

## **LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACION\***

Angel Luis Rebolledo Varela  
Universidade de Santiago de Compostela

A mi modo de ver, es un hecho que en el mundo jurídico la aparición de cualquier nueva Ley de importancia, y la de condiciones generales de la contratación lo es, siempre es recibida con un cierto recelo, generando una reacción general que, en un principio, está orientada fundamentalmente hacia una consideración crítica de la misma. En este sentido, la Ley 7/1998 no ha sido ajena a este proceso pudiéndose apreciar una reacción negativa por parte de la doctrina especializada que, en el momento presente, parece concluir en una crítica frontal a la misma destacándose, sobre todo, sus aspectos negativos, tanto desde un punto de vista de pura técnica legislativa como de los criterios con los que el Legislador ha afrontado la regulación de las condiciones generales de la contratación.

Repasando el precedente más inmediato, dentro del ámbito del Derecho privado, de otra Ley ciertamente importante, y que en su momento supuso un fuerte cambio en el mundo jurídico como fue la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, Arrendamientos Urbanos, todavía se puede recordar la crítica muy negativa con que fue recibida por la doctrina que concluía, una y otra vez, lo farragoso de su redacción, las dificultades para su correcto entendimiento respecto de los supuestos y decisiones legislativas adoptadas, que no serviría para resolver la problemática que en la realidad social había venido generando

---

\* El presente texto constituyó la intervención de su autor en la sesión de clausura del *Practicum*, organizado por los Corredores de Comercio, del curso académico 1997-1998, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrada el día 20 de mayo de 1998.

la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 y que, en todo caso, podía haberse legislado de una manera mucho más sencilla, reflejando lo que, en último término, no era otra cosa que una discrepancia total con la labor legislativa.

Indudablemente, tales posiciones críticas, sustentadas por un importante sector de la doctrina especializada, en modo alguno carecían de interés y muchas de ellas todavía podrían mantenerse, y se mantienen, pero pasados los primeros momentos hoy en día se puede apreciar claramente que la LAU de 1994 está siendo aplicada por los Tribunales, a veces con dificultades, y que el punto de equilibrio ya ha pasado de la posición crítica a la interpretación y análisis de la nueva regulación, entrándose en una fase de normalidad jurídica en que el texto de 1994 ha sido incorporado sin más al Ordenamiento Jurídico como anterioridad ha sucedido con las sucesivas Leyes que han ido reformando instituciones relevantes.

Con la Ley 7/1998, a mi juicio, sucede una situación similar, aunque no exacta. Probablemente se está en un primer momento, además necesario, pero mi intervención tiene como objeto fundamental el segundo aspecto : el enfoque, análisis y reflexión sobre la Ley 7/1998 como Derecho vigente, una vez que han concluidos los trabajos previos de la elaboración en el que la crítica ciertamente podría influir para mejorarla, y ello sin perjuicio de que, sobre ciertos aspectos de la regulación legal, no sea posible omitir algunos juicios de valor, por otra parte sin mayor relevancia que el de la autoridad de quien los emite que, obviamente, no es el caso. En estas breves líneas expondré, pues, el planteamiento y los aspectos que, a mi juicio, y desde la perspectiva de su inmediata aplicación en la realidad de los Tribunales, pueden ser más interesantes tras una primera lectura de la Ley 7/1998.

La Ley 7/1998 es una Ley sobre condiciones generales de la contratación. El concepto de condición general, prescindiendo de delimitar todos sus elementos y de hacer más o menos hincapié en alguna de sus características definidoras, puede decirse que es el clásico y que esencialmente venía recogido en el artículo 10.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios : "se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación

no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate”, concepto que ahora recoge, en términos similares, el artículo 1.1 de la Ley 7/1998 : “son condiciones generales de la contratación las 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”.

Estamos hablando pues de pluralidad de contratos, en definitiva de contratos de adhesión en los que con independencia de quien ha redactado las cláusulas, de cómo han sido o quedado incorporadas al contrato o de su mayor o menor predisposición anterior a la celebración del mismo, lo cierto es que una de las partes, si quiere concluir el contrato, viene obligado a su aceptación impuesta por la otra sin posibilidad de modificación más que, en algunas ocasiones, en algunos aspectos no esenciales que, como muy bien se cuida de recordar el artículo 1.2 de la Ley 7/1998, no modifica la calificación jurídica de contrato de adhesión y la aplicación de la Ley : “el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o de que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión”.

El problema de las condiciones generales es bien conocido : generalmente van asociadas a cláusulas abusivas entendiendo por tales aquéllas que implican un importante desequilibrio en las prestaciones asumidas contractualmente, siempre en favor del predisponente y, en todo caso, suponen, en principio al amparo del principio de autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1255 del Código Civil, una posición de desigualdad de las partes en el ámbito de la negociación contractual, de ahí que haya sido un planteamiento constante en las últimas décadas, a partir de un determinado posicionamiento, la protección del contratante más débil y el control de las condiciones generales, lo que a nivel legislativo se produce claramente por primera vez, dejando aparte la doctrina sustentada por el Tribunal Supremo, en la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro al establecer normas sobre incorporación, cláusulas limitativas de derechos y un cierto control de las mismas por parte de la Administración. Así, según

el artículo 3, "las condiciones generales, que en ningún caso podrán tener carácter lesivo para los asegurados, habrán de incluirse por el asegurador en la proposición de seguro si la hubiere y necesariamente en la póliza del contrato o en un documento complementario, que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo. Las condiciones generales y particulares se redactarán de forma clara y precisa. Se destacarán de modo especial las cláusulas limitativa de los derechos de los asegurados, que deberán ser específicamente aceptadas por escrito. Las condiciones generales del contrato estarán sometidas a la vigilancia de la Administración Pública en los términos previstos en la Ley. Declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración Pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas".

No obstante tal precedente en materia de contrato de seguro, ha sido en el ámbito de la protección de los consumidores en donde el Legislador español se ha centrado en el control del contenido de las condiciones generales a través de la Ley 26/1984, estableciendo en el artículo 10.4 que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas (condiciones generales) que no cumplan los requisitos establecidos en el propio artículo 10.1, norma que se ha venido aplicando fundamentalmente en relación con las cláusulas contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones señaladas en el artículo 10.1 c), cláusulas que, en general, podían ser enmarcadas dentro del concepto de abusivas pero, en todo caso, con el importante matiz de que tal regulación solamente era de aplicación en el ámbito del consumo, esto es, frente a consumidores o usuarios entendiendo por tales las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualesquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los producen, facilitan, suministran e expiden (art. 1.2 Ley 26/1984), es decir, no entre empresarios, o en terminología más técnica, no entre profesionales.

La Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores obligaba a una cierta modificación de la legislación interna española en el ámbito de los consumidores partiendo ya de que el propio concepto de cláusula abusiva contenida en su artículo 3 no

se correspondía exactamente con el concepto de condiciones generales recogido en el artículo 10 de la Ley 26/1984. Así, según el artículo 3.1 de la Directiva, "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato", conteniendo en su anexo un listado de cláusulas que se consideran abusivas, no exhaustivo y sólo indicativo, que tampoco se correspondían exactamente con las recogidas en el artículo 10.1 c) de la Ley 26/1984.

En principio, ha sido la transposición de la Directiva 93/13, tal y como se deja constancia en la propia Exposición de Motivos, lo que mueve al Legislador a aprobar la Ley 7/1998. Dicha transposición, y así ha sido destacado por la doctrina, podía haberse realizado mediante la reforma de la Ley 26/1984, modificando el artículo 10.2 mencionado que contenía el concepto de condición general adaptándolo al concepto de cláusula abusiva del artículo 3 de la Directiva y una regulación que permitiera a las asociaciones de consumidores (art. 20) el ejercicio de las acciones de cesación y retractación (art. 7.2 Directiva). Sin embargo el Legislador español, que efectivamente con mayor o menor acierto realiza la transposición de la Directiva en materia de cláusulas abusivas en contratos de consumo mediante la modificación de la Ley 26/1984, fundamentalmente a través de la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998, no se para ahí : dicta una Ley de condiciones generales aplicables en los contratos, sean o no contratos de consumo y con independencia de que constituyan o no cláusulas abusivas, aprovechando la transposición de la Directiva 93/13 para establecer una regulación más amplia entrando no ya en los contratos de consumo sino en la contratación mercantil en general, en el mundo de las condiciones generales de la contratación tanto respecto de consumidores como, sobre todo, entre empresas o profesionales lo cual, aparte de defectos de técnica legislativa, unido a la creación del Registro de Condiciones Generales de la Contratación a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil ha resultado, al parecer, excesivo.

Así, se ha afirmado que para la transposición de la Directiva 93/13 en absoluto era necesario una nueva Ley pues bastaba la modificación de la Ley 26/1984, crítica no exenta de razón por lo que se refiere a la regulación

de las cláusulas abusivas pero no en cuanto a la regulación general de las condiciones generales de la contratación pues aun no siendo abusivas, sus problemas de validez aparente, de predisposición, de incorporación, interpretación, publicidad etc., aunque es cierto que venían resolviéndose por los Tribunales aplicando reglas generales de los contratos, necesitaba, a mi modo de ver, desde el estricto punto de vista de los consumidores, una regulación clara a la que remitirse más allá de las doctrinas jurisprudenciales.

Se ha dicho igualmente que no era necesario entrar en la regulación de las condiciones generales en los contratos mercantiles pues la Directiva 93/13 solamente se refiere a los contratos de consumo, lo cual es cierto pero también lo es que la situación de los “profesionales” en el mercado es muy dispar y que entre ellos juegan mucho las condiciones generales por lo que en absoluto no está de más su regulación : no hay nada más que pensar en el empresario individual, de escasa capacidad económica, que dentro de su actividad y actuando dentro de su actividad profesional, no siendo consumidor por tanto (art. 2 c) Directiva 93/13), se relaciona con una gran empresa que utiliza condiciones generales. Dejar sus relaciones al libre juego de mercado es una posición ; regular mínimamente cuestiones como reglas de incorporación, interpretación, acciones colectivas de cesación o retractación a través de asociaciones de empresarios, Cámaras de Comercio, etc., es otra, no debiendo sorprender que tal haya sido la decisión de la Ley 7/1998, aunque ciertamente, en este punto, su eficacia, como se verá posteriormente, es mucho más aparente que real en su utilidad práctica desde el momento en que, entre profesionales, no establece la posibilidad del control de su contenido cuando es abusivo.

Por último, y dentro de la crítica general, se ha afirmado que no era necesario el Registro de Condiciones Generales de la Contratación establecido en el artículo 11 de la Ley, con un inadecuado protagonismo de los Registradores de la Propiedad y Mercantil, aprovechando la Ley 7/1998 para la propia reforma de la Legislación Hipotecaria en cuestiones sin relación alguna con el objeto de la Ley.

A mi modo de ver, no cabe duda de que muchas de las críticas vertidas sobre la Ley 7/1998 están justificadas pero, aún así, una lectura pausada de la misma, orientada hacia su aplicación práctica, quizá permita valorarla

de manera distinta y, sobre todo, entrar en cuáles son realmente sus problemas de interpretación. En efecto, es necesario partir de que la Ley 7/1998 es una Ley de condiciones generales de la contratación y, además, de cláusulas abusivas. Es posible que una regulación unitaria fuera mejor pero la distinción del Legislador, justificada en la Exposición de Motivos, se entiende perfectamente y además, a mi modo de ver, responde a una realidad práctica evidente pues las cláusulas abusivas no se mueven solamente en el mundo de la gran contratación en masa, sino también en pequeños contratos.

Las condiciones generales de la contratación, en los términos en que se define en el artículo 1.1 de la Ley 7/1998, pueden darse perfectamente entre profesionales y entre éstos y consumidores. Sin entrar en la cuestión de sean predisuestas o redactadas previamente, y tengan como finalidad ser incorporadas a una pluralidad de contratos, tienen una característica que las hace perfectamente reconocibles: son impuestas por una de las partes contratantes sin posibilidad de negociación individual. Se pueden realizar todo tipo de reflexiones y argumentaciones desde el punto de vista de dialéctica jurídica pero en la realidad práctica es así desde el momento en que el adherente no puede variar ni influir sobre su contenido. En último término tienen los requisitos que los artículos 3 de la Directiva y 10 bis de la Ley 26/1984, resultante de la reforma introducida por la Ley 7/1998, exigen también para las cláusulas abusivas; pero una condición general, obviamente, no tiene que ser necesariamente abusiva

Las cláusulas abusivas reúnen algunas de las características propias de las condiciones generales en el sentido de que no han sido negociadas individualmente y han sido impuestas, pero, además, implican un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (art. 3 de la Directiva 93/13 y 10 bis 1 Ley 26/1984), sólo aplicables a consumidores y no requieren pluralidad de contratos: basta uno y una única cláusula, pues es de tener en cuenta que aun cuando la Directiva 93/13 habla de cláusulas tipo, lo que hace pensar en varios contratos para presumir que no han sido negociadas individualmente - artículo 3 párrafo 4º, "el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba" - el artículo 10 bis de la Ley 26/1984 tal y como ha quedado redactado por la Disposición Adicional Primera Tres de la Ley 7/1998, suprime la palabra tipo - "el

profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociado individualmente, asumirá la carga de la prueba” - lo que permite afirmar que basta, como se dice, un único contrato y una cláusula no negociada individualmente para que pueda ser apreciada como abusiva, aunque no constituya condición general pues ha de tenerse en cuenta que la Directiva 93/13 es de mínimos sin que nada impida al legislador estatal ampliar la protección más allá de los términos exigidos por la Directiva.

Esta distinción entre condiciones generales, por una parte, y cláusulas abusivas, por otra, en mi opinión, es perfectamente aceptable pues permite resolver muchos problemas prácticos aunque, precisamente desde esa óptica de realidad, se puede hacer una crítica importante: lo esencial en las condiciones generales es el control de su contenido y, realmente, en principio no hay control en la Ley 7/1998 del contenido de las condiciones generales, sólo de las cláusulas abusivas en el ámbito de los consumidores, no en las condiciones generales entre profesionales como se ve claramente en el artículo 8 de la Ley que, en definitiva, modificó las previsiones inicialmente contenidas en el Anteproyecto de la misma en que sí había control del contenido de todas las condiciones generales de la contratación. En efecto, en el artículo 7 del Anteproyecto se decía: “1.- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa. 2.- Serán también nulas las cláusulas generales que sean abusivas, entendiendo por tales, en todo caso, ñas definidas en el artículo 10 bis de la Ley general de Consumidores y usuarios aunque el adherente no sea un consumidor”. Por contra, el artículo 8 de la Ley recoge expresamente: “1.- Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. 2.- En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales, en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”.

Suprimido así el control del contenido de las condiciones generales fuera del ámbito de los consumidores, cabe preguntarse hasta qué punto nos

encontramos con un Legislador meramente voluntarioso pues realmente la Ley 7/1998, en su parte de condiciones generales, sirve en la práctica para menos de lo que parece. Pero aun así, a mi juicio, es útil pues el problema de las condiciones generales no es siempre que sean abusivas, sino muchas veces el grado de conocimiento y comprensión que de las mismas tiene el adherente, o cuándo se ha producido su incorporación, su interpretación, publicidad etc., problemas que, como se ha dicho, han sido tradicionalmente resueltos por los Tribunales con aplicación de normas generales de los contratos y que no deja de ser oportuno que figuren en una Ley, especialmente en relación con el problema de las cláusulas nulas, acciones colectivas y control a través del Registro obligatorio cuando la Administración haga uso de la facultad que en este aspecto le concede el artículo 12.2 de la Ley, intervencionismo estatal que ha sido duramente criticado pero en último término, en mi opinión, imprescindible.

En efecto, conforme al artículo 11.1 de la Ley 7/1998 se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria, debiendo existir al menos uno en la cabecera de cada Tribunal Superior de Justicia (Disposición Adicional Tercera). Dejando aparte los problemas de competencia territorial de tales Registros y si cada profesional debe inscribir sus condiciones generales en el Registro de su domicilio social o en todos aquéllos con competencia en el territorio donde extienda sus actividades y celebre contratos, es de resaltar que la inscripción se configura como meramente voluntaria si bien en el artículo 12.2 se prevé expresamente que “el Gobierno, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Departamento ministerial correspondiente, podrá imponer la inscripción obligatoria en el Registro de las condiciones generales en determinados sectores específicos de la contratación” siendo fácil concluir que realmente el Registro de Condiciones será efectivo, y con él en último término la Ley 7/1998 en su aspecto de regulación de las condiciones generales, cuando sea obligatoria la inscripción sin que, en este sentido, las previsiones del Legislador expresadas en la Exposición de Motivos se hayan plasmado en la Ley 7/1998.

En la misma se afirma que “la inscripción en este Registro, para buscar un equilibrio entre seguridad jurídica y agilidad en la contratación, se

configura como voluntaria, si bien legitimando ampliamente para solicitar su inscripción a cualquier persona o entidad interesada, como fórmula para permitir la posibilidad efectiva de un conocimiento de las condiciones generales". Efectivamente, así era en el Proyecto de Ley, en cuyo artículo 10.8 se establecía que "la inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse por los contratantes, los legitimados para ejercitar la acción colectiva y, en caso de anotación de demanda o sentencia judicial, en virtud del mismo mandamiento, que las incorporará" con lo que, aun cuando no se configurara la inscripción como obligatoria, el acceso de las condiciones generales al Registro de Condiciones podría haberse generalizado desde el momento en que cualquier contratante, consumidor o no, a quien le fueron impuestas en el contrato condiciones generales podría solicitar su inscripción así como, entre otros las asociaciones profesionales y de consumidores (vid. art. 16) lo que, a su vez, hubiese facilitado el ejercicio de todas las acciones de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales reguladas en los artículos 12 y siguientes.

Sin embargo, el texto definitivo aprobado, en el artículo 11.8, contempla que la inscripción de las condiciones generales podrá solicitarse por el predisponente (inscripción voluntaria) y por el adherente y los legitimados para ejercer la acción colectiva, pero en este caso solamente si consta la autorización en tal sentido del predisponente y, en caso contrario, se estará al resultado de la acción declarativa, lo cual hace absolutamente inútil la norma y totalmente ineficaz en la práctica pues si el predisponente esta dispuesto a autorizar la inscripción ya las habrá inscrito previamente y la referencia al resultado de la acción declarativa es irrelevante pues tal acción, como específica el artículo 13.4, tiene por objeto el reconocimiento de una cláusula como condición general de la contratación e instar su inscripción únicamente cuando ésta sea obligatoria conforme al artículo 11.2, es decir, que no se inscribe voluntariamente a petición del adherente o legitimados para el ejercicio de las acciones colectivas, sino sencillamente porque la inscripción es obligatoria.

Según el artículo 11.9 el Registrador extenderá, en todo caso, el asiento solicitado [de inscripción de las condiciones generales y ejecutorias en que se recojan sentencias firmes estimatorias de demandas individuales de nulidad o de declaración de no incorporación, así como las acciones colectivas

de cesación, de retractación y declarativa, o anotaciones preventivas de demanda de tales acciones], previa calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos, pudiéndose interponer contra la actuación del Registrador, según el artículo 11.10, los recursos establecidos en la Legislación Hipotecaria. Ello plantea, obviamente, el alcance de la calificación del Registrador y si se extiende o no al contenido de las condiciones generales que se pretenden inscribir, siendo posible preguntarnos si podrá denegar su inscripción cuando sean nulas por contravenir la Ley 7/1998 o por ser abusivas.

Basta una lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 para ser consciente de que el Legislador ha querido ser especialmente sensible a este problema pues después de afirmar que el Registro de Condiciones Generales de la Contratación es un Registro jurídico, regulado por el Ministerio de Justicia, que aprovechará la estructura dispensada por los Registradores de la Propiedad y Mercantiles aclara que “ello no obstante, las funciones calificadoras nunca se extenderán a lo que es competencia judicial, como es la apreciación de la nulidad de las cláusulas”. La función calificadora del Registrador parece quedar, pues, muy limitada, centrada en la calificación de la concurrencia de los requisitos establecidos (art. 11.9), esto es, según se deduce del artículo 11.2, si lo que se pretende inscribir en el Registro de Condiciones, son cláusulas contractuales que tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo al artículo 1 de la Ley 7/1998 por lo que los Registradores del Registro de Condiciones inscribirán todo, a resultas de las declaraciones judiciales recaídas en el ejercicio de las acciones de nulidad, cesación o retractación, sin que la inscripción en el Registro constituya garantía de nada, salvo jugar favorablemente para el predisponente desde el momento en que desde su práctica comenzaría a contar el plazo de prescripción de dos años establecido en el artículo 19 para el ejercicio de las acciones colectivas de cesación y retractación.

Ahora bien, a mi modo de ver, la propia Ley 7/1998 introduce una eventual duda a tan sencilla función del Registrador pues la Disposición Adicional Segunda, apartado cuarto, modifica el artículo 258 de la Ley Hipotecaria, estableciéndose en su núm. 2 que “el Registrador [de la Propiedad] denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 bis de

la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, es decir, que cuando se trata de condiciones generales de la contratación en el ámbito del consumo podría pensarse que la calificación del Registrador, respecto de un contrato concreto con eficacia real, sí alcanza a las cláusulas abusivas relacionadas en la Disposición Adicional Primera de la Ley de la Ley 26/1984 tal y como ha quedado redactada por la Ley 7/1998 y, por lo tanto, si igual función calificadora podría realizar, en materia de condiciones generales abusivas cuya inscripción se pretenda, el Registrador del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, cuestión que, a mi juicio, habría de resolverse en sentido negativo pues, obviamente, pueden ser condiciones generales para consumidores o no, en cuyo caso no hay control de cláusulas abusivas y, por otra parte, ni aún en los contratos de consumo el Registrador de la Propiedad puede denegar la inscripción de una cláusula abusiva con eficacia real pues, conforme el artículo 10 bis 2 de la Ley 26/1984, tiene que existir una previa declaración judicial de nulidad con pronunciamientos sobre la integración del contrato o, en su caso, nulidad total del mismo.

Por lo que respecta al análisis de algunas de las cuestiones concretas que presenta la Ley 7/1998, parece interesante resaltar los siguientes aspectos. Se ha dicho que el artículo 1.1 define las condiciones generales de la contratación como cláusulas predispuestas, redactadas previa y unilateralmente no ya por una empresa o grupo de empresas, como decía el artículo 10.2 Ley 26/1984, sino por un profesional, entendiéndose por tal, según el artículo 2.2, “toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”, concepto que está reproduciendo el artículo 2 c) de la Directiva 93/13. Es de resaltar que en cláusulas abusivas el artículo 10 bis 1 no exige que sean predispuestas, aunque así lo menciona el artículo 3.2 de la Directiva. Conforme al artículo 1.1 se exige una pluralidad de contratos, mientras las cláusulas abusivas pueden darse en un solo contrato no negociado individualmente, y las condiciones generales son propias de los contratos de adhesión, aplicables incluso, conforme al artículo 1.2, en los supuestos de negociación parcial del contenido de alguna cláusula, norma que sigue la redacción del artículo 3.2 de la Directiva 93/13 pero que no lo hace el artículo 10 bis. 1 de la Ley 26/1984 para las cláusulas abusivas, precisamente las que regula la Directiva. Las condiciones generales pueden darse entre

profesionales entre sí y entre profesionales y consumidores (art. 2) por lo que si no son consumidores no se aplican las normas sobre las cláusulas abusivas.

En lo que se refiere a los requisitos de incorporación, el artículo 5 distingue tres supuestos para la incorporación de las condiciones generales en cada concreto y para que, por tanto, pasen a formar parte del mismo : 1.- Contrato formalizado por escrito : exige que el predisponente informe al adherente de su existencia, le haya facilitado un ejemplar de las mismas y se acepte su incorporación al contrato. Sin embargo la norma no exige expresamente que las condiciones aceptadas e incorporadas sean firmadas por el adherente, pues es suficiente que el contrato contenga la referencia a las condiciones generales incorporadas, que pueden ser entregadas aparte. Sin embargo, del artículo 7 a) parece desprenderse que deben estar expresamente firmadas. 2.- Contratos que no se formalizan por escrito : recoge un sistema de incorporación muy delicado para el adherente pues basta que el predisponente las publique en lugar visible del lugar donde se realice el negocio, que las inserte en la documentación o que de cualquier forme garantice una posible efectividad de conocer su existencia y contenido, lo que hace duda si basta para ello que figuren en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación al cual se remita la rotulación en el local. 3.- Contratación telefónica o electrónica : queda pendiente de desarrollo reglamentario, justo la forma más necesaria de regulación. Para que las condiciones generales queden incorporadas el artículo 5.4 exige que se ajusten a criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, requisitos que a mi juicio son irrelevantes pues siempre quedarán incorporadas salvo que se den los supuestos de mínimos establecidos en el artículo 7 : “no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales : a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. B) Las 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”.

Dejando aparte las reglas de interpretación contenidas en el artículo 6, el artículo 8, como se dijo anteriormente, contiene el régimen de nulidad

de las condiciones generales de la contratación, distinguiéndose según se utilicen o no en contratos de consumo. Cuando se trata de una condición nula, o que reúna los requisitos del artículo 7 para su no incorporación, el artículo 9.2 regula el ejercicio de la acción individual de nulidad o no incorporación que se puede plantear el adherente, a mi modo de más que por acción por excepción o reconvencción pues es escasa la realidad de una acción de no incorporación o nulidad individual sino en relación con el cumplimiento o incumplimiento del contrato. La sentencia, aun tratándose de ejercicio de una acción individual se inscribirá en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación (art. 22), con un importante efecto no previsto expresamente por el Legislador que ha cuidado la regulación de los aspectos procesales de las acciones de cesación, retractación y declarativa pero nada ha previsto para el ejercicio de la acción individual de nulidad o no incorporación, salvo la determinación de la competencia territorial referida al Juez del domicilio del demandante (art. 9.3).

En efecto, para las acciones colectivas, entre ellas la de cesación dirigida a obtener una declaración judicial de nulidad de una condición general y a que se condene al demandado a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo (art. 12.2), se ha establecido siempre como procedimiento el juicio declarativo ordinario de menor cuantía (art. 14.1), y siempre recurso de casación ante el Tribunal Supremo con independencia de su cuantía (art. 18.3), garantías procedimentales en relación con la importante consecuencia que la sentencia va a suponer para el predisponente y todos los contratos que realice utilizando las condiciones generales objeto de impugnación judicial. Sin embargo, en el ejercicio de la acción individual rigen las reglas generales de procedimiento, puede no existir recurso de casación y el efecto es el mismo pues aunque no constituya doctrina legal como sucede con las sentencias del Tribunal Supremo (art. 20) cancela la inscripción, efecto probablemente no querido por el Legislador pero que su regulación, sin embargo, ha posibilitado.

Otras dudas se plantean, desde el punto de vista procesal, en relación con el ejercicio de las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales. En la acción de cesación, el artículo 12.2 establece que "declarada judicialmente la cesación, el actor podrá solicitar del demandado la devolución de las cantidades cobradas en su caso, con ocasión

de cláusulas nulas, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios causados. En caso de no avenirse a tal solicitud, podrá hacerse efectiva en trámite de ejecución de sentencia". No se trata solamente de una acción genérica de que se declare la nulidad de una condición general y el predisponente se abstenga de utilizarla en lo sucesivo, sino que la sentencia tiene efectos directos sobre los contratos ya realizados en los que se hayan incluido las condiciones generales declaradas nulas a través de la acción colectiva. Ahora bien, conforme al artículo 16, las acciones previstas en el artículo 12 sólo podrán ser ejercitadas por las siguientes entidades "1. Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros. 2.- Las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. 3. Las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas y que tengan estatutariamente encomendada la defensa de éstos. 4. El Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores. 6. El Ministerio Fiscal", es decir, que los contratantes no pueden ser parte en el procedimiento lo cual plantea si las cantidades a indemnizar por los daños y perjuicios causados corresponde a los legitimados para interponer las acciones o a los propios particulares, lo mismo que las cantidades a devolver e indebidamente percibidas por aplicación de la cláusula declarada nula, teniendo en cuenta que en la acción de cesación no se contemplan las particularidades de los artículos 9.2 y 10 en el sentido de que, declarada la nulidad de una cláusula, la sentencia determinará la integración del contrato o su nulidad total, por lo que difícilmente en la acción colectiva de cesación puede decretarse la devolución de cantidades e indemnizaciones sin analizar la repercusión concreta que la declaración de nulidad produce en cada contrato.

El artículo 13 de la Ley 7/1998, para la interposición de las acciones colectivas de cesación, retractación o declarativa establece que previamente podrán las partes someter la cuestión ante el Registrador de Condiciones Generales en el plazo de quince días hábiles sobre la adecuación a la Ley de las cláusulas controvertidas, pudiendo proponer una redacción alternativa a las mismas, dictamen que no será vinculante. Es de señalar que tal dictamen sobre adecuación a la Ley se configura como voluntario, desapareciendo el carácter imperativo con el que figuraba en el Proyecto y sólo previsto como

posible trámite previo al ejercicio de las acciones colectivas, no para las acciones individuales ni tampoco para inscribir las condiciones, aunque cabe la duda si el dictamen sólo puede solicitarse respecto de las condiciones inscritas debiendo concluirse, a mi juicio, la respuesta negativa pues es de tener en cuenta que, al menos respecto de la acción declarativa, precisamente el supuesto es que no se encuentren inscritas a pesar de su obligatoriedad.

Por último, una referencia a la regulación de las cláusulas abusivas, solamente aplicables en los contratos de consumo y que, como se dijo, pueden o no reunir las características de las condiciones generales. Para hablar de cláusulas abusivas en sentido legal ha de tratarse un contrato entre un profesional y un consumidor. Respecto al concepto de profesional, el artículo 2.2 de la Ley 7/1998 recoge el mismo concepto del artículo 2 c) de la Directiva 93/13 mientras que, respecto del concepto de consumidor, la Ley 7/1998 ha introducido algunos factores de confusión. Según el artículo 2 b) de la Directiva es toda persona física que, en los contratos de consumo, actúe con propósito ajeno a su actividad profesional. En la Exposición de Motivos de la Ley 7/1998 se deja constancia de que “de conformidad con la Directiva transpuesta, 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” pero, sin embargo, no se ha reformado el artículo 1.2 de la Ley 26/1984 que, comprendiendo también a la persona jurídica (la Directiva es de mínimos) sigue exigiendo para ser considerado legalmente consumidor o usuario, y por lo tanto aplicable el régimen de las cláusulas abusivas, que sea destinatario final pues la Ley 7/1998 reproduce el artículo 2 b) de la Directiva en condiciones generales (art. 2.3) pero no en la Ley 26/1984.

Por otra parte, para que una cláusula pueda ser declarada abusiva, sin perjuicio de la relación ahora contenida en la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 se exige en el artículo 10 bis 1 que sean contrarias a la exigencia de la buena fe, causando, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, concepto de cláusula abusiva que, esencialmente, coincide con el artículo 3.1 de la Directiva 93/13. Ahora bien, el artículo 10. bis. 1 exige que no hayan sido negociadas individualmente por lo que no basta el desequilibrio si ha sido negociada, algo que el artículo 10 bis 1 no aclara

en que consiste pero que sí hace el artículo 3.2 de la Directiva al decir que “se considerará que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los casos de los contratos de adhesión”. En el artículo 10 bis 1 no se exige que esté redactada previamente (predispuesta) sino solamente no negociada siendo lo importante que el consumidor no haya podido influir en su contenido, no bastando la mera modificación de una cláusula para considerarlo negociado (art. 3 Directiva y 10 bis 1) siendo perfectamente posible una cláusula abusiva en un contrato de adhesión único (sólo consentimiento) aunque la propia Directiva no las reduce a los contratos de adhesión (“...en particular en los casos de los contratos de adhesión”).

Respecto a la prueba de que una cláusula es abusiva en el concepto legal, desde luego las incluidas en la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/1984 lo son por determinación legal sin que sea posible admitir prueba en contrario de que han sido negociadas individualmente: “en todo caso - dice el artículo 10 bis 1 - se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente Ley -. Para el resto es necesario que concurren los dos requisitos de desequilibrio importante en perjuicio del consumidor y que no hayan sido negociadas individualmente. Sobre el primer aspecto nada dice la Ley por lo que, conforme a las reglas generales sobre la carga de la prueba ex artículo 1214 del Código Civil le corresponde al consumidor acreditar procesalmente tal desequilibrio. Sobre el segundo, el artículo 10 bis 1 establece la presunción de no negociación y, en consecuencia, el profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba, siendo suficiente, como con anterioridad se ha indicado, que sea un único contrato y no una cláusula tipo.