición del contenido contractual, ya sea de texto impreso o de cualquier otra índole. Sí cabe excluir determinados contratos que requieren régimen específico, pero no el de seguro, ni los predisuestos por la Administración si ésta opera sometida al Derecho Privado. No creo que sea necesario que el adherente sea consumidor, pues cabe la aparición del problema concurriendo un comerciante económicamente débil que necesite someterse a una imposición para subsistir como tal comerciante y así continuar manteniendo a su familia, pero creo que la cualidad

de consumidor podría ser, a ciertos efectos, relevante, lo que obligaría a definir esa figura, definición que podría hallarse contenida previamente en una Ley, más genérica, de defensa del consumidor, pues la predisposición, por su entidad, complejidad y especificidad –¡Es un procedimiento especial de formación del consentimiento contractual!– merece Ley aparte, separada de esa miscelánea mercantil-administrativa-financiera-fiscal que es el Derecho del Consumidor. Si, habiendo efectiva predisposición, la voluntad contractual se expresa fuera del texto escrito tradicional (*quick hands transactions*, contratación telefónica o electrónica, etc.), convendrá acotar minuciosamente los requisitos de la existencia de contrato en tales casos, así como su régimen: o se prohíbe la eficacia de esos contratos compeliendo a los interesados al texto escrito para así desembocar en la Ley de condiciones generales, o, acotando con claridad los supuestos de su eficacia, se les somete a unos requisitos mínimos de contenido, por supuesto de *ius cogens*, pues de otro modo se eludiría la Ley especial: todo ello, obviamente, sin olvidar el artículo 6.º, núm. 4, del Código Civil.

No reputo inconveniente que una Ley de Condiciones Generales distinga entre requisitos de inclusión y requisitos de contenido, pero siempre que los primeros sean tratados de manera diferenciada de los segundos: sobre éstos podemos plantearnos problemas de interpretación y de validez; sobre aquéllos, una vez resuelto el problema de su no inclusión, nada hay que plantearse: las cláusulas no incluidas no existen, careciendo de sentido hablar, por ejemplo, de declaraciones judiciales de no incorporación como figura específica, de modo similar a que no hay contratos inválidos entre Napoleón Bonaparte y yo, sino que lo que sucede es, sencillamente, que no hemos contratado nunca por motivos obvios. Deberán considerarse no incluidas las cláusulas no comunicadas, no anunciadas o –esto sería lo preferible– no entregadas en mano al adherente antes de la firma. Ahora bien, respecto de las entregadas y comunicadas ya no hay que plantearse el problema de la incorporación: todas ellas *existen* y, por tanto, deberán ser interpretadas para saber si son o no oscuras o ambiguas y si son contrarias o no a la ley, la moral o el orden público o si son abusivas; en contra de alguna autorizada opinión, para llegar a la conclusión de que la cláusula X es oscura –optándose, según los casos, por su no inclusión (para mí, por su nulidad) o por su interpretación *contra proferentem*– es imprescindible interpretarla: obviamente, de lo antes dicho se infiere que, *de iure condendo*, yo propongo que se incluyan todas las cláusulas comunicadas con arreglo a la ley y que, si alguna, tras la pertinente interpretación, resulta ser oscura o ambigua, si no puede recibir un *sentido* favorable al adherente, se la reputa nula como si fuera abusiva, pues la nulidad puede darse por antijuridicidad del contenido de la determinación de una cláusula (oposición al orden público, carácter abusivo, etc.) y por indeterminación, como sucede, por ejemplo, en la hipótesis contemplada en el artículo 1289 del Código Civil. Pero esa

cláusula, comunicada debidamente al adherente (por ejemplo, entregada previamente a él antes de la firma), *existe y se incluye*, pudiendo, por ejemplo, servir, en la parte inteligible, para interpretar otras *ex* artículo 1285 del Código Civil: lo que es filosóficamente imposible es que, por ejemplo, una cláusula incomprensible se ajuste a una normativa específica, como dice el alucinante artículo 7.º, apartado *b*), de la Ley 7/1998. Las cláusulas nulas por falta de claridad generarán siempre nulidad parcial porque nunca acaecerá el hecho de desequilibrios nacidos de su ineficacia, pues ellas no pueden equilibrar nada.

Respecto de las denominadas «cláusulas abusivas», me parece pertinente la solución alemana de que la ley deje claras las pautas para el intérprete mediante la técnica de una fórmula general y de un listado cuidadoso no exhaustivo, sino ejemplificativo: en este sentido, no me parece censurable el primer párrafo del número 1 del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la disposición adicional 1.ª de la Ley 7/1998: sí debería haberse mantenido la expresión «entre otras cosas» del apartado *c*) del núm. 1 del artículo 10 de la versión originaria de la Ley 26/1984, pues la nueva expresión «al menos» del principio de la nueva disposición adicional 1.ª de esa Ley en la versión de 1998 no expresa claramente el carácter orientador de la lista que sigue, sino sólo su carácter mínimo, lo cual es exacto pero insuficiente: no se trata de que, como mínimo, esas cláusulas se reputen abusivas, de modo que *sólo* puedan reputarse también abusivas otras *peores*, sino de que se reputen abusivas éstas y otras *como éstas*, sirviendo las mencionadas como guía para el Juez, por la vía del artículo 4.º, núm. 1, del Código Civil. En relación a la fórmula general, me parece bien que se aluda a la buena fe (obviamente se refiere a la buena fe en sentido objetivo) y al desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del adherente: no sobraría una alusión a la naturaleza del contrato como referencia, al estilo del parágrafo 9, núm. 2, de la Ley alemana.

Existiendo una descripción así de lo que son cláusulas abusivas, creo que sobran mecanismos sustitutos de la ley como pueden ser el Registro de condiciones generales o la eficacia *extra partes* de la sentencia: respecto de esta última, recuérdense las acres y merecidas críticas que recibió (¡No sólo por mi parte!) el peregrino párrafo 3º del artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro: repárese en el núm. 4 del artículo 20 de la Ley 7/1998. Respecto del Registro, si la Ley está bien hecha, sobra: es misión de ésta definir, de modo general, lo jurídico y lo antijurídico, siendo misión de los juzgadores aplicar tales definiciones a los supuestos concretos: el Registro, magnífica figura concebida para otras necesidades, naufragará en este cometido como un gran nadador en arenas movedizas: económicamente es un despilfarro de recursos; jurídicamente es un despropósito: si la Ley es buena, sobra; si es deficiente, no es misión del Registro *desfacer entuertos* de esta clase y sólo servirá para crear confusión e inseguridad jurídica, por extraordinarios

que sean los Registradores, eminentes juristas cuyo cometido debe consistir en calificar objetos y hechos, no en aumentar el Ordenamiento. Sólo recomendaría, en todo caso, un Registro en el que constaran las acciones de cesación y las resoluciones correspondientes. Concebido un Registro tal como, pretendiendo aplicar el peligroso artículo 7 de la Directiva, lo concibe la Ley 7/1998 en su artículo 11, se crean más problemas de los que se solucionan, empezando por la trascendencia jurídica de las decisiones del Registrador y de los órganos que resuelvan los recursos *ex* artículo 11, núm. 10, de la Ley.

Respecto de la nulidad que debería establecerse en una Ley de Condiciones Generales, cabe suscitar la duda de si debe darse una *Nichtigkeit* pura o casi pura o si, por el contrario, sería preferible no conceder legitimación al predisponente: yo opto por lo primero, pues esa legitimación, con la salvedad que casi inmediatamente se hace, no perjudica a nadie y tiene la ventaja de no crear categorías extrañas en nuestro Derecho Privado. Ahora bien, tal vez dicha nulidad no deba permitir la declaración de oficio, pues, como ha sido afirmado recientemente, ello parece incompatible con el artículo 24 de la Constitución, en cuanto que el Juez se pronunciaría sobre algo que no ha sido planteado ni discutido en esa Instancia, produciéndose indefensión. Además, jamás debe acoger la Ley –aunque casi todas lo hagan– la posibilidad de que el predisponente pueda –ante la declaración de nulidad de la cláusula abusiva– sustituir la nulidad parcial del contrato por su nulidad total, pues ello implica la pérdida del bien o servicio para el adherente, destruyéndose así la protección que la Ley pretendía brindar: un predisponente astuto puede disponer el clausulado de manera que, activado por el adherente el mecanismo de la nulidad de una cláusula o de varias, quepa provocar la ineficacia total, peligro que he denunciado en anteriores escritos: los artículos 9 y 10 de la Ley 7/1998 (y el artículo 10 bis, núm. 2, de la Ley 26/1984, en su redacción de 1998) permiten esa posibilidad, como la permitía el párrafo 2.º del núm. 4 del artículo 10 originario de la Ley 26/1984. Evidentemente lo deseable es, tras la declaración de la nulidad de una o de varias cláusulas, la integración del contrato con arreglo a pautas claras que la Ley debe señalar: todo menos dejar al adherente sin el bien o el servicio. Es cierto que esta nulidad parcial coactiva pugna con el concepto de contrato como consentimiento, en cuanto que supone la imposición al predisponente de un contenido que probablemente él no habría querido, pero tal consecuencia hoy es inevitable, como lo fue siempre, por ejemplo, la irrelevancia del error no excusable, en virtud del principio de la autorresponsabilidad.

A propósito de una correcta regulación de la nulidad de las condiciones generales, me parece muy provechoso comentar brevísimamente un precepto de la Directiva 93/13 que guarda estrecha relación con el problema, en cuanto que restringe el control jurídico de algunos abusos, pudiendo suscitarse la cuestión de si, al margen de que la citada

Directiva vincule al legislador español (¡Está claro que sí!), prescripciones de esa índole son deseables. Me refiero al núm. 2 del artículo 4.º de la Directiva, que reza así: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles». Al margen de la alusión a la exigencia de claridad, asunto ajeno al enjuiciamiento del contenido justo o injusto, proporcionado o desproporcionado, del contrato, tiene especial importancia el hecho de que el legislador comunitario, obsesionado por la salvaguardia de la libre competencia, permite el desequilibrio entre las prestaciones sin considerar la posibilidad de existencia de verdaderas donaciones o de abusos a través de esta vía. La opción de la Directiva es coherente con los principios del Tratado de Roma y, desde luego, con las convicciones social y políticamente vigentes de la mayoría de los estudiosos de la Microeconomía e incluso de la Macroeconomía: el precio debe fluctuar libremente, debe formarse como consecuencia de la vida regular del mercado, dependiendo, por tanto, de la oferta y la demanda, modo de operar éste que, según estos criterios que no juzgo ahora, implica la máxima eficiencia, en cuanto que provoca la óptima asignación de recursos y evita los despilfarros nacidos del bloqueo de los precios: según el criterio implícito en la Directiva, el precio debe depender sólo de la oferta y de la demanda, y no de criterios de justicia pretendidamente objetivos, al estilo de los principios que inspiran, por ejemplo, la vieja rescisión por lesión. Obsérvese que en la Directiva, no es que, por ejemplo siguiendo el modelo del Código Civil italiano de 1942, se desatienda la justicia y sólo se atienda a la pureza del consentimiento, sino que, más bien, se atiende sólo a unos determinados aspectos de la justicia compatibles con el funcionamiento regular y libre del mercado: no importa que la mercancía sea cara, pero sí importa que reúna unas condiciones mínimas de calidad y de seguridad, lo cual no es mero problema de pureza del consentimiento, sino también de control del contenido, lo que, además, favorece el funcionamiento del circuito económico al estimular la demanda: se trata, en definitiva, de impedir que la cláusula, empleando terminología anglosajona, sea *unfair*: por eso no se impide tener en cuenta las prestaciones para apreciar el carácter abusivo de una cláusula que no las establezca o describa directamente (núm. 1 del mismo artículo). Sin entrar en la valoración ideológico-jurídica de preceptos como éste, no considero censurable que una Ley española lo reproduzca, lo imite o lo desarrolle si la redacción es correcta y precisa.

Por último, me parece pertinente que una Ley de Condiciones Generales contemple, junto a la acción individual de nulidad por las irregularidades antes descritas, una acción colectiva de cesación. Sobra la

acción individual de declaración de no incorporación y sobran acciones colectivas como las de retractación y las declarativas. De ello volveré a hablar pronto.

Y pasemos, a la luz de las notas propuestas, a un breve enjuiciamiento de la Ley 7/1998.

Como primer punto que cabía plantear antes de 1998 figuraba el de si, para regular el fenómeno de la predisposición, lo conveniente era disponer una nueva redacción, más extensa, precisa y sistematizada, del artículo 10 de la Ley 26/1984, manteniendo, por tanto, a ésta íntegramente en vigor y, de este modo, haciendo persistir la unidad del Derecho general de los consumidores; o, por el contrario, si lo conveniente era elaborar una nueva Ley de Condiciones Generales al estilo alemán o británico, derogando limpiamente el artículo 10 de 1984 citado. Las dos opciones eran buenas, si bien yo habría preferido la segunda, por motivos obvios. Cuando se anunció que se preparaba una Ley de Condiciones Generales, yo interpreté que ésa era la elección del Ministerio y del Gobierno, en línea con los borradores que venían circulando desde finales de los años 70, borradores técnicamente aceptables, aunque con algunos inconvenientes que yo mismo había señalado en diversos escritos. Mi sorpresa ha sido muy grande al descubrir que se ha elegido el procedimiento más innecesariamente complicado y asistemático: se elabora un texto que se denomina «Ley sobre condiciones generales de la contratación» en el que existen artículos con sustantividad propia y, al llegar a los puntos cruciales, ese texto se remite... ¡A la Ley de 1984, pero transformada por la de 1998! Nos enfrentamos así a un curioso fenómeno que recuerda a esos hermanos siameses que tienen parte del cuerpo en común: existe, en efecto, una parte de la Ley de 1984 que no es, al mismo tiempo, parte de la Ley de 1998; otra parte de ésta, que no pertenece a aquélla; y, por último, una zona que pertenece a las dos Leyes, pero con la redacción de 1998. El hecho de que, además, haya un «fleco» hipotecario –por cierto, no demasiado censurable– no afecta a lo dicho. El divertido resultado es un soldado romano, en parte, vestido de lagarterana: que la opción ha sido consciente lo demuestra el párrafo 2.º del Preámbulo de la Exposición de Motivos: la expresión «al mismo tiempo» ahí empleada pretende justificar algo que sólo tiene justificación si lo que se pretende es complicar: la simultaneidad no es necesariamente una virtud.

Este mismo Preámbulo de la Exposición de Motivos esboza una clasificación de las figuras más tratadas en el texto legal: dice que una condición general no tiene que ser abusiva, lo cual es correcto, aunque sea obvio; y dice también que cabe que exista una cláusula abusiva que no sea condición general, lo que «... puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos de adhesión particulares»: esto es conceptualmente posible, como antes apunté –ya lo había sugerido yo en 1979–, pero debemos pre-

guntarnos si tiene sentido asignar a ese hecho una regulación especial: el mismo texto de la Exposición de Motivos nos indica que sí, si estamos ante un contrato con un consumidor, lo cual no es censurable, aunque exceda de una Ley de condiciones generales. No obstante, repárese en que ello implica que será conforme a Derecho la cláusula particular abusiva frente a un no consumidor. Lo que me parece más llamativo es que seguidamente se diga: «... Esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual». ¿Cuáles? ¿Las del Código Civil? ¿Encajamos en el artículo 1255 de éste las cláusulas abusivas, en cuanto contrarias al orden público, como autorizadamente se dijo hace casi treinta años? ¿O es que, como seguidamente se indica, con la expresión «normas generales» el texto se refiere a los casos de ausencia de buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones? Si es esto lo que se quiere decir, no me parece mal, cargándose, además, de sentido lo antes anunciado sobre una protección de los no consumidores ante las condiciones generales diferente de la de los consumidores; pero suprimase entonces el adjetivo *generales* después de la palabra *normas*. De la Exposición de Motivos debo destacar también la amplificación del concepto de consumidor, que pasa a ser un concepto residual, en cuanto que «... el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional».

Y pasemos al texto legal propiamente dicho. El artículo 1.º, en su núm. 1, define las condiciones generales de manera aceptable. Pero el núm. 2 ha debido ser más explícito al definir el contrato de adhesión como figura diferente, así como al aludir a esa «apreciación global», que debería habernos descrito, en aras de una mínima seguridad jurídica: ¿Deberemos tener en cuenta los artículos 1281 y siguientes del Código Civil para apreciar globalmente si hay contrato de adhesión?

Respecto de los artículos 5.º y siguientes, recuerdo lo advertido precedentemente acerca de la distinción entre requisitos de inclusión o incorporación y requisitos de contenido: no censuro dicha distinción, pero sí el modo en que la Ley la hace: su tratamiento respecto de las cláusulas ambiguas, oscuras o ininteligibles pero comunicadas debería acercarse más al de las abusivas y alejarse del de las no comunicadas. Fijando nuestra atención en el artículo 5.º, núm. 1, adviértase que es un texto reiterativo y reduplicado respecto del artículo 10, núm. 1, apartado *a*), de la Ley de 1984, en su versión actual: su primer inciso sobra, pues realmente carece de contenido, pues viene a decirnos que un contrato existe... cuando se firma. El inciso 2.º del primer párrafo es insuficiente: y, si interpretamos que basta lo dicho, ¡Pobre adherente! Por el contrario, sí es correcta la exigencia del 2.º párrafo de entrega *previa* («no le haya») del ejemplar, aunque sobre la incontrolable obligación de información expre-



sa. *¿Quid* si no se dio? *¿Cómo* se prueba? *¿No* se incluye en la entrega del ejemplar? *¿Por* qué se repite lo dicho en el artículo 10 de la Ley de 1984? El número 2 del artículo 5 es sencillamente peligroso: *¿Cuáles* son esos casos en los que el contrato «no deba formalizarse por escrito»? *¿Se* refiere el texto a que no exista obligación de escrito o a que exista obligación de oralidad? *¿Qué* obligación es ésta? Quizá quiera aludirse a una necesidad fáctica, del tráfico, de prescindir de los formularios y de las firmas, lo que debió expresarse correctamente: se trata de contratos que, por la simplicidad de su contenido, frecuencia y rapidez de ejecución, los usos del tráfico impelen a prescindir de la redacción de un módulo. Pues bien, quedando el precepto como está, astutos predisponentes se acogerán a él, utilizando su contenido, para eludir el deber de comunicación: repárese en la inconveniente expresión legal «que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración» y en la alusión final al «momento de la celebración»: según el texto, el predisponente cumple la Ley entregando un documento simultáneamente a la celebración del negocio jurídico, lo que implica, dadas las características de éste, que ningún adherente se entera hasta que, habiendo regresado a su casa tras la ejecución del contrato, puede leerlas, lo que hará el 1 por 100 de los consumidores: *¿Era* esto lo que realmente se pretendía? Como antes apunté, el modo *real* de proteger al adherente en estos contratos consiste en imponer determinado contenido a las cláusulas y en regular más pormenorizadamente qué es ese «lugar visible» al que alude la Ley de 1998 y al que *necesariamente* debería describir una Ley idónea, como requisito imprescindible: no olvidemos que en la Ley de 1998 es requisito alternativo con otros muy censurables. Respecto del núm. 3 del mismo artículo, habrá que esperar esa anunciada y requerida normativa reglamentaria; pero no se escape ya al lector el curioso 2.º inciso del párrafo, por el que se ordena una comunicación del posible desaguado ya consumado: *¿Qué* relevancia tiene esa comunicación? *¿No* habría tenido sentido establecerla sólo si inmediatamente se establecía un derecho a desistir en un plazo corto? El término «efectuada», contenido en el precepto, no permite equívocos: el legislador se refiere a la información acerca del contrato ya perfeccionado.

Del artículo 6.º, que en sí es aceptable, hablaré en relación con el 7.º: éste es una «joya» de la Historia de la Legislación: no sólo por el hecho, ya comentado, de no incorporar lo que indefectiblemente pertenece al clausulado, debiendo, por tanto, ser interpretado y tenido en cuenta para interpretar lo demás, sino también por otras razones. Nada que oponer al apartado a) en sí mismo. En cuanto al b), lo primero que debo señalar es que es imprescindible que el legislador nos diga, ante la hipótesis de una cláusula oscura, si debo, con arreglo al mencionado artículo 6.º, interpretarla a favor del adherente, o si, con arreglo al artículo 7.º, debo entender que no queda incluida: la diferencia puede ser grande para el adherente. Como apunté, hay criterios para solucionar este problema, pero el legis-

lador debió expresarlos: lo que nunca debe hacer es formular dos soluciones incompatibles para un mismo problema; pudo decir, por ejemplo, que se opta por la interpretación *contra stipulatorem* si es posible, optándose por la no inclusión (puesto que ésta es la –indebida– técnica escogida) en caso contrario. Pero el apartado *b)* merece atención también y sobre todo porque contiene una determinación que deslumbraría al mismo Aristóteles: establece, en efecto, este precepto que no quedarán incorporadas al contrato aquellas condiciones generales que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e *incomprensibles, salvo en cuanto a estas últimas, que hubieran 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*». (Las cursivas son, obviamente, mías). Atiéndase a que se da relevancia jurídica, determinándose su inclusión, a unas cláusulas incomprensibles, en cuanto que han sido aceptadas por el adherente, que se ve así *vinculado* por una aceptación *sobre la nada*. Pero, además, y por si fuera poco, se dice que se da este efecto si estas cláusulas incomprensibles se ajustan a una determinada normativa: algo incomprensible, *ajustándose a una normativa*. Y, si se refiere al tipo de letra, pero es incomprensible el contenido, ¿Qué sentido tiene que se incorpore o no? ¿Qué estaban pensando los redactores y los parlamentarios cuando elaboraron este asombroso precepto? ¿Cuesta tanto trabajo tener más cuidado?

Nada que oponer, en principio, al artículo 8, salvo en lo que concierne a la criticada inserción de la Ley de 1984 dentro de ésta. Y a salvo de que en otro artículo se contradiga o cuestione alguna importante determinación de éste: en concreto, el artículo 8.º empieza diciendo que serán *nulas de pleno derecho* las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley, etc.: que el precepto diga *nulas* no parece impedir que dicha invalidez pueda presentar caracteres propios, algo diferentes de la nulidad *stricto sensu* del Derecho Civil; pero, si dice *de pleno derecho*, cualquier lector entiende que se pretende remachar que se trata precisamente de esa nulidad, de la clásica *Nichtigkeit*: pues bien, el núm. 1 del artículo 9.º restringe –por cierto, no desacertadamente– la legitimación al adherente: ¿Para qué tanta contundencia en el artículo 8.º, si luego se dispone lo que se dispone en el 9.º? Pero sigamos hablando de éste. Además de lo que pienso acerca de la figura de la declaración judicial de no incorporación (tema ya mencionado), llamo la atención sobre la remisión de la parte final del núm. 1 del artículo en cuestión a «... las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual»: ¿A qué se refiere? ¿A las del Código Civil? Si van a aplicarse esas normas a los casos de cláusulas ambiguas, oscuras e incomprensibles, ¿Para qué se inventó la figura de la no incorporación? Por otra parte, ¿es que se pretende también aplicar esos artículos del Código Civil a las cláusulas no comunicadas? Y, además, ¿Cabe aplicar esas normas, pensadas para la nulidad y la anulabilidad clásicas, para que juegue una

figura como esa «nulidad» que, por muy *de pleno derecho* que sea, es tan peculiar a la vista, por ejemplo, del mismo artículo 9.º? Pero sigamos desentrañando los arcanos jurídicos del insondable artículo 9.º. Dispone su núm. 2: «... La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas (*sic*) o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil». Sobre este precepto, aparte de lo ya dicho acerca de la no incorporación, cabe apuntar que me produce curiosidad el hecho de que imponga al juzgador pronunciarse sobre aspectos cuyo pronunciamiento pudo no solicitarse (esa aclaración sobre la eficacia del resto del contrato), apartándose esta Ley de los criterios contenidos en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: pero advierto que eso no me parece rechazable: al contrario, creo que el Juez debe recibir facultades para ello, e incluso para más, como pronto afirmaré. Pero, por otra parte, debo añadir que me desconcierta la segunda parte de la disposición cuando dice que el Juez decretará la nulidad del propio contrato —esto es, del contrato entero— cuando la nulidad o la no incorporación de las cláusulas impugnadas afectara a los elementos del artículo 1261 del Código: ¿Qué quiere decirse con esto? Si hay vicio o irregularidad en el consentimiento respecto de alguna cláusula, se aplicarán los criterios del Código sin más (nulidad o anulabilidad, total o parcial, según las reglas generales), sobrando este artículo 9, que, interpretado literalmente respecto del consentimiento, carece de sentido: en efecto, si el vicio o la irregularidad afectan al contrato como tal, se produce la pertinente invalidez del Código; y, si afecta a una cláusula, es absurdo que ello acarree, contra el Código, ineficacia total porque lo diga, descoordinadamente, este artículo 9.º de la Ley. Respecto del objeto y de la causa, si la irregularidad provoca la aplicación de los artículos 1271 y siguientes y 1275 del mismo Código, la nulidad deriva de éste, sin necesidad de que lo diga la Ley de 1998. Y, si *afectar* es otra cosa, carece de sentido una ineficacia total que podría perjudicar gravemente al adherente: lo correcto será la invalidez parcial. Aclaro que este artículo merece un juicio menos desfavorable del que podría desprenderse de estas críticas: la restricción de la legitimación al adherente es razonable (aunque no sea la única solución posible) y sus «novedades procesales» no son rechazables: sólo afirmo que debería haberse meditado mejor: ¿No hemos esperado tantos años una Ley de Condiciones Generales? ¿Por qué no un poco más, para disfrutar de algo que, a la vista del material del que podía disponerse, no habría sido tan difícil?

Y del 9.º al 10, que sigue aludiendo a la nulidad parcial y a la total. El núm. 1 del artículo 10 reza: «... La no incorporación al contrato de las

cláusulas de las condiciones generales o la declaración de la nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia». Este precepto debe ser interpretado conjuntamente con el del artículo 10 bis, núm. 2, de la Ley 26/1984, en la redacción dada por la disposición adicional primera, tres, de la Ley 7/1998, que, reformando el núm. 4 del artículo 10 de la versión originaria de la mencionada Ley 26/1984, establece: «... Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.» Este texto final merece la misma crítica que merecía su antecesor de 1984 y su más remoto antecedente, el número 3 del párrafo 6 de la Ley alemana de 1976: ¿Qué hacer si los asesores de un predisponente diseñan las cláusulas abusivas de manera tal que, al ser éstas suprimidas, lo que queda produce esa posición no equitativa en contra de dicho predisponente? ¿No entregamos a éste la posibilidad de desencadenar el proceso que toda Ley de esta índole pretende precisamente evitar? ¿Pretendemos que existan casos en los que, al activar el adherente su propia protección, quede privado del bien o del servicio, tal vez vital para él? Denuncié este peligro muchas veces y se me tachó de exagerado: el dragón, apartado el caballero, vuelve a amenazar a la princesa. No obstante, he de reconocer que la Ley actual aporta algunas lanzas más para el eficaz hostigamiento del citado monstruo legendario: los instrumentos de integración del contrato, consignados tanto en el núm. 2 del artículo 10 de la Ley, como en el transcrito precepto de la disposición adicional primera. Apruebo esos instrumentos, aunque advierto que el legislador podría haber orientado ahí más al Juez, por ejemplo, adjuntando un Anexo de cláusulas que la sentencia podría automáticamente añadir en tales casos. Además, sin ser literalmente incorrecto, el texto del núm. 2 del artículo 10 parece confundir interpretación e integración: ¿Por qué tantas prisas después de hacer esperar tanto?

De los artículos 11 y 22 ya hemos hablado implícitamente: un buen Registro no sobra, pero ¿Es sensato organizar una estructura tan compleja y cara, pudiendo conseguir el 95 por 100 de utilidad con el 5 por 100 de gasto y de esfuerzo? Recuérdense, además, mis advertencias antes hechas. Conste que estoy dispuesto a ser convencido de lo contrario y que reconozco que caben soluciones parciales. Pero, sin perjuicio de medita-

ciones posteriores, creo que lo decidido al respecto equivale a matar gorriones a cañonazos; además, en contra de lo aseverado por el punto III de la exposición de Motivos, el artículo 3.º de la Directiva no exigía tanto.

Respecto de los artículos 12 y siguientes, baste recordar que sólo reputo útil una acción colectiva de cesación: léase, por ejemplo, el ilustrativo núm. 2 del artículo 17, en el que se regula la acción de retractación: es una actividad dirigida... a la nada: compárese con el núm. 2 del artículo 20.

Me produce sorpresa el texto del núm. 3 del artículo 23: textualmente interpretado, el Notario sólo debe hacer constar el carácter de condiciones generales de unas cláusulas determinadas si, además de serlo (¡como si la Ley no bastara y el Notario no supiera interpretarla y aplicarla!), se hallan inscritas: ¿Qué sentido tiene conferir estos efectos a la inscripción? Por otra parte, ¿Qué quiere decir el legislador al aludir a la «manifestación en contrario de los contratantes»? ¿Qué relevancia tiene esa manifestación? Parecidas críticas merece el núm. 6 del artículo 10 de la Ley 26/1984, en su actual redacción, impuesta por el núm. dos de la disposición adicional primera de la Ley 7/1998.

Por cierto, respecto de este citado núm. dos de la disposición adicional primera, llamo la atención, a propósito del núm. 1 del artículo 10 de la Ley 26/1984, acerca de la inserción del inciso «... y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios», inciso que pretende completar la redacción anterior. Por otra parte, ¿Por qué no se aprovechó la ocasión para enviar a otro lugar (de la Ley de 1984, no de la de 1998) el apartado b) del núm. 1 en cuestión, que, como todos decíamos, no habla de condiciones generales? Otro síntoma, éste ostentoso, de precipitación. Mírese también el inciso 2.º del núm. 4, que procede de 1988: «... La negativa del consumidor o usuario a someterse a un sistema arbitral distinto del previsto en el artículo 31 de esta Ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal». Si pensamos con rigor, o el texto quiere decir algo muy distinto de lo que dice o carece de sentido: la celebración del contrato principal es un hecho, un acontecimiento, que puede ser impedido por mil factores aleatorios, entre otros que el consumidor no quiera contratar por padecer dolor de estómago: ¿Cómo se atreve el legislador a decir que algo, una negativa, no puede impedir la *celebración* del contrato? Otra cosa es que, celebrado un contrato, no valga la cláusula irregular o lesiva de arbitraje.

Respecto de la disposición adicional primera de la Ley 26/1984, en su redacción de 1998, en la que se contienen las cláusulas abusivas, exceptuando la expresión «al menos», contenida en el encabezamiento, antes comentada, nada objeto, pues la importancia y complejidad del tema merecería un trabajo independiente. Me parece esta parte la menos defectuosa de la Ley. Apunto sólo la indeterminación de la expresión «de forma inadecuada», contenida en el núm. 12, y la omisión de la escritura matriz y de la plusvalía en el núm. 22.

Respecto de la disposición adicional segunda de la Ley 7/1998, de contenido marcadamente registral, poco digo, pues no me parece especialmente rechazable. Me sorprende, no obstante, el nuevo artículo 253 de la Ley Hipotecaria, en su núm. 1: ¿Todo eso hay que consignar en el título? Por otra parte, lo dicho en el núm. 3, ¿No debería haberse insertado en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, al que se hubiese dado nueva redacción? Y, todavía dentro del Derecho Hipotecario, pero aludiendo a otro asunto: ¿No podría haberse creado una nueva anotación preventiva, retocando el artículo 42 de la mencionada Ley de 1946, por la que se anotasen los documentos privados de adquisición de viviendas, dificultando así las múltiples ventas, preferentemente en zonas costeras, del mismo piso en dos semanas? Al jurista que se rasgue las vestiduras ante tal propuesta le comunico que yo no me las he rasgado tras la lectura de la Ley 7/1998 y que éste no sería el único caso de acceso de un documento privado al Registro de la Propiedad: piénsese, por ejemplo, en el artículo 59 de la Ley Hipotecaria. No obstante, sólo me atrevo a sugerir la idea, pues mis amigos Registradores no celebran dicha sugerencia, advirtiéndome que tal reforma sería impropcedente, más que por afectar a principios civiles e hipotecarios, porque sobrecargaría excesivamente su tarea, añadiendo que el informe británico que motivó la polémica se basaba en daños padecidos por personas que no habían adoptado las más mínimas precauciones: quede, por mi parte, el tema abierto.

Respecto de la disposición final primera, creo que en ella se incurre en un curioso error muy característico del legislador español, que se irroga competencias que no tiene: hace bien en remitirse a los apartados 6 y 8 del núm. 1 del artículo 149 de la Constitución, pues efectivamente esta materia es base de obligaciones contractuales y es, en muchos aspectos, mercantil; pero él no es quien para pronunciarse sobre su propia competencia, sino que debe acatar lo que, sobre ella, digan el constituyente y su intérprete, el Tribunal Constitucional. Y, si lo que quería era justificarse, sobra el texto: no es misión de la ley esa función: en todo caso, lo será de la exposición de Motivos. El legislador ordinario no puede decir que esto o aquéllo tiene tal o cual calificación a efectos de que encaje o no en su competencia exclusiva, sino que esto o aquéllo será previamente de su competencia exclusiva porque lo dice la Constitución o su intérprete, siendo inadmisibles que el legislador ordinario altere el significado de un término constitucional para modular su competencia. En otros términos: una determinada materia no pertenece o deja de pertenecer al artículo 149, núm. 1, de la Constitución *porque* lo diga el legislador ordinario, sino que pertenece o no a ese ámbito *previamente y al margen* de lo que diga dicho legislador, que carece, por tanto, de autoridad para interceptar la actuación del legislador autonómico: el hecho de que éste no pueda legislar sobre determinadas materias no se debe, desde luego, a que lo haya decidido el legislador estatal declarando que aquéllas pertenecen al artículo 149, núm. 1, de la Constitución.

Por último, sobra la disposición final tercera, que nada añade al núm. 1 del artículo 2.º del Código Civil.

¿Qué decir, después de todo lo expresado, acerca de esta Ley? Que, teniendo aciertos parciales, merece una crítica negativa. Sinceramente, creo que estábamos mejor regulados, respecto de esa materia, antes de abril de 1998, a pesar de que entonces tampoco contábamos con un régimen deseable. Se ha solucionado poco y se han creado múltiples problemas interpretativos y mecanismos caros y conflictivos, dañándose gravemente la seguridad jurídica: continuamos progresando en la desventurada línea de los pontífices de la etapa primitiva de la Historia de Roma para quienes el Derecho debía ser cosa de iniciados, siendo conveniente complicarlo hasta el infinito para imposibilitar su comprensión por el pueblo: es cierto que el mundo de hoy es complejo y que debíamos atender a la Directiva de 1993, pero no era necesario hacerlo así: no culpemos a Europa de las precipitaciones, de las antinomias, de los conceptos jurídicos indeterminados innecesarios, de la falta de sistema, de las imprecisiones, de los mecanismos antieconómicos, de las incorrecciones técnico-jurídicas y de los absurdos lógicos que hemos visto. Lo único sensato es derogar esta ley, poner momentáneamente en vigor el Derecho anterior, y elaborar otra nueva aprovechando el buen material, español y extranjero, de que se dispone. Y conste que, desgraciadamente, lo que digo de la Ley 7/1998, podría decirse de muchas otras elaboradas antes de 1996 y de 1982. Y, por supuesto, también de mucho antes. Hacer leyes es muy importante y muy difícil.

