

El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible) *

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Civil
Abogado

SUMARIO: *I. Planteamiento introductorio. La Ley 7/1998 y nuestro sistema de ineficacia contractual: A) Cuestiones previas. B) La duplicidad normativa: condiciones generales y cláusulas abusivas.—II. Contenido del presente trabajo: incorporación de la condición general de la contratación y efectos de la no incorporación.—III. Incorporación o control de inclusión de las condiciones generales de la contratación: A. La formulación positiva de los presupuestos de incorporación: A.1 La comunicación o cognoscibilidad. A.2 La comprensión: transparencia, claridad, sencillez y concreción. A.3 La prueba de los requisitos positivos de incorporación. A.4 La obligación de informar por parte del predisponente. B. La formulación negativa de los presupuestos de incorporación: B.1 La cognoscibilidad y la suscripción. B.2 La comprensión y el incomprensible contenido del apartado b) del artículo 7: B.2.1 La aceptación expresa y escrita de la cláusula incomprensible. B.2.2 La transparencia de lo incomprensible. C. Especial referencia al requisito de la cognoscibilidad y el error obstativo. D. El silencio normativo sobre las estipulaciones sorprendentes.—IV. La ineficacia de las*

* El presente trabajo tiene su origen en las reflexiones redactadas en un momento de inquietud inicial, próximo a la aparición de la Ley. La frescura y relativa candidez de tales pensamientos primeros ha hecho que los mismos se hayan visto a menudo comprometidos por la ulterior lectura de más pausados comentarios sobre los particulares objeto de estudio. No obstante, en el momento de decidir el envío de estas hojas a la impresión, creo oportuno mantener, en la medida de lo posible, el inicial entendimiento de los temas tratados aún consciente de que muchas de las consideraciones que persisten en la letra impresa son, por apresuradas, desechables. Sin embargo, insisto en ello, he preferido reflejarlas en el texto pues ofrecen una visión «civilista» y no contaminada de la ley especial que como luego he apreciado ha sido en muchos de sus aspectos objeto de más profundo y acertado análisis por una doctrina mercantilista que en la medida de lo posible me limito a referir.

Las anteriores afirmaciones incluso justifican la apostilla de su epígrafe: crónica de lo incomprensible. Hoy hablaría de crónica de lo entonces incomprensible.

condiciones generales de la contratación secunete a su no incorporación al contrato: A. El tipo de ineficacia derivada de la no incorporación. B. Plazo de prescripción de la acción de expulsión. C. El cómputo del *dies a quo*. D. Efectos de la no incorporación: D.1 El principio de conservación del contrato. D.2 Las pautas para la integración de las cláusulas expulsadas: D.3 El agente integrador de lo no incorporado.– V. *A modo de conclusión*.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO. LA LEY 7/1998 Y NUESTRO SISTEMA DE INEFICACIA CONTRACTUAL

A) Cuestiones previas

Acometer el análisis de una nueva Ley precisa, desde un primer momento, valorar no sólo la literalidad de sus normas sino, tratándose de una legislación sectorial, comprobar su cabal incardinación en el sistema. En este sentido es obvio que una Ley de Condiciones Generales de la Contratación debiera ser respetuosa con los principios básicos de nuestro sistema patrimonial y más concretamente de nuestro sistema contractual.

Pues bien, como iremos examinando, en materia de incorporación de condiciones generales y, sobre todo, a propósito del tipo de ineficacia que deriva de las nuevas reglas sobre el particular, entiendo que el legislador no ha cumplido con esa primera y necesaria premisa pues la nueva normativa resulta escasamente respetuosa, a la par que difícilmente coordinable, con el resto del sistema en que ha de encuadrarse del que no extrae sus cualidades aunque si hereda sus deficiencias.

En función de lo anterior debemos criticar desde un primer momento la labor de un legislador que ha acometido una serie de innovaciones, las cuales aisladamente consideradas pueden ser más o menos válidas pero que, incardinadas en el genérico sistema de ineficacia de tales convenciones, producen un resultado a menudo perverso. A modo de ejemplo subrayaré que la gran novedad en la regulación de las condiciones generales de la contratación –el llamado control de inclusión de las mismas– unas veces se confronta con instituciones consolidadas y otras reproduce y magnifica alguna de las deficiencias del derecho patrimonial común que, al parecer, no eran conocidas por el legislador sectorial. En definitiva va a resultar materialmente imposible ofrecer una exégesis razonablemente coherente del panorama positivo resultante si analizamos algunos de los aspectos de la nueva Ley con una perspectiva siste-

mática por otro lado obligada ante las frecuentes remisiones al derecho común contenido en el CC. Afortunadamente queda el recurso a la inobservancia al que la materia disciplinada no viene siendo ajena ¹.

Frente a tal conclusión ha de recordarse que el hecho de que la materia cuestionada por la nueva Ley se encuentre en los aledaños del fenómeno del consumo no justifica tampoco la descoordinación sino que, a lo sumo, ampararía un más cuidado desarrollo de principios vigentes. Frente a una cínica hipervaloración del fenómeno consumista, determinante de una acrítica consideración del principio de protección al usuario como un metaprincipio jurídico justificador de cualquier aberración normativa, ha de reconducirse el tema a sus justos cauces y apreciar el fenómeno en cuanto de específico puede tener respecto a los perfiles tradicionales en los que se enmarca la contratación particularizada. Ante el consumo, la consecuencia a extraer y el consejo a ofrecer es el de que no vale todo. Mucho menos si frente a la simplista visión del fenómeno –todo lo relacionado con el consumo se considera obedece a elevados principios de justicia distributiva– quizás quepa ofrecer una visión escasamente altruista del nuevo ordenamiento y pensar que al consumidor se le protege esencialmente para que pueda seguir consumiendo.

Al hilo de lo anterior diremos que sin duda son muchos los pasajes de esta Ley en los que es esta última –la protección del consumidor– la perspectiva que real, aunque subrepticamente, informa las soluciones adoptadas. Sin embargo, y por referencia al tema objeto de análisis en este trabajo, diremos, para más adelante justificar el aserto, que la evolución normativa representada por la Ley 7/1998, tomando a tal fin como pauta de comparación la anterior reglamentación así como sus desarrollos jurisprudenciales, ha de considerarse involutiva si como tal estimamos la falta de protección del adherente frente a prácticas contractuales anteriormente proscritas. Y ello, en última instancia, en función de haberse optado a menudo por la protección de la seguridad del tráfico y no tanto

¹ La estricta aplicación de alguno de los aspectos del régimen de responsabilidad que deriva de los artículos 25 a 28 de la LGDCU habría supuesto la quiebra de nuestro sistema de responsabilidad civil. Basta significar, ejemplarmente, el alcance literal de la responsabilidad metaobjetiva que frente a usuarios de servicios sanitarios se configura en el artículo 28.2 de la citada Ley y que, recientemente, ha iniciado la andadura de su efectiva aplicación que no sabemos bien dónde conducirá (SS del TS de 21 de julio de 1997, 29 de junio de 1999 y 9 de diciembre de 1999). La confrontación de tales preceptos con el restrictivo sistema de responsabilidad establecido en los artículos 17 y 18 de la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de diciembre) despierta nuevas inquietudes acerca de la persistencia en la vigencia del genérico sistema de responsabilidad de la LGDCU.

por la más individual y antieconómica seguridad del adherente o consumidor: así deriva, por ejemplo (art. 5.2), del hecho de haberse sustituido la exigencia de que las estipulaciones contractuales sean conocidas por la de que sean cognoscibles.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones epigrafiadas –incorporación e ineficacia resultante de la infracción de las normas reguladoras de tal control de inclusión– que perfilan el objeto básico de este trabajo, resulta oportuno efectuar una breve y genérica aproximación a ciertos aspectos estructurales de la Ley sin los cuales no se entiende con claridad el particularizado tratamiento de los concretos aspectos de la misma que iremos examinando.

B) La duplicidad normativa: condiciones generales y cláusulas abusivas

En este sentido, y en primer lugar, diremos que, como es sabido, la Ley no se limita a la trasposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores cuyo artículo 1 expresa que el «*propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*». Sin duda el legislador estimó cícatero tal fin y amplió sus miras de forma que, por un lado, efectivamente asume dicho objetivo articulando un nuevo sistema de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas que, anteriormente contenido en la LGDCU, se ve en parte modificado.

Pero a la vez, excediendo de la trasposición que justificaba la novedad legislativa, efectúa como sabemos una regulación autónoma de las llamadas «Condiciones Generales de la Contratación». Normativa que va a resultar de aplicación no sólo a la contratación en la que intervengan usuarios sino a toda convención en que uno de los contratantes predispone el clausulado contractual al que la otra parte, aun siendo empresario o profesional, se adhiere. En este sentido son reveladores los artículos 1 y 2 de la nueva LCGC pues mientras que el primero de ellos destaca las características de tales estipulaciones –básicamente contractualidad, predisposición, imposición y generalidad– el siguiente precepto expresamente considera que el adherente pueda serlo cualquier persona física o jurídica, al margen, obviamente, de su consideración como usuario en los términos con que el mismo aparece descrito en el artículo 1.2 de la LGDCU.

Tal opción teóricamente resulta asumible pues encuentra apoyos que en absoluto pueden despreciarse. De esta manera, si bien inicialmente el Anteproyecto que se redacta para acomodar nuestra legislación a la de la CEE únicamente contiene la modificación de la LGDCU, pronto se torna la idea y, con base esencialmente en el Dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 1996² se rescata el viejo Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación elaborado por la Comisión General de Codificación (1983-1988) y se tiende a una más amplia regulación de la materia.

Ahora bien, como también he apuntado, la hipotética bondad de tal planteamiento— que no es momento de cuestionar en profundidad— se desvirtúa si apreciamos que en determinados temas de gran importancia, como lo es el de la ineficacia de las condiciones generales que no superen el control de inclusión, existe una absoluta falta de coordinación entre las diversas normas que, a partir de la publicación de la nueva Ley, inciden sobre este tema. El resultado sistemático que se ofrece al exégeta es sin duda errático, por lo poco cuidado de la coordinación, en términos que, desde un primer momento, han sido de forma unánime expuestos críticamente en todos los comentarios doctrinales ya vertidos sobre el particular³. En este sentido, a título de ejemplo, diremos que tal apreciación se magnifica si tenemos en cuenta que, en lo esencial, el nuevo régimen sustantivo de las condiciones generales de la contratación —al margen del referido control de inclusión y de alguna novedad más efectista que efectiva (acciones colectivas)—, frecuentemente no hace sino remitirse al CC sancionando una duplicidad normativa que a ningún sitio conduce.

En definitiva, retomando el ámbito de uno y otro aspecto de la nueva regulación —condiciones generales, por un lado, cláusulas abusivas, por otro— diremos que la Ley protege a todos frente a las condiciones generales y sólo al usuario frente a las condiciones generales que además sean abusivas.

² Dictámen 2939/1996 donde se lee, entre otras cosas, que «*se desaprovecha una oportunidad única de dotar a nuestro ordenamiento de una Ley de Condiciones Generales*». Asimismo no son críticos con tal planteamiento ninguno de los ulteriores informes evacuados: ni los del Consejo General del Poder Judicial de 20 de diciembre de 1995 y 9 de abril de 1997, ni el del Consejo Consultivo de Consumidores de 24 de febrero de 1997.

Tal iter puede analizarse en BADENES CARPIO, J. M., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 2, pp. 45 ss.

³ Es sintomático el título del estudio de CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., «Una nueva necesidad: la protección frente a los desatinos del legislador (Comentario atemorizado sobre la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación)», *ADC*, 1998, julio-septiembre, pp. 1301 ss.).

Desde otra óptica diremos que la Ley, realmente, ha eliminado el control de contenido frente a condiciones generales en las que el adherente no sea un usuario. A la vez ha regulado una serie de requisitos de incorporación que, como iré exponiendo, supone una novedad más efectista que efectiva. Especialmente si valoramos que al supuesto de ineficacia que sin duda encierra su vulneración no se han anudado unas específicas consecuencias que justifiquen su tratamiento normativo independiente. De distinta manera se va a remitir tal cuestión a las pautas clásicas del derecho común –la nulidad– pensadas para supuestos de ineficacia contractual muy diferentes.

A partir de la constatación de este dato la pregunta a la que debiéramos responder al finalizar nuestro análisis va a consistir en valorar si resultan adecuadas las consecuencias que se han establecido en la Ley 7/1998 con ocasión de la vulneración de las normas sobre incorporación al contrato de determinadas condiciones generales que, en principio, no tienen por qué ser abusivas. Esta precisión última es esencial en todo nuestro ulterior discurso pues, en definitiva, como veremos, la gran duda que nos plantaremos persistentemente radica en cuestionar el acierto de que se hayan fungibilizado absolutamente los efectos de la ineficacia de una condición general nula por abusiva o por contraventora de reglas imperativas y la de aquella otra que, sin embargo, exclusivamente adolece de deficiencias de incorporación, es decir resulta ilegible, oscura o ambigua por ejemplo pero que en ningún caso cabe considerar abusiva⁴.

Así las cosas, entiendo que, desde un primer momento, ha de ponerse de relieve que resulta absurdo e incoherente haber unificado el régimen de ineficacia de supuestos tan diferentes. Y mucho más el haberlo hecho por referencia a la nulidad de pleno derecho –a la que literalmente se remiten los artículos 8 y 9.1– cuyos efectos, como veremos, resultan absolutamente incompatibles con el cabal entendimiento y solución de las deficiencias de incorporación que iremos analizando.

De igual manera cabe concluir que muchos de los desarrollos interpretativos y sistemáticos a los que ya ha dado lugar la nueva legislación sobre condiciones generales tienen sentido cuando estemos a presencia de un clausulado abusivo, careciendo de él cuando aquél no lo sea adoleciendo, exclusivamente, de deficiencias técni-

⁴ Vid. en tal sentido el apartado II de la exposición de motivos donde ya apunta el legislador un ambiguo tratamiento unificado de estas cuestiones que ulteriormente el capítulo II de la Ley confirma.

cas de incorporación. Y así, a propósito de tales desarrollos, cabe referirse al análisis de la intervención judicial en los contratos que, con una adecuada perspectiva sistemática y a partir de la nueva Ley, expone Díaz Alabart⁵ haciendo ver cómo la nueva legislación se enmarca en la más moderna línea del derecho comparado de la contratación mediante la cual, superando la rigidez del principio de autonomía de la voluntad como única fuente de las obligaciones, se potencian las facultades jurisdiccionales para mantener la función del contrato en una situación sociológica en la que el tráfico jurídico se articula de forma muy diferente a la que contemplaban los códigos decimonónicos. Ahora bien, valorando que la declaración de nulidad de una condición general debe llevar a adecuar el contrato a las pautas de la buena fe, tal y como establece la analizada legislación sectorial, también concluiremos que tal vía sólo tiene sentido –debe insistirse en ello– frente a condiciones generales abusivas nunca cuando la condición general que no supera el control de inclusión no lo sea.

II. CONTENIDO DEL PRESENTE TRABAJO: INCORPORACIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN Y EFECTOS DE LA NO INCORPORACIÓN

Dos temas se integran en este estudio que, siguiendo la terminología de la propia Ley, podemos identificar con los epígrafes de sus artículos 5 y 7, por un lado, y artículos 8 a 10, por otro.

En los dos primeros preceptos se refieren, en su formulación positiva y negativa, los requisitos para que se consideren incorporadas al contrato las condiciones generales.

Ulteriormente va a ser preciso analizar los artículos 9 y 10 donde se tratan, en principio unificadamente, tanto los efectos de la no incorporación como los de la nulidad de las condiciones generales que contravengan una norma imperativa entre las que se encuentran las que resulten abusivas –en el sentido de la LGDCU (art. 8.2 Ley 7/1998)– si el contrato se celebró con un consumidor.

⁵ Resulta de gran interés el trabajo de DÍAZ ALABART, S., «Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 43 ss., así como el análisis sistemático, histórico y comparado que ofrece acerca de la intervención judicial para subsanar la expulsión de cláusulas abusivas así como su inserción en el nuevo entendimiento de la función judicial en el ámbito del derecho contractual siguiendo las pautas recientemente marcadas, por ejemplo, por el CC holandés de 1992.

Describiendo sucintamente tales temas diremos que a través del control de incorporación se busca definir las cláusulas que se integran en el contrato en función de su conocimiento o cognoscibilidad por el adherente que determina el que se entienda válidamente prestado el consentimiento por parte de dicho contratante. La referida cuestión, tradicionalmente objeto de tratamiento en todas las normativas que se han ocupado del régimen de las condiciones generales de la contratación, implica junto con algunos otros temas un desarrollo alternativo, frente a estos supuestos de contratación en masa, de una institución civil plenamente arraigada pero con grandes dificultades hermenéuticas como es el error obstativo. Es decir aquellos supuestos en que un hecho o un acto aparece como una declaración de voluntad sin serlo porque no se quiso o porque faltaba el preciso conocimiento de lo que se declaraba. Realmente gran parte del tema del control de incorporación de las condiciones generales está vinculado con la idea del error obstativo ya que, en definitiva, se trata de perfilar el alcance de una manifestación de voluntad que, en función de las características del negocio a concluir, no se proyecta directa y expresamente sobre un clausulado –en términos vulgares letra pequeña– que no se llega a valorar en su plenitud. Así lo consideraremos al examinar en profundidad el requisito de la cognoscibilidad, tanto en su formulación positiva como negativa.

Al hilo de ello apuntaremos que el tema de la compatibilidad entre la tradicional teoría del error como vicio de la voluntad y las nuevas pautas determinantes de la incorporación de las estipulaciones contractuales se ha resuelto concluyendo la relativa inutilidad de articular dicha coordinación pues, como destaca González Pacanowska⁶ las reglas de incorporación ofrecen una solución «*más clara y ventajosa*». La cuestión, y sobre ella me pronunciaré posteriormente, es calibrar quién resulta beneficiario de esta indudable ventaja que deriva de la claridad del nuevo sistema.

De esta forma y desde una perspectiva de política legislativa, diremos que debe optarse entre la protección a la seguridad jurídica derivada del hecho de haberse producido una determinada manifestación de voluntad contractual o entre la protección de aquel adherente que no pudo formarse una adecuada representación mental sobre todo el clausulado que aceptó con su adhesión. Ahora bien,

⁶ Vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, Aranzadi, 2000, artículo 5, p. 143, con cita bibliográfica que incluye la referencia al importante trabajo de PAGADOR LÓPEZ, J., «Impugnación por vicios del consentimiento y condiciones generales de la contratación», *La Ley*, 5 de abril de 1999, núm. 4767.

abundando en la línea inicialmente expresada, subrayaremos que la ulterior falta de precisión sobre la clase de ineficacia que afecta a las condiciones no incorporadas al contrato plantea graves problemas de interpretación al intentar coordinar tal efecto ablativo con el régimen del Código civil sobre nulidad o anulabilidad contractual.

Ulteriormente, presupuesta la incorporación al contrato de una determinada condición general, entrarían en juego inicialmente las reglas de interpretación (art. 6) y, finalmente, el control de contenido para concluir cuáles de las condiciones generales incorporadas e interpretadas resultan nulas por contrarias a la Ley (arts. 8.1 y 8.2).

Pues bien, desde un primer momento cabe también destacar la duplicidad y parcial solapamiento de las normas que afectan a estas cuestiones respecto de las condiciones generales de la contratación, por un lado, y de las cláusulas abusivas por otro. De esta manera el control de incorporación de las condiciones generales que se contiene en los artículos 5 y 7 de la LCGC se regula también para las cláusulas abusivas [art. 10.1.a) y b) de la LGDCU], en términos parecidos pero en ningún caso iguales. En este sentido, baste significar que el requisito de la comprensión, al que se hace referencia expresa en el apartado b) del artículo 7, en términos no excesivamente diáfanos, tiene un tratamiento diferente en el artículo 10.1.a) donde se cuestiona una comprensión que podemos denominar geográfica y no tanto lógica, pues consiste en que no exista el reenvío a textos o documentos que no se faciliten al concluir el contrato.

Paralelamente, el control de contenido del artículo 8.1 de la LCGC, absolutamente genérico, contrasta con la opuesta y casuística regulación de la nueva Disposición Adicional Primera.Tres, modificadora del artículo 10 de la LGDCU, que contempla hasta veintinueve supuestos de cláusulas abusivas. Tal duplicidad, por otro lado, revela que realmente la Ley ha eliminado el control de contenido frente a cláusulas abusivas cuando el adherente no es consumidor (art. 8.2) pues la genérica declaración de nulidad por contravención de Ley que aparece en el apartado 1.º de este artículo nada añade a lo que todos ya sabíamos. Con ello queda en la práctica un tanto vacía de contenido la opción de regular también las condiciones generales ya que, en definitiva, su régimen de nulidad se infiere de unas fuentes normativas tradicionales a las que la nueva Ley no efectúa complemento alguno.

Finalmente, sin ahondar en el tema, que me limito a apuntar, ha de subrayarse que la posibilidad de que una misma cláusula encaje en el régimen de ineficacia de una u otra normativa —evidentemente muchas cláusulas abusivas en el sentido de la LGDCU serán además condiciones generales de la contratación en el sentido de

la LCGC— propicia una cierta inseguridad pues no se sabe si el adherente puede optar, en cada caso y a su conveniencia, entre uno y otro régimen o, fatalmente, ha de acudir a uno de los establecidos.

Aun partiendo de esa duplicidad me limitaré a examinar la incorporación de las condiciones generales, dejando al margen de mi análisis el tratamiento de estas cuestiones en relación con las específicas cláusulas abusivas. Insisto en que debe tenerse claro tal planteamiento para la comprensión de mi ulterior discurso: voy a teorizar, exclusivamente, sobre los remedios que el legislador instaura cuando la condición general de la contratación —sin entrar a valorar si es o no abusiva— no supera los controles de inclusión de los artículos 5 y 7. Remedios que, como ya he criticado, nunca deberían ser similares a los que derivan de la efectiva constatación de que la estipulación es, por abusiva, nula de pleno derecho. A pesar de ello, como veremos, el legislador ha fungibilizado todos estos supuestos bajo la genérica sanción de la nulidad de pleno derecho que, por incongruente, debe ser sin duda combatida.

III. INCORPORACIÓN O CONTROL DE INCLUSIÓN DE LAS CGC

Como queda dicho el llamado control de inclusión, mediante el cual se perfilan los presupuestos necesarios para estimar incluidas en un contrato determinadas condiciones generales, es aparentemente la principal novedad que se introduce respecto de esta modalidad contractual pues, en principio, hemos de decir que no se encontraba expresamente regulado este tema en las normas del CC; y lo es en términos muy cuestionables.

Ahora bien, valorar como innovación legislativa el tratamiento normativo que la Ley efectúa del control de incorporación es opinión susceptible de ser matizada. En este sentido reiteraré que el problema de la incorporación de una determinada condición general al contrato, especialmente el análisis del requisito de cognoscibilidad, está íntimamente vinculado con el de la trascendencia claudicatoria del error obstativo —es decir con los efectos de la falta de conocimiento del contenido contractual que se declara aceptar— que si bien no se encuentra regulado de una manera excesivamente clara en nuestro Código civil había sido objeto de interpretación integradora por parte de doctrina y jurisprudencia⁷. Y ello en térmi-

⁷ Sobre el tema *vid.* por ejemplo, DE CASTRO, F., «De nuevo sobre el error en el consentimiento», *ADC*, 1988, y MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, Madrid, 1988.

nos un tanto dispares ya que es tradicional la duda acerca de si la ineficacia derivada del error obstativo ha de encauzarse a través de la nulidad contractual derivada de la falta de consentimiento o, por el contrario, debe residenciarse su hipotética ineficacia en el más liviano y dúctil instituto de la anulabilidad que nuestro Código civil predica para el llamado error vicio o error invalidante en el artículo 1266 en relación con el artículo 1302 *in fine*.

Asumida la relación entre el nuevo régimen de incorporación al contrato de las condiciones generales e instituciones contractuales clásicas como lo es el error obstativo, paso a analizar pormenorizadamente los concretos presupuestos de inclusión para luego extraer conclusiones sistemáticas de todo ello.

Tal planteamiento deberá efectuarse desde el entendimiento inicial de que la finalidad de una Ley de Condiciones Generales radicaría en conseguir, fundamentalmente, la superación de los problemas que desde el derecho contractual clásico, eminentemente dispositivo, derivan para un contratante que se encuentra en situación de inferioridad al verse obligado a aceptar un clausulado predispuesto e innegociable que, consecuentemente, no puede renegociar sino sólo rechazar. Situación especialmente grave en aquellas situaciones en que el predisponente monopoliza, en mayor o menor medida, el mercado.

A) La formulación positiva de los presupuestos de incorporación

Como vengo manifestando, la principal novedad que, a mi entender, se contiene en la LCGC consiste en haber introducido una serie de requisitos para que pueda considerarse la eficacia contractual de una determinada estipulación general. En este sentido su artículo 5 contiene una formulación positiva de estos presupuestos que, simplificada, podemos reducir a dos: cognoscibilidad, por un lado, comprensión, por otro. De esta manera, para que el consentimiento del adherente sea válido ha de recaer sobre unas estipulaciones que pudo conocer y comprender. Al primer requisito –la cognoscibilidad⁸– se destinan los tres primeros apartados de dicho precepto mientras que el de la comprensión se analiza en el apartado 4.º

Desde otra perspectiva⁹ cabe sistematizar el estudio del precepto indicando que mientras que los tres primeros apartados del

⁸ Tales presupuestos se engloban por GONZÁLEZ PACANOWSKA (*op. cit.*, p. 185) bajo el término «transparencia».

⁹ En este sentido FELIU REY, M. I. en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por ARROYO MARTÍNEZ, I.-MIQUEL RODRÍGUEZ, J, Tecnos, Madrid, 1999, artículo 5, p. 56. Por su parte PAGADOR LÓPEZ, J. («Requisitos de

mismo se destinan a la manera de manifestarse los requisitos de incorporación en relación, respectivamente, con los contratos escritos (art. 5.1), verbales (art. 5.2) o telefónicos y electrónicos (art. 5.3.), el apartado final contiene una regulación de aplicación general a todos los supuestos de contratación.

Con carácter general y al margen de ulteriores precisiones diré que, por un lado, el legislador tiende a proteger la seguridad del tráfico estableciendo inicialmente una serie de presupuestos genéricamente vinculados con el deber de información del predisponente que, de acaecer, revelan una indestructible presunción de conocimiento por parte del adherente quien, en ningún caso, podrá ya esgrimir el vicio de su consentimiento derivado de su efectiva falta de conocimiento.

A la vez diríamos que si las condiciones generales no llegan a conocerse, pues no se entregaron, firmaron o anunciaron, nos encontraríamos ante un supuesto de inexistencia ya que nunca podríamos hablar de que el consentimiento contractual hubiera alcanzado a tales cláusulas. Ahora bien, la discutible categoría de la inexistencia contractual –que sin excesivos problemas podría aplicarse a este tipo de situaciones– plantea sin duda problemas prácticos a la hora de erradicar unas estipulaciones no consentidas por el adherente en los casos en que el predisponente alegue su válida incorporación al contrato: la inexistencia exigiría en este caso, al igual que ocurre con cualquier vicio determinante de uno u otro tipo de ineficacia contractual, la resolución jurisdiccional que así lo acordara.

De distinta manera, la exigencia de comprensión, como iremos viendo, no propicia tanto la seguridad del tráfico como la protección del adherente instaurando, quizás, una desmesurada tuición de éste que va a ser preciso matizar para evitar la distorsión de las finalidades pretendidas por el legislador. Y ello porque, como iremos desarrollando, estamos fundamentalmente ante un problema a resolver en sede de interpretación de los contratos y no tanto de su ineficacia. Especialmente si, como expondremos, la condición general que se cuestiona no resulta abusiva sino, exclusivamente, ilegible, oscura o ambigua.

A.1 LA COMUNICACIÓN O COGNOSCIBILIDAD

Centrándonos en el artículo 5 de la LCGC diremos que de su amplio y poco claro contenido se desprende como aspecto esencial

incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociales», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 242 ss.) habla del «requisito de entrega o facilitación» diferenciando asimismo su estudio en función del tipo de contrato al que la condición general se incorpora: no escrito, electrónico o telefónico y escrito.

en su configuración el establecer como requisito efectivo de incorporación no tanto la necesidad de una concreta comunicación de las mismas sino que basta con su cognoscibilidad por parte del adherente, lo cual se aparta en cierta medida de los tradicionales principios imperantes en el ámbito de la contratación pues, genéricamente, sabíamos que para la plena virtualidad de una declaración de voluntad contractual ésta debía recaer sobre lo conocido y no tanto sobre lo cognoscible. En este sentido el artículo 5.2 *in fine* parece sin embargo propiciar que sea la mera cognoscibilidad el presupuesto de inclusión cuando por ejemplo, habla de «*garantizar al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia*» y en la misma línea el artículo 7.a) habla de la «*oportunidad real de conocerlas*» cuando establece los presupuestos negativos de incorporación. Destacaré desde un primer momento que la admisión de tal presupuesto es quizás el rasgo esencial configurador del nuevo entendimiento de la formación de un programa contractual estructurado en base a condiciones generales que, sin embargo, debe ser complementado con el estudio de otros presupuestos que luego examinaremos.

El análisis pormenorizado de los tres primeros apartados de este artículo 5 no resulta fácil si bien la lectura global del precepto determina –insisto en ello– que el legislador propicie esa cognoscibilidad como requisito de inclusión la cual deriva bien de habersele entregado el documento que recoge las condiciones generales aceptadas o, en su caso, el que las mismas fueran accesibles en el momento de materializarse el convenio.

Tales presupuestos se estructuran en el referido precepto sobre una doble tipología contractual en función de que el convenio se celebre o no por escrito. Resumiendo su contenido concluiré diciendo que la referencia a la cognoscibilidad –en lugar del conocimiento efectivo– deriva de que basta con que el adherente conozca la existencia de las condiciones generales y pueda a la vez conocer su contenido. Esto es posible tanto a través de su inserción material en el documento a suscribir como a través de la entrega de un documento separado que se declara recibir¹⁰.

Mucho más liviano es el régimen del contrato no escrito pues aquí no hay duda de que basta con que el predisponente anuncie en

¹⁰ No es ajeno al confusionismo existente la variación sufrida por este precepto y el correlativo artículo 7 en la tramitación parlamentaria en términos que explica con claridad PAGADOR LÓPEZ, J., «La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación», *Derecho de los Negocios*, octubre, 1998, p. 8. Me remito asimismo a sus acertadas conclusiones en orden a la interpretación conjunta de estos requisitos positivos de inclusión en relación con los sancionados negativamente en el artículo 7. *Vid.* asimismo FELIU REY, M. I., *op. cit.* pp. 57 y 58.

lugar visible –donde se realice el negocio– su existencia o que, en definitiva lo haga «*de cualquier otra forma que garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia o contenido en el momento de la celebración del contrato*». Acertadamente apunta Clavería Gosálbez ¹¹ que la efectiva protección del adherente se conseguiría imponiendo, por un lado, determinado contenido a las condiciones generales de la contratación –tal y como efectúa actualmente el modificado artículo 10 de la LGDCU– y, por otro, «*regulando más pormenorizadamente que es ese lugar visible al que alude la ley*».

Finalmente apuntaremos que la concreta problemática de la contratación electrónica, apuntada en el artículo 5.3, se ha desarrollado reglamentariamente en el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, exigente de un específico análisis que desbordaría los límites de este trabajo y que, sin embargo, ha sido ya objeto de profuso análisis ¹².

En cualquier caso el desarrollo reglamentario del artículo 11 de la Ley, acaecido un tanto apresuradamente por el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, mediante el cual se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, persiste y magnifica la idea de sustituir el efectivo conocimiento de las condiciones contractuales por su cognoscibilidad, vinculada en este caso a la publicidad que deriva de su inscripción en el novedoso Registro. En tal sentido el artículo 18 del citado Reglamento, al establecer que «*los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales...*» ahonda sin duda la brecha entre conocimiento efectivo y consentimiento en términos sin duda excesivos y difícilmente comprensibles. Tal precepto, por otro lado, ya ha sido objeto de un crítico comentario por parte de la doctrina especializada, llegando a afirmar Pagador López ¹³ que su exégesis «*es*

¹¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, J. H., *op. cit.*, p. 1309.

¹² En este sentido, *vid.* por todos DOMÍNGUEZ LUELMO, A., «Contratación electrónica y protección de consumidores», *RCDI*, núm. 660, año 2000, pp. 2327 ss., y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *op. cit.*, pp. 169 ss.

Monográficamente trata el tema MARTÍNEZ NADAL, A., «Comercio electrónico, firma digital y autoridades de certificación», *Estudios de Derecho Mercantil*, ed. Civitas, 2000, y *La Ley de Firma Electrónica*, ed. Civitas, 2000.

¹³ PAGADOR LÓPEZ, J., «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negativas», en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 227 ss.

cosa de locos» para concluir, tras un minucioso análisis de los contratos a los que hipotéticamente sería aplicable, que tal precepto reglamentario carece de ámbito de aplicación. Finalmente cierra su exposición afirmando que el Gobierno se ha excedido en la redacción de una norma que, literalmente, no desarrolla sino que modifica el contenido de los artículos 5 y 7. Conclusión ésta difícilmente objetable desde una perspectiva de respeto hacia la jerarquía normativa.

A.2 LA COMPRESIÓN: TRANSPARENCIA, CLARIDAD, SENCILLEZ Y CONCRECIÓN ¹⁴

En segundo lugar se establece como requisito de incorporación, y de forma un tanto general, que la «*redacción de las cláusulas generales debe ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, sencillez y concreción*». Es lo que Gete-Alonso denomina «*aparición externa*» de las condiciones generales al margen de la valoración sobre la validez de su contenido ¹⁵ que, dados los propios términos del precepto —se habla de la «*redacción de las cláusulas...*»—, permiten concluir que el legislador estaba fundamentalmente pensando en la manifestación escrita de tales condiciones generales.

Y a propósito de este particular, comentaremos que la Directiva sólo habla de que sean claras y comprensibles y respecto de ciertos extremos ¹⁶ que lógicamente son los esenciales del contrato. Añadir —como efectúa nuestra LCGC— conceptos jurídicos indeterminados no hace sino complicar las cosas pues, en definitiva, no resulta fácil contrastar la presencia de tan imprecisas cualidades (imprecisas desde un punto de vista normativo) en toda condición general.

En relación con este tema la exégesis sistemática del precepto, al contrastarse con otras normas de la propia Ley, determina una cierta perplejidad si seguimos asumiendo, como parece necesario, la virtualidad de principios interpretativos sólidamente anclados en

¹⁴ No entro en el detalle de analizar pormenorizadamente la exégesis de cada uno de estos conceptos. Labor ya realizada, acertadamente, por GETE-ALONSO CALERA, M. C., en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por ARROYO MARTÍNEZ, I.-MIQUEL RODRÍGUEZ, J., Tecnos, Madrid, 1999, artículo 7, pp. 75 y 76.

¹⁵ GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 75.

¹⁶ Dice su artículo 4.2. que «*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles*».

nuestro sistema. En este sentido diremos que el artículo 5 apartado 4.º exige que para asumir la incorporación de una condición general al contrato la misma ha de ser transparente, clara, sencilla y concreta. Ello determina que, en función de tales cualidades, no sea precisa por definición labor interpretativa alguna pues como reiteradamente nos viene diciendo el Tribunal Supremo «*in claris non fit interpretatio*».

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, el legislador estima necesario que frente a este tipo de cristalinas condiciones se prevean unos cánones hermenéuticos que resuelvan sus hipotéticas oscuridades¹⁷. Para ello sanciona como tales una serie de pautas exegéticas en el artículo 6 que, si bien ciertamente nada añaden a lo que ya sabíamos como resultado de la redacción de los artículos 1281 ss. del CC, prevén su aplicabilidad como consecuencia de las dudas que las cláusulas transparentes, claras, sencillas y concretas puedan suscitar.

Pues bien, sin profundizar en el tema, nos limitaremos a afirmar, como colofón de estas elucubraciones, la profunda contradicción que revela el que este tipo de condiciones generales puedan originar vacilaciones interpretativas. Da la impresión de que el legislador es consciente de la dudosa eficacia práctica de un planteamiento programático tan genérico como es el adjetivar, a efectos de valorar su inclusión en el contrato, las condiciones generales con calificativos de muy dudosa juridicidad.

Y es aquí donde, como consecuencia de todo ello, se advierte una de las más grandes deficiencias dogmáticas del sistema. Deficiencia que el legislador intuye pero que, en su regulación, estrepitosamente yerra. Es decir, el legislador es consciente de que una cláusula ambigua u oscura debe ser interpretada –para ello existen las reglas hermenéuticas– y, consecuentemente, sanciona en el artículo 6 una serie de cánones interpretativos. Pero, a la vez, no ha reparado que al considerar la ambigüedad u oscuridad como un presupuesto o requisito de inclusión no podrá llegar a desvanecerse esa oscuridad en función de las ulteriores pautas del artículo 6 pues, previamente, tales condiciones habrían sido expulsadas del contrato en función de la incongruente nulidad que para ellas predicen los artículos 9 y 10 de la Ley¹⁸.

¹⁷ En materia de interpretación de condiciones generales cabe ver el completo análisis efectuado por DÍAZ-ALABART, S., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 6, pp. 193 ss. Específicamente resulta de interés el tratamiento de las relaciones entre la regla de interpretación *contra proferentem* y el control de inclusión de las condiciones generales, a efectos de la posible preferencia de uno u otro régimen (pp. 213 ss.).

¹⁸ PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 363) explica sin embargo esta aparente anti-

Por todo ello, en definitiva, a propósito de este requisito de la comprensión, debe subrayarse, una vez más, que el gran problema surge en el momento de atribuir a su infracción un determinado tipo de ineficacia contractual—aparentemente la nulidad de pleno derecho— que, entiendo, está absolutamente reñido con la lógica que inspira dicho instituto en su configuración clásica. A ello me referiré con detalle ulteriormente si bien desde un primer momento apuntaré que respecto de la cláusula oscura debiera haber propiciado el legislador no tanto su exclusión (arts. 5 a 7) sino su clarificación desde la perspectiva de beneficio para el adherente (art. 6). Solución esta última a la que la lógica —aunque no la norma— nos debe llevar.

A.3 LA PRUEBA DE LOS REQUISITOS POSITIVOS DE INCLUSIÓN

Analizando los presupuestos positivos de inclusión desde una perspectiva probatoria diríamos que el legislador ha establecido una indestructible presunción de conocimiento derivada de anudar la efectiva concurrencia de dicho consentimiento al hecho de que el adherente reciba o tenga acceso a las condiciones generales que acepta en los términos anteriormente apuntados. De esta manera se garantiza la seguridad del tráfico para evitar la hipotética alegación de desconocimiento de una «*letra pequeña*» que pudo perfectamente conocerse.

Así las cosas diríamos que, por un lado, se facilita a través de la referida presunción —que no tengo especial interés en considerar técnicamente como tal— el efectivo conocimiento por parte del predisponente. Pero, a la vez, no se tiene en cuenta que, al menos, el beneficiario de la norma probatoria debe acreditar la concurrencia del hecho base al que se vincula la conclusión presuntiva, lo cual no siempre va a ser fácil.

En tal sentido el predisponente podrá, normalmente, acreditar la concurrencia de los presupuestos examinados cuando exista en la copia del documento que retiene la firma del adherente bajo alguna de las modalidades previstas en el artículo, 5.1. Pero tal acreditación le va a resultar mucho más difícil en los casos de contratación

nomia indicando que las reglas de interpretación actúan respecto de las cláusulas que ya han superado el control de inclusión pasando a formar parte del contrato y siendo por ello susceptibles de interpretación al presentar ambigüedades o indeterminaciones que se resuelven en contra del predisponente. En definitiva, estima posible que las cláusulas transparentes, claras, concretas y sencillas, puedan determinar ambigüedades hermenéuticas. Insisto en cuestionar que ello sea en la práctica posible —mucho menos que sea habitual— en términos que tampoco tienen claros los fallos jurisprudenciales que el referido autor recoge.

no escrita pues, como es lógico, no será frecuente que quede rastro documental alguno de las circunstancias en que se produjo la contratación¹⁹ ni, tampoco, de la «visibilidad» de las condiciones generales. Hecho que, planteado polémicamente, el adherente negará. Quizás para evitar esta dificultad el artículo 18 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre) dulcifica tales exigencias exacerbando un atípico efecto legitimador de la publicidad registral de forma que se evitan problemas al predisponente al sancionar que «*los requisitos establecidos en los artículos 5 y 7 de la ley sobre Condiciones Generales de la Contratación se entenderán cumplidos cuando conste en las condiciones particulares del contrato una referencia y un recibí, firmados por el adherente, a los datos de inscripción de las mismas en el Registro de Condiciones Generales*».

A.4 LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR POR PARTE DEL PREDISONENTE

Finalmente, en relación con el precepto comentado y al margen de otras reglas con menor valor normativo, debe subrayarse que asimismo parece trascendente la obligación que se sanciona a cargo del predisponente en el sentido de establecerse positivamente su deber de información en el apartado 1.º *in fine*. A propósito de este particular debe subrayarse que uno de los objetos clásicos de discusión en materia de error invalidante se vincula con la inexcusabilidad o no del error padecido por el aceptante. Tema a relacionar con el deber de informar por una parte –oferente– y el deber de informarse por la otra.

Respecto de esta última cuestión diríamos que con una lectura clásica del tema la nueva Ley sanciona no tanto el deber de informarse el adherente como el deber de informar por parte del predisponente. Ahora bien, esto que en principio parece que es una norma tuitiva de dicho adherente quizás no sea así si analizamos más profundamente tal proposición normativa: con ella desaparece definitivamente la posibilidad de que exista un error excusable por parte del adherente. El hecho de que el predisponente haya cumplido con la obligación de información contenida en este apartado 2.º del

¹⁹ Advierte este problema FELIU REY (*op. cit.*, p. 58) al exponer que «*la firma de las condiciones generales por el adherente resulta de gran utilidad para el predisponente tanto porque evita la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 5.1 segundo, como por constituir una garantía para el predisponente –si la redacción de las mismas se atiene a lo establecido en el artículo 5.4– a efectos de evitar una posible litis o reclamación por quien se encuentra sometido a ellas*».

artículo 5 determina la inviabilidad de cualquier alegato acerca de la excusabilidad del error cometido por el adherente²⁰.

B) La formulación negativa de los presupuestos de incorporación

B.1 COGNOSCIBILIDAD Y SUSCRIPCIÓN

El artículo 5 que analizamos ha de complementarse con el contenido del artículo 7.a) donde, quizás redundantemente²¹, se efectúa una formulación negativa de los requisitos de incorporación que anteriormente se han descrito en el artículo 5. Y así, al igual que aquel precepto aparece epigrafiado como «*Requisitos de incorporación*» en éste se nos habla de la «*No incorporación*», en términos, como veremos, innecesariamente duplicados y que, por otro lado, no se corresponden exactamente con los inicialmente referidos. De este modo, a propósito de la falta de coordinación entre la formulación positiva y negativa de estos requisitos de inclusión, puede resultar anómalo que en este segundo precepto no se haga referencia alguna al incumplimiento del deber de información del artículo 5.1.º de forma que parece que sólo es posible declarar la falta de incorporación cuando el presupuesto deficiente es la más genérica falta de conocimiento o la ausencia de cognoscibilidad por parte del adherente. También la falta de suscripción en los casos en que el artículo 5 lo exige²².

Y a propósito de esta dualidad en la formulación de los requisitos de inclusión tendría la misma más sentido si sustantivamente no se hubiera limitado el legislador a disciplinar el haz y el envés de

²⁰ Aunque el concepto de error inexcusable no se acoja expresamente en nuestro CC ha sido tradicionalmente utilizado como criterio para flexibilizar la estricta aplicación del artículo 1266 del CC. Ya dijo, por ejemplo, la STS de 14 de junio de 1943 que «*aun cuando el CC no establece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya podido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por quien haya incurrido en él para anular la declaración*».

²¹ Cuestiona asimismo tal duplicidad GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 74, indicando: «*¿Para qué enumerar los requisitos en el artículo 5 y, poco más tarde, describir qué cláusulas no se incorporan (art. 7)? ¿Es que la reiteración garantizará «la localización de las cláusulas no incorporables? Nótese que, en los primeros Anteproyectos de Condiciones Generales no se efectuaba esta diferenciación.*»

²² En relación con la exigencia de suscripción de las condiciones generales cabe subrayar la opinión de FELIU REY (*op. cit.*, p. 58) en el sentido de estimar que también las condiciones generales del contrato, y no sólo éste, deben ser firmadas no obstante el tenor literal de la Ley pues «*si entendemos que la firma no supone sino la plasmación gráfica del conocimiento y aceptación, por el adherente firmante, del objeto del contrato, y se exige tal conocimiento y aceptación por dicho adherente de la condiciones generales para que las mismas pasen a formar parte del contenido contractual, la conclusión más acertada –por pura seguridad del predisponente– no es sino que la firma debe recaer no sólo al pie del contrato sino en los documentos objeto de incorporación*».

unos mismos presupuestos: habría tenido más sentido, como digo, para establecer específicos requisitos o presupuestos negativos de inclusión como es el caso de las llamadas cláusulas sorprendentes de las que ulteriormente hablaremos.

Subrayaremos, además, que los efectos de la no incorporación no se tratan en este nuevo precepto sino, muy parcamente a pesar de ser una cuestión de relevante importancia, en los artículos 8 a 10 de la Ley, objeto de ulterior comentario.

B.2 LA COMPRESIÓN Y EL INCOMPRESIBLE CONTENIDO DEL APARTADO B) DEL ARTÍCULO 7

En términos que guardan un claro paralelismo, aunque no homogeneidad, con los del apartado 4.º del artículo 5, en este último apartado del artículo 7 se formulan negativamente los requisitos de transparencia, claridad, concreción y sencillez²³. De esta forma se dice que no quedan incorporadas al contrato las estipulaciones ilegibles, ambiguas, oscuras e incompresibles. Ello propicia que reiteremos cuanto anteriormente afirmábamos pues el tema debiera haberse resuelto en sede hermenéutica y nunca expulsándolas del contrato. Especialmente si se trata de condiciones que no resultan abusivas.

Al margen de la difícil concreción de términos que, como los utilizados, no resultan excesivamente precisos desde un punto de vista normativo, diremos que la gran oscuridad del apartado aparece en su inciso final cuando efectúa un específico tratamiento de las estipulaciones incompresibles, las cuales, por cierto, en su formulación positiva –las comprensibles– no aparecen entre las recogidas en el artículo 5. Quizás, por ello, hubiera resultado adecuado que un tema tan evanescente como es el de la comprensión se hubiera complementado con una adjetivación adecuada cuya ausencia nos obliga a remitir la valoración del concepto a pautas subjetivas vinculadas con la clásica y manida diligencia del buen padre de familia.

Ha de subrayarse que muy frecuentemente el objeto de este tipo de contratación en masa ofrece unas especificidades técnicas exigentes de un elevado nivel de conocimientos para su cabal comprensión. Llegar a comprender, por ejemplo, un prospecto informativo de las cualidades del ordenador adquirido no está al alcance de todos. Por ello, seguir aplicando a este requisito, como única pauta exegética subjetiva, la secular diligencia del buen padre de familia

²³ Ya hemos expuesto anteriormente la crítica a tal duplicidad. Asimismo *vid.* GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, pp. 75 y 76.

quizás no resulte fácil. Sin duda hubiera sido más adecuado que el legislador sentara específicas pautas normativas —quizás puramente objetivas— en orden a la exégesis de este requisito tan decisivo como impreciso.

Pero la crítica a la labor legislativa se magnifica al analizar la excepción a la no incorporación que respecto de las cláusulas incomprensibles se contiene en el último inciso del apartado donde el legislador volatiliza los efectos de tal deficiencia permitiendo en determinados casos que se incorpore al contrato la condición general incomprensible si concurren dos requisitos: que se acepte expresamente la cláusula no comprendida y que tales condiciones generales *«se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato»*.

Analizaremos una y otra proposición normativa.

B.2.1 La aceptación expresa y escrita de la cláusula incomprensible

Si la cabeza no me falla, que es posible, lo que a mi entender el legislador parece estar reflejando en la norma expresada es que el consentimiento del adherente se proyecte sobre una cláusula que no entiende. Y se ha de proyectar de forma concreta y escrita pues la norma habla de *«expresamente»* lo que no parece ir encaminado a obviar la integración del presupuesto a través de la mera y genérica suscripción de todo el clausulado contractual. De esta manera la representación mental del adherente debe plantearse en estos términos: *«no entiendo nada de la cláusula tercera pero expresamente la acepto.»*

Pues bien, parece claro que este presupuesto es la expresión máxima del deseo del legislador de proteger la seguridad del tráfico en masa y de fortalecer el mercado si bien a costa del adherente, sacrificando para ello un entendimiento lógico y tradicional del juego de la representación mental que, acerca del programa contractual, debe poseer el adherente que consiente. La regla supone, también, el ocaso definitivo de la eficacia del error obstativo cuya estructura dogmática parece, desde ahora, necesario revisar.

B.2.2 La transparencia de lo incomprensible

Para mitigar las aberrantes consecuencias a que el presupuesto anterior puede dar lugar se intenta objetivar su alcance limitando la

eficacia de la aceptación expresa de lo incomprensible en unos términos que el legislador, para no ser menos que el denostado predisponente, sanciona de forma asimismo incomprensible. Y así, se establece que lo aceptado sin una plena percepción de su contenido ha de ajustarse, además, para poder incluirse en el contrato, «a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato». Angustiado por los efectos de la regla «*neminem licet ignorare ius*» he de confesar sin embargo mi inaptitud para comprender la exégesis del presupuesto examinado que quizás pueda explicarse como resultado de una desgraciada evolución legislativa.

En este sentido el Consejo de Estado, en su dictamen 3194/97, introdujo una serie de modificaciones en el Anteproyecto de Ley redactado, algunas de las cuales pasaron a integrarse en el ulterior Proyecto de Ley que fue objeto de discusión parlamentaria. Entre ellas, expresamente, se dijo que «en el artículo 5 apartado b) se ha aclarado que la posibilidad de aceptación expresa va referida a las cláusulas oscuras, no a las incomprensibles, siempre que se ajusten a la normativa específica sobre transparencia contractual». Como consecuencia de tal recomendación el nuevo Proyecto de Ley, de forma no excesivamente diáfana, habla de la no incorporación de las condiciones generales «que sean ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato».

Los términos del Proyecto de Ley tampoco eran, como queda apuntado, excesivamente nítidos pero al menos cabía predicar una evidente correlación entre oscuridad y transparencia. De esta manera lo oscuro –nunca lo incomprensible– se podía salvar si, aceptado expresamente, no infringía normas sobre transparencia contractual bien genéricas bien concretamente reglamentadas en la materia objeto de contratación. Con una lectura alternativa diríamos que la existencia de una específica normativa reglamentaria sobre transparencia de las estipulaciones contractuales en un determinado ámbito de la contratación en masa impediría en cualquier caso la incorporación de una cláusula oscura, aun expresamente aceptada.

Pero cuando en la Ley definitivamente aprobada se troca el orden de los requisitos y se coloca primero la oscuridad y luego la incomprensión, sin alterar el resto del precepto, el resultado es caóticamente incongruente pues la norma carece de todo sentido. No se nos alcanza el que algo incomprensible se acepte y tampoco el

que pueda validarse esa aceptación cuando lo incomprensible se ajuste a las normas sobre transparencia en la redacción de estipulaciones contractuales. El contenido de la norma es, definitivamente, incongruente.

Subrayaremos, finalmente, para cerrar el análisis del artículo 7, que los efectos de la falta de incorporación no se tratan en este precepto sino, muy parcamente a pesar de ser una cuestión de relevante importancia, en los artículos 8 a 10 de la Ley, objeto de ulterior comentario.

C) Especial referencia al presupuesto de la cognoscibilidad y el error obstativo

Examinando el contenido de los artículos 5 y 7 de la nueva Ley con una perspectiva hermenéutica tradicional ha de subrayarse, desde un primer momento, que la admisión de que el consentimiento se proyecte sobre algo susceptible de ser conocido –y no sobre lo que realmente se conoce– choca con la concepción clásica del contrato pues no se coordinan bien los principios en que se fundamenta la perfección de los contratos con la aceptación de algo que no es plenamente valorado en el momento de emitirse el consentimiento contractual²⁴. En este sentido, con tal perspectiva tradicional, y aun reconociendo que el control de contenido –pero no el de inclusión– se justifica en cuanto que se produce para una de las partes un cercenamiento de su derecho a la libre autodeterminación de los intereses contractuales, es difícil conciliar el no enterarse y la tutela de quien no se entera, extremo que funda la protección frente a la contratación por parte de incapaces pero que resulta más complejo de abordar en la protección de un adherente que ni tan siquiera debe ser usuario. Por ello el problema que en la práctica puede plantearse consiste en que se ampare el que, *a posteriori*, se alegue la falta de conocimiento de lo en su momento cognoscible y se expulsen del contrato cláusulas cognoscibles pero no conocidas. Y ello en

²⁴ Ha de tenerse en cuenta que hoy, frente a pasadas alternativas en orden a la justificación de la vinculación de las condiciones generales de la contratación, se funda tal obligatoriedad en su aspecto contractual, si bien no cabe seguir pensando en un contrato en el que se produce un consentimiento «químicamente puro», en los términos pergeñados desde el Ordenamiento de Alcalá hasta nuestro CC. Sobre el tema *vid.*, por todos, DIEZ PICAZO, L., en estudio colectivo sobre *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas*, Civitas, 1996, pp. 29 ss. Finalmente *vid.* el completo y específico tratamiento de la materia efectuado por BALLESTEROS GARRIDO, J. A., *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*, Bosch, Barcelona, 1999.

En contra de la idea contractual *vid.* genéricamente ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 1991, concluyendo la eficacia declarativa de las condiciones generales, al margen de la teoría contractualista, en pp. 93 ss.

función de ese sabido principio «*pro adherente*» al que jurisdiccionalmente somos tan proclives y que no resultará raro que determine resultados sin duda no amparados en la letra de la Ley. Si ello fuera así se desvirtuaría la norma que ha querido precisar que el requisito de incorporación no es el conocimiento sino la cognoscibilidad.

Y es que, en definitiva, frente a la aparente tuición que respecto del adherente deriva de las normas cuestionadas sobre control de inclusión, hemos de efectuar una lectura alternativa de tales conclusiones a propósito del requisito que hemos denominado cognoscibilidad valorando el que la persistencia en la doctrina clásica del error obstativo posiblemente llevaría a resultados más propicios para dicha parte contractual. En este sentido al sacralizarse la cognoscibilidad como presupuesto de incorporación de la condición general se está, en definitiva, privando de eficacia alguna al referido error obstativo²⁵. Es decir, ya no es posible alegar la falta de consentimiento –secuente a la falta de conocimiento– pues, aun acreditada tal falta de conocimiento, los efectos ablativos de tal hipotético vicio del consentimiento habrían desaparecido ya que se ha sustituido el presupuesto del conocimiento –*ratio* última de la transcendencia del error obstativo– por el de la cognoscibilidad.

El círculo se cierra aún más en contra del adherente si tenemos en cuenta un dato evidente –propiciador en última instancia de la protección al usuario frente a esta modalidad de contratación– como lo es la normal falta de lectura de la vulgarmente denominada «*letra pequeña*» que desvirtúa un tanto las fórmulas elegidas por el legislador para minimizar la disociación cognoscibilidad y desconocimiento y que se concretan en identificar aquélla con la posibilidad razonablemente fácil de acceder al contenido material de la regulación. En este sentido el considerar la axiomática virtualidad contractual de aquellas cláusulas cognoscibles pero efectivamente no conocidas supone sin duda optar decididamente por la protección de la seguridad del tráfico si bien en detrimento del consumidor o adherente.

La brecha sigue ahondándose a la vista del ya citado artículo 18 del Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación (Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre) que sanciona una publicidad material y efectiva derivada de la inscripción de tales condiciones en dicho Registro en cuya virtud cada vez se aleja

²⁵ Téngase en cuenta que la apreciación de este hecho lleva a ALFARO (*op. cit.*, pp. 192 ss.) a negar el fundamento contractualista de las condiciones generales. En contra de tal opinión estima PAGADOR LÓPEZ (*Condiciones generales y...*, cit., p. 361) que tal cognoscibilidad persigue garantizar un mínimo o último reducto de contractualidad reafirmando la naturaleza contractual de estas estipulaciones.

más de la realidad la presunción de material conocimiento de tales condiciones. Con tal perspectiva diríamos que, en este particular, los postulados contractuales clásicos resultan sin duda más favorecedores para el adherente que los nuevos vientos que soplan desde la Ley 7/1998.

Por todo ello, retomando cuestiones anteriormente planteadas, diríamos que, efectivamente, frente al clásico sistema de invalidez contractual que deriva de la apreciación de determinados vicios del consentimiento, el nuevo régimen normativo de la incorporación que venimos analizando resulta sin duda clarificador y ventajoso para la seguridad del tráfico tal y como tradicionalmente se viene afirmando. Lo que ya se nos revela mucho más cuestionable es que resulte más ventajoso para el usuario o adherente pues como luminosamente se ha dicho *«la utilización de condiciones generales constituye un factor de seguridad jurídica pero lo es, sobre todo, para la seguridad de la parte que las predispone»*²⁶.

D) El silencio normativo sobre las estipulaciones sorprendentes

Pero, por otro lado, el problema se acentúa si pensamos que con tales planteamientos resultaba obligado que el legislador se hubiera preocupado, al menos, de la expulsión de las llamadas cláusulas sorprendentes.

En este sentido, por referencia a los presupuestos negativos de incorporación —sede natural de tratamiento de las estipulaciones sorprendentes—, debe subrayarse que se omite toda referencia, que si hubiera sido normativamente novedosa, a estas estipulaciones que —sorprendentemente— sí aparecían en el artículo 5 del Anteproyecto de 1983, reproduciendo el artículo 3 de la Ley alemana de Condiciones Generales. Y así se establecía en dicho artículo 5, como requisito negativo de inclusión, que *«no se considerarán incluidas aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que de acuerdo con las circunstancias, y en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiera podido contratar razonablemente con su existencia»*. El tema entiendo que debería haber tenido una regulación específica que no posee y que, por ende, ha de resolverse conforme a principios generales del CC, no fáciles de concretar salvo la buena fe, y quizás reconducibles a la idea de transparencia.

²⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999, p. 45.

Abundando en la hipotética bondad del concreto tratamiento reglamentario de esta cuestión cabe también exponer la realidad de una pretérita acogida jurisprudencial de esta idea que sirvió, por ejemplo, para excluir la cláusula colocada sorprendentemente por la entidad bancaria en una póliza de préstamo en la cual el fiador avalaba no sólo ésta sino todas las demás operaciones del afianzado con la entidad de préstamo.

Como consecuencia de tal acogida doctrinal y jurisprudencial tanto el Anteproyecto de Ley²⁷ como el Proyecto que nuestro Gobierno envía al Parlamento contienen una norma destinada a su exclusión. Concretamente el apartado c) del artículo 5 consideraba que no quedaban incorporadas al contrato las condiciones que «*de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*». Sin embargo la redacción definitiva de la Ley omite toda referencia a la cláusula sorprendente que, al parecer, se ha considerado innecesario regular²⁸.

Tal conclusión tiene otra lectura, sin duda crítica con la labor del legislador. En este sentido, a mi juicio, la principal especificidad del llamado control de inclusión sería, precisamente, la expresa proscripción de las estipulaciones sorprendentes no acometida en la nueva Ley. Tal orfandad normativa nos reconduce a la buena fe para proteger los intereses del adherente frente a la estipulación sorprendente. Pues bien, al igual que sin necesidad de una norma específica el derecho común ofrece pautas para la erradicación de

²⁷ Decía el párrafo 2.º del artículo 5 que «*sin embargo no se considerarán incluidos en los contratos celebrados entre comerciantes o empresarios aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia*». Por su parte, en Alemania, la Ley de Regulación Jurídica de las Condiciones Generales de la Contratación de 19 de julio de 1996, que traspone la Directiva 93/13 CEE establece: «Artículo 3. *Cláusulas sorprendentes. -Las disposiciones contenidas en las condiciones generales de la contratación que en determinadas circunstancias, especialmente debido a la forma externa del contrato, sean tan desacomodadas que la parte contratante con el predispuesto no tenga por qué contar con ellas, no pasarán a formar parte integrante del contrato.*»

²⁸ GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.* p. 77) expone como argumentos que determinaron la exclusión de esta referencia la falta de tradición en nuestra legislación y doctrina, la posible inseguridad jurídica que comporta su concepto, así como su dudosa utilidad ya que nada añadía a los mecanismos que prevé la LGC. Sin embargo parece mostrarse contraria a tal desaparición pues la misma «*deja sin sentido la oportunidad de que en una misma Ley se enuncien, por activa y por pasiva, los requisitos de incorporación en dos preceptos que, al menos en su literalidad presentan dudas y problemas no justificables*».

En cualquier caso cabe ver el completo tratamiento que de tales cláusulas efectúa PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y...*, cit., pp. 453 ss.) quien con base en ciertos preceptos de la Ley (*op. cit.*, pp. 494 ss.) estima la vigencia de la regla general en cuya virtud procede su expulsión. Se reitera tal exposición por el mismo autor en *Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negociadas...*, cit., pp. 255 a 265.

dichas estipulaciones creo que a la misma conclusión se llegaría en orden a los supuestos positivos de incorporación, fácilmente combatibles con los tradicionales principios contractuales que no sería preciso traer a colación si la estipulación, por ejemplo ilegible, no resulta abusiva.

En definitiva la lectura involucionista del revolucionario texto consiste en subrayar que el deber de información por parte del predisponente, unido a la cognoscibilidad como presupuesto de inclusión, hará mucho más difícil de esgrimir por parte del adherente la ineficacia de la cláusula sorprendente. Especialmente si dicho adherente no es un usuario que, además, pueda beneficiarse de listado de cláusulas abusivas del artículo 10 LGDCU.

IV. LA INEFICACIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SECUENTE A SU NO INCORPORACIÓN AL CONTRATO

Conocidas las exigencias que preceden es necesario, en una ulterior fase hermenéutica, analizar el régimen de ineficacia secuenta a tal falta de incorporación²⁹ que ya aparecía contemplado en los Anteproyectos de 1984 y 1988 y, finalmente, en el de 1992, todos ellos inspirados en el artículo 6 de la Ley Alemana. Y ya adelante que va a ser cuestionablemente absurda tal ineficacia si la cláusula –excluida por ilegible, oscura o incomprensible– no es abusiva o nula por contravenir norma imperativa. Y ello en función tanto de los efectos que deben derivarse de la nulidad de pleno derecho que se consagra como de los medios (art. 1258 CC) que se arbitran para su integración.

²⁹ Como destaca PAGADOR LÓPEZ, J. (*Condiciones generales y...*, cit., p. 602) el sistema de ineficacia de la Ley es trasunto del parágrafo 6 de la Ley Alemana de Condiciones Generales de la Contratación. Pronto se advierte por ello que la indiscriminada inserción en nuestro ordenamiento de un sistema de ineficacia contractual foráneo habría exigido de una más cuidada translación. Sobre la evolución de los distintos Anteproyectos en este particular *vid.* RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., «Antecedentes de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación en los sucesivos Anteproyectos de Ley» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 77 ss., especialmente pp. 99 a 101. Establece dicho artículo 6: «Consecuencias jurídicas en caso de no incorporación e ineficacia.–1. Si todas o algunas de las condiciones generales de la contratación no formaran parte del contrato o resultaran ineficaces, éste mantendrá su eficacia en lo demás. 2. En la medida en que las cláusulas no formen parte del contrato o resulten ineficaces, el contenido del contrato se regirá por las disposiciones legales. 3. El contrato será ineficaz cuando su subsistencia, incluso con la modificación prevista en el apartado 2, represente una carga irrazonable para una de las partes.».

En este sentido, y con carácter previo, diremos que el artículo 8 ha establecido innecesariamente, pues resultaba obvia³⁰, la nulidad de las condiciones generales que contravengan lo dispuesto en norma imperativa o prohibitiva. Formulación genérica que no presenta interés hermeneútico alguno, pero que da pie para que ulteriormente se maticen los efectos de tal nulidad, secuencia a la falta de incorporación, en los términos con que la misma se regula en el artículo 9.

Es por lo tanto momento de desarrollar, por referencia al tipo de ineficacia derivada de la infracción de los términos legales, algunas de las cuestiones anteriormente planteadas al examinar los requisitos de incorporación. En este sentido recordaremos, en primer lugar, que la lógica debiera llevarnos a hablar de inexistencia contractual frente a condiciones generales de la contratación no incorporadas al contrato por no concurrir los presupuestos de comunicación o conocimiento de los tres primeros apartados del artículo 5. Categoría ontológicamente previa a las de ineficacia contractual pues realmente no habría acuerdo sobre tales condiciones. Sin embargo, como también hemos puesto de relieve, existiendo alguna apariencia de contractualidad o, al menos, la alegación por parte del predisponente de que las cuestionadas condiciones generales fueron comunicadas, suscritas o exhibidas, surgiría asimismo la necesidad de una declaración jurisdiccional expresa que parece oportuno reconducir a algún tipo de ineficacia de las clásicamente consagradas por nuestro derecho patrimonial común.

Por su parte, en relación con la idea de comprensión del artículo 5.4 ya hemos dicho, y de nuevo lo reiteramos, que resulta altamente cuestionable su encaje en la categoría de la nulidad que la Ley parece propiciar y, sobre todo, también lo va a ser la manera de integrar las hipotéticas deficiencias derivadas de su expulsión.

A) El tipo de ineficacia derivada de la no incorporación

Evidentemente aquella condición general que adolece de la falta de alguno de los presupuestos positivos del artículo 5 o que incurre en alguno de los defectos de su artículo 7 es, en el sentir de la Ley, una estipulación ineficaz que exige, como primera cuestión, encajar su régimen en alguno de los tipos de invalidez contractual regula-

³⁰ En este mismo sentido se pronuncia GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, p. 83. También, con detallada explicación crítica, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por él mismo, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, artículo 8, p. 262.

dos en nuestro ordenamiento. Sin embargo frente a la necesidad de concreción en la regulación de esta materia ya se apuntaba una línea de cierta indefinición en la Exposición de Motivos de la Ley donde el legislador atisba la dificultad de encajar con precisión este tipo de ineficacia saliéndose por las ramas al decir que el «*capítulo II sanciona con nulidad las cláusulas generales no ajustadas a la Ley, determina la ineficacia por no incorporación de las cláusulas que no reúnan...*»³¹.

En este sentido, tras esa indefinición inicial la lectura de los concretos preceptos del capítulo II parecen llevarnos, como unica posibilidad, hacia la idea de nulidad al ser el único tipo de ineficacia del que en tal capítulo II se habla. Y así, como aproximación primera al tema, diremos que el artículo 9.1 fungibiliza el régimen de la falta de incorporación con el de la nulidad lo que permitiría efectuar un planteamiento unificado de ambas deficiencias contractuales desde el momento en que una y otra se someten «*a las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual*». De igual manera tanto el artículo 10.1 como el 10.2 identifican en todo caso tanto los efectos de la no incorporación como de la nulidad. Es decir, si bien se parte de una clara diversidad claudicatoria en estos preceptos, pues se habla tanto de la «*no incorporación*» como de la «*declaración de nulidad*», las consecuencias de uno y otro supuesto no se diversifican ulteriormente.

Ahora bien, tal entendimiento de las cosas pronto nos lleva a consecuencias plenamente insatisfactorias. De esta manera un planteamiento clásico de los efectos de la nulidad absoluta –insubsanable, imprescriptible y con una legitimación universal para su alegación– parece absolutamente incompatible con el tipo de contratación en que normalmente se insertan las condiciones generales³². En este sentido me limitaré a apuntar ciertas consecuencias que no resultan asumibles desde una perspectiva sistemática.

Así, en primer lugar, especialmente por referencia a las condiciones generales que no superen el control de inclusión en los términos previstos por los artículos 5.4 o 7.2, es decir, las que resulten

³¹ Cabe ver los antecedentes legislativos de estas cuestiones en GETE-ALONSO CALERA, M. C., *op. cit.*, pp. 81, 87 y 88.

³² No obstante lo anterior la doctrina es proclive a persistir en la idea de nulidad radical. Así, por ejemplo, afirma PAGADOR LÓPEZ, J. «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negativas» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 273, que «*no queda más remedio que pensar que mediante ellos se han introducido hipótesis de nulidad radical o de pleno derecho*». Afirmación que sin duda tiene persistentemente presente la cláusula bajo cuyo déficit de incorporación subyace su carácter abusivo.

ambiguas, oscuras o incomprensibles, resultaría disparatado aceptar la imprescriptibilidad de la acción de expulsión que necesariamente seguiría a la identificación entre falta de incorporación y nulidad de pleno derecho. Como iremos viendo, la ausencia de toda referencia a plazos para el ejercicio de las acciones que la Ley contempla, a lo que hemos de añadir la falta de una configuración clara de este tipo de ineficacia, es una de las grandes carencias detectables a primera vista en la labor del legislador. No olvidemos que estamos cuestionando exclusivamente una deficiencia de incorporación al margen de que ulteriormente tal condición general pudiera encajar en el listado de cláusulas abusivas de la LGDCU, tema que en este momento no es objeto de valoración

En segundo lugar apuntaré que la configuración de la falta de incorporación como supuesto de nulidad de pleno derecho –de nuevo diremos que especialmente por referencia a lo que genéricamente hemos denominado falta de comprensión– puede producir una auténtica revolución en los procedimientos ejecutivos y la vía de apremio. Sabido es que el artículo 1467 de la LEC permite fundar la oposición del demandado a la demanda ejecutiva en la «*nulidad del título*»³³. Con tal perspectiva y asumiendo la identificación entre nulidad y no incorporación diríamos que pasarían a poder discutirse en el ámbito del juicio ejecutivo –y seguramente con probabilidades de éxito– todas las cuestiones referentes a la oscuridad, falta de transparencia, falta de claridad, etc. de las pólizas en las que se documentan, a menudo crípticamente, las relaciones de crédito y préstamo.

Finalmente resulta difícil de compatibilizar la nulidad radical con la lógica restricción a la legitimación para instar tal declaración que, en términos consustanciales a la idea de anulabilidad, sólo corresponde al adherente (art. 9.1.).

Apreciadas esas disfunciones, junto con otras que puedan imaginarse, parece lógico buscar cauces con los que evitar una indefinida posibilidad de expulsar del contrato condiciones generales contenidas en un contrato cumplido parcial o incluso totalmente. Cláusulas que el adherente, en función de intereses que el ordenamiento en principio no debe proteger, estima extemporáneamente que resultan oscuras o ambiguas o que, incluso, no fueron cognoscibles. Mucho más si con ello, por ejemplo, se pretende la devolución del precio, con correlativa restitución al vendedor-predispo-

³³ Tal problema parece que quedará un tanto minimizado tras la entrada en vigor de la nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, ya que su artículo 557 no hace referencia alguna a la nulidad del título como causa de oposición al proceso de ejecución de títulos no judiciales.

nente de un objeto que, superado por un nuevo modelo, no colma ya los anhelos del adherente.

En definitiva, resumiendo nuestro discurso precedente, subrayaremos la incoherencia de otorgar un tratamiento claudicatorio único a deficiencias de incorporación tan dispares pues nada tiene que ver la hipotética ineficacia derivada de la falta de comunicación o suscripción de una condición general —en cuyo caso el contrato no las alcanza— con la derivada de una oscuridad interpretativa de su contenido. Aplicando ideas tradicionales hablaríamos de inexistencia para la primera de tales condiciones y, respecto de la segunda, nos veríamos en la necesidad de interpretarla en contra del predisponente causante de la oscuridad.

Sin embargo, como también sabemos, nada dice la ley acerca de todas estas consecuencias que, en cualquier caso, parece reconducir al régimen de la nulidad contractual. Especialmente (art. 9.2) si la condición general cuestionada afecta a un elemento esencial del contrato en los términos con que se precisan los mismos por el artículo 1261 del CC. Precisión normativa obvia y, obviamente, por duplicada innecesaria aunque para tal caso el efecto de dicha nulidad también debiera ir encaminado por derroteros distintos a los de su integración conforme a las pautas de la buena fe que sólo sirve para completar lo que, expulsado del contrato, sea contrario a la referida buena fe. En cualquier caso no es fácil imaginar que dicha oscuridad o incomprensión afecte a un elemento esencial del contrato —pensemos en su objeto— pues se habría subsanado la deficiencia a través de la efectiva entrega posesoria de un objeto con perfiles ciertos³⁴.

Así las cosas la duda que se plantea es la de coordinar por un lado la protección del adherente y por otro una mínima seguridad del tráfico dadas las especiales características de este tipo de contratación. Mantener, insisto en ello, una posibilidad claudicatoria indefinida resulta a mi entender inviable incluso en los supuestos que tradicionalmente denominaríamos de «*inexistencia*» del contrato si bien, en este caso, es precisa junto a una cierta apariencia de contractualidad un momento en el cual el predisponente intente hacer valer aquellos extremos del contrato no alcanzados por el consentimiento del adherente.

Con tales planteamientos previos entiendo que debemos superar, en todo caso, la aplicación a los supuestos de no incorporación de la clásica configuración de la nulidad de pleno derecho y caminar hacia el instituto de la anulabilidad que estimo tiene claros apo-

³⁴ Téngase asimismo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril, transcrito en nota 16.

yos en la propia Ley³⁵. Fundamentalmente desde el momento en que para todos estos casos se sanciona indiscriminadamente una legitimación individual restringida en el artículo 9.1, absolutamente incompatible con la idea tradicional de la nulidad de pleno derecho. Tal restricción de la legitimación para instar la declaración de no incorporación se coordina mucho mejor con el concepto de anulabilidad que describen los artículos 1300 ss. del CC pues, al igual que en tales preceptos, sólo el adherente que se estime perjudicado por el vicio contractual podrá esgrimir la ineficacia de lo oscuramente convenido³⁶. Ahora bien, aún aplicando las reglas de la anulabilidad a la acción de expulsión, persistirían lagunas legales de difícil integración, entre ellas, fundamentalmente, la de los plazos prescriptivos a los que haremos breve referencia.

Por otro lado el que se sancionen como efectos de la expulsión del contrato consecuencias alternativas que potencialmente pueden ser diferentes a la tajante desaparición de los efectos contractuales acerca asimismo la acción de expulsión a las características y presupuestos de categorías de ineficacia contractual más dulcificadas que la nulidad absoluta.

Finalmente comentaremos a propósito de este particular que el confusionismo del legislador de 1889, que no supo distinguir semánticamente categorías de ineficacia contractual tan diferentes como la nulidad y la anulabilidad parece que se ha perpetuado en la labor de un legislador cien años más veterano pero con las mismas y hoy injustificadas carencias dogmáticas. De esta manera diríamos que si bien el legislador habla en estos preceptos (arts. 8 a 10) de nulidad se quiere referir a la «*nulidad*» de los artículos 1300 y siguientes que, hoy ya no existe duda alguna, contemplan el instituto de la anulabilidad.

B) Plazo de prescripción de la acción de expulsión

Ya hemos destacado que resulta ésta una de las omisiones más llamativas de la nueva Ley salvo que queramos seguir pensando en

³⁵ Aprecio que también camina en esta línea PASQUAU LIAÑO, M. (*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por R. BERCOVITZ, ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, arts. 9 y 10, pp. 281 ss.) tendiendo hacia la anulabilidad en relación con la deficiencia de los presupuestos de incorporación, al menos de los directamente referidos a garantizar la oportunidad de conocer las condiciones generales de la contratación a que se hace referencia en el artículo 7.a).

³⁶ Persiste en todo momento GETE-ALONSO CALERA, M. C., en la idea de nulidad si bien apunta que, aún no existiendo referencia alguna a la idea de anulabilidad, «*esta no se excluye por aplicación de las reglas generales del CC*» (*op. cit.*, p. 84). Sin embargo ulteriormente (*op. cit.*, p. 91), se decanta francamente por la nulidad estimando, incluso, la extensión de la legitimación a cualquier interesado.

la imprescriptibilidad de la acción de expulsión entendida como acción de nulidad absoluta a la que nos llevaría una interpretación no tanto literal como ciega de la nueva Ley³⁷.

La citada imprescriptibilidad cobraría teóricamente sentido frente a la deficiencia de incorporación que, como anteriormente hemos descrito, conllevara la teórica «inexistencia» de esa parte del contrato al no haberse comunicado o dado a conocer determinadas estipulaciones que, consiguientemente, no se ven alcanzadas por una contractualidad que, sin duda, funda la obligatoriedad de dichas condiciones.

Pero ocurre que, incluso en estos casos y frente al fenómeno de la contratación que nos ocupa, la solución puede resultar a menudo insatisfactoria pues la agilidad de este tipo de contratos está frontalmente reñida con una indefinida posibilidad claudicatoria. Por ello creo que en estos casos debemos reconducir el problema de forma que no cuestionemos tanto el seguir hablando de inexistencia o nulidad de la cláusula no incorporada como de fijar un *dies a quo* para el hipotético plazo prescriptivo de esta «inexistencia» una vez que surge la discrepancia acerca de su incorporación al contrato.

Así las cosas, desde la perspectiva que venimos exponiendo –contraria a la posibilidad de mantener indefinidamente cualquier tipo de ineficacia contractual, incluso la inexistencia– entiendo que debemos fijar como *dies a quo* el momento en que el predisponente quiera hacer valer la eficacia de la cláusula incorporada pues es en dicho momento cuando se aprecia que la hipotética inexistencia es cuestionada –como cualquier otra deficiencia– por el predisponente. No tiene sentido que, ante la exigencia de una determinada prestación al adherente, recogida en una cláusula que éste considera no incorporada, pueda guardarse por su parte un continuado silencio –incluso tras cumplir con la prestación referida– para, extemporáneamente, pretender la expulsión, por inexistente, de dicha condición general. La buena fe, así como la idea de los propios actos, puede servir para modular, en los términos que apunto, las radicales consecuencias que en función de un entendimiento tradicional del tema cabría aplicar a la idea de inexistencia.

³⁷ Aún persistiendo radicalmente en la idea de nulidad frente a las deficiencias de incorporación, expone finalmente GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.*, p. 92) que «en cierto sentido sí pueda hablarse de la existencia de una suerte de convalidación (que no confirmación) del contrato. De otro lado, a la misma conclusión se llega, para el supuesto que estamos examinando, simplemente de la aplicación de la doctrina de los propios actos. Se trataría aquí siguiendo esa interpretación de una acción de nulidad radical diferenciada de la ordinaria en orden a su legitimación activa».

Con otra perspectiva cabría plantear el tema obviando un dogmatismo perturbador pues resulta muy difícil cuadrar perfectamente el supuesto de ineficacia que examinamos con las clásicas categorías de ineficacia ya reseñadas³⁸. Lo que en todo caso parece importante es dotar a este tipo de contratación de una seguridad absolutamente incompatible con la ampliación temporal de las posibilidades claudicatorias que en ningún caso podría ser indefinida. Por ello, invirtiendo los términos del discurso argumental seguido hasta ahora, también podría llegarse a una solución satisfactoria manteniendo la referencia a la inexistencia o nulidad pero modulando las consecuencias de ésta: básicamente limitando su plazo de alegación por el adherente que quedaría reducido a los que señala el artículo 1301³⁹.

De esta manera lo ilegible o incomprensible no quedaría incorporado plenamente al contrato salvo que transcurriera el plazo del mentado precepto, único hábil para por vía de acción o excepción interesar su ineficacia.

En pro de las tesis defendidas habría de valorarse asimismo la trascendencia de la buena fe y de los actos propios como signos de conformidad con el contenido contractual sometido a condiciones generales en términos que vetarían una ulterior alegación de no incorporación, mucho más si han existido actos específicos de cumplimiento de lo hipotéticamente no incorporado.

De igual manera, y aún sin el transcurso de los plazos prescriptivos –sean cuales sean– entiendo que es plenamente aplicable tanto el instituto de la convalidación como el de la confirmación de los contratos. A tal efecto diré que no tendría sentido alguno que, incor-

³⁸ En la acertada línea de rechazar la clásica y estanca distinción bipolar entre nulidad y anulabilidad como categorías exclusivas de ineficacia contractual *vid.* PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.*, pp. 378 ss.), con referencia a trabajos de interés del propio autor.

³⁹ Se muestra frontalmente contrario a la aplicación de este plazo PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.* p. 289) quien si bien es partidario de reconducir este tipo de ineficacia a la categoría de la anulabilidad no extrae de ello la consecuencia que a mi entender resulta más fecunda como lo es la posibilidad de reconducir el plazo prescriptivo al de cuatro años tipificado por el artículo 1301 del CC. De distinta manera manifiesta su opción por el plazo de quince años del artículo 1964 del CC negando la vigencia del contenido en el artículo 1301 porque «dicho plazo tiene un sentido muy distinto a los generales de prescripción: se trata de un plazo para el ejercicio no de una acción, sino del derecho potestativo de anular o confirmar el contrato, disipando la incertidumbre sobre su eficacia, dependiente únicamente de la voluntad del legitimado para ello». Disiento de tal alegato, esencialmente en función de que el propio legislador ha querido hacer depender la eficacia de la condición general de la voluntad del adherente perjudicado (art. 9.1.) por lo que no encuentro problema teórico alguno para la aplicación del referido plazo.

Finalmente, a propósito de las deficiencias de incorporación, y a pesar de que en tal caso también existiría un razonable plazo de prescripción de cuatro años, carece a mi juicio de sentido incardinar la ineficacia que analizamos en el ámbito de la rescisión por lesión de los artículos 1290 ss. del CC, aplicada por ALFARO al antiguo artículo 10.4.2. de la LGDCU (ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales...*, cit., pp. 457 ss.).

porada sobrevenidamente al contrato la cláusula que inicialmente adoleciera de un déficit de incorporación –falta de específico conocimiento, por ejemplo– y aceptada ulteriormente sin reproche la misma por el adherente, mediante la expresión de actos concluyentes de aceptación, quedara aún abierta indefinidamente la posibilidad de cuestionar su eficacia⁴⁰.

C) El cómputo del *dies a quo*

Así las cosas, y sobre la base de la anulabilidad de todos los supuestos de ineficacia que derivan de los artículos 5 y 7 –o alternativamente de una inexistencia o nulidad sometida a plazo de prescripción– es de subrayar que incluso el plazo de cuatro años del artículo 1301 del CC, único al que lógicamente podríamos recurrir, resulta dilatadísimo siendo, por otro lado, muy difícil la precisión del *dies a quo*, que tal precepto describe.

Es decir, no va a ser fácil en la práctica acreditar el momento en que el adherente afirma haber advertido la oscuridad, ilegibilidad, falta de transparencia, etc., que únicamente cabría referir al momento de suscripción del contrato. Finalmente diremos que poco nos ayuda el artículo 1301 para conocer el momento en que se desvanece el obstáculo determinante del vicio de la condición general por lo que parece más cabal acudir a la seguridad que ofrece la suscripción del contrato aunque la solución es absolutamente insatisfactoria⁴¹.

Finalmente, a propósito de este particular, tampoco parece que exista justificación alguna que permita la extensión analógica del plazo de dos años de las acciones colectivas que contempla el artículo 19 de la LCGC. La analogía con los plazos de las acciones redhibitorias (art. 1490) resulta también excesivamente forzada si bien la perentoriedad de tales términos justificaría cualquier argumento que sirva a su aplicación. De no encontrarse ningún otro

⁴⁰ Llega a la misma conclusión PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.*, pp. 289 ss.) que, en definitiva, fundamenta en la idea de que es posible renunciar a la acción de nulidad una vez que ya ha nacido la posibilidad de ejercitar la misma.

⁴¹ Estima PASQUAU LIAÑO, M. (*op. cit.*, p. 289) que la correcta aplicación del artículo 1969 del CC debe llevar a que «el plazo comenzará a contar desde que la cláusula nula haya comenzado a desplegar algún efecto, es decir, desde que pueda considerarse que el adherente se ve perjudicado por algún efecto o situación derivada de la cláusula que sólo mediante la acción de nulidad puede removerse. Esta relatividad del “*dies a quo*” para el inicio del plazo explica que, aunque utilizando los términos impropriamente, pueda decirse que la nulidad no prescribe cuando se esgrime por vía de excepción». La virtualidad teórica de tal tesis creo difícil de que sea asumida en la práctica en función de razones de agilidad y seguridad del tráfico que quedarían eternamente comprometidas ante una posibilidad claudicatoria incompatible con aquéllas.

plazo habríamos de estar al del artículo 1964 que parece definitivamente inasumible.

D) Efectos de la no incorporación

Los efectos de la acción de expulsión aparecen en el artículo 10, en términos que fungibilizan totalmente esta acción con la que eventualmente se inste para lograr la nulidad de pleno derecho de toda condición general que vulnere una norma imperativa. Tal unificación, como veremos, determina que, valorados con una cierta profundidad, los resultados sean plenamente incoherentes.

D.1 EL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO

Como principio básico hemos de decir que en esta materia la novedad normativa fundamental que fluye de la Ley ha sido la de plasmar en el artículo 10.1 la aplicación del principio de conservación del contrato si se estima que éste puede subsistir sin la condición general afectada por la deficiencia en cuestión. Extremo sobre el que deberá pronunciarse la Sentencia que en su día recaiga. Tal planteamiento resulta un tanto contradictorio con el hecho de que, a continuación, el mismo precepto posibilite la integración de la condición no incorporada: parece que si es posible incorporar lo afectado por el vicio siempre sería viable la subsistencia del contrato. Por ello la cabal interpretación de tales términos nos debe llevar a pensar que la condición no incorporada, para determinar la nulidad del contrato, necesariamente ha de afectar a uno de sus elementos definidores esenciales como pudiera ser, frente a una compraventa, la cosa o el precio. Situación que, como anteriormente se ha destacado, resulta en la práctica de difícil concurrencia.

Finalmente, a propósito de este particular, parece oportuno acudir analógicamente a la pauta que, en orden a la subsistencia del contrato, se establece en el artículo 10.bis.2 de la nueva LGDCU: *«sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato»*.

Ahora bien, ello no agotaría los problemas del supuesto pues como acertadamente ha puesto de relieve Díaz Alabart⁴² sería en

⁴² DÍAZ ALABART, S. *«Pacta sunt servanda e intervención judicial en el equilibrio de los contratos: reflexión sobre la incidencia de la Ley de Condiciones Generales»*, en la obra colectiva *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 61.

todo caso el predisponente el responsable de tal ineficacia –por haber insertado él la cláusula de la que deriva la nulidad– por lo que a él incumbiría la obligación de reparar el perjuicio causado. Así las cosas, continúa la citada autora, superando la literalidad del artículo 10.bis.2 de la LGDCU –no debe olvidarse que tal precepto entra en juego frente a condiciones generales abusivas que no es, como venimos reiteradamente exponiendo, el tema que nos ocupa– el Juez no debe moderar las consecuencias de la imposibilidad de integrar el contrato sino que, tras eliminar las cláusulas contrarias a la ley y constatar la imposibilidad de integrarlo «*tiene facultades para fijar una indemnización equitativa para el consumidor*».

D.2 LAS PAUTAS PARA LA INTEGRACIÓN DE LAS CLÁUSULAS EXPULSADAS

Asumida la viabilidad del contrato el legislador, a continuación, nos da los cánones para acometer la integración de aquellos aspectos del programa contractual afectados por la no incorporación de una de sus condiciones generales: «*la parte del contrato afectada por la no incorporación se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del CC y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo*»⁴³.

He apuntado inicialmente la presencia de una clara incoherencia derivada de que el legislador haya unificado el tratamiento de los efectos que se vinculan con la no incorporación y con la contravención de norma imperativa. Es momento de justificar tal afirmación. En este sentido la posibilidad de integrar el contrato mediante el recurso a la buena fe y a las normas interpretativas de los artículos 1281 ss. del CC tiene fundamento respecto de las condiciones que hemos de considerar nulas por contravención de norma imperativa⁴⁴ pero, en absoluto, respecto de las no incorporadas por ilegibles, no conocidas, oscuras o ambiguas. Y ello sobre la base fáctica de que tales condiciones no sean abusivas en cuyo caso su régimen de nulidad se residenciaría en el artículo 10.bis.2. de la LGDCU modificado por la Disposición Adicional Primera.Tres de la LCGC.

En el apuntado sentido persistiremos en predicar la incoherencia que supone el que para integrar una condición general del con-

⁴³ En relación con el tema *vid.* su tratamiento en DÍAZ ALABART, S., «*Pacta sunt servanda...*», cit., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 47 ss., especialmente el análisis de la buena fe como pauta integradora en pp. 63 ss.

⁴⁴ Respecto de la integración de estas deficiencias contractuales son interesantes las «*reglas prácticas de integración contractual*» que expone PAGADOR LÓPEZ, J. (*op. cit.* pp. 675 ss.). También *vid.* PASQUAU LIAÑO, M., *op. cit.*, pp. 306 ss.

trato, sustantivamente equilibrada y ajustada a derecho, pero que no se incorpora al mismo por ilegible o no conocida, deba acudirse al artículo 1258 del CC. En la formulación más efectista del alegato diremos que la manera de integrar una cláusula ilegible –no abusiva– consiste en posibilitar su lectura y lo mismo diremos si resultando oscura o no conocida no determina una situación que pueda considerarse abusiva a favor del predisponente. La aclararíamos o la daríamos a conocer sin necesidad de acudir a las pautas de la buena fe para su integración.

El resumen del anterior discurso enlaza con algunas de las cuestiones inicialmente expuestas. Por ello insistiremos en que carece de sentido el tratamiento diferenciado de las condiciones generales, por un lado, y de las cláusulas abusivas por otro si no se coordinan bien sus consecuencias. De esta manera la condición general que no es nula ni sustantivamente abusiva y que únicamente contiene deficiencias semánticas que obvian su incorporación no tiene porqué ser expulsada del contrato para, ulteriormente, integrar el vacío creado mediante los mecanismos de la buena fe. De distinta manera, para subsanar tal defecto, basta con leerlas, conocerlas o aclararlas. Para ello tampoco parece necesario acudir a la referencia de instituciones como la nulidad contractual, estructuradas dogmáticamente en términos difíciles de compatibilizar con los objetivos a alcanzar ante la ambigüedad, oscuridad o ilegibilidad.

Finalmente apuntaremos que el encajar en la idea de nulidad los supuestos de no incorporación de condiciones, objetivamente asumibles por el adherente, pone sin embargo en manos de éste una posibilidad de instar la claudicación de un contrato plenamente equilibrado pero que, en función de intereses desviados, puede convenir al adherente⁴⁵. Baste significar la incondicionada legitimación individual del adherente establecida en el artículo 9.1 determinante de que la mera consideración por su parte de que la cláusula afectada por el defecto de incorporación le es perjudicial –lo sea o no objetivamente– abre paso a la posibilidad claudicatoria de la que venimos hablando.

D.3 EL AGENTE INTEGRADOR DE LO NO INCORPORADO

De la lectura comparativa de la Ley 7/1998 deriva una nueva interrogante sistemática cuya etiología y solución desconocemos. Y

⁴⁵ Advertida esta disfunción es combatida por GETE-ALONSO CALERA, M. C. (*op. cit.*, p. 84) discrepando de la exégesis literal del artículo 8.1 en el sentido de que sobra la expresión «*en perjuicio del adherente*» pues, en definitiva, las partes nada pueden disponer acerca de las normas imperativas o prohibitivas.

así a propósito de las condiciones abusivas específicamente establece el nuevo artículo 10.bis.2 de la LGDCU, entre otras cosas, que «*el Juez que declara la nulidad de tales cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes*»⁴⁶. Tal referencia al agente de la integración expresamente se omite en el particular de la acción de expulsión del artículo 10.2 de la LCGC, así como ante la nulidad de la condición general, en términos que nos hacen dudar de la legitimación del Juzgador para, en el procedimiento en el que se ventila la acción de expulsión, acordar lo procedente en orden a la integración del contrato. Evidentemente, sin una norma como la que expresamente contiene el artículo 10.bis.2 en la que faculta al Juzgador para integrar y moderar el contrato, resulta difícil de atribuir a los Jueces una función mediadora que orgánicamente no tienen encomendada.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El resumen de este ya largo discurso pretendo sea corto. La cuestión que, en definitiva, someto a debate –al margen de los casuísticos problemas hermeneúticos planteados– radica en valorar el hipotético acierto de legislar específica y autónomamente el llamado «*control de inclusión*» como presupuesto de eficacia previo e independiente de la ineficacia que deriva de la valoración como abusiva de una determinada condición general.

Es decir ¿tiene sentido haber creado un nuevo supuesto de ineficacia contractual consistente en considerar la nulidad de las condiciones generales no cognoscibles (art. 5.1, 2 y 3) o no comprensibles (art. 5.4.) al margen de las soluciones que el derecho común ofrecía a través de la teoría del error, en el primer caso, y de su integración mediante las pautas de interpretación, en el segundo? Estimo que la respuesta es negativa y que la nueva regulación propicia un confusionismo en la materia a remolque de un cierto mimetismo con una regulación –la alemana– que se inserta en un sistema normativo sin duda diferente.

Las razones para acceder a tal conclusión son, a mi juicio, claras y ya expuestas. De esta manera entiendo que no tiene sentido la

⁴⁶ A pesar del amplísimo y profundo análisis del tema por parte de DÍAZ ALABART, S. «*Pacta sunt servanda...*», cit., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 47 ss., omite esta cuestión refiriendo necesariamente todo su discurso a las estipulaciones que han sido expulsadas del contrato por abusivas, concertadas con consumidores, únicas a las que es de aplicación el régimen de ineficacia de la LGDCU.

específica regulación de tales supuestos de ineficacia cuando el ulterior régimen de la misma, seciente a la falta de incorporación al contrato, no aparece específicamente detallado. Y mucho menos cuando se ha aislado tal consideración de la hipotética consideración como abusiva de estas condiciones que, de serlo, siguen un régimen específico –el de la LGDCU– que se solapa con el que venimos analizando. Aquél –el de la LGDCU– sí que goza de una sustantividad propia merecedora del tratamiento normativo que el legislador ha establecido pues, en definitiva, la protección del consumidor se justifica frente a los abusos del predisponente.

En resumen, aún a riesgo de ir contra corriente pero, sobre todo, centrando siempre mis afirmaciones al margen de la consideración como abusivas de las condiciones que estudio, cuestiono el acierto del principio que encierra toda la discusión planteada y que por ejemplo expone Pagador López⁴⁷ al expresar que *«el que una condición general forme parte del contrato no se resuelve conforme a las reglas generalmente aplicables en materia contractual sino que es objeto de una disciplina específica a la que conocemos como control de inclusión»*.

Si tal disciplina, y con ello acabo, debe nutrirse de las normas que derivan de los artículos 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales, así como de los preceptos reglamentarios que los desarrollan, clamemos por la vuelta a Alonso Martínez. Porque, en definitiva, si la condición general no es abusiva carece de sentido todo el entramado aparentemente protector del usuario que justifica la norma sectorial, resultando a mi entender más oportuno persistir en el ámbito del derecho patrimonial común. Y si alguien tiene dudas sobre la trascendencia de la ignorancia o error en los contratos puede acudir a Morales Moreno⁴⁸ para su cabal comprensión.

⁴⁷ PAGADOR LÓPEZ, J. «Requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación y consecuencias negativas» en la obra colectiva *Condiciones Generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigida por NIETO CAROL, U., ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 223.

⁴⁸ MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, cit.