

BIBLIOGRAFÍA

Notas críticas

PAGADOR LÓPEZ, Javier: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, 786 pp.

De verdadero acontecimiento cabe calificar la aparición de esta monografía de Javier Pagador sobre condiciones generales: no porque él, hasta el momento, sea un autor demasiado conocido, lo cual sería imposible, dada su juventud; sino por su excepcional calidad. Como indica el prologoista Juan Font Galán, Catedrático de Derecho mercantil en la Universidad de Córdoba, la presente obra forma una unidad con la mucho más breve monografía que Pagador publicó en 1998 con el título *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, atinente a la Directiva 93/13, de 5 de abril: los dos libros encuentran su origen en la tesis doctoral del autor leída en 1997, en la que obviamente no pudo analizar la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, a veces, LCGC). En la presente reseña me ocupo solamente del libro de 1999, no del dedicado a la Directiva, si bien debo decir de éste que, en sus 227 páginas, el autor expone brillantemente su interpretación de la mencionada fuente comunitaria y su incidencia en el Derecho español previo a la Ley 7/1998, abordando, tras un prefacio, una introducción y un capítulo destinado al ámbito de aplicación, el problema del control y de la interpretación de las cláusulas contractuales predispuestas celebradas con consumidores, tratamiento del tema que completa con otro capítulo sobre las acciones y los procedimientos y con dos brillantes capítulos finales alusivos a los problemas planteados por la falta de transposición de la Directiva al Derecho español, en los que analiza la aplicabilidad de ese texto normativo en nuestro territorio: la formación alemana del autor se percibe fácilmente, así como la cantidad y la calidad de su información, pero lo más envidiable es su capacidad creativa sustentada en un análisis minucioso y riguroso de los textos más relevantes –el de la Directiva y el de la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976–, capacidad que sorprende en un investigador que podría carecer de la experiencia que se reputa habitualmente imprescindible: ello nos demuestra que pocos años bien aprovechados alimentan más que muchos perdidos; y que un joven diligente puede ser más experimentado que un anciano que desaprovechó su vida. Pero Pagador no sólo recibe formación en Alemania y en Italia, sino también en España, de mano del profesor Font, autor de un hermoso prólogo que, encabezando el libro de 1999 objeto de esta recensión, dirige también, como antes apunté, al del año anterior: en dicho prólogo Juan Font, además de aludir a la tesis doctoral y a trabajos más breves de su discípulo sobre el mismo tema, describe sus cualidades sin exagerar en absoluto, refiriéndose además a la actitud de Pagador ante la desafortunada Ley 7/1998, actitud no sólo «racional», sino también «emocional», lo que le mueve a recordar las palabras de Portalis, uno de los autores materiales del Código Civil napoleónico, relativas a la responsabilidad del legislador;

confronta asimismo de pasada el profesor Font la monografía prologada con la del profesor Alfaro publicada en 1991, lo que puede suscitar en el lector una explicable y sana curiosidad acerca de la relación entre ambas obras y de éstas con otras referentes a las condiciones generales.

El libro, además del comentado prólogo y de la referencia a las abreviaturas, se compone de cinco extensos capítulos, de una completa lista bibliográfica y de una original «Relación de jurisprudencia citada y utilizada, ordenada cronológicamente, junto con una sumaria indicación de su contenido y de sus datos de publicación».

El capítulo I lleva por título «Introducción y marco normativo». Tras unas breves referencias históricas y una delimitación conceptual en la que se diferencian y se relacionan conceptos tales como condiciones generales de los contratos, condiciones generales de la contratación, contratos de adhesión, contratos-tipo, etc., aborda el autor la cuestión de las funciones económicas y empresariales de las condiciones generales, mencionando las que merecen un juicio positivo (racionalización, seguridad jurídica, previsión de costes) y las que merecen uno negativo (traslado de costes al adherente, exención de responsabilidades, etc.), señalando Pagador en unas penetrantes consideraciones de política legislativa que, si bien las funciones positivas van unidas al hecho del empleo de esta técnica, las negativas van asociadas al contenido de regulación material establecido en ellas, bien por ser oscuras, bien por ser injustas; para Pagador, las condiciones generales son no sólo deseables sino también imprescindibles, beneficiando no sólo a los empresarios sino también a todo el mercado (piénsese, p. e., en el llamado «argumento del precio»); pero el ordenamiento debe regularlas para evitar la degeneración de sus encomiables y necesarios objetivos. Recuerda seguidamente el autor la polémica relativa a la naturaleza jurídica de las condiciones generales, mencionando las teorías normativistas y las contractualistas, así como prometiendo ocuparse en un lugar posterior de la obra de la denominada «teoría de la eficacia meramente declarativa», a la que ya define. Finaliza el capítulo con una exposición del marco normativo del régimen jurídico de la figura, aludiendo en primer lugar a la reciente evolución del Derecho positivo español atinente a la materia (Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios –en adelante, LGDCU–, antecedentes de la Ley 7/1998 y primeros juicios demolidores sobre ésta) y tratando luego con algún detenimiento la Directiva comunitaria 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, constituyendo las páginas 65 a 83 de la presente obra un habilidoso resumen del libro precedentemente comentado, publicado en 1998 por el mismo autor; me hago ahora eco de algunas de sus más importantes aseveraciones atinentes a la interpretación de la Directiva, en cuanto que repercuten sobre el Derecho actualmente aplicable en nuestro país: después de calificar a dicha Directiva de diversos modos (experimental, de mínimos, supranacional), y de incardinarla en los Tratados comunitarios, alude a su ámbito de aplicación (objetivo y subjetivo –*rectius*, material-funcional–), al control de inclusión, a la regla de las cláusulas sorprendentes (sobre la que dice que, a pesar de las apariencias, sí se contempla en la Directiva) y al control de contenido, sobre el que formula importantes tesis; para Pagador, dicho control de contenido «...se articula en torno a la existencia de una cláusula general prohibitiva (art. 3.1) –cuya aplicación trata de facilitarse u orientar-

se mediante el establecimiento de unos criterios instrumentales a tal fin (art. 4.1)– y un catálogo ejemplificativo de cláusulas que se consideran prohibidas (art. 3.3), el cual figura recogido en el Anexo de la Directiva» (pp. 73-74); esto es, son ineficaces (la Directiva no se pronuncia sobre qué tipo de ineficacia debe producirse) las cláusulas no negociadas que, dañando la buena fe, produzcan grave desequilibrio en perjuicio del consumidor, debiendo atenderse, a la hora de saber si estamos ante la hipótesis del artículo 3.1, a la interpretación *circunstanciada* contemplada en el artículo 4.1. Las cláusulas del Anexo *pueden* ser abusivas, lo son *en principio*, son sospechosas (*sistema de lista gris*), pero cabe que una concreta cláusula de las contenidas en el Anexo no sea abusiva si, aplicándose conjuntamente los artículos 3.1 y 4.1, se infiere tal conclusión; viceversa, cabe que si lo sea una cláusula no comprendida en el Anexo; por cierto, en la segunda parte de éste se citan cláusulas que, mencionándose en la primera, dejan de ser *sospechosas*, lo que no implica que no puedan ser *abusivas ex* artículos 3.1 y 4.1. Alude seguidamente Pagador a la regla de interpretación del artículo 5 y a las consecuencias negociales de los controles (art. 6), aclarando que «...corresponderá a los legisladores nacionales de los Estados miembros decidir en cuál o cuáles de las diferentes categorías de ineficacia comercial existentes en sus ordenamientos internos se concretará la falta de carácter vinculante para el consumidor de las cláusulas abusivas» (p. 80) y subrayando que *la regla general será la ineficacia parcial, produciéndose la ineficacia de todo el contrato sólo cuando éste se vea afectado en sus elementos esenciales como consecuencia de la desaparición de una o varias de sus cláusulas que se reputen abusivas*. Termina el capítulo con una breve alusión al control abstracto contemplado en el artículo 7 de la Directiva.

El capítulo II se titula «El ámbito de aplicación del Derecho de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas predispuestas de los contratos celebrados con consumidores en el Ordenamiento jurídico español». Comienza refiriéndose el autor a los dos posibles criterios que cabe adoptar al delimitar el ámbito de la regulación de las condiciones generales: o bien se regulan en una Ley específica ellas mismas, sea como sea el adherente; o bien se regulan como un capítulo más de la protección del consumidor en una Ley de consumidores; el Derecho español actual –indica seguidamente– se caracteriza por su singularidad y su complejidad, pues sobre la materia inciden una Ley de protección de consumidores y usuarios, una Ley posterior de condiciones generales que modifica ésta y que atribuye una protección más cualificada al adherente consumidor, otra Ley sobre el seguro que se refiere a la materia y más Leyes sectoriales que asimismo afectan a la cuestión; para exponer su opinión adopta Pagador dos puntos de referencia: uno objetivo, la noción legal de condiciones generales de la contratación; y otro aparentemente subjetivo, la noción de consumidor o usuario. Entrando propiamente en materia, considera el autor que el adherente debe ser protegido preferente y concretamente mediante un control legal de contenido de las condiciones generales porque carece de la posibilidad de libre autodeterminación, en cuanto que, si bien puede decidir si contrata o no, no puede de hecho contribuir a conformar la reglamentación comercial reguladora de la relación contractual, no siendo además la competencia relevante para protegerle, pues la falta de transparencia y el tecnicismo de las condiciones generales impiden a los posibles destinatarios conocer cuáles clausulados son preferibles para ellos y cuáles

no lo son. Ante ello se plantea Pagador «...si los distintos factores que contribuyen a *sustraer* las condiciones generales del juego del principio de libre autodeterminación actúan o no con idéntica intensidad respecto de los diferentes *tipos o categorías* posibles de adherente..., respecto a *adherentes-consumidores y a adherentes-no consumidores* o, si se prefiere, *adherentes-profesionales o empresarios...*» (p. 135); a esta pregunta contesta que se da una necesidad de protección de carácter general, pero no uniforme (*ibidem*), debiendo ser mayor en el supuesto de adherente-consumidor (*ibidem* y pp. ss.); concretando su opinión respecto del Derecho español, matiza que precisamente sería improcedente y poco acorde con principios constitucionales un trato uniforme para adherentes consumidores y empresarios. Pasa seguidamente el autor a perfilar el concepto legal de consumidor: tras una crítica demoledora del tenor literal del artículo 1 LGDCU (crítica en la que demuestra que la interpretación literal de los preceptos legales conduciría a consecuencias inaceptables), escribe que «...se consideran consumidores o usuarios en sentido legal las personas físicas o jurídicas que, mediante una operación económica de cambio, desarrollada en el mercado y conforme a las leyes de éste, adquieren de un operador económico profesional que actúa como tal, bienes o servicios con la finalidad de satisfacer sus necesidades personales, familiares, particulares o domésticas o, en suma, ajenas al desarrollo profesional de una actividad económica en el mercado» (p. 165). Seguidamente pasa a comentar y a matizar los elementos de esa definición, deteniéndose en el problema del consumidor persona jurídica (esto es, se pregunta qué personas jurídicas y entes similares pueden ser consumidores), en el de quién puede ser el predisponente, en el de la descripción de la operación jurídico-económica de cambio, en el del objeto de los actos y relaciones de uso y consumo y en el de la carga de la prueba de la condición de consumidor o usuario de un sujeto: destaquemos, por ejemplo, respecto de la descripción de la operación de cambio, que, según el autor, debe ser el acto de consumo, que «...*El sujeto que actúa en función consumidora ha de desprenderse de valores de cambio para adquirir valores de uso*» (p. 207), aclarando asimismo el texto que ha de tratarse de una operación celebrada en el marco del mercado y conforme a las leyes de éste. Termina el capítulo con una reflexión acerca de la posible aplicación analógica del control de contenido de la LGDCU a supuestos no comprendidos en ella, concretamente a supuestos de relaciones interempresariales o interprofesionales, apuntando que tal vez quepa aplicar a tales relaciones la cláusula general de control de contenido (p. 224). Advierto que no parece tocar Pagador en este capítulo el punto relativo a que el artículo 2, *b*) de la Directiva 93/13 podría hacer ampliar el concepto de consumidor en Derecho interno español a efectos de protección del adherente de cláusulas abusivas: ¿No deberíamos «estirar» algo el artículo 1 LGDCU (en relación con el art. 8 de la LCGC) para interpretarlo «según Directiva», como precisamente suele repetir Pagador a propósito de otros problemas?

El capítulo III se titula «Ámbito de aplicación objetivo: las nociones legales de *condiciones generales de la contratación y de cláusulas contractuales predispuestas no negociadas individualmente entre las partes*». A juicio del autor, la LGDCU, en su versión actual, inspirada en la Directiva 93/13, se aplica a las cláusulas contractuales predispuestas que no hayan sido especialmente negociadas entre las partes, siendo indiferente que hayan sido o no

redactadas con vistas a su utilización general, es decir, que sean o no verdaderas *condiciones generales*: este cuarto requisito sólo viene exigido –por la LCGC– a efectos del procedimiento de control abstracto. Por todo ello analiza Pagador muy detenidamente los citados caracteres de contractualidad, predisposición y rigidez e inevitabilidad, terminando el capítulo refiriéndose a la uniformidad o al carácter general de las cláusulas. En relación al requisito de la contractualidad, puntualiza el autor en qué casos estamos ante cláusulas verdaderamente contractuales (a efectos de la legislación de consumidores y de condiciones generales) y en qué casos no (p. e., contratos administrativos); debe destacarse que Pagador cree que «...no es necesario que las reglas o estipulaciones de que se trate se conviertan de forma inmediata en contenido contractual» (p. 239), bastando que lo contenido en ellas contribuya a determinar los derechos y las obligaciones de las partes de la relación contractual. En relación a la predisposición, escribe Pagador que «...exigir que las cláusulas contractuales hayan sido predisuestas es... exigir... *que hayan sido elaboradas o fijadas con anterioridad al comienzo de la fase de negociación del contrato*» (p. 255), hayan sido o no obra material del predisponente, apuntando que es posible predisposición con negociación y, tal vez, lo contrario (cláusulas impuestas espontáneamente), así como cláusulas predisuestas no escritas y cláusulas predisuestas contenidas en soportes materiales no documentales. Respecto del elemento de la imposición, centra primeramente la cuestión Pagador afirmando que, para que exista, es necesario, desde la perspectiva del posible adherente, que la alternativa de no contratar con ese predisponente no sea razonable; si lo es (p. e., hay otro predisponente con mejores condiciones), no se da «imposición» a efectos de estas normas, aunque el primer predisponente no se muestre dispuesto a discutir; alude seguidamente el autor a los casos en los que la imposición no se da: cláusulas contractuales prerredactadas relativas a los elementos esenciales del contrato (*Hauptkonditionen*) (en cuanto que el adherente sí tiene en cuenta esos elementos, los conoce y los elige), otras cláusulas sobre las que cabe apreciar la concurrencia de un consentimiento negocial en sentido estricto y las cláusulas predisuestas especialmente negociadas: se detiene aquí minuciosamente el joven mercantilista, precisando al máximo cuándo hay negociación y cuándo no: alude al carácter excepcional de la verdadera negociación (cuya existencia debe demostrar el predisponente) y a los subterfugios que éste empleará para aparentar la existencia de negociación; en un texto modélico (p. 293), Pagador expone que es necesario primeramente definir la negociación y luego aportar criterios para determinar si una concreta cláusula negocial predispuesta ha sido o no objeto de negociación especial entre las partes contratantes; en opinión de Javier Pagador (principalmente pp. 296 ss.), para que exista «negociación» a los efectos de excluir el elemento de la «imposición», «...deben concurrir unas circunstancias tales que *permitan inferir razonablemente que el predisponente no contempla con indiferencia la eventualidad de que un cliente tome la decisión de no contratar con él por razón del contenido regulador de una o varias de las cláusulas prerredactadas por el primero, y que, a fin de evitar que ello suceda, está realmente dispuesto a modificar el contenido de las mismas en el sentido que resulte aceptable al segundo*. A ello debe añadirse, por otra parte, la demostración de que el cliente *conoce el clausulado contractual prerredactado y presentado por el empresario o profesional predisponente y dispone de la capacidad intelectual y de la formación necesarias para, en primer lugar, apercibirse de la situación anterior* –o

sea, la disposición real a negociar del predisponente a fin de *no perder clientes*— y conocer la existencia de una normativa especial enderezada a su protección y para, en segundo lugar, *comprender y valorar correctamente eventuales formulaciones alternativas del clausulado propuestas por el predisponente o incluso emitir las él mismo, de tal modo que a su declaración de conformidad con el clausulado definitivo del contrato...* se le pueda atribuir razonablemente *el significado, alcance y trascendencia de un genuino consentimiento jurídico-negocial*» (pp. 317-318). Esto es, se requiere una concreta situación del mercado consistente en que al empresario no le sea indiferente que ese cliente le abandone y, además, unas determinadas aptitudes y actitudes del mencionado cliente, aportando seguidamente el autor valiosas guías prácticas para inferir que se dan, en los casos X o Y, tales requisitos: aclara, p. e., que no es determinante una modificación material del clausulado prerredactado o que no hay negociación por el mero hecho de que el predisponente se limite a remitir al cliente un ejemplar de las cláusulas para que las examine o para que escoja entre un modelo u otro de clausulados. Con relación al requisito de la generalidad (sólo exigido, como decíamos, a propósito del control abstracto), tras aludir a la consideración de la cuestión en la doctrina alemana, aporta Pagador algunos criterios útiles para determinar si concurre o no tal requisito, afirmando sustancialmente que lo importante es que el empresario que crea o utiliza las cláusulas tenga el propósito de aplicarlas a una pluralidad (determinada o indeterminada) de contratos: dándose esta circunstancia, tales cláusulas deben reputarse condiciones generales.

El capítulo IV se titula «El control de incorporación de las condiciones generales y cláusulas predisuestas al contrato: los llamados *requisitos de inclusión*». Trata ahora el autor del denominado «control de inclusión o de incorporación», encaminado, como es sabido, a facilitar la información a los adherentes acerca de la existencia y del contenido de las cláusulas, lo que implica la necesidad de que éstas sean claras y de que se comuniquen correcta y tempestivamente a los contratantes no predisponentes; concretamente, para Pagador, los requisitos de inclusión son «... aquellos requisitos o exigencias legales que ha de satisfacer quien se propone utilizar condiciones generales o cláusulas predisuestas en el desarrollo de su actividad negocial (predisponente) a fin de asegurarse de que aquéllas lleguen a formar parte del contenido contractual, o sea, a fin de que se produzca su efectiva incorporación al contrato» (p. 345). Comienza Pagador diciendo que los artículos reguladores de este control son fundamentalmente los siguientes: 5, 7 LCGC, 10.1.a) LGDCU y 3 LCS, preceptos a cuyo análisis dedica las páginas siguientes. Tras unas observaciones sobre los mencionados textos legales y unas consideraciones generales, pasa el autor a examinar detenidamente el control de inclusión en el artículo 3 LCS, distinguiendo muy pormenorizadamente las cláusulas de carácter lesivo para el asegurado (cuya represión jurídica consiste exactamente no en un control de incorporación sino de contenido), las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado y las cláusulas de delimitación del riesgo objeto de cobertura. Permítaseme destacar el tratamiento de las cláusulas *claims made* (pp. 371 ss., en nota), a propósito de las cláusulas lesivas, o el de las cláusulas de delimitación del riesgo que sean lesivas por ser sorprendentes (pp. 378-379). Abórdase seguidamente —saltando a un ámbito general, esto es, más allá del contrato de seguro— el llamado requisito de perceptibilidad-legibilidad, comprensibili-

dad y concreción, aludiéndose al tamaño y al tipo de letra, a la clase de lenguaje, etc., con ricas referencias jurisprudenciales y jurídico-positivas, pudiendo destacarse, entre otras cuestiones, las referencias a las denominadas cláusulas salvatorias o sanatorias (especialmente, p. 410). Trata después el autor del requisito de entrega o facilitación de las condiciones generales al adherente, distinguiendo los casos de contratación telefónica y electrónica, los de contratos que habitualmente no se perfeccionan por escrito y los de contratos que sí se celebran ordinariamente por escrito, aclarando Pagador, respecto de las cláusulas predispuestas insertas en estos últimos, que, si aquéllas no se hallan colocadas en el documento contractual delante de la firma, dicho documento debe referirse a ellas (en la llamada *cláusula de referencia*) y el texto que las contiene debe ser entregado al adherente antes de la firma del contrato o simultáneamente a ella; merece destacarse la abundancia de citas jurisprudenciales que ilustran los razonamientos del autor, por ejemplo al estudiar el supuesto de incorporación por referencia o reenvío a otros textos o documentos (pp. 438 ss.).

El capítulo V y último, el más extenso del libro, se titula «Reglas de interpretación, control de contenido y consecuencias negociales de la práctica de los diversos controles legalmente previstos». Especial importancia tiene el comienzo del capítulo, donde el autor clasifica dentro del concepto de interpretación todas las actividades encaminadas a la determinación de la denominada «regla negocial» que no son propiamente hermenéuticas (integración, calificación, etc.), aunque seguidamente matiza algo lo dicho al hablar de «interpretación en sentido estricto» (pp. 447-448); advierte luego, en línea con la tesis dominante, que «...la fase de interpretación contractual se produce *con posterioridad a la práctica del control de inclusión o incorporación* y precede, en su caso, a la *práctica del control de contenido*» (p. 449). Inmediatamente después advierte Pagador que estas operaciones a veces son confundidas por la doctrina, por los jueces y por el mismo legislador, pues a veces «...se califica como interpretación lo que es en realidad control de contenido o *se viste* de control de incorporación lo que es actividad de interpretación» (p. 452): en efecto, el artículo 6 LCGC, teóricamente dedicado a la regulación de la interpretación, alude verdaderamente a ella a propósito de la llamada interpretación *contra proferentem*, pero realmente introduce unos *requisitos negativos o revocatorios de incorporación* cuando establece las reglas de la prevalencia de las cláusulas particulares y de la condición más beneficiosa para el adherente (pp. 452 ss., y 484 ss.): esto es, al decirnos la ley que las cláusulas generales quedan desplazadas por las particulares o que las más perjudiciales quedan desplazadas por las más ventajosas, eliminamos del contrato las generales y las perjudiciales, lo que teóricamente corresponde —eso sí es reconocido por Pagador— a lo que todos llaman «control de inclusión». Permítaseme avisar ya al lector de que, para decidir si algo es más beneficioso o más perjudicial, hay que interpretar, como hay que interpretar asimismo para calificar a una cláusula de oscura o ambigua, cosa que no suele tener en cuenta la doctrina, ni siquiera Pagador mismo, al sostener, como vengo diciendo, que las cláusulas ambiguas padecen el control de inclusión (además de que, según la LCGC, deben ser interpretadas *contra stipulatorem*), control previo a la tarea hermenéutica [no se olvide que la LCGC asigna dos efectos distintos e incompatibles a la oscuridad: arts. 6.2 y 7.b)]. Pero continuemos describiendo el contenido del libro, que prosigue seguidamente con un estudio pormenorizado de los aludidos requisitos negativos de inclu-

sión (pp. 453 ss.): trata así primeramente de las cláusulas sorprendentes y luego de la regla de la prevalencia, aclarando que «...en principio sólo son objeto de control de contenido aquellas cláusulas de condiciones generales que hayan pasado a formar parte del contrato por reunir los requisitos de inclusión y no hayan sido *desincorporadas* por su carácter sorprendente o por hallarse en contraste con acuerdos individuales alcanzados entre las partes» (p. 470). Alude seguidamente la obra a la interpretación *contra proferentem*, atendándose el problema de cuándo la oscuridad produce la no inclusión y cuándo se interpreta la cláusula a favor del adherente (pp. 472-473) y aludiéndose al hecho de que la técnica en cuestión sirvió en los tribunales para hacer operar el control de contenido cuando faltaban normas para que dicho control pudiera tener lugar. Sobre si la interpretación debe ser subjetiva u objetiva, opina Pagador que en el ejercicio del control abstracto debe ser objetiva, debiendo, por el contrario, ser subjetiva o circunstanciada en el del control concreto. Continúa el autor haciendo un análisis minucioso de las cláusulas sorprendentes, considerando que el Derecho español las contempla aunque no las mencione expresamente con ese nombre; aborda seguidamente la relación entre la regla de la prevalencia y la de la condición más beneficiosa, delimitando primorosamente diferentes supuestos fácticos que determinados principios exigen distinguir; trata luego de las cláusulas de forma escrita, de confirmación y de cierre contractual, así como del problema de la condición más relevante, para desembocar ulteriormente en un estudio extenso (ya en sede de interpretación *stricto sensu*) sobre el régimen de la interpretación *contra proferentem* (presupuestos de aplicación de la regla y consecuencias de dicha aplicación) y en una breve referencia a la regla de la interpretación restrictiva de las cláusulas desfavorables o gravosas para el adherente. Pasando a los temas de la ineficacia parcial e integración y a los de ineficacia total del contrato (pp. 572 ss.), tras una introducción, afronta el llamado «control abstracto», es decir, el problema de las acciones colectivas frente al empleo de condiciones generales ilícitas, aludiendo asimismo al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, textos ilustrativos y divertidos en los que se deslizan llamativas críticas a quienes participaron, desde el Parlamento, en el progresivo empeoramiento del texto, ya muy censurable, que procedía del Ministerio, acabando de pulverizar la Ley 7/1998. Pero volvamos a la obra, que en sus pp. 596 ss. trata extensamente de las consecuencias negociales de la ineficacia de condiciones generales y cláusulas predispuestas. En las primeras páginas de este tramo anuncia Pagador el plan de exposición, advirtiendo que se trata de explicar fundamentalmente los artículos 8, 9 y 10 LCGC y 10 y 10 *bis* LGDCU, en su actual redacción; recordemos que, tras el control de inclusión y la interpretación, procede el control de legalidad de las cláusulas y el control de contenido de las mismas; pues bien, aclara el autor que dicho control de contenido opera mediante la nulidad de las cláusulas abusivas, la integración del contrato encaminada a recomponer a éste de las consecuencias de esa nulidad y, en algunos casos (afección de algún elemento esencial o surgimiento de una posición no equitativa entre las partes), la ineficacia total del contrato con posible moderación de las consecuencias de ese resultado por el Juez: a partir de la p. 612 explica sistematizada y pormenorizadamente Pagador este proceso. Respecto de la ineficacia de las cláusulas abusivas, que, en principio, como se dijo, consiste en una ineficacia sólo parcial del contrato, cree el autor que estamos ante nulidad y no ante anulabilidad (pp. 616-617). Plantea seguidamente el problema de qué sucede

cuando concurren en las cláusulas contractuales las irregularidades invalidantes contempladas en el Código civil, especialmente vicios del consentimiento. Luego pasa a precisar la noción de cláusula contractual a los efectos de este control: desechando el sentido formal del término «cláusula», trata de encontrar un concepto material, proponiendo que *cláusula* es «...la *partícula* o *unidad* mínima dotada de contenido de regulación material autónomo, o sea, de sentido propio en cuanto regla de conducta» (p. 634), lo que le permite, en el ejercicio de un exhaustivo casuismo, distinguir supuestos en los que hay varias cláusulas o en los que sólo hay una, a pesar de que parezca lo contrario, siendo estos pasajes muy útiles para conjurar manipulaciones fraudulentas de avispados predisponentes, desembocando en el problema de la denominada *blue pencil rule*, expediente técnico de la reducción conservadora de la validez, que Pagador rechaza para el Derecho español (p. 648). En cuanto que guarda relación con la relevancia de la voluntad negocial de los contratantes (tema que se suscita a propósito de la antes mencionada regla), analiza seguidamente el problema de la naturaleza de las condiciones generales, abordando la tesis de la eficacia meramente declarativa propuesta por el profesor Alfaro, tesis que Pagador termina rechazando (p. 663). Sobre el carácter imperativo de la regla de la nulidad parcial coactiva dice el autor que dicho carácter determina la ineficacia de las cláusulas salvatorias, sanatorias, de salvaguardia o de actualización, salvo en algunos casos en los que deba entenderse que no constituyen elusión de tal imperatividad. Seguidamente, tras explicar el profesor de la Universidad cordobesa cómo se realiza la integración inevitable tras la antes expuesta nulidad parcial, se enfrenta a los supuestos en los que la LCGC (combinada con la LGDCU) establece la ineficacia total del contrato: comienza por censurar dicha posibilidad en el plano de la política legislativa, apoyando, entre otras, mis opiniones frente a las de Jesús Alfaro; pasa luego a estudiar las dos hipótesis para las que el legislador determina esta temible consecuencia: afectación de los elementos esenciales del contrato y surgimiento, tras la citada integración y a pesar de ella, de una situación no equitativa (recuérdese la *unzumutbare Härte* de la Ley alemana) en la posición de las partes que no pueda ser subsanada. ¿Y qué tipo de ineficacia (total) se producirá? Tras examinar las diversas posibilidades (nulidad, anulabilidad, rescisión), opta Pagador por la tesis de la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida o por desaparición de la base del negocio (p. 712). La obra se cierra con una reflexión acerca de la indemnizabilidad por culpa *in contrahendo* ante la mencionada ineficacia total del contrato, indemnizabilidad basada en el carácter objetivo de la responsabilidad del predisponente frente al adherente.

Paso ahora a un breve comentario crítico. Todo lo dicho hasta el momento indica al lector especializado que no nos hallamos ante una monografía más, sino ante el punto de referencia obligado del investigador español del Derecho de condiciones generales tras la vigencia de la Ley 7/1998, como lo fue el libro de Jesús Alfaro (que luego cito) respecto del Derecho anterior. Con sus deslumbrantes y abundantes virtudes y sus muy escasos defectos, la obra de Javier Pagador puede calificarse de excepcional: como español, me enorgullezco de que tengamos en nuestros catálogos un texto semejante, debiendo considerarse, en su correcta valoración, la extrema complejidad del tema, la información exhaustiva del autor, la penetración en el tratamiento de los problemas, su pulcritud sistemática y su envidiable creatividad: cuando recuerdo cómo se mueve en el tema de las cláusulas sorprendentes o, incluso

más básicamente, en el del concepto mismo de cláusula (profundizando en una concepción material y sustancial de ella que permita al intérprete esquivar engañosas formulaciones externas), no puedo menos que admirar que un jurista en formación rebase holgadamente el nivel de afamados especialistas sobrados de discípulos y tribunales. Permítaseme asimismo destacar la singular agudeza del autor cuando describe qué tiene, a su juicio, que suceder para que podamos considerar que una cláusula ha sido *impuesta* a efectos de aplicarle la legislación especial (las páginas dedicadas a describir cuándo se da verdadera *negociación* son el producto de una mente poco común); algo parecido cabe decir sobre su exégesis del artículo 3 LCS, o sobre los requisitos para que unas condiciones generales se reputen suficientemente comunicadas; o sobre el empleo del criterio del interés para dilucidar la índole de la ineficacia de un negocio, etc. El manejo de jurisprudencia y de doctrina es ejemplar; el grado de información, altísimo. Respecto de este punto procede hacer una importante observación: podría sorprender desfavorablemente a un lector apresurado la descompensación que parece darse entre el empleo de la doctrina alemana y el de otras: ¿No debe Pagador, autor de una monografía sobre Derecho español, además de abordar exhaustivamente éste y su doctrina, referirse a otras proporcionadamente, invocando las aportaciones francesas, italianas, portuguesas, británicas, etc., tanto como la alemana? La respuesta debe ser negativa: Pagador actúa perfectamente exhibiendo –y aprovechando– sus descomunales conocimientos sobre la doctrina generada por la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, abreviadamente, *AGBG*), porque ésta no es una Ley cualquiera, sino el punto de referencia obligado de las demás, incluida la española: en materia de condiciones generales sucede aproximadamente como en Derecho Penal: Alemania es decisiva, incluso si se trata de Derecho español. Tal vez quepa echar de menos alguna referencia a la inglesa *Unfair Contract Terms Act* (abreviadamente, *UCTA*) de 1977 o al Derecho norteamericano (por cierto, provechosamente tratado, en sede de interpretación del Derecho español, por Ballesteros en su obra, *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Barcelona, 1999); pero la trascendencia para España del Derecho anglosajón en esta materia no es ni remotamente comparable a la de la *AGBG*. Apunto, no obstante, la posible utilidad de la doctrina de las *reasonable expectations* (expectativas razonables), importada a nuestro país por el mencionado José Antonio Ballesteros, para explicar no sólo las cláusulas insólitas sino también la misma naturaleza de nuestra figura (quede claro que yo, no obstante, no suscribo todas las interesantes tesis del citado profesor asturiano sobre esta materia).

Con frecuencia Javier Pagador debe lidiar con las dificultades nacidas de la casi nula calidad técnica de la Ley española, a la que dirige –sobre todo en sus notas– críticas de toda índole, algunas francamente divertidas (*vid.*, p. e., pp. 145, 147, 154, 155, 169, 191, 230, 263, 346, 423, 433, 434, 480, 481, 482, 491, 578, 581, 585, 588, 594, 595, etc.). A veces el autor me parece excesivamente puntilloso (p. 230), pero otras veces se queda corto o no aprovecha la ocasión para resaltar «creaciones» del legislador de 1998 que claman al cielo: ¿por qué no censura mucho más, en p. 405, el impresionante artículo 7.b) LCGC, al que casi considera asépticamente? ¿Y por qué no dice lo que merece el artículo 5, núm. 2, de la misma Ley (p. 427), o su artículo 5, núm. 3 (p. 431)? Por otra parte, aunque lo sugiere, no llega a afirmar Pagador, en pp. 592 ss., que lo mejor que puede suceder es que el Registro de Condicio-

nes Generales no sirva para nada, pues lo contrario podría distorsionar parte del ordenamiento (el autor no puede hacerse eco del aún no aparecido Reglamento aprobado por RD 1828/1999, de 3 de diciembre). Apuntemos que en una ocasión (p. 606) Pagador alaba al legislador, lo que me produjo una relajante sorpresa.

Pero la presente nota no queda completa sin detenerme, aunque sea brevemente, en algunos puntos. Permítaseme primero que tercié en una polémica y permítaseme luego que disienta de Pagador en algunos aspectos importantes.

La polémica se refiere a la manoseada cuestión del fundamento de la obligatoriedad de las condiciones generales, problema que muchos designan como el de la «naturaleza jurídica» de éstas: estoy de acuerdo con Pagador (pp. 49 ss. y 649 ss.) y con Ballesteros (pp. 270 ss. y 294 de la obra antes citada) (cito ahora sólo autores de monografías recientes) en la defensa de la tesis llamada *contractualista* de las condiciones generales, así como en sus críticas a la denominada tesis de la *eficacia meramente declarativa* de éstas enunciada por el profesor Alfaro en su obra *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 93 ss., obra, por otra parte, de extraordinaria calidad, cuyo contenido admiro y, en gran parte, suscribo. Pero ni Ballesteros ni Pagador advierten que la mencionada tesis de Jesús Alfaro sobre la eficacia declarativa merece una crítica mucho más radical que las propuestas por ellos: carece de sentido afirmar que unas determinadas cláusulas obliguen sólo porque sean acordes con el ordenamiento jurídico, porque, si yo redacto unas hipotéticas cláusulas conformes a Derecho y las introduzco en un cajón, ningún efecto jurídico producirán si nadie las suscribe, siendo esta suscripción la que genera su obligatoriedad; es cierto que, si no son acordes a Derecho, tampoco obligan aunque se firmen, pero la firma es imprescindible: y no se me diga que tal suscripción es una mera aceptación de la formalización del ordenamiento, pues una de dos: o las condiciones generales no añaden nada al citado ordenamiento, siendo un *nihil* jurídico (lo que nadie se cree, pues las condiciones generales tienen mil contenidos posibles diferentes, entre los compatibles con el Derecho objetivo); o sí añaden, siendo en tal caso necesario fundamentar la obligatoriedad de ese contenido añadido, que, para producir efectos jurídicos entre A y B, no basta con que sea acorde con el ordenamiento (dentro del cual se encuentra, eso sí, el principio de buena fe, *pero no las cláusulas acordes con ese principio*) (recuérdese el papel de mi cajón), sino que debe haber sido querido (al menos en su existencia, aunque tal vez no en su preciso contenido) por los afectados (tesis contractualista), a no ser que defendamos (lo que yo no hago) que ese *nuevo* contenido, *añadido* por el predisponente al ordenamiento *previo a él, sea también ordenamiento* (tesis normativista). En rigor, la tesis «declarativista» no es que sea errónea o inadmisibles (eso lo es la normativista, hoy también por motivos constitucionales), sino que carece de contenido real, esto es, que *no existe*, en cuanto que carece de sentido: es verdad que las condiciones generales contrarias a la buena fe no valen y que las que sean acordes a ella sí valen, pero siempre que hayan sido aceptadas negocialmente *ex artículo 1089 CC*: mientras permanezcan en el cajón son *perfectas cláusulas inexistentes* como *lex privata*: para vincular a alguien, o (ellas mismas) *son* ordenamiento, o, siendo conformes a él (incluyendo leyes, costumbres y principios como el de la buena fe), son *además* queridas por alguien como fuente de derechos y obligaciones. No hay alternativa *lógica*. Pues bien, Pagador pudo decir esto. Y no lo dijo.

Vayamos ahora a las operaciones de determinación del contenido de un contrato sometido a condiciones generales. Pagador, en línea con la doctrina casi unánime dentro y fuera de España y con las Leyes reguladoras de la materia (incluida la española de 1998 –recuérdense sus arts. 5, 6 y 7–), mantiene que el control de inclusión comprende la aplicación de las normas atinentes a la entrega del documento que contiene las cláusulas, al tipo de letra, al idioma y a la claridad del texto; y que, tras dicho control, después de la desincorporación de cláusulas generales o más perjudiciales, etc., comienza la fase de interpretación, previa al control de legalidad y al de contenido. Pues bien, disiento, en cuanto que, para concluir que una cláusula es ambigua o no, o si admite interpretación a favor del adherente, o si es más beneficiosa o no que otra, hay que interpretarla. El *iter* racionalmente correcto en una Ley ideal sería: primeramente, determinación del contenido contractual, decidiendo qué cláusulas pertenecen al contrato porque hayan sido entregadas tempestivamente al adherente, estén redactadas en letra grande y visible, en el idioma pertinente, etc. Sabido así *qué entra y qué no entra*, es necesario interpretar *lo que entra*, para saber: 1.º) Si es ambiguo u oscuro o si es claro; en este sentido la Ley debería decir si la oscuridad se sanciona con la interpretación *contra proferentem* o si la cláusula es nula (como sucede, *ex art.* 1289 CC, por indeterminación de su contenido), o cuándo se opta por una solución y cuándo por otra; 2.º) Siendo claro el contenido, se indagará si es ilegal con arreglo a los criterios generales (p. e., arts. 6, 1255, 1271, 1275 CC) o si es abusivo (*ex arts.* 8 ss. LCGC y 10 y 10 *bis* LGDCU).

Paso a otro punto en el que también discrepo de Pagador, pero, para abordarlo, continúo describiendo el proceso de fijación del contenido negocial: según Pagador, averiguado que una cláusula es abusiva, la sanción es la nulidad radical (pp. 612 ss.). No es absurda esta tesis, aunque requiera la matización que inmediatamente hago; desde luego, no es anulabilidad, pero la restricción en la legitimación para invocarla que contiene el artículo 9, núm. 1 LCGC parece disuadirnos de la tesis de la nulidad propiamente dicha a pesar de la expresión «nulas de pleno derecho» del artículo 8, núm. 1. Creo que nos hallamos ante una invalidez intermedia entre nulidad y anulabilidad, con rasgos de una y otra (por cierto, subsumible en la *nulidad* de Pasquau Liaño –*Nulidad y anulabilidad del contrato*, Madrid, 1997–), lo que, en sí, no es censurable: aquí no se equivocó el legislador de 1998, aunque debió aclarar más la cuestión y, desde luego, evitar la expresión «de pleno derecho» aludida. Tras optar por la nulidad de esas cláusulas, afirma Pagador que esa nulidad no acarrea la de todo el contrato y trata seguidamente de la integración de éste en unas admirables páginas que, en general, suscribo; como suscribo su rechazo, en el plano de la política legislativa, de las posibilidades de que la nulidad de las cláusulas abusivas acarree la ineficacia total del contrato, apoyando brillantemente Pagador mi tesis frente a la de Jesús Alfaro (p. 684). Estoy asimismo de acuerdo con que las hipótesis de aplicación de la medida consistente en la ineficacia total del contrato surjan tras la integración y a pesar de ella (pp. 689 ss.). Ahora bien, disiento rotundamente de Javier Pagador en que la ineficacia total del contrato acaezca en estos casos (arts. 9, núm. 2, y 10, núm. 1 LCGC, y 10 *bis*, núm. 2, *in fine*, LGDCU) consista en una resolución, afirmación cuya fundamentación contrasta con el tono de esta magnífica obra: según Pagador (pp. 701 ss.), nos hallamos ante «...un caso de resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida o por desaparición de la base del negocio» (p. 712). Pues bien, hay que recordar al profesor Pagador que esta figura de la resolución, incluso en la

modalidad que él propone, opera cuando, perfeccionado un contrato con plena regularidad, surgen *sobrevenidamente* eventos que convierten en excesivamente gravosa o difícilmente ejecutable la prestación. Ni remotamente éste es el caso: lo que sucede en nuestra hipótesis es que *durante el perfeccionamiento del contrato* ya se dan irregularidades (cláusulas abusivas), cuya existencia *se detecta y se declara después*: es el Juez (o eventualmente otro jurista) quien, tras el control de inclusión y la interpretación, al ejecutar el control de contenido, califica de abusivas esas cláusulas y las declara nulas (por cierto, esto sí es reconocido por el autor), nulidad que existirá *ya al firmarse el contrato*. Seguidamente el Juez, para averiguar sobre si, *al firmar*, existía o no *contrato* válido, integra y decide si lo que se firmó *era* un contrato parcialmente inválido o totalmente inválido. El hecho de que estas operaciones se ejecuten materialmente por el juzgador en fecha cronológicamente posterior a la de la firma del contrato no significa en modo alguno que las irregularidades y las consecuencias y sanciones de éstas no se entiendan *acaecidas*, según los criterios generales de la doctrina del negocio jurídico, *en el instante de la firma*: el negocio con cláusulas abusivas es total o parcialmente *ineficaz* por ser total o parcialmente *inválido*, pues nos encontramos ante una *ineficacia* debida a *irregularidades acaecidas* en el proceso formativo del negocio, es decir, irregularidades intrínsecas, como la causa o el objeto ilícitos, los vicios del consentimiento, etc. Ni rescisión ni resolución, sino, sin duda, invalidez: quien contrata con una cláusula abusiva infringe el ordenamiento. He de reconocer que la deficiente técnica de nuestro legislador al regular la rescisión (arts. 1290 ss. CC), acercándola a contratos de prestaciones descompensadas, puede despistar a un jurista superficial, cosa que obviamente no es Pagador. ¡Pues con menos motivo aún cabe hablar de resolución! No se olvide además que el autor opina que la sanción ante el carácter abusivo de una cláusula es la *nulidad* de esa cláusula: ¿por qué «se pasa» a la resolución cuando la nulidad de la cláusula *arrastra* al contrato entero? Recuerdese que, invalidez sin duda, nos hallamos ante una figura intermedia entre la nulidad y la anulabilidad, más cercana a la primera que a la segunda. Lo cual es admisible: en esto no censuro al legislador, que, sin embargo, podría haber precisado algo más el régimen de esta invalidez.

En el capítulo de las censuras, añádase a lo dicho las incorrectas alusiones del autor a la causa del contrato (pp. 82, 712 y 713): si la causa existe y es lícita al contratar, no puede *luego* dejar de existir o distorsionarse, pues, como elemento constitutivo del perfeccionamiento del contrato, es juzgada *entonces*, no luego. Hay causa ilícita o no hay causa al perfeccionarse el contrato y entonces es nulo por ello (art. 1275 CC). Estas inexactitudes me extrañan, porque sé que Javier Pagador, a diferencia de la mayor parte de la doctrina, sabe qué es la causa, si bien comprendo que es fácil resbalar en tan arduo tema: el inconveniente que padece este autor es que cabe exigirle la perfección. Por otra parte, la forma del artículo 1280 CC es exigida *ad utilitatem*, no *ad probationem*, como escribe incorrectamente gran parte de la doctrina civilística y reproduce indebidamente Pagador (p. 420). Y, por otra parte, en sede de cláusulas de forma escrita (forma convencional) (pp. 526 ss.), el autor debe caer en la cuenta de que la figura (contemplada incluso en algunos prestigiosos Códigos civiles) carece en sí de sentido, pues el contrato ulterior en el que no se observa la forma pretendidamente obligatoria pactada anteriormente en otro contrato, al gozar del mismo «rango jerárquico» que el anterior, lejos de infringir el primero, lo sustituye, al menos para el supuesto que aborda. En sede de indemnización por *culpa in contrahendo* ante la ineficacia

total (pp. 717 ss.), creo que la indemnizabilidad no se fundamenta en la previsibilidad o no de tal índole de ineficacia por el predisponente (de lo que se hace eco el autor en polémica con Ruiz Muñoz), sino precisamente en el empleo de cláusulas abusivas, lo que hace innecesario acudir a la figura de la responsabilidad objetiva (pp. 719-720), que, a mi juicio, por otra parte, existe, si el adherente es consumidor. Por otra parte, la bibliografía civilística que Pagador cita (p. e., en p. 448) sobre interpretación e integración es insuficiente. Por último, a veces Pagador peca de excesivamente reiterativo: emplea, por ejemplo, varias páginas (desde la 457 a la 464) para decirnos algo que ya en la primera estaba claro y demostrado. El lector advertirá que todo esto, no obstante, es una pequeña sombra en un festival de luces.

¿Qué balance debo hacer de esta obra? Creo que de todo lo dicho puede el lector inferir mi juicio crítico: como antes apunté, no es una buena monografía más, sino un punto de referencia obligado en la doctrina europea a la hora de reflexionar sobre la predisposición del contenido contractual. Si digo que nos encontramos ante una obra excepcional y ante una de las más sobresalientes aportaciones sobre el tema en nuestro continente, hago una afirmación verdadera, pero no suficiente: no expreso aquí todo lo que la obra merece para no herir la respetable pero injustificada modestia de Javier Pagador y para no suscitar en muchos corazones el explicable dolor que produce una desmesurada excelencia ajena.

Luis-Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ

PÉREZ PÉREZ, Emilio: *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, ed. Bosch de Barcelona, 1998, 214 pp.

1. El autor del libro objeto de esta nota crítica ha publicado durante las dos últimas décadas varios libros y artículos sobre Derecho de aguas y ha ejercido, aunque con encomiable discreción, un importante protagonismo en el proceso de reforma legislativa de esta rama del Derecho que se ha llevado a cabo en España en la década de los ochenta. Ha recibido diversos reconocimientos por su entusiasta labor en este campo, de algunos de los cuales –seguramente que no de todos– puedo informar aquí. Ante todo, habría que decir que Pérez Pérez ha desempeñado cargos de responsabilidad en la Administración Hidráulica y que se doctoró en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, donde ha sido también Profesor Asociado. En 1983 publicó en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario un artículo sobre aguas subterráneas que fue distinguido con un *accessit* en el concurso convocado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo con ocasión del centenario de la Ley de Aguas de 1879. Por esas fechas debió ser llamado por el Ministro del PSOE don Julián Campo Sáinz de Rozas, durante la primera legislatura del Gobierno de este partido con mayoría absoluta, para integrarse en el equipo que habría de realizar la Ley de Aguas de 1985, hoy actualmente vigente, y desarrolló, al parecer, en ese equipo un importante papel y un destacado protagonismo. Con posterioridad, el profesor Albala-dejo le encargó los comentarios a la nueva Ley de Aguas de 1985, ocupando el comentario que en efecto hizo casi la totalidad de uno de los tomos de la importante obra colectiva dirigida por dicho profesor y titulada *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, editada por EDESA. En fecha que ignoro,