

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, ed. Bosch, Colección Notariado Hoy, Barcelona, 2008, 77 pp.

El contrato de adhesión es una figura que aparece en los albores del siglo xx y atraviesa diversas vicisitudes a lo largo de la pasada centuria. Recordemos que nace como categoría dogmática de la mano de R. Saleilles en 1901, al tiempo que resulta algo oscurecida por las condiciones generales de la contratación, debido al determinante influjo de la Ley alemana de 1976, para recobrar finalmente su protagonismo con la Directiva 1993/13, sobre cláusulas abusivas, bajo la forma de los contratos no negociados e impuestos por el empresario al consumidor. Ésta es la figura que examina, una vez más, el Profesor Clavería Gosálbez en el pequeño pero sólido libro que acaba de publicar este año y cuya lectura atenta y reposada es francamente recomendable.

En efecto, el autor estudia aquí con la madurez y la maestría que nos tiene acostumbrados el régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas en el ordenamiento en vigor, estudio que es tanto más necesario cuanto que tal régimen se ha hecho más complejo e incierto en los últimos años. Ello se debe, de una parte, a la desafortunada recepción de dicha Directiva mediante la Ley de condiciones generales de 1998 (LCG) y, de otra, a las sucesivas modificaciones parciales de la Ley de consumidores de 1984 (LCU). A esto se une la discutible y doblemente «pequeña solución» del texto refundido que se ha aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («BOE» del día 30) (TR), ya que no sólo está fuera del Código Civil –y por eso es pequeña– sino que tampoco constituye un verdadero código de consumo –y de ahí que lo sea doblemente– tanto por ser incompleto como por estar limitado en buena medida por el contenido normativo de las leyes objeto de refundición.

La obra comienza planteando la desigualdad económica y social existente entre el contratante poderoso –un profesional, normalmente un empresario– y el contratante débil –generalmente un consumidor– que no puede escapar del clausulado predispuesto por aquél si quiere obtener el bien o el servicio de que se trate. Admitidas sus ventajas micro y macroeconómicas, se resaltan los inconvenientes derivados de la reducción de las defensas y garantías de los adherentes, así como de la supresión de la libre competencia; y de aquí que la solución legal pase por posibilitar la información del adherente y por imponer la ineficacia de las cláusulas desequilibradas y lesivas para él.

Corroborar lo anterior una breve referencia histórica, en la que el autor subraya la influencia italiana en la Ley del contrato de seguro de 1980 a la par que el marcado acento alemán que se aprecia, a su juicio, tanto en la Directiva como en la LCU, en la LCG y en los anteproyectos que la precedieron. En un apunte sobre la naturaleza de las condiciones, se decanta claramente a favor de la tesis contractualista (De Castro), al tiempo que descarta la tesis normativista, lo mismo en la versión clásica del uso normativo (Garrigues) que en versión renovada de la eficacia declarativa de las fuentes del Derecho (Alfaro).

Tras esta exposición de índole dogmática, la obra se torna más analítica. Así, ante todo, se destaca el acierto de la nueva definición de consumidor, que se limita a comprender a la persona física o jurídica que actúa fuera de su ámbito profesional o empresarial (art. 3 TR), en consonancia con la opinión anterior del autor. A nuestro modo de ver, esta definición podía deducirse de una interpretación *a contrario* del ahora derogado párrafo final de la Disposición Adicional 1.^a de la LCU, añadido por la LCG, que definía al profesional como aquel sujeto que actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial. Pero el TR incurre en el error de resaltar en la Exposición de Motivos la equivalencia de esta nueva definición con el destinatario final del bien o del servicio (III-pár. 3.º), lo que se explica por tratarse de un texto refundido, pero es claro que no responde a la noción legal que el propio TR acertadamente ahora establece.

Por otra parte, el Profesor Clavería recuerda también los conceptos básicos de la materia. Entiende por cláusulas predisuestas las que están preparadas previamente, que se contraponen a las cláusulas espontáneas; asimismo, considera que son cláusulas impuestas las que no han sido negociadas porque el adherente no se halla en condiciones de discutir las, a las que se opone y no puede eludir sin perder el bien o el servicio. Esto último, aunque no forme parte hoy del supuesto de hecho normativo, es un claro indicio de que no estamos en presencia de una efectiva negociación. Mientras las cláusulas predisuestas son propias de las condiciones generales, las impuestas se concretan en los contratos de adhesión. Aunque en teoría son cosas distintas e independientes, entre nosotros se presume la imposición si se da la predisposición. En los casos en que concurren cláusulas no negociadas y además sujetas a condiciones generales, procede la aplicación simultánea de la LCG y el TR puesto que son, a su juicio, sustancialmente coincidentes, como lo pone de relieve la hipótesis del adherente que no es consumidor, en la que el control de inclusión se somete en ambos textos casi al mismo régimen, lo que justifica su estudio conjunto.

En fin, es de interés el orden de las operaciones. Éstas comienzan con el control de inclusión destinado a determinar qué entra y qué no entra en el clausulado, para seguir después con la interpretación basada tanto en el beneficio del adherente como en lo que le favorece, y terminar con el control del contenido sobre la legalidad y el carácter abusivo de las cláusulas. Con notable perspicacia, el autor advierte una aparente contradicción a propósito de la interpretación de las condiciones generales oscuras, que resuelve con acierto dando preferencia a la interpretación que favorece al adherente, en tanto que, en caso contrario, si la oscuridad no admite ninguna interpretación favorable, sugiere la exclusión de la cláusula oscura.

En cuanto al control de inclusión o incorporación, la obra nos ofrece numerosas y atinadas observaciones. Así, sobre el supuesto general, se recomienda la doble firma, una al final del clausulado, si éste figura en el contra-

to, y otra bajo la cláusula de referencia, en caso de que consista, por ejemplo, en un folleto. Acerca de los contratos que deben constar en escritura pública, se plantean dudas cuando las condiciones no se incorporan a la misma sino que se han constar en la matriz, pues, aparte de perjudicar al adherente, no es claro si la referencia debe figurar también en las copias. Asimismo, se resalta que es un error identificar los contratos de celebración y ejecución rápida con los informales, esto es, los que no deben formalizarse por escrito. Finalmente, se alude a los contratos celebrados por teléfono y por vía electrónica, los cuales fueron regulados por el desafortunado Real Decreto 1906/1999, que preveía un derecho de desistimiento y la inmediata constancia por escrito u otro medio duradero del clausulado. Mientras el primero ha desaparecido, el TR mantiene el segundo requisito (art. 80.b-II), lo que constituye, a nuestro modo de ver, un grave error por lo que respecta a los contratos electrónicos. Aun cuando el autor estime que el texto reglamentario permanece en gran parte en vigor, lo cierto es que el último requisito quedó tácitamente derogado por la Ley de comercio electrónico de 2002 pues, no sólo no lo reitera, sino que admite que las condiciones generales –aun sin constar por escrito– puedan ser alarmadas y reproducidas por el destinatario, lo que viene a confirmar la última Ley de impulso de la sociedad de la información de 2007, que no modifica a la anterior en este extremo. De manera que la exigencia del escrito inmediato sólo subsiste para los contratos celebrados por teléfono, lo mismo fijo que móvil, al que se pueden asimilar el fax, la videoconferencia y los otros medios de comunicación a distancia distintos de Internet.

A continuación, el Profesor Clavería examina el régimen aplicable al control del contenido, el núcleo esencial de la obra. Frente a una concepción amplia, que comprende la nulidad de las cláusulas *contra legem*, tal control en sentido estricto alude a la represión de las cláusulas impuestas y abusivas. Según la Directiva, son abusivas las desequilibradas y contrarias a la buena fe, además de la lista gris de cláusulas que se presumen abusivas, mientras que entre nosotros, junto a la fórmula general de abusividad, ha persistido y aumentado una lista negra de concretas cláusulas abusivas, que el TR agrupa en estas cinco categorías: vinculación del contrato a la voluntad del empresario, limitación de los derechos del consumidor, falta de reciprocidad, desproporción en las garantías, la carga de la prueba y el perfeccionamiento o la ejecución del contrato, y contravención de las normas sobre competencia judicial y sobre conflictos de leyes (arts. 82.4 y 85-90).

Si extractamos las principales opiniones del autor, debemos subrayar su crítica al TR por hacer mención expresa de las «prácticas» abusivas ya que no son equiparables a las cláusulas de un contrato, aunque sean impuestas o no negociadas, careciendo además de autorización legal para ello. Es igualmente discutible que, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula se deba atender a la naturaleza, a las circunstancias y al contexto del contrato, y se mantenga al propio tiempo el sistema de registro público de las cláusulas declaradas abusivas por sentencia judicial. Los nuevos encabezamientos de las cláusulas abusivas permiten ampliar la lista a supuestos atípicos, los cuales requieren pasar en cada caso el filtro del desequilibrio opuesto a la buena fe, lo mismo que ocurre con las exceptuadas en cada enumeración, pero esto no les confiere el carácter de abuso presunto, que es propio de la lista gris. La ineficacia es la nulidad, sólo que parcial y a voluntad del consumidor, lo que la aproxima a la anulabilidad –con razón se habla de una nulidad relativa o de protección– y quiebra el principio del consentimiento al imponer al empresario unas cláusulas no queridas, de las que puede liberarse, sin embargo,

mediante la nulidad total del contrato con arreglo a un hábil y astuto entrelazamiento de sus distintas cláusulas. En fin, aunque se excluya o se omita, el control debería extenderse *de iure condendo* a algunos aspectos de las prestaciones principales, sobre todo, los que están relacionados con el precio y demás prestaciones pecuniarias.

Por último, en cuanto a la lista negra de cláusulas automáticamente abusivas, se distinguen las rígidas y las abiertas, según exijan una actividad de valoración, acaso judicial, como ocurre en muchas de ellas. Se trata de cláusulas «estigmatizadas», a juicio del autor, por consistir en aviesas desviaciones de los principios del Código Civil, resultando algunas curiosas y otras divertidas, el conjunto es desordenado, confuso y equívoco; y de aquí que proponga *de iure condendo* la supresión de las listas negras y grises y la elaboración cuidadosa de una fórmula abstracta de abuso basada, por ejemplo, en los actuales números 1, 3 y 4 del artículo 82 TR. Asimismo, sobre las cláusulas insólitas o sorprendentes, opina que no constituyen en nuestra legislación una figura autónoma, en tanto que la falta de transparencia puede afectar lo mismo al control de inclusión que a la interpretación *contra stipulatorem*. Tras criticar el control abstracto y el Registro, la recomendación final es que se incorporen en el futuro a los Códigos Civil y de comercio estas tres cosas, a saber: un leve pero efectivo control de inclusión (sólo vale lo que esté delante de la firma o en la *web* suscrita); un sencillito pero contundente control de contenido (carácter imperativo de determinadas normas actualizadas sobre contratos) y, en fin, una buena regulación de la nulidad parcial. Lo que no sólo es razonable sino que aumentaría la seguridad jurídica y, por tanto, la confianza de los consumidores en el mercado.

En definitiva, es claro que estamos ante una obra madura y casi definitiva, que ha sido elaborada con el magisterio que confieren al autor los cerca de treinta años que ha dedicado al estudio del tema y fruto de los cuales es la media docena de trabajos anteriores sobre el mismo. Además, se trata de una de las primeras exégesis del nuevo TR de la legislación protectora de los consumidores en la parte relativa a las cláusulas abusivas y sus conexiones con las condiciones generales de la contratación. Como decíamos al principio, por último, este breve libro merece ser leído con atención y el lector, con toda seguridad, saldrá enriquecido de esta grata experiencia.

Carlos VATTIER FUENZALIDA
Catedrático de Derecho civil

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos (Coord.); LÓPEZ PELÁEZ, Patricia; YÁÑEZ VIVERO, Fátima: *La reforma de la prelación de créditos (Comentarios al Proyecto de Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares)*, Cuadernos de Derecho Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 323 pp.

El Profesor Lasarte Álvarez, en el prólogo de la obra que ahora se comenta, auguraba lo que a su juicio parecía el futuro más inmediato del Proyecto de Ley 121/000098 sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares. En particular y visto el estado de la tramitación parlamentaria en el mes de julio de 2007 –fecha en que los coautores de este volu-