

COMENTARIOS A LA LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

Luis M^a Cabello de los Cobos y Mancha

Director general de los Registros y del Notariado

Dentro del Programa de acción (1996-2000) del Ministerio de Justicia, la reforma del derecho privado ocupa una posición esencial, ya que su contenido incide directamente en la agilidad y seguridad del tráfico jurídico y económico, en la libre circulación de bienes y servicios, y en el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos en su aspecto personal y patrimonial.

La reforma de la justicia, el acceso a ella y la pronta solución de conflictos, unido ese objetivo a la desjudicialización de la contratación privada, requiere no sólo la adecuación de los medios personales, formativos y materiales a las necesidades de cada momento, sino el dotar a los jueces y tribunales de los instrumentos jurídicos útiles para desarrollar su misión constitucional. La unidad del mercado, la integración europea, el acceso a una vivienda digna, la erradicación de la morosidad, la disminución de los costes, la transparencia del mercado, la libre competencia, tienen un traslado necesario a la actuación de jueces y tribunales, garantías de las libertades individuales y sociales. Como dice el Informe para 1997 del Banco Mundial, el Estado debe suministrar "bienes públicos puros", y, entre ellos, destacan la independencia y dotación del Poder Judicial y la protección de los derechos reales (singularmente, la propiedad). La seguridad jurídica, judicial y extrajudicial (ésta sujeta a aquélla), el cumplimiento voluntario y forzoso de las normas, la previsibilidad de

las resoluciones judiciales, producen un efecto directo en la economía de mercado ("Justicia y libre mercado en la Unión Europea", *BIMJ* n.º 1824/98).

En este orden de cosas, la ministra de Justicia, Margarita Mariscal de Gante, en su Programa de acción, ha abordado las siguientes reformas:

1º. *De carácter general:*

- Anteproyecto de nueva Ley de enjuiciamiento civil (abril, 1997; aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 1997).
- Anteproyecto de Ley concursal (Comisión General de Codificación, 1996).
- Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación (1996; Ley 7/1998 de 13 de abril).
- Anteproyecto de ley de reforma de la ley de tratamiento automatizado dotados de carácter personal (1997; Congreso, 1998).

2º. *De carácter sectorial:*

- Anteproyecto de nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles (1996; Congreso, 1997; Ley 28/1998, de 13 de julio).
- Anteproyecto de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles (1996; Congreso, 1997; Ley 42/1998, de 15 de diciembre).
- Informe articulado sobre la reforma de la Ley de propiedad horizontal (1997; Congreso, 1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley de juntas arbitrales de derecho privado (1997).
- Borrador de reforma de la Ley de fundaciones (1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley del Registro de Bienes Muebles (1997).
- Borrador de Anteproyecto de ley de venta a distancia (1998).

3º. *Sobre el estado civil:*

- Informe articulado sobre Anteproyecto de ley en materia de adopción internacional (1997; Congreso, 1998).
- Informe articulado sobre Anteproyecto de ley sobre atribución de apellidos (1997; Congreso, 1998).
- Informe articulado de Anteproyecto de ley sobre el uso del nombre y apellidos, por coficialidad lingüística (1997; Congreso, 1998).
- Borrador de Anteproyecto de ley de reforma de la Ley de Registro Civil (1998).

Ahora, en el presente estudio -opinión estrictamente personal-, se publica, en parte, la conferencia pronunciada en la Escola Galega de Administración Pública (1998).

1. Precedentes prelegislativos

La integración de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, que debió trasponerse con fecha límite de 31/12/1984 y que ha sido, no obstante, objeto de aplicación por el Tribunal Supremo aun antes de finalizar ese plazo (SSTSS de 23/07/1993 y 20/07/1994¹) y recientemente, por el efecto directo en nuestro ordenamiento interno (STS 12/07/1996), ofrecía dos posibilidades:

- La aprobación de una ley de condiciones generales, en la que se inserta la directiva, siguiendo una técnica parecida a la aplicada por la Comisión General de Codificación.
- La modificación parcial de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios (en adelante, LDC), sin abordar la regulación de las condiciones generales.

La LDC, en su artículo 10, había recogido la jurisprudencia del TS sobre cláusulas abusivas, elaborada con base en el Código civil y con referencia, en determinados supuestos, al concepto de "condición general de la contratación". Cabía la crítica por mezclar el concepto de "condición general" y el de cláusula abusiva, que partía del presupuesto de condición general y daba a entender que la condición general es o puede ser cláusula abusiva².

En un principio, se elaboró un anteproyecto modificativo de la LDC. Tal vez por su simplicidad, creando una Comisión Nacional de Control. Comisión fuertemente contestada por el sector empresarial debido a su carácter intervencionista. A esa comisión, por razones evidentes de publicidad y seguridad jurídica, se unía un registro.

El Consejo de Estado, en su dictamen (31/10/1996), declaró cómo se desaprovechaba la ocasión única de dotar a nuestro ordenamiento de una Ley de condiciones generales, presupuesto de la aplicación, en buena parte, de la noción cláusula abusiva, y más aún, con un anteproyecto, elaborado por la Comisión General de Codificación (1983, 1988), plenamente conocido y respaldado por 1ª doctrina científica. Portugal y Alemania, así lo habían hecho. Habían integrado las cláusulas abusivas dentro de sus leyes de condiciones generales, con doble regulación.

El Ministerio de Justicia, al abordar el problema de la transposición, mantuvo el mismo criterio que el Consejo de Estado y adaptó el texto de

¹ Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, en *Estudios en Homenaje a D. Aurelio Menéndez. Reflexiones sobre las Condiciones Generales*, págs. 4959-4960

² En realidad, la cláusula abusiva puede existir con o sin condición general, y ésta, en principio, es una cláusula válida, si bien, según Alfaro (*op. cit. infra*), declarativa y aunque se trate de derecho dispositivo. Vid. DE CASTRO, Díez-PICAZO y MIQUEL GONZÁLEZ, sobre la naturaleza de las condiciones generales.

la Comisión General de Codificación, manteniendo la reforma parcial de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. A un tiempo suprime la Comisión Nacional de Control de Cláusulas Abusivas, tomada del derecho francés (Decreto de 10/03/1993), cuya inoperatividad ha sido puesta de manifiesto por los autores (“en mars 1997, –señala el pfr. Gilles Paisant– 10 avis avaient été rendus depuis l’instauration de cette procédure”³).

A. Doctrina.

Escribe el profesor De Castro en 1961, en su importante estudio sobre “Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes” (*Anuario de Derecho Civil*), que el debate doctrinal se centra en el atribuir o no carácter normativo a las condiciones generales –poder del predisponente o de un grupo de predisponentes para legislar–, de fuente del derecho, de uso mercantil, de derecho natural o de contenido contractual, discurrendo su análisis por el derecho romano, el derecho común, la codificación hasta la época actual, donde se reconoce el carácter imperativo de determinadas normas dispositivas y la imposibilidad de exclusión de elementos básicos generales de los contratos o de determinado tipo contractual. El debate de la autonomía de la voluntad y de la libre prestación del consentimiento. Los límites genéricos de la ley, la buena fe, las buenas costumbres, el orden público o el equilibrio de contraprestaciones. La erradicación de la renuncia de derechos, de las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad, la imposición de cláusulas compromisarias, la sujeción a fuero (...) y tantas otras que hoy son unánimemente reconocidas como cláusulas nulas por abusivas. Así como la posibilidad de integración judicial del contrato, una vez anulada alguna o algunas de aquellas.

Señala De Castro la importancia capital que tuvo, para la evolución de nuestro derecho, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1857, “dictada en un recurso de nulidad”, que marca un nuevo camino doctrinal y jurisprudencial, en torno a la irrenunciabilidad de la ley, e incluso del privilegio, así como sobre las interpretaciones o doctrinas que intentan o postulan la disminución del efecto protector de la ley, por razón del cumplimiento de “los fines de pública utilidad”.

Treinta y siete años después de postular el profesor De Castro la oportunidad de una reforma legal, se lleva a cabo bajo su misma premisa inspiradora: “el equilibrio y la búsqueda de un efecto económico neutro, estimulando el cumplimiento voluntario de la norma”. En el Proyecto de

³ Vid. Les critères d’appréciation du caractère abusif des clauses, Journée d’étude sur les clauses abusives (21– 3– 97), INC Hebdo, n.º 1015, 12–12–1997, pág. 11 (su referencia en el boletín de la Agencia Europea de Información a los Consumidores de Vitoria, Gobierno Vasco).

ley remitido a Las Cortes también se estimó –cuya importancia refleja– necesaria la colaboración, la activa colaboración de los notarios, como redactores de documentos públicos, con la doble fórmula de abstención (nulidad: ya regulada por la normativa notarial) y de advertencia, propia de un jurista⁴.

A esta cita del profesor De Castro podría añadir innumerables autores, desde el trabajo de Rodrigo Bercovitz en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (1987), la monografía de Alvaro Águila–Real (*Las condiciones generales de contratación*, Civitas, 1991), el artículo de Alberto Empananza (La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el Ordenamiento español, 1994⁵) o el de Miquel González (Reflexiones sobre condiciones generales, Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, 1996), el prólogo de Díez–Picazo a la obra que sobre la materia ha publicado la Fundación BBV, “Condiciones generales y cláusulas abusivas” (1996), hasta cuestiones más concretas, “El control de las condiciones generales imprecisas o abusivas en el ámbito registral” (1993), del prof. Albiez Dohrmann, o “Las condiciones generales de la contratación y su control en el ámbito registral”, de la abogado Llaveró Rodríguez–Porrero publicado el 9 de enero de 1998 por la revista jurídica *La Ley*.

El prof. Díez–Picazo señala que la “contratación por medio de condiciones generales constituye un fenómeno inevitable en la economía moderna, en que una parte muy importante de los negocios se realiza a través de lo que se ha podido llamar una contratación en masa. Las condiciones generales cumplen, por ello, una función económica que no se puede desconocer. Sólo uniformando el contenido contractual, puede el empresario racionalizar las operaciones comerciales y sólo de este modo pueden reducirse los llamados “costos de la negociación de contratos”....Por eso, la polémica que los últimos treinta y cuarenta años se mantenía en torno a la validez de este modo de contratar y las dificultades de su calificación jurídica, es hoy una polémica superada. Naturalmente, las “condiciones generales” sólo pueden ser contenido contractual. De ninguna

⁴ En estos días (febrero de 1998), acaba de aparecer publicado el artículo de referencia en el libro *Estudios jurídicos del Profesor De Castro*, coeditado por el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores, ed. Centro de Estudios Registrales, Tomo II, págs. 921–963.

⁵ *Revista de Derecho Mercantil*. El prof. Empananza destaca la necesidad de una ley de condiciones generales, de la regulación de las acciones colectiva y del efecto “ultra partes” de las sentencias firmes estimatorias, para disminuir costes –y tiempo– (“mediante la extensión de los efectos de la sentencia condenatoria que declarase la nulidad de las condiciones generales a todos aquellos formularios contractuales que incluyesen similares términos”, “que sólo podrá afectar al empresario predisponente condenado judicialmente”), el reconocimiento de la acción de retractación (...) (*op. cit.*, págs. 492, 494, 496, 498 y 500).

otra fuente del derecho puede derivar su obligatoriedad. No puede decirse que exista un poder reglamentario de los empresarios que vincule a los clientes sin necesidad de aceptación". Las "condiciones generales, o son contenido contractual o no son nada" y, ello, aunque se ponga "en crisis el dogma de la plenitud de la voluntad y, sobre todo, la idea de que es necesaria una concurrencia perfecta de voluntades"⁶

Miquel González⁷, por su parte, dice al respecto: "La libertad contractual se bifurca en dos aspectos: libertad de decisión (celebrar o no el contrato) y libertad de configuración (establecer unas u otras normas). Esta diferenciación corresponde a la distinción entre contrato como acto y contrato como regla. En los contratos con condiciones generales los problemas proceden de la exclusión de una de las partes de la libertad de configuración del contenido contractual". Y su régimen jurídico – indica– se manifiesta en tres puntos esenciales: 1) Control de inclusión por el que se decide cuando una condición general ha sido incorporada al contrato. 2) Reglas de interpretación de las cláusulas. Y 3) Control de contenido por el que se decide sobre la validez de una condición general incorporada e interpretada.

El prof. Lasarte, por otro lado, destaca el carácter irreversible de la contratación en masa, dentro de la economía de mercado, y la redacción de condiciones generales como parte del propio sistema organizativo de las empresas ("hábitos de consumo"). En "la actualidad, condiciones generales de la contratación y contratos de adhesión son sustancialmente dos caras de la misma moneda"; ello no impide la existencia de un contrato de adhesión individual –podemos añadir. Tras la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, puede decirse que existe "una regulación bastante completa (aunque técnicamente imperfecta) de las condiciones generales", a través de su artículo 10. En él, se define la condición general, se establecen los requisitos formales de "integración en el documento contractual" y de constancia (recibo, copia, documento), salvo renuncia; también los requisitos materiales ("equidad contractual"): buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones; la interpretación "contra stipulatorem"; la primacía de las cláusulas particulares; y la sanción de nulidad"⁸.

⁶ Vid. *op. cit.*, págs. 29–31. En contra de la tesis de Alfaro (concreción empresarial de la buena fe), que supondría otorgar a los empresarios "una cierta dosis de poder normativo que es inconciliable con el sistema de fuentes del derecho y con el Estado democrático".

⁷ Reflexiones sobre las condiciones generales, *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, Tomo IV, ed. Civitas, Madrid–1996, págs. 4941 y ss.

⁸ LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Contratos, ed. Trivium, Madrid, 1994, págs. 71 y ss.

Martínez de Aguirre, en su obra *El Derecho civil a finales del siglo XX*, señala: "la principal misión actual del derecho civil –es–: la promoción y defensa de la persona, su dignidad y derechos". El derecho comunitario es un facto activo de homogeneización"⁹.

B. Comisión General de Codificación.

En base a las recomendaciones del Poder Judicial y del Consejo de Estado, en sus Informe (1995) y Dictamen (1996) respectivos, al Anteproyecto de ley por el que se modifica la Ley 26/1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios; en plena sintonía, en términos generales con el borrador de Ley de condiciones generales de la contratación, elaborado por la Comisión General de Codificación en 1988, plenamente aceptado y conocido por la doctrina (en términos expresos del Consejo de Estado); se siguió por el Ministerio de Justicia –según hechos indicados– dicho borrador, adaptándolo a la Directiva comunitaria e incorporando aquellos nuevos elementos que juzgó imprescindibles para la plena eficacia de la futura ley"¹⁰.

Dice la exposición de motivos del borrador: "...sobre los efectos de la sentencia que puede recaer en los litigios promovidos sobre ineficacia de las condiciones generales. En este sentido, la sentencia firme que, a instancia de las entidades legitimadas –se refiere a las acciones colectivas–, declara la ineficacia de la totalidad o de una parte de unas condiciones generales, impondrá al demandado la obligación de eliminar –de– sus condiciones generales las que se declaren ineficaces y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo. Pero es que, además, esta obligación afectará también a quienes se dediquen a la misma actividad que el demandado y utilicen en su contratación para circunstancias análogas cláusulas iguales a las declaradas ineficaces" (arts. 23–27). Se prevé depósito de las condiciones en el Registro, a efectos de prescripción y de publicidad, por razones de seguridad jurídica y de conocimiento de los legitimados para interponer la acción colectiva. El depósito se concibe obligatorio (art. 29). "El catálogo de cláusulas concretas que son consideradas ineficaces –continúa la exposición de motivos– aparece recogido en los artículos 9 a 17 y no ha pretendido ser ni excesivamente extenso ni muy minucioso (...) El carácter abierto del catálogo permite que su contenido se vaya ampliando paulatinamente a través de la práctica judicial. A esta tarea puede contribuir eficazmente la publicidad registral regulada en los artículos 23 y 25 del anteproyecto".

⁹ Ed. Tecnos, 1991, págs. 89 y 108.

¹⁰ Su texto íntegro en mi estudio, "La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles" (ed. Civitas, 2a edición, Madrid– 1993). Vid. LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo III, Contratos, ed. Trivium, 1994, págs. 79 y as.

Las cláusulas abusivas contenidas en el articulado son las siguientes: plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar la oferta contractual, la reserva de la facultad de interpretar los términos del contrato, de determinar si sus prestaciones se ajustan a lo pactado, o de resolver unilateralmente sin motivo válido y justificado –con la especialidad de los contratos de larga duración o de duración indeterminada, prórrogas y preaviso– o de impedir o limitar la facultad resolutoria (art. 1124 Cc), el ejercicio de derechos en caso de retraso culpable, o la prohibición de compensar los créditos (arts. 9 a 11 del borrador)... Y otras muchas reflejadas en la ley y en la directiva. También contiene excepciones concretas (arts. 9 a 16) para la relación entre profesionales o empresarios que contratan dentro de su giro o tráfico.

C. Consejo General del Poder Judicial.

En el Informe de 20/12/1995:

■ “se considera indispensable la creación de un registro a través del que se dé publicidad a las condiciones generales para poder ejercer las correspondientes acciones legales”.

■ se “debería introducir también la acción de retractación y sería conveniente establecer la acumulación obligatoria de todos los procesos que versen sobre un mismo objeto así como reforzar la **eficacia del control judicial** de las condiciones generales de contratación a través del otorgamiento de **eficacia ultra partes** a las sentencias firmes dictadas en procesos en que se ejerciten acciones de cesación o retractación”¹¹.

En el Informe de 09/04/1997 se recomienda la oportunidad de introducir “un procedimiento de conciliación ante un tercero que no estuviese investido de jurisdicción a fin de llegar a un acuerdo en la redacción de la cláusulas” y plantea distintas cuestiones de gran interés –que pasaron al texto del anteproyecto– y algunas dudas interpretativas –sin conexión con el Informe anterior– sobre el Registro de Condiciones Generales, que el proyecto de ley, en base al informe anterior y al dictamen del Consejo de Estado, aclara.

D. Consejo Consultivo de los Consumidores.

El Consejo de Consumidores y Usuarios (Informe de 24 de febrero de 1997) es favorable al Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación: “Se considera –señala– que una normativa de esta índole viene a acrecentar la protección de los consumidores, por ello estima conveniente que nuestro ordenamiento jurídico pueda disponer de una

¹¹ Argumentación reproducida por el Consejo de Estado en su dictamen n.º 2939/96, de 31 de octubre de 1996.

normativa reguladora de las Condiciones Generales de la Contratación". Y a continuación enumera algunos extremos necesitados de "modificación o aclaración". Entre ellos, declara:

■ La eficacia "ultra partes" de la sentencia recaída en este tipo de procedimientos judiciales –ex art. 18– evitaría muchos litigios innecesarios (...) sería aconsejable –para evitar pronunciamientos divergentes– que los jueces gozaran de más poder de apreciación en el tema de la competencia territorial y de la nulidad de pleno derecho de determinadas cláusulas".

■ El "Registro de Condiciones Generales nos merece una opinión aceptable, puesto que resultará beneficioso para el consumidor. Pero aunque la creación de un Registro de Condiciones Generales es positiva, los efectos beneficiosos para el consumidor quedan claramente desdibujados al otorgarse carácter potestativo a la inscripción de tales cláusulas. Creemos que con objeto de conseguir un mayor control de las condiciones generales de la contratación, la inscripción debe ser obligatoria".

E. Consejo de Estado.

El Consejo de Estado se ha pronunciado dos veces sobre esta materia. La primera, el 31 de octubre de 1996 (Dictamen 2939/96), durante la tramitación del anteproyecto de Ley de reforma de la general para la defensa de los consumidores y usuarios, recomendando elaborar una Ley de condiciones generales de la contratación y la creación de un registro público estatal (STC 71/1982, de 30 de noviembre), con base en las recomendaciones coincidentes del Consejo General del Poder Judicial y en los términos sugeridos por el Consejo General de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación y el Colegio de Registradores, sin crear nuevos órganos, tal y como ha hecho el legislador portugués, con referencia expresa al Registro Mercantil Central, de Venta a Plazos –cuya técnica sigue la ley– (...) La segunda (Dictamen n° 3194/97), el 24 de julio de 1997, reconoce la competencia estatal, con cita de la STC de 26 de enero de 1989, declara la correcta transposición de la directiva, una vez incorporada su recomendación anterior sobre la conveniencia del dictado de una Ley de Condiciones Generales de la Contratación (se ocupa de la necesidad del recurso de casación por acción colectiva, del concepto de cláusula abusiva, de que la sentencia firme sea estimatoria...¹²).

¹² Vid. anexo I de mi libro *La ley de condiciones generales de la contratación*, ed. CER., 1998.

F. Memoria Justificativa.

La Memoria Justificativa del proyecto de ley, remitida a Las Cortes, contiene con largueza las claves de la nueva regulación y su fundamento. Las razones del prelegislador.

Dice concretamente:

“Las condiciones generales son, ante todo, cláusulas que van a formar parte del contenido de un contrato”¹³.

Ahora bien, son cláusulas que se caracterizan por la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Predisposición por una de las partes contratantes.

Poco importa si el predisponente ha redactado por sí mismo tales cláusulas o utiliza cláusulas redactadas o establecidas anteriormente por otros. Lo importante es que exista predisposición de determinadas cláusulas contractuales.

b) Ausencia de negociación individual¹⁴.

Toda cláusula no negociada individualmente no siempre es condición general, ya que puede tratarse de un contrato de adhesión particular. Sin embargo, la afirmación inversa siempre se cumple: toda condición general

¹³ Al margen de la discusión doctrinal sobre si realmente tienen o no naturaleza contractual (condiciones generales de los contratos) o si más bien tienen carácter normativo por sí mismas (condiciones generales de la contratación), el proyecto de ley precisamente lo que quiere regular son los contratos en los que se den condiciones generales. Es decir, regula el aspecto contractual de las condiciones generales (*Vid. supra* Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 30).

¹⁴ El Consejo de Estado afirma que “no comparte en sus términos literales las anteriores definiciones –sobre la distinción entre condiciones generales y cláusulas no negociadas individualmente–, ya que siendo normalmente los contratos de adhesión aquéllos en los que una de las partes, – generalmente un empresario o profesional que realiza una contratación en masa– establece un contenido prefijado para todos los contratos de un determinado tipo que en el giro de sus actividades se realicen, las condiciones generales de la contratación hacen referencia a una realidad previa al contrato de adhesión y se presentan como un conjunto homogéneo de reglas predisuestas formalmente por un sujeto, relativas a los contenidos contractuales de ciertos contratos a celebrar (con independencia de su constancia expresa o no en los singulares contratos). Existe entre ambos fenómenos una relación evidente en la práctica pues las condiciones generales de la contratación nacen para integrarse en una serie o grupos de contratos a los que aportan un factor de tipicidad de carácter extralegal. La redacción de dichas condiciones no es el resultado de un acuerdo entre aquéllos que van a celebrar el contrato sobre la base de ellas, sino fruto exclusivo de una de las partes o de un tercero que las ha formulado previamente o predispuesto. No obstante, también hay que tener en cuenta la existencia de contratos prerredactados con carácter particular, es decir, que las condiciones predisuestas no lo hayan sido con la finalidad de aplicarlas a todos los contratos del mismo tipo que celebre la empresa con consumidores, sino a uno concreto cuya categoría puede considerarse como contrato de adhesión”.

implica predisposición, y en consecuencia, no negociación individual de la cláusula.

El requisito de la predisposición conlleva necesariamente que las cláusulas no hayan sido negociadas individualmente. Si existe negociación individual no existe predisposición, y por tanto, tampoco condición general del contrato.

Por otro lado, la circunstancia de que se haya negociado individualmente alguna de las condiciones particulares del contrato, no excluye el carácter de condiciones generales del conjunto.

c) Que esté destinada a una pluralidad de contratos.

Las condiciones generales deben estar redactadas por el predisponente –o por un tercero– con la finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos a celebrar por aquél con diferentes personas.

La exigencia de que exista predisposición, incorporación al contrato exclusivamente imputable a una de las partes y finalidad de destinarse a una pluralidad de contratos, excluye del concepto de condición general de los contratos a las meras recomendaciones de determinadas cláusulas, en tanto no se comiencen efectivamente a utilizar¹⁵.

Estos requisitos (carácter contractual, predisposición que excluye la negociación individual y finalidad de incorporarse a una pluralidad de contratos) se recogen en el artículo 1 del proyecto:

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a 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 o declaraciones jurídicamente relevantes”.

A continuación distingue entre “condiciones generales” y “cláusulas abusivas”, y justifica cada específica regulación:

“En este sentido, el proyecto no pretende refundir en un sólo texto dos regulaciones. La dualidad de régimen jurídico se mantiene: condiciones generales en la ley “ad hoc”; protección al consumidor en los contratos de adhesión (haya o no condiciones generales), en particular frente a las cláusulas abusivas, en la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Todo ello sin perjuicio de que se pretenda una regulación homogénea cuando las condiciones generales sean asimismo abusivas e intervenga un consumidor”¹⁶.

¹⁵ Carecería del más mínimo sentido afirmar que los meros formularios contractuales tengan el carácter de condiciones generales de la contratación. No basta con la aptitud para ser incluidas en una pluralidad de contratos; se requiere que se sean efectivamente utilizadas.

¹⁶ “No existe una refundición legal o que las condiciones generales utilizadas frente a consumidores quedan doblemente sometidas a la misma regulación: las condiciones

Prosigue la memoria con la determinación del ámbito subjetivo –hoy artículo 2 de la ley aprobada–, con referencia a los tres tipos de relaciones jurídicas posibles:

- A) relaciones entre consumidores.
- B) relaciones entre empresarios o profesionales.
- C) relaciones de empresarios o profesionales con consumidores.

A. Las relaciones de consumidores entre sí no son objeto de regulación alguna en el proyecto. Su régimen jurídico será el derivado de la aplicación de las normas generales sobre obligaciones y contratos del Código civil.

En este sentido nada impedirá que un juez pueda declarar nulas determinadas cláusulas contractuales por abusivas¹⁷ o dejar sin efecto un contrato por alteración de las circunstancias que lo motivaron, que produzca un importante desequilibrio contractual¹⁸.

B. Las relaciones de empresarios o profesionales entre sí se seguirán rigiendo también por las normas generales del Código de comercio y supletoriamente del Código civil, y será aplicable a estas relaciones contractuales lo ya dicho respecto a la posibilidad de que sean objeto de una acción judicial individual de nulidad contractual.

Lo que ocurre es que las relaciones de empresarios o profesionales entre sí son objeto de un nuevo régimen jurídico cuando se basen en condiciones generales, ya que el proyecto también extiende a ellas su ámbito de aplicación.

Las relaciones contractuales entre profesionales¹⁹, en cuanto estén basadas en condiciones generales, deberán someterse a los requisitos esta-

generales pueden darse frente a consumidores o frente a empresarios y merecen una regulación general; las relaciones contractuales con consumidores cuando existe una posición de predominio y una mera adhesión por parte de éstos (existan o no condiciones generales), merecen una regulación específica, dentro de la Legislación de protección del consumidor, en particular frente al posible abuso que produzca un desequilibrio contractual. No existe por tanto doble regulación, sino regímenes jurídicos distintos para lo que son cosas distintas, sin perjuicio de que cuando se solapan los supuestos de hecho (caso de que una condición general se produzca frente a un consumidor y sea abusiva) el Ordenamiento jurídico deba ser armónico y no contradictorio. Ello explica la remisión del artículo 7.2 del proyecto al 10 bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios". El prof. Díez-Picazo se muestra favorable a que la protección de la directiva se extienda a cualquier adherente a las condiciones generales, no sólo al consumidor (*op. cit.*, pág. 37).

¹⁷ Fundamentalmente por vía del artículo 1256 del Código civil, que prohíbe dejar el cumplimiento de un contrato al arbitrio de uno de los contratantes, y que supone la proscripción de cláusulas de interpretación unilateral, resolución al arbitrio de uno de los contratantes, etcétera.

¹⁸ Cláusula *rebus sic stantibus*.

¹⁹ Expresión esta –como señala el Consejo de Estado– que también abarca al empresario.

blecidos por el proyecto, esto es, deberán incorporarse al contrato y estar claramente redactadas; en consecuencia, no ser ilegibles, oscuras, ambiguas ni incomprensibles. Caso contrario, podrán ser objeto de las acciones colectivas de cesación o retractación²⁰.

Lo que no existe es una lista específica de cláusulas nulas por abusivas²¹, que –como se ha dicho– por razones de competitividad empresarial se dejan al régimen general de nulidad contractual.

C. Las relaciones de profesionales con consumidores pueden tener una triple manifestación:

- c.1. Derivar de cláusulas contractuales negociadas individualmente.
- c.2. Derivar de cláusulas contractuales predispuestas al consumidor, que se limita a adherirse a ellas, aunque estén circunscritas a un solo contrato.
- c.3. Derivar de condiciones generales de la contratación.

En el primer caso (c.1) las relaciones entre profesionales y consumidores se registrarán por las reglas generales, pudiendo instarse por cualquier parte una acción de nulidad contractual de carácter individual, en los supuestos previstos en las normas generales sobre obligaciones y contratos.

En el segundo caso (c.2) las relaciones contractuales se registrarán por las reglas generales y además y específicamente por las normas de protección al consumidor, entre ellas las que definen el concepto de cláusula contractual abusiva (artículo 10 bis de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios).

En el tercer caso (c.3) las relaciones contractuales se registrarán por la Ley de condiciones generales, pudiendo ser objeto de acciones colectivas de cesación o retractación por parte de las entidades legitimadas activamente para ello. Tales acciones colectivas no sólo podrán ser ejercitadas si las condiciones generales no cumplen los requisitos de incorporación y claridad que en el proyecto se regulan, sino también si son abusivas (se entienden por abusivas las mismas que para los contratos de adhesión individuales).

En cualquier caso en estas relaciones (c.3) siempre prevalecerá la más proteccionista Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, en cuanto que la Ley de condiciones generales será aplicable si en la negociación con consumidores se acude a cláusulas de tal naturaleza, pero sólo

²⁰ Esta necesidad ha sido puesta de manifiesto por asociaciones empresariales (PYMES).

²¹ "En Portugal la Ley 220/95, de 31 de enero distingue dos listas de cláusulas contractuales prohibidas, según que se trate de relaciones entre empresarios o relaciones con consumidores finales. En el proyecto español también se sigue una idea similar, si bien dejando "a cero" al contenido de la lista cuando se trata de relaciones entre empresarios o profesionales.

en lo no regulado específicamente por aquella²². Será así aplicable a los consumidores la más estricta exigencia de constancia expresa documental de las cláusulas y el régimen de moderación de los artículos 10.1 y 10 bis 2 de la Ley 26/1984.

A pesar de que el proyecto desde el inicio pretende distinguir las diversas clases de relaciones antes expresadas, en el texto actual se han hecho las correcciones que se han estimado más adecuadas para que su ámbito subjetivo quede claramente perfilado²³.

En cualquier caso, así entendido el ámbito de aplicación del proyecto, no se pueden alegar cuestiones de inconstitucionalidad”.

A continuación la memoria se centra en el ámbito territorial, en los contratos excluidos, en la no incorporación y nulidad, en el Registro de Condiciones Generales –con sus precedentes de derecho comparado–, en el ejercicio de las acciones colectivas, en la colaboración de los profesionales oficiales, ejercientes de funciones públicas.

Es de destacar por su importancia práctica para la desjudicialización de la contratación el efecto horizontal de las sentencias estimatorias firmes:

“Mientras que las sentencias –incluso las dictadas en acciones colectivas– producen efectos *inter partes*, la inscripción de tales sentencias en el Registro de Condiciones Generales permitirá su eficacia *erga omnes*, efecto típico y propio de un registro de derecho privado. No cabe atribuir efectos “*ultra partes*” o carácter normativo a una sentencia, ni siquiera aunque se publique en el *Boletín Oficial del Estado*; esta atribución deriva y es propia de la inscripción en los registros jurídicos.

En el artículo 19 queda claro el efecto prejudicial que tienen las sentencias dictadas en acciones colectivas, y que sólo puede ser efectivo a través de la eficacia “*erga omnes*” que atribuye la inscripción en el Registro de Condiciones Generales²⁴.

Con ello se aclara que el efecto horizontal de las sentencias sólo se atribuye a las acciones colectivas de cesación, y no a las de retractación y que sólo afectan a la cesación de cláusulas idénticas utilizadas por el mismo predisponente, con lo que se respeta el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

El ejercicio de la acción de retractación exige en la redacción del proyecto que las cláusulas hayan sido efectivamente utilizadas en alguna ocasión. Así, los meros formularios no serían susceptibles de la acción, para la cual se exige que haya una efectiva utilización, aunque sea en ocasiones

²² Cfr. artículo 10.2 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios, en la nueva redacción del proyecto.

²³ Especialmente en la exposición de motivos.

²⁴ Este es el sentido de la eficacia *ultra partes* que respecto del Registro Público de Condiciones Generales propugnaba el Consejo General del Poder Judicial en su informe de 20 de diciembre de 1995.

aisladas. No deja, por ello, de tener sentido la distinción entre la acción de cesación (que se utilizará frente a los predisponentes de las condiciones que se estimen nulas) y la acción de retractación (que se utilizará frente a corporaciones u organizaciones empresariales o profesionales que recomienden cláusulas generales contrarias a la ley)".

Por otra parte, la memoria señala:

"El proyecto señala las funciones de colaboración de determinados profesionales – ejercientes de funciones públicas– en la aplicación de la ley, en concreto de notarios, registradores de la Propiedad y mercantiles y corredores de comercio"²⁵ (*cuestión pendiente* –podemos añadir ahora–, *por razón de la naturaleza multidisciplinar del derecho del consumo y de gran eficacia práctica, requerida, además, por las asociaciones de consumidores*).

Este deber de información, que corresponde a los profesionales ejercientes de funciones públicas, no debe confundirse con la información de las condiciones generales que corresponde al predisponente de las mismas; el primero va referido a la aplicación en general de la ley y la segunda se refiere a las concretas estipulaciones que puedan constituir condiciones generales.

A este respecto conviene aclarar la distinta intervención de unos y otros.

a) En cuanto a los notarios, el proyecto les atribuye una importante función de asesoramiento a los contratantes otorgantes de algún instrumento público –más aún siendo redactores del contrato–. "En su función de dación de fe extrajudicial y de asesoramiento a los interesados cuya voluntad debe plasmarse en la escritura pública, los notarios deben cabalmente advertir a los consumidores del carácter posiblemente abusivo de las cláusulas prerredactadas por el otorgante empresario o profesional, todo ello sin perjuicio de la facultad de abstenerse de autorizar la escritura si considera que dichas cláusulas son claramente contrarias al Ordenamiento jurídico, facultad de abstención y no de mera advertencia que les atribuye el Reglamento notarial"²⁶.

"b) En cuanto a los registradores de la Propiedad y Mercantiles, de conformidad con el criterio general del artículo 18 de la Ley hipotecaria (el hecho de que una cláusula sea general y no particular no es una excepción), deberán calificar su validez a los efectos de practicar, denegar o suspender la inscripción"²⁷.

Pero deben tenerse en cuenta las siguientes aclaraciones:

²⁵ Artículo 10.5 –hoy 6– de la Ley general de defensa de consumidores y usuarios modificado por la disposición final primera del proyecto.

²⁶ A veces, se ha planteado ¿cómo van a conocer si se trata de condiciones generales! Suponemos que si se aplica la O.N. E. y H. de 05/05/1994 (oferta a disposición del consumidor) o después de autorizar "diez", "cincuenta" o "cien" contratos iguales la presunción se convierte en evidencia.

²⁷ Cfr. Igualmente artículo 65 Ley hipotecaria.

■ que sólo se refiere a cláusulas de eficacia real, ya que las cláusulas meramente obligacionales no son objeto de inscripción²⁸.

■ que ello es independiente de los recursos, gubernativo y judicial, que pueden interponerse conforme a la legislación hipotecaria.

■ que dentro de dichas causas de nulidad calificables estarán las cláusulas objetivamente abusivas, pero no las cuantitativas o subjetivamente abusivas. A este respecto puede citarse la doctrina ya vigente de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que admite la calificación de las cláusulas abusivas por dejar el contrato al arbitrio de uno de los contratantes, pero no de aquéllas cuyo carácter abusivo no sea objetivo²⁹ (cuando imponga una valoración cuantitativa).

“Por otro lado, la conveniencia de adaptar la actuación de los registradores a la legislación sobre protección de los consumidores, es lo que ha impulsado al proyecto a modificar –a través de la disposición adicional segunda– los artículos 222, 233, 253 y 258 de la Ley hipotecaria, en materia de publicidad e información al consumidor³⁰.

²⁸ Cfr. artículos 98 Ley hipotecaria y 9 de su reglamento.

²⁹ “La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de septiembre de 1988 confirma la nota de calificación del registrador que había denegado la cláusula de interés variable en una escritura de préstamo hipotecario, en la que el tipo de referencia estaba constituido por el preferencial de la propia entidad acreedora, lo que era atentatorio contra lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil y 10 de la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios”.

Sobre el ámbito de la calificación en esta materia, fuera ya de la memoria justificativa y de la posición de los más prestigiosos hipotecaristas (García García, Amorós Guardiola...), nos remitimos al estudio de Llaveró Rodríguez–Porrero, citado *infra*, y a la posición favorable del profesor Emparanza: “la labor emprendida por la Dirección General de los Registros y del Notariado, que ha dictaminado varias resoluciones sobre la eventual invalidez de cláusulas insertas en documentos inscribibles en el Registro de la Propiedad” (La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español, *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, pág. 494: se remite al estudio del profesor Albiez Dohrmann “El control de las condiciones generales imprecisas y abusivas en el ámbito registral, *RCDI* n.º 618, 1993, págs. 1421 y ss, para quien la calificación es inevitable.)

No obstante, la ley aprobada ha modificado el respectivo artículo. Se ha dicho (no sé si interesadamente) que supone una invasión de competencias jurisdiccionales, olvidando los artículos 66.2 de la Ley hipotecaria y 101 de su R.H. (*La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título o sobre la competencia del juez o tribunal, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento. – Si la ejecutoria que en éste recayere resultare contraria a la calificación, el registrador practicará el asiento solicitado, el cual surtirá sus efectos desde la fecha de presentación del título, si se hubiere tomado la correspondiente anotación preventiva y ésta estuviese vigente*) e incluso la existencia de los procedimientos ejecutivos extrajudiciales, donde se priva de la propiedad de un inmueble a una persona determinada.

³⁰ También se acomoda la legislación a la debida protección de datos de carácter

c) En cuanto a los corredores de comercio, se pretende utilizar su función en orden también a la debida aplicación de la Ley de condiciones generales y general de defensa de los consumidores y usuarios, y en este sentido se les atribuye funciones de información a los consumidores, pero no se establece una deber específico de advertencia, a diferencia de los notarios, dada la diferente función que ejercen unos y otros, puesta de relieve por el propio Consejo de Estado³¹.

G. Tramitación parlamentaria

En general, el proyecto de ley ha sido muy bien recibido por los partidos políticos, como demuestra, de forma incontestable, la ausencia de enmiendas a la totalidad en ambas cámaras, y las propias enmiendas al articulado introducidas en el Congreso de Diputados, publicado en *Boletín de las Cortes Generales*, Senado, el 21 de febrero de 1998. Su necesidad y urgencia también ha quedado acreditada toda vez que la fecha límite de transposición de la directiva venció el 31 de diciembre de 1994.

Ningún partido político ha impugnado los elementos esenciales: la regulación de las condiciones generales (la "letra pequeña"), las acciones colectivas, el depósito y publicidad registral (*erga omnes*), el efecto horizontal de las sentencias (*ultra partes*), las cláusulas abusivas ("lista negra"). Las enmiendas han girado en torno a la matización o adición de algunos artículos, su modificación, su aclaración, su supresión. En torno, pues, al nivel de protección del consumidor (elevación, mantenimiento o disminución), entre otras cuestiones.

Tal vez, como novedades –entre otras muchas que se aprecian en el anexo IV–, se pueden señalar dos: con la admisión de recurso de casación en todo caso, recogida en el proyecto de ley, la distinción entre eficacia *ultra partes* y doctrina legal frente al mismo predisponente y la supresión de la exclusión del objeto de las contraprestaciones (objeto principal del contrato y su adecuación al precio, siempre que se defina de forma clara y precisa), presente en la directiva.

personal (vid. GIMENO SENDRA, Vicente, "El Registro de la propiedad y el derecho a la intimidad", en la revista *La Ley*, número 4307, 11 de junio de 1997, e Instrucciones de la DGR y N. de 29/10/1996 y 17/02/1998).

³¹ "Cfr. Dictámenes del Consejo de Estado números 484/95, página 47", (y 3194/97, págs. 67 y 68).

2. Derecho comunitario³²

Una de las cuestiones de principio que debe tenerse presente es la carencia, en general, de competencias de la Unión Europea en materia de derecho privado y, en concreto, sobre los derechos reales. Sólo aquello que afecta a las libertades comunitarias –directivas societarias– o a la protección de los consumidores es objeto de regulación. No así el derecho de familia o el de obligaciones y contratos, en general. Sólo en cuanto afecte al libre mercado, a su transparencia, a la libre competencia, como señalaba el Libro Verde antes mencionado.

A. Comisión Europea

Desde 1975, fecha en que se aprueba el Programa preliminar para una política de protección e información de los consumidores (Resolución de 14/04/1975), hasta la creación de una dirección general específica, la XXIV, pasando por la introducción en el Tratado CE de una política comunitaria expresa (Maastricht, 1992, art. 129 TCE), la Unión ha desarrollado una notable actividad, plagada de normas, en este campo. Es la competencia atributiva de su intervención en el derecho privado, fuera del control de los servicios financieros (Dirección General XV) y de la regulación sobre sociedades mercantiles.

Precisamente, de lo que se trata, ahora, es de trasponer una Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas. Directiva de mínimos y de efecto horizontal, que no excluye sectores específicos³³ y que se refiere, como es tradicional en la Unión Europea, al consumidor como persona física (a diferencia de nuestro derecho, más proteccionista: art. 1 de la LDC).

B. Comité Económico y Social.

El Comité Económico y Social, el llamado segundo Parlamento Europeo, en su dictamen sobre la propuesta de directiva (91/C 159/13), señala: “la directiva no constituirá una importante desviación del derecho contractual de nueve Estado miembros (Reino Unido, Francia, Alemania, Países Bajos, España, Portugal, Irlanda, Dinamarca y Luxemburgo), cuyas legislaciones en materia de cláusulas abusivas en los contratos incluyen unos principios muy próximos a los presentados en la directiva y que ya se están aplicando a las partes contratantes de dichos estados”. Y añade “la directiva tampoco introducirá cambios radicales en el derecho con-

³² En general, mi libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

³³ El Segundo Programa para una política de protección e información a 108 consumidores (Resolución del Consejo de 19/05/1981) se refiere, expresamente, a las condiciones abusivas de crédito (II.B.28.1).

tractual de los tres estados miembros (Bélgica, Italia y Grecia) en los que no existe legislación específica en la materia, dado que en dichos países un cuerpo de jurisprudencia penaliza, aunque a veces con algunas dudas, las cláusulas abusivas de los contratos”.

C. Política de los consumidores

La Guía del consumidor europeo en el Mercado Único, editada por el Servicio de Política de los Consumidores de la Comisión Europea (hoy Dirección General XXIV) en 1995, destaca las siguientes cláusulas abusivas:

- Las que excluyen la responsabilidad del profesional por daños físicos o muerte del consumidor, consecuencia de la relación contractual.
- Las que limitan, en caso de incumplimiento defectuoso, parcial o total, la responsabilidad del profesional.
- Las que comprometen al consumidor en firme y no al profesional, que condiciona unilateralmente su obligación.
- Las que permiten retener cantidades abonadas, en caso de renuncia del consumidor al contrato o a su ejecución, sin establecer una cantidad equivalente para el supuesto inverso.
- Las cláusulas de penalización o indemnización desproporcionadas por incumplimiento del consumidor.
- Las que facultan al profesional para la rescisión unilateral, sin derecho correlativo, o a la retención de cantidades sin prestación efectuada.
- Las que autorizan a la finalización o extinción de contratos de duración indefinida, sin preaviso con antelación razonable.
- La prórroga automática, sin consentimiento del consumidor, en los contratos de larga duración.
- La adhesión irrenunciable a cláusulas de las que el consumidor no ha podido, en tiempo, conocer su trascendencia real.
- La alteración unilateral por el profesional de los términos del contrato, de la prestación o del servicio.
- El aumento unilateral del precio o su establecimiento en el momento de la entrega del bien o prestación del servicio.
- La reserva exclusiva de estimar cumplido el contrato o de su interpretación.
- Eximirse el profesional de la responsabilidad de sus mandatarios o supeditarla a condiciones especiales.
- Exigir el cumplimiento del consumidor, sin el correlativo del profesional.
- Cesión del contrato, con merma de garantías del consumidor, sin consentimiento de éste.

■ Suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos, con sujeción a un arbitraje no regulado legalmente.

■ Inversión de la carga de la prueba.

Como dice Llaveró Rodríguez-Porrero: "El Segundo Plan trienal de acción (1993-1995) manifiesta la necesidad de crear mecanismos extra-judiciales de control, que desempeñen una labor cautelar y preventiva de los conflictos que causen al consumidor, seguridad cautelar que actuará de manera más eficiente y con un radio de acción más amplio que las acciones de mero resarcimiento una vez que las condiciones generales abusivas han causado un daño y perjuicio cuya reparación se reclama". "Y en este marco de control del contenido de las condiciones generales debe situarse la función de los notarios y de los registradores, quienes mediante el ejercicio de sus funciones de control previo de la legalidad de las cláusulas contribuyen de manera decisiva a depurar y eliminar de los contratos de adhesión aquellas cláusulas abusivas de transcendencia real que con desprecio absoluto al principio de la equivalencia de las prestaciones y de la buena fe contractual causan graves perjuicios para el consumidor"³⁴.

Sobre la protección del deudor hipotecario en los estados de la Unión Europea, la Federación Hipotecaria ante la CEE ha llegado a las siguientes conclusiones: "*Ce panorama de la protection du consommateur en matière de crédit hypothécaire dans les pays de la Communauté révèle la diversité des systèmes et pratiques en vigueur.*

Toutefois, et contrairement aux idées généralement reçues selon lesquelles il reste beaucoup à faire, on constate heureusement, grâce à des évolutions récentes, des tendances communes qui montrent que, dès à présent, un haut niveau de protection du consommateur est assuré dans le domaine du crédit hypothécaire. - Cette protection vise généralement trois objectifs principaux: l'information, la liberté de choix, la sécurité juridique...

Dans la majorité de pays européens, les législations en vigueur accordent une priorité évidente aux mesures d'information générale du consommateur par une réglementation de la publicité, dont l'objectivité est garantie par des règles issues du Droit Civil et Commercial. Pénal ou Administratif. La liberté de choix est également assurée, soit par un délai de réflexion, soit, le plus souvent, par un droit de rétractation ou plutôt un pouvoir de fait de renunciation.

Bien entendu, la sécurité du consommateur s'apprécie tant lors de la conclusion du contrat que lors de son exécution. Pour ce qui est de la conclusion, très peu de pays connaissent des contracts-types (contrats d'adhésion) et c'est la liberté contractuelle qui prévaut. Il faut noter que les contraintes prudentielles, statutaires et autres auxquelles sont soumis les prêteurs hypothécaires, garantissent un niveau de sécurité très important pour le consommateur.

³⁴ Op. cit., pág. 2.

La qualité spécifique du crédit hypothécaire est d'ailleurs essentiellement sa sécurité exceptionnelle tant pour le consommateur que pour le créancier, sécurité encore renforcée par l'intervention souvent obligatoire d'un notaire.

Enfin, l'existence de plus en plus généralisée d'association représentatives de consommateurs, ayant ou non, selon les cas, vocation nationale, mais bénéficiant de la personnalité morale et par là, du droit d'ester en justice, contribue grandement à parfaire cette protection.

Malgré tout, la Commission des Communautés Européennes a jugé nécessaire d'inclure dans son dernier Plan d'Action Triennal pour la politique de protection des consommateurs dans la C.E.E., 23 actions à entreprendre au niveau communautaire tout en respectant le principe de "subsidiarité". Quatre domaines prioritaires ont été retenus: représentation, information, sécurité et transactions des consommateurs.

La Commission a donc adopté plusieurs propositions de directives que intéressent plus particulièrement le crédit hypothécaire et notamment celles visant:

- à encourager la publicité comparative;
- à la protection des personnes à l'égard des données à caractère personnel;
- aux contrats négociés à distance;
- aux clauses abusives dans les contrats.

La Fédération Hypothécaire auprès de la CE se réjouit des initiatives de la Commission visant à accroître la transparence des conditions offertes permettant au consommateur d'exercer son libre choix.

Si la protection du consommateur doit être d'un niveau élevé, il nous apparaît cependant que quelques procédés abusifs qui peuvent encore subsister ici ou là, ne justifient pas une harmonisation lourde qui affecterait les pratiques généralement saines des établissements de crédit et qui sont de loin les plus répandues.

En particulier, une extension de la réglementation concernant les problèmes techniques et opérationnels tels que les modalités de remboursement anticipé, étroitement liés aux situations des marchés financiers et des systèmes de refinancement, poserait des problèmes de gestion, parfois insurmontables aux établissements de crédit, qui ne pourraient que se répercuter sur le coût des prêts et donc sur les consommateurs. Il faut veiller à un certain parallélisme entre les droits de l'emprunteur et ceux du prêteur garant des capitaux qu'il ère.

En conclusion, il faut sans doute éviter d'imposer à la Communauté des réglementations protectrices excessives susceptibles de se retourner contre le consommateur, le risque éventuel, dû à la mise en application sans réserve du principe de la reconnaissance mutuelle des techniques et des normes nationales, étant tempéré par la clause d'intérêt général contenue dans la deuxième directive de coordination bancaire.

Il importe de trouver un juste équilibre entre la liberté d'une part et la protection d'autre part.

*Pour sa part, la Fédération Hypothécaire, consciente de l'importante croissante attachée à la protection des consommateurs dans les pays de la Communauté, profitant des opportunités que lui sont offertes, continuera d'apporter son concours aux initiatives de la Commission dans ce domaine fondamental pour le développement du crédit dans le cadre du marché unique*³⁵.

3. Finalidad de la Ley

En nuestro derecho interno, la evolución se ha producido de forma parecida a la de otros países. Por un lado, como hemos indicado, se plantea la aprobación de una Ley de condiciones generales (borrador de la Comisión General de Codificación de 1983), en base a la doctrina legal y científica, que interpreta y aplica las normas de los códigos civil y de comercio. Por otro, se precipita –por el síndrome tóxico– la aprobación de una Ley de defensa de los consumidores y usuarios, que intenta incluir en su artículo 10 esas doctrinas, legal y científica. Es decir, en cualquier caso, existe una consolidada jurisprudencia sobre condiciones generales y cláusulas abusivas, que abarca las relaciones entre profesionales y empresarios y entre éstos y consumidores.

Vulgarizando conceptos, la finalidad de la ley no es otra que la erradicación en la contratación de la denominada, con sentido expresivo, real y gráfico, “letra pequeña”, y de las cláusulas abusivas, mediante la inclusión de una “lista negra” de ellas, de carácter enunciativo. Cláusulas que, a veces, sólo serán negras en su definición y “grises” en su noción práctica, en cuanto necesitan de la declaración judicial, subsumiendo en su dictado el supuesto de hecho concreto. Pero, para el jurista, la duda es competencia judicial, igual que la valoración cuantitativa del abuso de derecho, sólo el abuso cualitativo evidencia la presencia de una cláusula nula³⁶.

La finalidad de la ley, como hemos señalado es servir de cauce al libre mercado: libre competencia, transparencia del mercado (concurren-

³⁵ “La Protection de l’Emprunteur Hypothécaire dans les pays de la Communauté Européenne, ed. Federation Hypothécaire aupres de la C.E.E., Bruselas–1992, págs. 177–179.

El paralelismo entre la directiva y el Código civil se muestra en sus artículos 1116, 1155, 1316, 1317, 1476, 1691, 1795, 1826, también en otros como los artículos 1195, 1308, 1256, 1288 y 1154 (*vid.* “La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea, *op. cit.*, págs. 210–211). Entre nosotros, RIVERO ALEMÁN, S., *Disciplina del crédito bancario y protección del consumidor*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, estudia este sector, dentro del marco del derecho comparado de la Unión Europea y del derecho interno. En especial, “La adhesión a las condiciones generales” (cap. III, II) y “Las condiciones contractuales abusivas” (cap. III, III), págs. 199 y ss.

³⁶ *Id.* su estudio en mi libro *La seguridad del consumidor en la adquisición de inmuebles*, ed. Civitas, 2ª edición, Madrid, 1993.

cia³⁷), libre elección del consumidor y seguridad jurídica para las pequeñas y medianas empresas. Su aceptación general, la muestra la inexistencia de enmiendas a la totalidad en su tramitación parlamentaria y su vocación de ser una ley equilibrada, exenta de la noción de intervencionismo³⁸. Se cuenta, además, con una certeza: la experiencia previa de distintos estados de la Unión Europea (Alemania, Gran Bretaña, Francia, Portugal...), que valora como positivo su efecto económico. Es una ley para el mercado único europeo³⁹. La inutilidad económica de la inclusión de cláusulas abusivas, como he tenido ocasión de expresar, es evidente. Situación que refuerza el cumplimiento voluntario de su contenido⁴⁰.

³⁷ La Ley alemana contra la limitación de la concurrencia, de 27 de julio de 1957, recoge las primeras referencias a las condiciones generales (DE CASTRO y BRAVO, F., *op. cit. infra*, pág. 962).

³⁸ Se excluyó la Comisión Nacional de Control de Cláusulas Abusivas y el Registro Público de ella dependiente previstos en el borrador de anteproyecto de 1995.

³⁹ Sería absurdo que un empresario español que interviene en otro mercado estatal (Alemania, Gran Bretaña...) estuviera sujeto a normas de esta naturaleza y, correlativamente, una empresa comunitaria o extranjera que lo hace en España, en perjuicio de los consumidores españoles, no se sujetase a ellas. Decía De Castro en 1961: "La integración de la economía española en la general europea o en la mundial, el contacto con firmas extranjeras, multiplicarán los casos en los que será necesario averiguar la eficacia de las condiciones generales, fueran o no fueran sometidas a la firma del contratante" (*op. cit.*, pág. 921).

⁴⁰ *Vid.* mi artículo "La inutilidad económica de las cláusulas abusivas", *Expansión*, 05/12/1997: "Sólo el efecto psicológico intimidatorio, en la mayoría de los casos, justifica que el profesional incluya cláusulas abusivas en los contratos, pues en buena parte de los casos la consumación forzosa del contrato se fundamenta en la falta de pago del precio o de entrega de la contraprestación, única causa directa de ejecución, sin fase declarativa. El perjuicio del consumidor nace, sin embargo, de la imputación de gastos o de la detracción de cantidades.

En cualquier caso, el control de la nulidad de las cláusulas abusivas es judicial. Serán las sentencias del Tribunal Supremo las que aborden su declaración, tal y como ocurre en la actualidad. Ya advirtió el Comité Económico y Social de la Unión Europea que la directiva no suponía una importante desviación de nuestro derecho contractual. La doctrina legal, en base al Código civil, ha depurado la materia y muestra la directiva gran paralelismo con su dictado. La novedad, en definitiva, reside –y ello es importante– en la clarificación en materia de condiciones generales, en el reconocimiento de las acciones colectivas, en el efecto horizontal o *erga omnes* de las sentencias (efecto substantivo propio de la publicidad registral en nuestro ordenamiento jurídico y que afecta al mismo predisponente), en la tipificación enunciativa de las cláusulas abusivas... en la desjudicialización de la contratación privada en beneficio de las pequeñas y medianas y de los consumidores. A veces, a primera vista se confunden por los comentaristas ambas leyes –condiciones generales y defensa de los consumidores–, pero, enseguida, observan su articulación y correlación, según esté presente o no un consumidor. Se trata de la libertad civil, de la libre prestación del consentimiento, del restablecimiento del equilibrio contractual, de la libertad, en suma.

Como es obvio, en el intento desjudicializador, se cuenta con la colaboración de notarios y registradores, conforme al artículo 7 de la directiva, que prevé medidas extrajudiciales. Nadie comprendería, caso contrario, que el notario, redactor del do-

cumento, incluya cláusulas nulas por abusivas en los contratos, o que, como asesor jurídico, no advierta de su posible nulidad. Igualmente, en su respectivo hábito y sólo en éste, los registradores deben rechazar las cláusulas nulas por abusivas (a efectos de su inscripción), conforme al vigente artículo 18 de la Ley hipotecaria. Nadie comprendería, tampoco, que, en contra de la seguridad de los derechos y del tráfico jurídico, se inscribiesen pactos nulos, de patente nulidad (cláusulas tipificadas y sentencias del Tribunal Supremo), y que las titularidades –los derechos patrimoniales de los ciudadanos– estuviesen amenazadas de nulidad.

Por otra parte, parece que la reforma de la Ley hipotecaria sigue sin entenderse. Tal vez, por su excesiva claridad. Nadie se ha preocupado de conocer su fundamento en las normas vigentes – y vigentes hace cincuenta y catorce años–, y su efecto beneficioso para los consumidores, en cuanto impone obligaciones concretas a los registradores, tan evidentes que casi no merecen comentario. Sería retrógrado, ahora, el que no se impulsase, como se hace en la reforma propuesta, la plena informatización de los registros y su apertura a las nuevas tecnologías de las comunicaciones (intercomunicación de registradores, solicitud telemática a través de cualesquiera de ellos). Se confunden los derechos de los ciudadanos e interesados con los deberes registrales internos. El que una base de datos sea fiable, y más en materia inmobiliaria (sobre la publicidad se entrega el precio y se contrata), es requisito insoslayable de su utilidad social y pública. Por ello, el acceso directo al núcleo de la base de datos debe prohibirse: en otro caso, la publicidad que se expida, a través de ella, no valdrá nada y, además, confundirá a los interesados en su consulta. Por ejemplo, con una terminal doméstica se puede hacer una transferencia bancaria, pero por esa terminal, es obvio, no se puede acceder al núcleo central del ordenador de la entidad financiera. Este es el mismo caso. Si la base de datos contiene el fichero (hoy en ficha de cartón), su destrucción (desaparecida la ficha de cartón) supone la destrucción del archivo del registro (ninguna finca podrá encontrarse en los libros).

Por otra parte, el acceso físico a los libros está ya prohibido, para que no se destruyan los folios registrales (“cancelando” el consultante las cargas y la finca). Es un problema de conservación del archivo.

Dos reales decretos de 1983 imponen al registrador la obligación de dedicar, al menos, dos horas al día para asesorar e informar sobre aspectos registrales – y sólo registrales–. Un artículo vigente en 1996, el 355 del Reglamento hipotecario, impone el informe no vinculante: 1. Explicativo de la situación jurídico-registral de la finca. 2. Sobre el modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante. 3. Sobre el alcance de una determinada calificación. Es decir, lo que dice el proyecto de ley, pero más barato: no es necesario pedir, a la vez, como ahora, una certificación.

El artículo 5 del Real decreto 1935/1983, de 25 de mayo, impone la obligación de asesorar e informar sobre aspectos registrales (“Todos los registradores deberán dedicar, como mínimo, dentro de las horas de oficina, dos horas para informar al público en materias relacionadas con el registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes le solicitan”). Como vemos, desde hace catorce años la “novedad” existe. La protección de datos (artículo 12 del Reglamento del Registro Mercantil) es tan evidente como necesaria, así lo entiende la Agencia de Protección de Datos y el profesor Gimeno Sendra, magistrado del Tribunal Constitucional. No creemos que sea de interés saber si una persona es o no hijo natural o adoptivo, si la causa de una anotación es delito (el no expresar violación, asesinato...). Los datos sensibles o los que afectan a la solvencia patrimonial (cargas caducadas o canceladas).

La ley vigente exige interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles, en la parte necesaria (no todo) y previo examen de los libros. En la exhibición, el Reglamento hipotecario – vigente– prohíbe la copia literal de los asientos. Es lo mismo que contiene el proyecto, clarificando la materia (circulars de 8 de abril de 1983 y

4. Tres leyes en un proyecto único

A grandes rasgos, la técnica prelegislativa se puede resumir de la siguiente forma⁴¹:

1º. Es una Ley de condiciones generales de la contratación tiene vocación de simplicidad (24 artículos) y claridad de intelección.

2º. Se distingue, con nitidez, entre "condiciones generales" y "cláusulas abusivas", también entre condiciones generales y contrato de adhesión sin condiciones generales.

3º. Su ámbito material, objetivo y subjetivo, se extiende a cualesquiera condiciones generales y a todas las relaciones jurídicas⁴². Cláusulas pre-dispuestas con la finalidad de incorporarse a un número indefinido de contratos. Sólo excluye los contratos administrativos, sucesorios, familiares y laborales.

4º. Regula las acciones colectivas declarativa, de cesación y de retractación (una vez insertas las condiciones generales en un contrato⁴³) y la acción individual de nulidad, la prescripción de aquélla y la publicidad de ambas.

12 de junio de 1985, instrucciones de 5 de febrero de 1987 y 29 de octubre de 1996; sobre presentación, Instrucción de 3 de diciembre de 1996). La obligación, lógicamente, es del registrador (¿quién expide las copias de las escrituras?, ¿los propios interesados fotocopian el Protocolo notarial?, ¿quién expide la información urbanística o la certificación catastral?, ¿quién dicta las sentencias?, ¿se pretende el autoservicio?).

Por lo demás, expresar al consumidor los derechos que le asisten frente al registrador: requisitos registrales, recursos, minuta de inscripción, medios legales de subsanación... Y calificación global y unitaria. Todo a la vez. No un defecto hoy y otro mañana (ya existe así desde 1989 en el Reglamento del Registro Mercantil). También el expresar al interesado, al consumidor, directa y gratuitamente ("observaciones"), sin perjuicio de que subsane por los medios que tenga por conveniente según su interés, los medios de subsanación. Es decir, lo que dice el Real decreto 1983 y existe para documentos judiciales y administrativos desde hace cincuenta años. Que no sea suficiente decir "infringe el párrafo 2º, inciso 3º del artículo tal", sino aporte el poder, la ratificación, las capitulaciones, acompañe la escritura... Además, el Consejo General del Poder Judicial no hizo sobre estos aspectos observación alguna...".

⁴¹ "Cláusulas abusivas y condiciones generales de la contratación", diario ABC, 29/09/97.

⁴² Igual que en Alemania, Portugal o Italia. Incluso en nuestro derecho vigente, según Alfaro (*op. cit.*, págs. 111 y ss. y 180): *vid.* STS. 26/05/1986 (agente de seguros y compañía aseguradora). También la Comisión General de Codificación y Rodrigo Bercoz, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (con su hermano Alberto, ed. Tecnos, Madrid, 1987, pág. 188).

⁴³ A diferencia de lo que plantea, ahora, la doctrina francesa para su derecho interno: ampliar el ámbito a las cláusulas abusivas contenidas en libros formularios (Jean-Pierre Pizzio, *Les éditeurs de modèles de conventions et la protection contre les clauses abusives*, INC Hebdo, n.º 1015, 12/12/97, págs. 32 y ss.). En nuestro derecho, cabría pensar en la vía acción de retractación, pero siempre que hubiesen sido utilizadas por el predisponente. No obstante, parece claro que, en principio, están excluidas, según se desprende de la memoria justificativa.

5°. La publicidad de las resoluciones judiciales, declarando nulas determinadas cláusulas, y su efecto horizontal, se instrumenta a través de creación de un registro jurídico⁴⁴, cuya inscripción –la de las condiciones generales– es, por regla general, voluntaria⁴⁵, con efectos *erga omnes*, instrumento de seguridad, donde se incluyen –con carácter obligatorio– las sentencias y las anotaciones de demanda, objeto, asimismo, de publicación en el *BORME* o en un periódico de gran circulación, por decisión judicial.

6°. El ámbito territorial se articula por una norma imperativa de conexión: la residencia del adherente (arts. 3 y 5 de la Convención de Roma).

7°. Son nulas las cláusulas que infrinjan disposiciones de derecho necesario o sean abusivas.

8°. Se modifican determinados artículos de la LDC, incluyendo una disposición adicional que relaciona las cláusulas abusivas.

9°. Se establece una cláusula de aplicación preferente, dentro de la LDC.

10°. Se regula la actuación de los profesionales oficiales (notarios, corredores de comercio, registradores⁴⁶), dentro de las tres leyes (LCG, LDC y LH).

Tres niveles de concreción en el ajuste del derecho privado a las normas consumeristas: primer nivel, condiciones generales (notarios, también corredores y registradores); segundo nivel, protección de los consumidores (notarios, corredores y registradores); y tercer nivel, publicidad e información registrales.

5. Estructura y articulado

La ley se estructura en siete capítulos, que integran 24 artículos, tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

El capítulo I, disposiciones generales, se compone de seis artículos: artículo 1, ámbito objetivo (definición), artículo 2, ámbito subjetivo, artículo 3, ámbito territorial, artículo 4, contratos excluidos, artículo 5, requisitos de incorporación, y 6, reglas de interpretación.

⁴⁴ *Vid.* art. 20 de la ley alemana (García Amigo, *op. cit.*, págs. 96 y ss.) y art. 94 de la ley británica (Fair Trading Act. 1973). También la ley portuguesa (elogiada por el Consejo de Estado, Dictamen n.º 2939/96).

⁴⁵ Salvo sectores específicos; previsión legal que, aún con su supresión, siempre como posibilidad hubiera existido (R.D.).

⁴⁶ "Asimismo, mis artículos: "La protección registral de los consumidores en la Directiva 93/13/CEE", *Estudios sobre Consumo*, n.º 28 (1993, y "Las cláusulas de los contratos bancarios y los derechos de los consumidores", *Noticias de la Unión Europea*, CISS, n.º 138, julio de 1996. En general, el libro *La protección inmobiliaria del consumidor en la Comunidad Europea*, ed. Colegio de Registradores, Madrid, 1994.

El capítulo II, no incorporación y nulidad de determinadas condiciones generales, se integra por cuatro artículos: artículo 7, no incorporación, artículo 8, nulidad, artículo 9, régimen aplicable, y artículo 10, efectos.

El capítulo III, Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, con un artículo, el 11.

El capítulo IV, Acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales, contiene nueve artículos: artículo 12, acciones de cesación, retractación y declarativa, artículo 13, sometimiento a dictamen de conciliación, artículo 14, competencia material y tramitación del proceso, artículo 15, competencia territorial, artículo 16, legitimación activa, artículo 17, legitimación pasiva, artículo 18, intervinientes en el proceso, recurso de casación contra sentencias de cesación, artículo 19, prescripción, y 20, efectos de la sentencia.

El capítulo V, Publicidad de las sentencias, con los artículos 21, publicación, y 22, inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

El capítulo VI, Información sobre condiciones generales, con un artículo, el 23, información.

Y el capítulo VII, Régimen sancionador, artículo 24, con el mismo epígrafe.

La disposición adicional primera modifica la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, la segunda, la Ley hipotecaria, la transitoria única, aplicación y adaptación (retroacción), la derogatoria única, sobre la adicional segunda de la Ley de arbitraje, y las tres finales, en materia de título competencial, autorizaciones al Gobierno y entrada en vigor.

A. *Condiciones generales.*

El artículo 1.1 define las condiciones generales de la contratación: “Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea exclusivamente 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”.

Así pues, son elementos configuradores: la predisposición y la incorporación impuesta por un contratante, con la finalidad de ser incluidas a una pluralidad de contratos (con independencia de su forma, extensión o cualesquiera otras circunstancias y aunque alguna cláusula se haya negociado individualmente o ciertos elementos de ella⁴⁷).

⁴⁷ El apartado 2 del mismo artículo aclara: “El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta ley al resto del contrato”.

El artículo 2 define, por su parte, los elementos subjetivos: predisponente (profesional: persona física o jurídica que actúa dentro de su actividad profesional o empresarial, pública o privada) y adherente (persona física o jurídica, sea o no, a su vez, profesional). Es curioso que haya “sorprendido” la terminología: llamar “predisponente” al que dispone con carácter previo y “adherente” a quien se adhiere en virtud de un contrato, tradicionalmente, conocido como “de adhesión”⁴⁸.

Su ámbito territorial (artículo 3) se extiende a aquellas condiciones generales presentes en contratos sujetos a la legislación española o extranjera (si, en este caso, se emitió la declaración de voluntad en España y el adherente en ella tiene su residencia habitual), sin perjuicio de tratados o convenios internacionales (Convenio de Roma de 19/06/1980, ratificado el 07/05/1993, BOE 19/07/1993).

El artículo 4 excluye los contratos administrativos, laborales, de constitución de sociedades, sobre relaciones familiares, sucesorios, los que reflejen disposiciones o principios de convenios internacionales ratificados o regulados específicamente por disposiciones generales, de carácter obligatorio.

Los requisitos de incorporación se establecen en el artículo 5: “1. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas”.

Dos supuestos especiales se añaden en los números 2 y 3: cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y cuando se trate de contratación telefónica o electrónica⁴⁹. Y una obligación general: “4. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

⁴⁸ Vid. Díez-PICAZO, que utiliza los mismos términos, *op. cit.*, por ejemplo, pág. 39.

⁴⁹ “2. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito –*vid* Código civil– y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. 3. En los casos de contratación telefónica o electrónica, será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor –debe

El artículo 6 establece que, en caso de contradicción, se aplicarán las condiciones más beneficiosas para el adherente, y, en idéntico sentido, se resolverán las dudas, aplicándose, supletoriamente, las reglas del Código civil⁵⁰.

Si el adherente no ha podido conocer, de manera completa y al tiempo de la celebración del contrato, las condiciones generales, o no están firmadas, o sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, se determina en el artículo 7 su no incorporación. Y el artículo 8, la nulidad de aquéllas que contravengan esta ley o cualquier norma imperativa o prohibitiva, en particular, las abusivas, cuando el adherente sea un consumidor. El régimen de la declaración judicial de no incorporación o nulidad de la cláusula o del contrato, así como su aclaración e integración por la sentencia estimatoria, en ejercicio de acción individual, se contiene en los artículos 9 y 10. Será competente el juez del domicilio del demandante.

El ámbito intertemporal (contratos y clausulados preexistentes) se aborda en la disposición transitoria única:

“Los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de esta ley, que contengan condiciones generales, podrán inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, salvo que, por norma expresa, se determine la obligatoriedad de su inscripción, en cuyo caso deberán hacerlo en el plazo que indique dicha norma.

Desde la entrada en vigor de esta ley, podrán ejercitarse las acciones de cesación, de retractación y declarativa reguladas en la misma”.

La publicidad registral de las condiciones generales se establece en el artículo 11. La inscripción, siguiendo la técnica del Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, se realiza mediante su depósito y con carácter voluntario, salvo que se imponga para un sector específico. En el Registro se inscriben, asimismo, obligatoriamente, las sentencias firmes estimatorias y las medidas cautelares y se anotan las demandas (*vid.* art. 22⁵¹). También la persistencia en la utilización de las condiciones declaradas nulas. Está sujeto el régimen de recursos a la legislación hipotecaria y, en consecuencia, a la jurisdicción ordinaria (algo, por otro lado, inevitable⁵²).

entenderse adherente, a menos que se trate de una excepción- justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma”.

⁵⁰ En la actualidad, se contenía la norma en el art. 10, apartado 2, principio *contra stipulatorem o contra proferentem* (art. 1288 del Código civil) y de prevalencia de las cláusulas, particulares o generales, más beneficiosas para el consumidor. *Vid.* GÓMEZ CALERO, J., *Los derechos de los consumidores y usuarios*, ed. Dykinson, Madrid, 1994. IV Cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, págs. 89 y ss.

⁵¹ “En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el juez dictará mandamiento al registrador de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo”.

⁵² Si se sigue la línea discursiva de la competencia constitucional y ministerial, se

La publicidad registral es medio de cognoscibilidad general, facilita la interposición de acciones colectivas, produce efectos *erga omnes* (por ejemplo, para notarios y registradores: art. 10.6 LDC) y *ultra partes* (las sentencias firmes estimatorias, por acción colectiva de cesación, impondrán al predisponente la eliminación de las cláusulas nulas de las condiciones generales y el deber de abstención en el futuro: art. 20.1. Y vinculará a los jueces en los términos de su número 4 como doctrina legal –fuente normativa– frente al mismo predisponente).

Por otro lado, se establece, siguiendo la recomendación del Consejo del Poder Judicial (“un tercero no investido de jurisdicción”), el dictamen de conciliación por el registrador de Condiciones Generales, con carácter potestativo (art. 13).

La disposición adicional tercera prevé la existencia de un Registro de Condiciones Generales, al menos, en la cabecera de cada tribunal de justicia. El principio constitucional de libre circulación de bienes y servicios, la unidad del mercado, la unidad de la jurisdicción, impone que la publicidad registral se articule con una estructura (disposición final segunda) similar al Registro de Venta a Plazos: un Registro Central coordinado con un Registro Provincial (para facilitar al profesional el cumplimiento o el ejercicio de sus derechos, así como al consumidor y a los legitimados en acciones colectivas los suyos). Ahora, no se habla de “provincial”, sino de uno, al menos, por Tribunal Superior de Justicia. Estructura que nunca supone ni debe suponer duplicidad, antes al contrario coordinación interna, con el mismo coste. La publicidad centralizada (facilita la consulta: una vez por diecisiete, diecinueve o veinte), sin perjuicio del acercamiento y la globalización por territorios de los tribunales de justicia. Es decir, podría ser presentación en cualquier registro de España, remisión del clausulado al territorial y de copia al central (en el Venta a Plazos, el provincial la remite directamente a éste).

Las acciones colectivas –una de las más importantes novedades de la ley– se regulan en los artículos 12 (cesación, retractación y declarativa); 14 (competencia material y tramitación del proceso: jurisdicción ordinaria, acumulación de acciones colectivas); 15 (competencia territorial: establecimiento del demandado, y, a falta de éste, su domicilio); 16 (legitimación activa: asociaciones o corporaciones empresariales, profesionales y

impugnan claramente los “esfuerzos” de algunos contra el carácter jurídico del Registro: libre circulación de bienes y servicios, unidad de mercado, obligaciones y contratos, Ministerio de Justicia, jurisdicción ordinaria, cognoscibilidad de los clausulados, efecto substantivo de la publicidad registral de las sentencias. En otro caso, ¿jurisdicción contencioso-administrativa?, ¿por qué el Poder Judicial observaba que la potestad sancionadora correspondía al Ministerio de Justicia?, ¿por qué realiza la labor prelegislativa?, ¿por qué el Consejo de Estado recomienda el Registro Mercantil Central o el Venta a Plazos?

de agricultores, cámaras de comercio, asociaciones de consumidores y usuarios, el Instituto Nacional de Consumo, los órganos autonómicos y locales correspondientes, los colegios profesionales y el Ministerio Fiscal); legitimación pasiva (profesional que las utilice o recomiende, varios profesionales de un sector o asociaciones); 18 (intervinientes en el proceso y recurso de casación); y 19 (prescripción general: plazo, dos años desde la fecha de la inscripción. La declarativa es imprescriptible). El artículo 20 se ocupa del efecto de la sentencia:

“1. La sentencia estimatoria obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción de cesación, impondrá al demandado la obligación de eliminar de sus condiciones generales las cláusulas que declare contrarias a lo prevenido en esta ley o en otras leyes imperativas, y la de abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

2. Si la acción ejercitada fuera la de retractación, la sentencia impondrá al demandado la obligación de retractarse de la recomendación efectuada y de abstenerse de su recomendación futura, de aquéllas cláusulas de condiciones generales que hayan sido consideradas contrarias a derecho.

3. Si la acción ejercitada fuera la declarativa, la sentencia declarará el carácter de condición general de la cláusula o cláusulas afectadas y dispondrá su inscripción en el Registro de Condiciones Generales.

4. La sentencia dictada en recurso de casación, conforme al artículo 18, párrafo 3 de esta ley, una vez constituya doctrina legal, vinculará a todos los jueces en los eventuales ulteriores procesos en que se inste la nulidad de cláusulas idénticas a las que hubieran sido objeto de la referida sentencia, siempre que se trate del mismo predisponente”.

La publicación del fallo de las sentencias firmes estimatorias, a costa del condenado, se dispone en el artículo 21: *BORME* o un periódico de los de mayor circulación, o en ambos medios.

Por su intervención en el tráfico jurídico, civil y mercantil, se dispone el deber de información sobre la aplicabilidad de esta ley a notarios, corredores y registradores. El notario, además, como redactor del documento, velará, advertirá que la incorporación de las condiciones ha tenido lugar por la suscripción del contrato y de las normas de interpretación de éste (arts. 5 y 6). También hará constar el carácter de condiciones generales de aquéllas que tengan tal naturaleza y estén inscritas o la manifestación contraria de los contratantes.

Finalmente, el artículo 24 establece un régimen administrativo de sanción del incumplimiento del deber de inscripción o por contravención de lo dispuesto en las sentencias. La competencia, la potestad sancionadora, tal y como aconsejó el Consejo del Poder Judicial, corresponde al Ministerio de Justicia.

B. Cláusulas abusivas⁵³

La disposición adicional primera incorpora la directiva. Para ello se modifican los siguientes artículos de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios:

1º. El artículo 2, apartado 1, letra b): “La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos”. Es decir, la reforma eleva a rango de principio general de protección de los consumidores la exclusión de las cláusulas abusivas. Así, el aspecto jurídico-privado de la ley queda reflejado en su parte programática (la exclusión del abuso jurídico de derecho)⁵⁴.

2º. El nuevo artículo 10 contiene ese principio general, con amplio criterio: 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) *Concreción, claridad y sencillez* en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de *recibo justificante*, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

c) *Buena fe y justo equilibrio*⁵⁵ entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la *interpretación* más favorable para el consumidor.

3. Si las cláusulas tienen el carácter de *condiciones generales*, conforme a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta.

⁵³ Es lo que se suele denominar “control de fondo o control de contenido” de las condiciones generales o de los contratos de adhesión. Existe para ello, según Díez-Picazo, un control concreto (en relación con el concreto contrato establecido entre el predisponente y el adherente, y compete a este) y un control abstracto (a través de las acciones colectivas y su eficacia debe ser *erga omnes*): *op. cit.*, págs. 39-40.

⁵⁴ El ámbito contractual sujeto se contiene, con una fórmula amplia, en la nueva disposición adicional segunda. “Lo dispuesto en la presente ley será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica, que en cualquier caso respeta el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla”. Circunstancia que obliga al órgano competente a cumplir su imposición, no al profesional afectado (que, a su vez, deberá cumplir lo previsto en esa normativa específica).

⁵⁵ Ya hemos visto la situación de la concurrencia o no de ambos requisitos en derecho comparado.

4. Los *convenios arbitrales* establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. 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.

5. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que utilicen las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos, estarán sometidas a la aprobación y control de las administraciones públicas competentes, cuando así se disponga como requisito de validez y con independencia de la consulta prevista en el artículo 22 de esta ley. Todo ello sin perjuicio de su sometimiento a las disposiciones generales de esta ley.

6. Los notarios y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales.

Los notarios, los corredores de comercio y los registradores de la Propiedad y mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, informarán a los consumidores en los asuntos propios de su especialidad y competencia”.

En coordinación con la Ley de condiciones generales, la actualización jurídico-privada del artículo supone, recogiendo la demanda comunmente sentida por los consumidores, extender el efecto *erga omnes* de la publicidad registral de las sentencias, imponiendo una prohibición a notarios y registradores, sin perjuicio del establecimiento del deber activo de información, que comparten con los corredores. Efecto horizontal (*erga omnes*), pues, que refuerza el cumplimiento de las sentencias y se articula en una doble vía: artículo 10.6, para notarios y registradores (sólo se necesita sentencia inscrita, cualquier sentencia); artículo 20, para jueces y tribunales (efecto prejudicial –art. 20.1, excepción de cosa juzgada– y *ultra partes* –art. 20.4, fuente normativa aplicable al mismo predisponente⁵⁶).

⁵⁶ Frente a éste, la doctrina legal opera como norma específica, como *lex contractus*, ahora fuente primaria de aplicación directa por el juez o tribunal, excluyendo el litigio.

En la redacción originaria, se dejaba en manos del predisponente la facultad de recurrir en casación, pero la sentencia firme estimatoria afectaba a todas las cláusulas iguales. Ahora, esta singular “doctrina legal” no puede entenderse como garantía para el predisponente que no recurre en casación para no extender los efectos de la sentencia estimatoria firme a todos los contratos suscritos o por suscribir, dada la obligación contenida en el art. 20.1. De otra forma, bastaría no recurrir en casación para evitar el efecto *ultra partes* y obligar tanto a los consumidores como a los legitimados para el ejercicio de la acción colectiva a interponer tanto recursos judiciales como contratos se hayan firmado. La acción colectiva pasaría a ser individual. Y al predisponente

3°. El artículo 10bis se refiere a la nulidad de las cláusulas declaradas nulas por disposición legal o judicial: "1. Se considerarán *cláusulas abusivas* todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. *En todo caso* se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de este artículo al resto del contrato. El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa⁵⁷.

2. 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 declare 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

puede interesarle dificultar el efecto de aquella sentencia firme sobre otros contratos, a sabiendas de que un alto porcentaje de consumidores, por razón de la cuantía del contrato, no reclamará.

⁵⁷ En el Congreso se suprimió el siguiente párrafo: "Tal apreciación no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible". Ello, obviamente, no puede referirse sino a la apreciación de cuestiones circunstanciales, pues nunca podrá la declaración judicial sustituir el objeto principal del contrato ni el precio, determinante siempre de su nulidad absoluta por error obstativo (sin posibilidad de moderación o integración).

El párrafo aparecía en la directiva y su supresión como elevación del nivel de protección del consumidor no puede suponer la "suplantación" de la parte esencial del contrato (contraprestación). Sería inconstitucional (afecta al libre mercado: libre competencia). En consecuencia, sólo puede tratarse de elementos accesorios (el interés, por ejemplo, que es a lo que se refería la enmienda de supresión).

Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pág. 41: "Conviene puntualizar que la definición de "cláusulas abusivas" se refiere al contenido contractual, con exclusión de las prestaciones esenciales de las partes...".

en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato.

3. Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables, cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, en los términos previstos en el artículo 5 del Convenio de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales”.

4. Se mantiene la previsión anterior sobre peso y medida, transparencia del precio y los servicios postventa, trasladándola al artículo 23, párrafo final. Asimismo, el artículo 34, apartado 9, coordinado con el párrafo segundo artículo 24 de la Ley de condiciones generales, prevé el régimen sancionador.

5. Se declaran abusivas las cláusulas que infrinjan lo prevenido en la relación que se contiene en la disposición adicional (abuso objetivo y subjetivo, cualitativo y cuantitativo). Como en cualquier otro derecho (cfr. el portugués), la lista negra siempre presupone la labor judicial de integración del supuesto de hecho en la norma. La tutela judicial efectiva siempre tendrá lugar. Unas cláusulas son claramente apreciables y otras se acompañan de elementos circunstanciales. Es lo que denominamos abuso objetivo y subjetivo, o cualitativo y cuantitativo. Las cláusulas se agrupan en cinco apartados: vinculación del contrato a la voluntad del profesional, privación de derechos básicos del consumidor, falta de reciprocidad, sobregarantías y otras.

C. Publicidad registral⁵⁸

Como no podría ser de otra forma y es en la realidad jurídica de las normas vigentes, la nulidad, la moderación, la integración del contrato es –y seguirá siendo– competencia judicial exclusiva. También es lugar común que aquellos profesionales que ejercen funciones públicas en cuanto su actuación extrajudicial se basa, precisamente, en el amparo y salvaguarda de jueces y tribunales, deben coadyuvar al cumplimiento voluntario de los contratos (desjudicialización) y colaborar con la función jurisdiccional. Por tanto, basta recordar el artículo 66 de la Ley hipotecaria o el 101 de su reglamento para reconocer que la validez del título, de la cláusula o del derecho no inscrito siempre admite la revisión judicial. Más aún, las propias resoluciones de la Dirección General de los Registros y del

⁵⁸ Vid. MARTÍNEZ SANTIAGO, José M., “En torno a la publicidad registral inmobiliaria”, discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, 1997, (sobre la publicidad formal, págs. 46 y ss.; sobre la exhibición de los libros, págs. 52–56, sobre la informatización de los archivos, págs. 68–71). Publicado, asimismo, en la *RCDI* n.º 644, 1998, págs. 117–176. También el discurso del prof. Aurim Guardiola para su ingreso en la R.A. de J. y L.

Notariado, dentro de los actos de jurisdicción voluntaria (como reconoce la exposición de motivos de esta ley), también, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo 1161/1994, de 22 de diciembre. Hilo conductor que lleva a una serie de conclusiones en el marco de la nueva ley:

1º. Se trata de una ley de derecho privado, dentro de las competencias exclusivas del Estado, y, en consecuencia –como ha ocurrido– la tarea prelegislativa, dentro del Gobierno, corresponde al Ministerio de Justicia y no a Sanidad y Consumo.

2º. El Ministerio de Justicia en su Programa de actuación 1996–2000 tiene señalado como objetivo prioritario proponer, potenciar y adoptar, dentro de las respectivas competencias, las reformas necesarias para que la Administración de Justicia en España esté dotada de los medios personales, materiales, de formación y jurídicos adecuados. La reforma, pues, de las leyes procesales y substantivas, como herramienta de trabajo de jueces y tribunales, debe producir varios efectos: reducir pleitos, simplificar procesos, agilizar la solución de conflictos.

3º. Para el cumplimiento de ese objetivo, deben ponerse a su servicio todos los medios o instrumentos existentes, desde la conciliación o el arbitraje, a la jurisdicción voluntaria, y, dada su transcendencia social, económica y jurídica, el tráfico privado tiene que contar con quienes en él intervienen sin ser parte en la relación contractual. Es decir, con notarios, corredores y registradores. En concreto, en materia inmobiliaria (derecho constitucional a una vivienda digna), por su importancia subjetiva para los ciudadanos, notarios y registradores deben colaborar eficazmente con la justicia.

4º. El notario, como jurista y redactor de los instrumentos públicos, debe aportar diversos elementos a este objetivo: la certeza de la incorporación al contrato de las condiciones generales, la advertencia de las reglas de interpretación y la exclusión de las cláusulas nulas. Redactar, también, con claridad y sencillez, con transparencia y concreción. Todo ello en línea con el cumplimiento voluntario de las obligaciones y del ejercicio de los derechos.

5º. El registrador, como jurista y redactor de los asientos, debe, asimismo, calificar la validez del contrato, del acto dispositivo, del derecho, (*vid.* art. 18 de la Ley hipotecaria⁵⁹) y de las cláusulas inscribibles (los pactos personales están excluidos: arts. 98 de dicha ley y 98 y 434, párrafo 5, de su reglamento); y, a un tiempo, debe facilitar y calificar el contenido de los asientos (protección de datos y de los consumidores) en orden

⁵⁹ Art. 101 del Reglamento hipotecario: “La calificación de los documentos presentados en el registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los tribunales sobre la validez o nulidad del título....”.

a la publicidad formal que expida, asegurando la claridad, sencillez, transparencia, la veracidad de la información y inalterabilidad de sus archivos (libros, bases de datos), estableciendo deberes específicos frente a cualquier persona interesada en la inscripción de su derecho (antes, durante y una vez practicado el asiento).

6°. Si el artículo 23 de la Ley de condiciones generales se refiere a la redacción del contrato, principalmente, y el 10.6 de la Ley de defensa de los consumidores a la inadmisión de las cláusulas declaradas judicialmente nulas, el tercer nivel de concreción de la reforma del derecho privado en esta materia se incluye en la correlativa de la Ley hipotecaria. Así se coordinan las tres leyes, integrándose una en la otra para formar las normas generales aplicables al caso o supuesto de hecho.

Este enfoque, ínsito en disposiciones vigentes de distinto rango, se encuadra en la práctica diaria y comprobada, sin buscar nuevas fórmulas carentes de previa evaluación. Si releemos, pues, los reales decretos 1935/1983, de 25 de mayo⁶⁰, 3503/1983, de 21 de diciembre⁶¹, las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de febrero de 1987, 29 de octubre de 1996 y 17 de febrero de 1998, las circulares de 8 de abril de 1983 y 12 de junio de 1985⁶², el nuevo Reglamento del Registro Mercantil (R.D. 1784/1996, de 19 de julio), en especial, el artículo 12, o la propia Ley hipotecaria vigente y su reglamento⁶³, comprobaremos el fundamento de aquel aserto. La adaptación de la Ley hipotecaria a los nuevos requerimientos sociales (protección de los consumidores, pro-

⁶⁰ Preámbulo: "...Asimismo, parece conveniente establecer un tiempo diario en que el registrador deberá atender directamente al público para *informarle o asesorarle en materias relacionadas con el Registro*". Y el artículo 5 párrafo primero, dispone: "Todos los registradores deberán dedicar como mínimo, dentro de las horas de oficina, dos horas diarias para informar al público en materias relacionadas con el registro. La información versará sobre los medios registrales más adecuados para el logro de los fines lícitos que se propongan quienes la solicitan."

⁶¹ Preámbulo: "...parece conveniente potenciar la función del registrador en un doble sentido: por un lado, adoptando sistemas en los que *publicidad registral traiga consigo una actuación activa de información por parte del Registro*, lo que indudablemente supone una mayor comodidad para el destinatario de la publicidad registral, y por otro, aprovechando *el carácter profesional del derecho del registrador* para la emisión de *informes explicativos de la situación de las fincas o derechos inscritos...*". En consecuencia, el vigente artículo 355.1 del Reglamento hipotecario: "Mediante petición expresa y por escrito (...) podrá solicitarse que el registrador emita un breve informe no vinculante, explicativo de la situación jurídico-registral de la finca o derecho o del modo más conveniente de actualizar el contenido registral de conformidad con los datos aportados por el solicitante, o bien sobre el alcance de una determinada calificación registral".

⁶² Publicadas todas ellas –a excepción de la Instrucción de 1998– en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña* 76/97, págs. 61 y ss. (distribuido por M. Pons ed.).

⁶³ *Vid.* arts. 221, 222, 225 y 233 de la ley y 332, 333 y 334 de su reglamento.

tección de datos, solicitud telemática, intercomunicación de registradores, libre elección...), se integra, como una necesidad, en el ámbito de la nueva ley, con la seguridad del conocimiento de la eficacia práctica de su implantación.

El nuevo artículo 222, "De la información registral", se divide en ocho apartados: primero, norma general de información; segundo, principio de publicidad directa, medios formales de dar publicidad (nota y certificación) y conservación e integridad de los archivos, especialmente, bases de datos (exclusión de registros paralelos), tercero, valor jurídico de la información (protección de los consumidores); cuarto, claridad y sencillez de la publicidad formal (protección de los consumidores); quinto, definición de la nota simple informativa (protección de los consumidores, campos informáticos); sexto, protección de la intimidad y privacidad⁶⁴;

⁶⁴ ORTI VALLEJO, A., *Derecho a la intimidad e informática* (Tutela de la persona por el uso de fichero y tratamientos informáticos de datos personales. Particular atención a los ficheros de titularidad privada), ed. Comares, Granada, 1994: "Ni que decir tiene que el día que el Registro Civil quede informatizado, teniendo en cuenta el carácter restringido de su publicidad habrá de extremarse el cuidado en la custodia y manejo de los datos, dada la mayor facilidad del acceso a los mismos. Es de esperar que la DGRN adopte pronto las necesarias cautelas, a tenor de la falta de sometimiento de los ficheros del Registro Civil a la LORTAD y la inaplicabilidad de las garantías que establece a favor de los afectados" (págs. 100-101). "...Registro de la Propiedad... hay que recordar que la publicidad registral no es ilimitada....- interés conocido...-O sea, que el registrador dispone de la prerrogativa de negarse a otorgar publicidad. Y que mejor fundamento el peligro para la intimidad, pues desde nuestro punto de vista, *para los particulares, el Registro*, tal como establece la Resolución de la DGRN de 22 febrero 1991, *está limitado a la información que sea acorde con su objetivo. que es la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario y el fomento del crédito territorial*. En nuestra opinión, la creciente, inevitable y conveniente informatización de las oficinas registrales exige una *renovada lectura* de los preceptos de la legislación hipotecaria, que imponen *límites a la publicidad*. La razón...: los datos del Registro de la Propiedad en sí mismos no son íntimos en absoluto, pero pueden llegar a serlo cuando se ponen en conexión unos con otros y mucho más si se relacionan con informaciones de otra índole. De ahí que el registrador, pensamos, pueda y deba *abstenerse* de suministrar la información o limitar la misma, cuando la soliciten personas que presumiblemente persigan *intereses distintos a la función y finalidad de la oficina del Registro*. No obstante, resulta harto dudoso que el registrador esté obligado a facilitar la publicidad registral en el caso de una hipotética colisión con la libertad de información por tratarse de datos registrales relativos a una persona de notoriedad pública, dada la prevalencia del derecho a la información. La razón es bien sencilla, el registrador ni tiene medios ni es la instancia adecuada para calibrar el interés general de la noticia, que es lo que da prevalencia al derecho a la información -*vid. infra* en este estudio la STSJ de Andalucía, anexo III.

En lo que concierne al Registro Mercantil (...) la exclusión del mismo de la LORTAD deriva de su finalidad también pública. No hay en el RRM (...) límites legalmente establecidos a la publicidad...por más que los argumentos que hemos hecho para el Registro de la Propiedad sean trasladables al Mercantil..." Prosigue estudiando Orti Vallejo los ficheros de índices, generales y particulares y añade: "De todas maneras, pensamos que la LORTAD debería haber establecido en relación al Registro de la Propiedad y Mercantil, lo mismo que ha efectuado con el Registro Civil. O sea, remitirse de plano

séptimo, información al consumidor sobre un supuesto concreto; y octavo, libre elección de registrador a efecto de nota simple informativa e intercomunicación de registradores (protección del consumidor).

El nuevo artículo 253 de la Ley hipotecaria se compone de tres apartados: primero y segundo, la nota de inscripción debe contener elementos básicos para conocer las operaciones registrales realizadas, la extensión y titularidad del derecho inscrito, así como la situación jurídica en que se encuentra la finca (protección del consumidor, transparencia); y tercero, medios de subsanación de defectos, observaciones y dictámenes (protección del consumidor).

Finalmente, el nuevo artículo 258 de la ley, "De la información y protección al consumidor", contiene cinco apartados: primero, la información genérica sobre las normas registrales (es el derecho básico del consumidor: la información más elemental frente al artículo 222.7); segundo, la denegación de las cláusulas declaradas nulas por abusivas (remisión al artículo 10bis de la Ley general ahora, también, reformada, artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE); tercero, minuta de inscripción (redacción actual del artículo); cuarto, denegación del asiento de presentación; y cinco, calificación, a efectos de inscripción y de publicidad formal, global y unitaria (todos los defectos o toda la nota o certificación a la vez, sin posibles calificaciones o adiciones ulteriores).

Los principios de publicidad formal (publicidad directa, publicidad jurídica y publicidad profesional) se recogen en la Instrucción de 17 de febrero de 1998, que dice:

La publicidad formal de los asientos registrales, tanto en el ámbito de los registros de la Propiedad como Mercantiles, como único medio legalmente establecido para conocer la situación jurídica de los bienes inmuebles y de las sociedades y demás sujetos inscribibles, se ajusta a los siguientes principios:

1º. *Publicidad jurídica*. La finalidad de la publicidad formal es la de probar, judicial y extrajudicialmente, la existencia, extensión y límites del derecho inscrito y que su titular es el único legitimado para disponer de él (efectos defensivo y ofensivo), así como la de agilizar el tráfico jurídico y dar certeza a la contratación, haciendo posible en el ámbito inmobiliario y mercantil el principio de seguridad jurídica consagrado en la Constitución (artículo 9).

a la legislación especial pertinente...". Y su previsión ulterior de informatización se ha cumplido, e, incluso, respecto de los ficheros convencionales o manuales en virtud de la directiva. También alude a los registros de Venta a Plazos, Hipoteca Mobiliaria... (págs. 102-106). Hoy la Ley 5/1998, de 6 de marzo, de incorporación al derecho español de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre protección jurídica de las bases de datos se digna de tomarse en consideración en esta materia (registros privados paralelos).

Los registros de la Propiedad, los registros Mercantiles, el Registro Mercantil Central, el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (a integrar en el Registro de Bienes Muebles), los registros de buques y aeronaves, y los registros de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento son registros de valor jurídico destinados no sólo a la difusión general de su contenido, sino a la atribución a los derechos inscritos de su plenitud de efectos, en favor de su titular y en aras, también, de la agilidad y de la seguridad en la contratación con terceros.

La publicidad formal de los asientos registrales es así una publicidad jurídica, en cuanto que constituye el medio técnico jurídico que permite el desenvolvimiento de los especiales y naturales efectos que al derecho inscrito atribuye nuestro Ordenamiento jurídico (publicidad civil y mercantil organizadas).

Si rigurosos son los requisitos de acceso de los derechos al registro, en aras de la solidez de los pronunciamientos registrales (titulación auténtica, calificación registral, tracto sucesivo), también deben serlo los requisitos de control de la veracidad y exactitud de la información suministrada (en otro caso, crearía confusión e inseguridad jurídica a quienes contratan con base en la misma), así como su alcance en relación con el interés del solicitante (que en el ámbito mercantil se presume), todo ello bajo la exclusiva responsabilidad del registrador, como titular del archivo (artículos 222, 227 y 233 de la Ley hipotecaria, 332 y 335 de su reglamento, 23.1 del Código de comercio, y 77 y 78 del Reglamento del Registro Mercantil), de igual suerte que al notario corresponde la expedición de las copias autorizadas y simples del protocolo o archivo notarial.

2º. *Publicidad directa.* El conocimiento de los asientos registrales debe estar al alcance de cualquier interesado, de manera efectiva, y sin necesidad de tener que acudir –con un coste añadido– a la intervención obligada de empresas o profesionales para su obtención, sin perjuicio del derecho de aquél de hacerlo voluntariamente si lo considera conveniente.

La posibilidad de acceso directo a la publicidad formal en ningún caso significa que se acceda directamente a la base de datos de los registradores, de forma que puedan los archivos ser alterados, manipulados, borrados o vaciados. Ello iría en contra de la finalidad del propio registro y del entero sistema registral diseñado por nuestro Ordenamiento jurídico, basado en la seguridad de los pronunciamientos registrales. Los registradores de la Propiedad y mercantiles deben así adoptar las medidas técnicas y organizativas necesarias que garanticen la integridad de los datos contenidos en sus archivos y evitar su alteración, pérdida o destrucción. Es decir, una cosa es la plena libertad en la solicitud de información, por cualquier medio, físico o telemático, y otra el acceso al núcleo central de la base de datos o demás componentes del archivo.

Publicidad directa significa celeridad en la obtención de la informa-

ción solicitada, bajo el control profesional del registrador que asegure su adecuación a los asientos registrales (veracidad de la información). Ello implica la necesidad de incorporar a los registros las nuevas tecnologías para que se pueda emitir la publicidad formal en tiempo real con las debidas garantías. De ahí la obligación de profundizar en el proceso de informatización de los registros, permitiendo la comunicación del interesado con el registrador de forma telemática, así como la expedición por aquél de la publicidad formal a través de fax, correo electrónico u otros medios que conjuguen los citados criterios de eficacia y celeridad con el de veracidad (control profesional) de la información suministrada (*vid.* O.M. 10/06/1997). Entre ellos, de forma imperativa, la ruptura instantánea entre nexo de solicitud y respuesta, surgiendo ésta de la simultánea remisión por el registrador. El tiempo real debe ser un tiempo real jurídico, exento de inseguridad (la mera posibilidad teórica de manipulación de la información generaría el cuestionamiento de la fiabilidad –veracidad jurídica– del sistema).

3º. *Publicidad profesional.* La publicidad formal de los asientos registrales no podrá consistir en dar conocimiento indiscriminado del patrimonio de las personas o publicidad en masa. Quien desee obtener información de los asientos deberá acreditar al registrador que tiene interés legítimo en ello, de acuerdo con el sentido y función de la institución registral, si bien en el ámbito mercantil dicho interés se presume.

Los registradores serán responsables de que la publicidad formal refleje fielmente los datos contenidos en los asientos registrales, sin extenderse a más de lo que sea necesario para satisfacer el legítimo interés del solicitante. A este respecto la publicidad formal no puede consistir en la mera reproducción xerográfica o literal de los asientos registrales (*vid.* arts. 233 de la Ley hipotecaria y 334 de su reglamento), sin perjuicio de los supuestos legalmente previstos de certificaciones literales o de la literalidad de determinados extremos en que el solicitante esté interesado.

Los datos sensibles de carácter personal o patrimonial contenidos en los asientos registrales no podrán ser objeto de publicidad formal ni de tratamiento automatizado, para finalidades distintas de las propias de la institución registral (*vid.* exposición de motivos de la Ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal). Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquél a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes.

Reducida, en nuestro sistema, por razones de seguridad, eficacia, eficiencia y economicidad, la investigación jurídica de la propiedad y de las

empresas a la mera solicitud de publicidad formal, es preciso cohonestar ésta con la finalidad que le atribuyen las normas. Se consideran, pues, finalidades de la institución registral la investigación –jurídica, en sentido amplio– patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales (objeto, titularidad, limitaciones, representación ...), pero no la investigación privada de datos no patrimoniales contenidos en el registro, de manera que el registrador sólo podrá dar publicidad de los mismos si se cumplen las normas sobre protección de datos (art. 18.4 de la Constitución *habeas data*, *vid.* STC 254/1993). Para su interpretación, el registrador cuenta con el protocolo de colaboración entre la Agencia de Protección de Datos y el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (03/11/1994).

En el caso de la publicidad inmobiliaria (donde existe la excepcional posibilidad de manifestación por exhibición mediata de los libros: *vid.* art. 334 del Reglamento hipotecario e Instrucción de 05/02/1987, norma quinta) es al registrador de la Propiedad a quien corresponde determinar y elegir, de entre todas las posibles, cuál va a ser la forma de manifestación del registro (exhibición o nota simple). Potestad de elección reconocida por el Ordenamiento jurídico (como establecen el artículo 332.2 del Reglamento hipotecario y numerosas resoluciones de esta Dirección General, así como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12/03/1997), que supone determinar libremente la forma de manifestación más adecuada en la que se conjuguen y se tengan en cuenta varios fines, como son el principio de publicidad del registro, el derecho a obtener por quien tenga interés legítimo información registral, y el principio de causar el menor daño posible a la conservación de los libros y garantizar la integridad de sus bases de datos, así como aplicar las normas sobre protección de datos antes expresadas.

Por otro lado, en orden a la protección de los intereses jurídicos y económicos de los consumidores (art. 51 de la Constitución y art. 1 de la Ley de defensa de los consumidores y usuarios), la publicidad registral deberá expresarse con claridad y sencillez, haciendo constar su valor jurídico (claridad gráfica, claridad de conceptos, valor meramente informativo: *vid.* Instrucción de 05/02/1987, norma quinta). Evidentemente, sólo la certificación da fe del contenido de los asientos (arts. 225 de la Ley hipotecaria y 23.1 del Código de comercio).

Estos principios han sido acogidos y puestos de manifiesto reiteradamente por esta Dirección General.

La Resolución–circular de 8 de abril de 1983 sobre publicidad formal de los registros reguló el control de la identidad de los solicitantes legítimamente interesados y adoptó medidas de conservación, seguridad e integridad de los libros del registro.

En ella se recordó que

“...Los registradores deben tomar las medidas necesarias, en cada caso, para armonizar las facilidades que han de darse a quienes tengan interés conforme a la ley en la obtención de la publicidad registral con la seguridad, integridad y conservación de los libros del registro. Por otro lado, la expresada finalidad de publicidad puede desvirtuarse si no existe interés legítimo en la consulta de los libros registrales (...) Los registradores podrán, cuando las circunstancias así lo aconsejen, establecer algún tipo de control de la identidad de los que solicitan la manifestación de los libros del registro, de manera que quede en la oficina información de los que, cada día, hayan examinado dichos libros (...) Los registradores deberán tomar las precauciones adecuadas para que la facilidad del conocimiento del contenido de los asientos (...) no se utilice por personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y, por ello, rechazable, por ser el registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. En consecuencia, cuando el que solicita la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello por quien lo es, debe acreditar, a satisfacción del registrador, dicho encargo”.

La Resolución-circular de 12 de junio de 1985 sobre publicidad formal de los registros dijo al respecto lo siguiente:

“... como ya indicó este Centro Directivo en la Resolución de 8 de abril de 1983, la aparición de personas o empresas que, con falsa apariencia de interés legítimo, funcionan como oficinas de publicidad inmobiliaria, paralelas al registro, con finalidad de lucro, y originando un tráfico, incluso ilegal, de información, que con frecuencia es inexacto, y, por ello, rechazable, por ser el registro el instrumento de publicidad que debe ser directamente utilizado. A todo ello se une la necesidad de salvaguardar la integridad de la información contenida en los libros y de que dicha información sea puesta sólo a disposición de quien tenga interés legítimo en su conocimiento, con la máxima exactitud y rapidez (...). Los registradores, cuando las circunstancias lo aconsejen, establecerán el tipo de control que estimen oportuno sobre la identidad y datos personales de quienes soliciten la manifestación de los libros de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado dichos libros u obtenido notas simples (...) Cuando el que solicite la información no sea directamente interesado, sino encargado para ello, deberá acreditar a satisfacción del registrador dicho encargo. Podrá dispensarse de la justificación del encargo a profesionales del derecho, oficinas públicas y entidades financieras cuando la información que directamente soliciten se refiera a personas o fincas concretas relacionadas con la legítima actividad de tales profesionales, oficinas o entidades. Se considerará carentes de interés legítimo a aquellos que a juicio del registrador pretenden acceder a la información contenida en los libros del registro con la finalidad de comercializar por cualquier procedimiento la propia información

obtenida.... ". Por otro lado, es obvio que el contenido de los asientos es intrínsecamente variable (actos o negocios jurídicos posteriores, embargos...) Y, por tanto, la captura para su comercialización o reventa perjudica los intereses económicos y jurídicos de los consumidores e interesados en la información registral.

La Instrucción de 5 de febrero de 1987, sobre publicidad en los registros de la Propiedad estableció que

"... se pondrá de manifiesto el contenido de los libros del registro a quienes tengan interés, a juicio del registrador, en conocer el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos. El registrador podrá dispensar la justificación del interés a las personas o entidades cuando la obtención de la información registral constituya el objeto específico de sus actividades profesionales o empresariales o sea elemento esencial para su regular desenvolvimiento (entidades y organismos públicos, entidades financieras, profesionales del derecho, detectives, gestores, agentes de la propiedad inmobiliaria, informadores comerciales, verificadores de fincas y demás profesionales que desempeñen actividades similares). Cuando la persona o entidad que solicite la información registral no sea portadora de un interés directo, el registrador podrá exigirle la acreditación del encargo recibido y la concreción de éste a personas o fincas determinadas (...). Los registradores establecerán el tipo de control que estimen oportuno acerca de la identidad y datos personales de quienes solicitan la manifestación de los libros del registro, de manera que quede en la oficina información suficiente de las personas que cada día hayan examinado los libros u obtenido notas simples de su contenido..."

La Instrucción de 29 de octubre de 1996 ha ordenado la recuperación e incorporación a los índices informatizados de los registradores de todos los datos necesarios de las fincas con asientos posteriores a 1950, que deberá efectuarse antes del 31 de diciembre de 1998, y acordó la necesaria intercomunicación entre sí de los registradores de la Propiedad y mercantiles a los efectos de solicitud y recepción de notas simples (*vid.* O.M. de 10/06/1997). Asimismo define el contenido de la nota simple, único medio de incorporar, uniformemente, a las bases de datos el contenido jurídico esencial de los asientos (definición de los campos informáticos) y coordinar, a un tiempo, la nueva tecnología de las telecomunicaciones con la protección de datos de carácter personal y la protección del consumidor. Si el interesado solicita conocer otro extremo circunstancial deberá advertirlo expresamente.

A ello debemos añadir la reciente reforma del Reglamento hipotecario por R.D. 1867/98, de 4 de septiembre (arts. 332-334 y 355)

Como ha destacado Bourgoignie, al relacionar el derecho de consumo con el derecho privado:

☞ Derecho civil:

“Puesto que la función de consumir se ejerce generalmente mediante el establecimiento de intercambios de consumo formalizados en forma de contratos –principalmente compraventa y contrato de empresa– las disposiciones del derecho de obligaciones y contratos encuentran en el campo del consumo un marco natural de aplicación. El recurso a determinados principios generales del derecho civil, tales como el orden público y las buenas costumbres (CC, art. 1133), la buena fe (CC, art. 1134, párr. 3), la lesión (CC, art. 1118) y el abuso del derecho, permite establecer un cierto control abstracto de los abusos en los intercambios de consumo, procurando aumentar la obligación de información a cargo del profesional con respecto al consumidor en la fase precontractual del intercambio, así como corregir los desequilibrios derivados del empleo de cláusulas abusivas o desproporcionadas en las condiciones del contrato.

Por otra parte, la utilización de bienes y servicios puestos en el mercado y destinados al consumidor, queda cubierta por principios de responsabilidad establecidos mediante las reglas del derecho civil, que delimitarán las responsabilidades de fabricantes, distribuidores, vendedores, prestadores de servicios y consumidores, en el momento en que un producto o servicio se revele peligroso para la salud o la seguridad del usuario, o simplemente defectuoso al no responder al uso que cabría esperar de él”.

☞ Derecho mercantil:

“El derecho del consumo, como hemos visto, excluye de su campo de aplicación las relaciones establecidas entre dos profesionales, salvo en situaciones en que uno de ellos actúa en calidad de consumidor, en el marco de dicha transacción. Las relaciones establecidas dentro del campo del derecho del consumo que se presentan, generalmente, como actos mixtos, se aplicarán en cierta medida, por ejemplo en materia de prueba. Además, se imponen varias obligaciones, tanto al acceso a la actividad comercial como al ejercicio de ésta, referentes directa o indirectamente, de manera positiva o negativa, a la situación de los consumidores. Se trata sobre todo de: (i) reglas que prescriben las condiciones de acceso a la profesión en determinados sectores de actividad de pequeñas y medianas empresas, que puedan mejorar la competencia profesional del prestador partiendo de la calidad del servicio prestado al consumidor, pero cuyo efecto restrictivo sobre la estructura competitiva del mercado es evidente; (ii) y de medidas de consentimiento o autorización previas, impuestas por el legislador para el ejercicio de determinadas actividades, tales como seguros, transporte, organización de viajes, servicios bancarios y financieros, para la fabricación, importación o distribución de múltiples mercancías, tales como los automóviles, medicamentos, productos alimenticios, cosméticos y aparatos eléctricos y para el recurso a ciertas modalidades de venta, por ejemplo, las ventas a plazos y su financiación, las ventas en liquidación, las ofertas conjuntas y el comercio ambulante. Del mismo modo, existen disposiciones que pretenden, sobre todo mediante la legislación sobre publicidad, prác-

ticas comerciales y competencia desleal, proteger el comercio contra todo ataque susceptible de perjudicar los intereses del comerciante, tales como la apropiación de clientela por medios ilícitos, el recurso de publicidad comparativa o parasitaria, la liquidación de precios, el boicot y la negativa de venta.

Queda por señalar que el derecho del consumo no puede limitar su marco de aplicación únicamente a la comercialización, según lo pretende el Código de comercio. El acceso a un derecho del consumo difumina la distinción tradicional, establecida por el derecho privado, entre derecho civil y derecho mercantil. Esta divergencia no puede mantenerse ante los imperativos del orden público de protección. “Este se interesa, como hemos visto, por todo operador económico en el seno del mercado y le importa poco que el profesional en cuestión posea la categoría de artesano, comerciante, titular de una profesión liberal, de una sociedad anónima o de una asociación sin ánimo de lucro”.

▣ Derecho procesal:

“Como hemos visto anteriormente, para el derecho del consumo, el acceso a la justicia es un componente esencial de sus intervenciones e incluso la condición de eficacia para sus iniciativas. Se trata de asegurar que la organización judicial y los procedimientos de resolución de conflictos establecidos, permitan la expresión por parte de los consumidores, bien actúen aislados, o en grupo, de sus demandas y denuncias. A este efecto, se requieren reglas simplificadas que faciliten, aceleren, hagan menos ilusoria la resolución de litigios, y que impliquen, a nivel individual, una pretensión económica menor; de la misma manera, se pretende emplear nuevos instrumentos que tengan en cuenta, en el campo judicial, la dimensión colectiva de las pretensiones del consumo y que autoricen la representación jurisdiccional de los intereses colectivos de los consumidores. La función de juzgar en sí misma requiere un juez activo, coautor del cambio y que desempeñe un papel de entrenador más que de árbitro⁶⁵.

En definitiva, entendemos que esta es la finalidad de la nueva ley, con esos tres niveles de concreción advertidos (obligaciones y contratos, cláusulas abusivas, orden público inmobiliario), necesariamente relacionados. Es lógico que el que la directiva tenga un objetivo más reducido (directiva de mínimos, falta de competencia general en la materia por parte de la Unión Europea –art. 222 del Tratado CE) no tiene nada que ver con la voluntad soberana del legislador y su encuadre en el ordenamiento jurídico total. La propia exposición de motivos de la ley dice: “La presente ley tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de la condiciones generales de la contratación... La disposición adicional segunda modifica la

⁶⁵ *Op. cit supra*, págs. 174–179.

Ley hipotecaria para acomodar las obligaciones profesionales de los registradores de la Propiedad a la normativa sobre protección al consumidor y sobre condiciones generales, adecuando a las mismas y a la legislación sobre protección de datos de las labores de calificación, información y publicidad formal". 