

Diez años de la Ley Alemana de Condiciones Generales de los Contratos: retrospectiva y perspectivas (*)

Prof. Dr. PETER ULMER
Universidad de Heidelberg

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Retrospectiva.*—1. La dinámica propia de la LCC.—2. Su puesta en práctica en los contratos con consumidores.—3. Sobre la calidad técnico-jurídica de la LCGC.—4. Sobre la regulación como derecho privado especial.—5. La jurisprudencia respecto a las disposiciones generales (§§ 1-6 AGBG).—III. *Especialidades de la LCGC respecto a otras Leyes de derecho privado especial.*—1. El carácter general de su ámbito material de aplicación.—2. La cláusula general del parágrafo 9 AGBG como encargo a los tribunales para que desarrollen el derecho de los contratos.—IV. *Sobre la aplicación de la LCGC a las relaciones entre empresarios.*—V. *Perspectivas.*—1. No hay necesidad alguna de una reforma general.—2. Sobre la evolución jurídica en el extranjero y a nivel europeo.—3. Valoración final.—VI. *Resumen.*

Traducción: JESUS ALFARO AGUILA REAL.

(*) **Nota introductoria del traductor:** El trabajo que publicamos a continuación reproduce la conferencia del profesor Ulmer que sirvió de apertura al segundo fórum organizado por la Editorial Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, los días 26 y 27 de marzo de 1987 en Bonn, para conmemorar los diez años de la promulgación de la Ley Alemana de Condiciones Generales de 1 de abril de 1977 (AGB-Gesetz).

El profesor Ulmer es, sin duda, uno de los mayores especialistas en el Derecho de las condiciones generales y, además de numerosos artículos, ha publicado un comentario a la Ley junto con los profesores Hensen y Brandner (vid. nota 7) que ha alcanzado ya la 5.^a edición con una extensión de más de 1.000 páginas.

La Ley fijó y desarrolló los principios de control establecidos por la jurisprudencia alemana, la cual ya en 1906 había iniciado el control del contenido de las condiciones generales con la finalidad de proteger al cliente frente a los abusos derivados del ejercicio unilateral del poder de configuración del contenido de los contratos. Dicha jurisprudencia se basó primero en la cláusula general de buenas costumbres (§ 138 BGB) y se limitaba a los supuestos en los que el predisponente gozaba de una posición de monopolio. Posteriormente y gracias sobre todo a la influencia de la obra de Raiser (*Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bad Homburg 1935*), el control se extiende a cualquier tipo de condiciones generales y se traslada el apoyo legal a la cláusula de buena fe del parágrafo 242 BGB. Sin embargo, la Ley se ha «salido de madre», y como el profesor Ulmer explica, ha pasado a ocupar un lugar central en el moderno Derecho civil alemán, como una auténtica *Parte General* del Derecho de los contratos de adhesión.

La influencia de esta Ley se ha extendido fuera de las fronteras alemanas (como lo prueba la Ley de Protección del Consumidor austriaca de 1979 o el Decreto-Ley

I. INTRODUCCION

Celebrar aniversarios «redondos» constituye una sana costumbre no sólo de los políticos que están ya acostumbrados a ello, sino, en general. Amigos y adversarios acuden en masa, las riñas y querellas parecen olvidadas por un día y las navajas permanecen en las faltriqueras. La fiesta se celebra bajo el signo de conversaciones amistosas.

Es dudoso que el «niño» cuyo cumpleaños celebramos pueda esperar un trato amistoso semejante. Las dudas surgen porque de la cuna donde fue colocado con las bendiciones de todos los partidos en el Parlamento ha saltado con una velocidad sorprendente (para algunos incluso excesiva) y se ha plantado en la mayoría de edad tan sólo diez años después. Este rápido desarrollo lo debe, además de a sus propios méritos, al apoyo que —como buenos padrinos— ha recibido de los tribunales y de las asociaciones de consumidores. Es cierto que también se ha ganado no pocos enemigos, cuyas críticas a pesar del festejo no han dejado de oírse.

Las críticas y las alabanzas a la LCGC no nos han cogido de sorpresa. Algunas de ellas hemos podido leerlas ya en los últimos años. En suma, las actitudes respecto a la aplicación de la Ley podrían dividirse en tres grupos que denominaríamos los optimistas, los pesimistas y los revisionistas. Como representante de los *optimistas* puede designarse a Schlosser, uno de los padres de la Ley, quien hace ya dos años hizo un balance completamente positivo de la misma: según él, ya no quedarían en circulación cláusulas claramente abusivas, sino en todo caso, algunas dudosas o sospechosas y de vez en cuando algunas menudencias redactadas sin cuidado alguno; la acción de cesación a favor de las asociaciones habría conseguido barrer del mercado la totalidad de las cláusulas claramente ilegales (1). Los *pesimistas*, entre los que designaré como representante a Löwe, como

portugués sobre «cláusulas contractuales generales» 446/85. de 25 de octubre) y ha alcanzado especialmente a nuestro país, donde el artículo 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios ha recogido —si no la calidad, sí los principios inspiradores de la AGB-Gesetz—. Además, el Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de los Contratos (2.ª versión, enero, 1988) ha seguido muy de cerca la misma tanto en sistemática como en contenido.

La Ley alemana ha suscitado, por ello, un gran interés entre nuestra doctrina, como lo demuestra su traducción, ya en 1978 (por García Amigo en *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 382 y ss., con breves anotaciones) y las referencias que pueden encontrarse en los trabajos que se han ocupado de las condiciones generales (SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: *El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo*, en «RDM», 1980, núms. 157-158, pp. 385-436. CABANILLAS SÁNCHEZ: *Las CGC y la protección del consumidor*, en «ADC» 1983, pp. 1192 y ss. ALFARO J.: *La interpretación de las condiciones generales de los contratos*, en «RDM», 1987, pp. 7 y ss. Además, la «Revista de Estudios sobre el Consumo» publicó en 1985 un pequeño trabajo de Norbert Reich sobre la aplicación del control del contenido de la Ley por la jurisprudencia alemana [EC, núm. 6 (1985), pp. 21-27]

(1) SCHLOSSER: *ZIP* 1985, 449. También optimista SCHMIDT-SALZER: *BB* 1983, 1251, 1255.

otro de los padres de la Ley con una cita suya de 1983, realizan una valoración de la aplicación de la Ley completamente contraria. Löwe critica especialmente la dificultosa puesta en práctica de la acción a favor de las asociaciones y responsabiliza de ello a la escasa dotación de medios con que cuentan las asociaciones en el ámbito de los consumidores, y en el ámbito mercantil a que los agentes económicos se han abstenido totalmente de utilizar dicha posibilidad, lo que casi ha significado un boicot a la oferta del legislador (2).

Por último, las más duras críticas las ha recibido y las recibe la Ley por parte de los *revisionistas*, esto es, por parte de las empresas (3). El crítico más conocido es probablemente Stumpf, que como portavoz de la Asociación Alemana de Fabricantes de Maquinaria (VDMA) ha acuñado la frase según la cual la Ley habría sido como «arena en los engranajes de la actuación empresarial (* NT) y ha acusado a la Ley, y sobre todo a su interpretación extensiva por la jurisprudencia y la doctrina de no atender y penalizar las necesidades y exigencias de la economía (4). La crítica recuerda, por su forma y sus dimensiones, a la postura adoptada por los representantes empresariales en el 10.º aniversario de la Ley sobre Prácticas Restrictivas de la Competencia en 1968. El entonces presidente de la Asociación Federal de la Industria Alemana la resumió diciendo que él no había ocultado nunca que la Ley de Prácticas Restrictivas no le gustaba y que los argumentos, temores y advertencias que él había expuesto al comienzo se había confirmado ampliamente diez años después; que la industria resultaba discriminada por la ampliación de la Ley y que era de temer que con una Ley prohibitiva demasiado amplia se produjera una burocratización de la competencia (5)

Desde entonces, los sectores económicos han hecho las paces con la Ley de Prácticas Restrictivas sin que haya que decidir ahora si ello ha sido producto de la resignación frente a lo inevitable o del

(2) LÖWE: *Lowë-Graf * von Westfalen-Trinkner-Großkommentar zum AGBG*, vol. 11, 2.ª ed., 1983, vor § 13, núm. marg. 24s. En sentido parecido: Münchener Kommentar GERLACH: *BGB*, 2.ª ed., 1984, vor § 13, núm. marg. 29s, 39s. BOHLE-MICKLITZ: *BB 1983*, fasc. 11, pp. 2 y 7.

(3) Vid., por ejemplo, además de Stumpf (*BB 1985*, 963), la crítica global de difícil comprobación de FRITZSCHE: *WM 1986*, 1576, la cual culmina con la afirmación de que aparte de la insuficiente calidad (?) de la Ley, habría que poner no poco (?) en cuestión, tanto su función protectora para los sometidos a las cláusulas, como su función orientadora para los que utilizan condiciones generales.

(4) STUMPF: *BB 1985*, 963.

(5) Fritz Berg en las palabras introductorias a diez años de la Ley de carteles, 1958-1968. Una valoración desde el punto de vista de la industria, 1968 (10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968. Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, 1968).

(* NT) La frase alemana es «Sand im Getriebe unternehmerischen Handels», lamentamos no haber encontrado una traducción mejor, pero creemos que en todo caso el sentido de la frase de indicar que la Ley ha dificultado la actividad de las empresas se deduce también del significado literal de la frase en español.

reconocimiento de la necesidad de condiciones marco para proteger la libertad concurrencial. No me atrevo a predecir si se acostumbrarán también a la LCGC, y en su caso cuándo.

II. RETROSPECTIVA

1. La dinámica propia de la Ley

Con estas breves citas termino el repaso a las distintas opiniones que sobre la Ley y su aceptación se han expresado en los círculos de los empresarios afectados y paso a ocuparme del tema «Retrospectiva y perspectivas» que de modo genérico es el objeto de la exposición. Para empezar con la *retrospectiva*, ha de constatarse en primer lugar, que la Ley a pesar de su apoyo en los principios de control e interpretativos aplicados por la jurisprudencia anteriormente, ha desarrollado en poco tiempo una *dinámica propia* y que ha influido profundamente en las condiciones en que se mueve el tráfico jurídico masificado (6). Aunque yo no puedo desde mi posición aportar muchos datos respecto al grado de aplicación de la Ley en los distintos niveles económicos y de mercado (7), las más de 1.000 sentencias referidas a la LCGC que han sido recogidas por Bunte (8) en los años que van desde 1977 a 1984 hablan por sí solas. Los autores que han realizado comentarios a la Ley podrían hablar de lo que cuesta ordenar y analizar en cada nueva edición semejante volumen de decisiones judiciales. No parece exagerada la indicación realizada desde círculos empresariales en el sentido de que los libros y artículos sobre la Ley ocupan ya más de dos metros de estantería (9).

2. Su puesta en práctica en los contratos con consumidores

En lo que se refiere a los *consumidores* la actuación combinada del control abstracto y el control incidental realizado por los Tribunales ha logrado (10) aclarar la validez de las condiciones generales y

(6) Respecto a la intensificación de los criterios de control como consecuencia de la codificación en la LCGC del control del contenido, vid., más detalladamente, HEINRICHS: *Macht und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes*, en «Heinrichs-Löwe-Ulmer (eds.) Zehn Jahre AGB-Gesetz», Köln, 1987, pp. 32 y ss.

(7) Vid. la panorámica general de ULMER: *Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG*, 5.ª ed., 1987, introd. núms. marg. 45 y ss., con un repaso al estado de la cuestión y a los estudios sociológicos publicados.

(8) Colección de sentencias sobre la AGB-Gesetz, Tomos 1-5, 1982-1986.

(9) Así Stumpf en una carta abierta al presidente del Tribunal Supremo Federal el 28 de febrero de 1986.

(10) Vid. ULMER: (nota 7), introd. núms. marg. 46, 49 con más datos.

llevar a la práctica la finalidad perseguida por la Ley, finalidad que, en contra de lo que se pretendía en algunos sectores dedicados a la protección de los consumidores (11), no se limita a la protección de éstos, sino que —como hoy reconoce una opinión muy mayoritaria— consiste en conjurar los peligros que supone para el cliente la utilización de condiciones generales en general, con independencia de su inferioridad económica o intelectual e impedir que un contratante se aproveche en exclusiva de la libertad de configuración del contenido del contrato (12). Los temores manifestados por estos sectores en el sentido de que al asignar a la Ley una finalidad tan amplia se podría debilitar el empuje y la eficacia de la Ley en el ámbito de los consumidores no se han convertido en realidad. Al contrario, uno de los aspectos más destacables de la Ley es precisamente la unidad en la valoración y enjuiciamiento jurídico de los contratos de masa en los distintos niveles económicos en la medida que ello no se oponga a las peculiaridades del tráfico mercantil; volveré sobre el particular. Ejemplos conocidos de mercados con condiciones generales «limpias» son, entre otros, la venta y reparación de automóviles o el sector bancario y financiero. En este punto ha de destacarse que dicha mejora en la calidad jurídica de las condiciones generales en estos mercados no ha ido acompañada —en lo que puede percibirse— de un encarecimiento ostensible de la oferta. Es más, la limitación de la posibilidad de elevar los precios en condiciones generales (* NT) ha tenido incluso un efecto estabilizador de los mismos. Recuerdo solamente la discusión sobre la «cláusula de precio en la fecha de entrega» en la venta de vehículos (13) (** NT).

(11) Así incluso tras la entrada en vigor de la Ley, DAMM: *JZ* 1978, 173 y ss. REICH: *ZVP* 1978, 236 y ss. Pero también FEHL: *Systematik des Rechts der AGB*, 1979, pp. 90 y ss. GILLES: *JA* 1980, 1 y s.

(12) Vid. más detall. ULMER: (nota 7), introd. núms. marg. 23 y s. con más datos.

(13) Vid. HENSEN: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), §§ 11.1, núms. marg. 10 y ss.

(* NT) El párrafo 11 número 1.º de la Ley alemana declara ineficaces las cláusulas que reserven al predisponente la facultad de elevar el precio de bienes o servicios que hayan de entregarse dentro de un plazo de cuatro meses desde la celebración del contrato. Esta prohibición no se aplica a las relaciones de tracto sucesivo.

(** NT) Ulmer se refiere a una cláusula de condiciones generales utilizada por los fabricantes de automóviles alemanes (Tagespreisklausel). A finales de la década de los setenta, los fabricantes de automóviles tuvieron una fuerte alza de la demanda —especialmente la casa Mercedes-Benz— de modo que el plazo de entrega de los automóviles encargados era a menudo de tres o cuatro años desde la celebración del contrato. En las condiciones generales de venta se incluía una cláusulas en la que se establecía que «las alteraciones de precio son admisibles sólo cuando entre la celebración del contrato y el plazo de entrega pactado transcurren más de cuatro meses, en cuyo caso el precio válido será el vigente en las listas de precios del vendedor en el día de la entrega. Para las entregas dentro de los cuatro meses desde la celebración del contrato, vale el precio del día de la celebración». Dicha cláusulas fue declarada ineficaz por el Tribunal Supremo Federal alemán en la sentencia de 7 de octubre de 1981 (BB 1982, 146), por atentatoria contra las exigencias de la buena fe en cuanto permitía al predisponente alterar el precio a su voluntad. La demanda había sido presentada por una asociación de consumidores ejercitando una acción de cesación de las previstas en el párrafo 13 AGB-G, y obligaba a Daimler-Benz a suprimir las cláusulas en todos

Estas referencias no deben entenderse, sin embargo, en el sentido de que la tarea de las asociaciones de consumidores en el ámbito de las acciones de control (tarea que ha sido llevada a cabo de forma modélica por la Asociación de Consumidores de Berlín y la Central de Consumidores de Baden-Württemberg) esté terminada (14). Sigue habiendo trabajos finos y de detalle que realizar. Sin embargo, gracias a que las asociaciones han concentrado su actuación en los clausulados que se utilizan o recomiendan en sectores completos de la producción, los puntos fundamentales se han resuelto satisfactoriamente.

3. Sobre la calidad técnico-jurídica de la LCGC

El juicio respecto a la aplicación de la Ley en las relaciones entre empresarios, debido a que ha sido objeto de polémica, lo analizaremos más adelante de forma específica (infra IV). Sí que corresponde, sin embargo, a una retrospectiva realizar un juicio acerca de la *técnica legislativa*, es decir, de la calidad jurídico-técnica del contenido y la estructura de la LCGC. Y hay que decir que en conjunto, la Ley es merecedora de los más elevados elogios (15), lo que por desgracia no puede decirse de la mayoría de las nuevas actuaciones legislativas. El resultado obtenido habla a favor del sólido trabajo realizado por el grupo de trabajo en el Ministerio Federal de Justicia en los años 1973-1975. Tanto la división en tres grandes apartados (disposiciones generales, control del contenido y normas procesales) como la redacción de las normas han resultado en general muy acertadas.

los contratos que la contenían. Como consecuencia de la sentencia, muchos particulares que habían pagado el precio del día de la entrega reservándose sus derechos legales, demandaron a Mercedes alegando la nulidad de la cláusulas y solicitando la devolución de la diferencia entre el precio pagado y el precio vigente en la fecha de celebración del contrato. La cuestión no era baladí; Schlosser titulaba el comentario a la sentencia del Supremo que decidió sobre una de estas demandas del siguiente modo: «La jurisprudencia del BGH sobre la cláusula de precio en la fecha de entrega: ¿800 millones (de marcos) dejados de ganar por Mercedes?» (Jura 1984, pp. 637-643). Sin embargo, la sangre no llegó al río y a pesar de muchas críticas, el Tribunal Supremo rechazó la pretensión de todos los particulares alegando que la eliminación de la cláusula abusiva provocaba una laguna en el contrato que había de ser cubierto en vía de «interpretación integradora del contrato», en el sentido de que el empresario tenía derecho a exigir el precio vigente en el día de la entrega y el cliente tenía derecho a resolver el contrato si la diferencia entre el precio en el día de la celebración del contrato y el pagado efectivamente era notable. De la extensión de la polémica, da una idea el hecho de que no sólo se dio lugar a numerosos artículos, sino que en 1987 se publica incluso un libro dedicado exclusivamente al tema (REINER MOCKENHAUPT: *Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen*, Frankfurt, 1987).

(14) Cifras en BOHLE-MICKLITZ: (nota 2), p. 9. GERLACH: (nota 2), vor § 13, núm. marg. 33 y s. V tb ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 49.

(15) Contra, por ejemplo, FRITZSCHE: *WM 1986*, 1576 (sin justificación alguna). STUMPF: *BB 1986*, 965 (remitiéndose exclusivamente al § 24 ABGB).

Un elemento fundamental de la regulación material de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, las normas de control del contenido de los párrafos 9 al 11. Sin embargo, resulta excesivo afirmar, como ha hecho Schlosser (16) que las mismas han provocado una sorprendente pérdida de función de las disposiciones generales, en especial de los párrafos 2 a 5 AGBG. Desde luego, dicha afirmación no es de recibo respecto a los párrafos 3 a 5 LCGC, es decir, de la regulación de las cláusulas sorprendentes y de la interpretación de las cláusulas ambiguas (17). Sí que podría aceptarse que efectivamente se ha producido una pérdida de importancia de las normas sobre inclusión de las condiciones generales en el contrato del párrafo 2 LCGC, aun cuando las sentencias publicadas hasta ahora no permiten apreciar claramente la importancia que las mismas han tenido en los asuntos resueltos en Primera Instancia. En todo caso, puede afirmarse que, frente a los intentos del legislador de poner límites a la utilización de CGC en contra de la realidad práctica, la sensatez se ha impuesto (18). Respecto a las reglas procesales y a los límites del control del contenido previstos en el párrafo 8 remitimos a los trabajos de Löwe y Westermann (19).

4. Sobre la regulación como derecho privado especial

No creo que haga falta seguir discutiendo hoy sobre la decisión tomada en 1976 respecto a regular el derecho de las condiciones generales no en el Código civil sino en una Ley especial. Es probable que los partidarios de una codificación completa del Derecho privado (20) lamenten la tendencia a regular el Derecho privado especial fuera del Código civil (tendencia que ha continuado con la Ley sobre Revocación de los Negocios Realizados en el Domicilio del Cliente). A mi juicio, esto no ha supuesto peligro alguno respecto a la aplicación de la Ley, en el sentido de que —por ejemplo— se produjera una independización de los contratos de masa divergente respecto a la normativa del Código civil más allá de las especialidades recogidas en la LCGC. Además, a la vista de la tendencia de los comentaristas de la Ley a resaltar los elementos comunes entre la LCGC y el Cód-

(16) ZIP 1985, 452.

(17) Vid. la referencia a la casuística en ULMER: (nota 7), § 3, núms. marg. 33 y ss. § 5, núms. marg. 34 y ss.

(18) Contra el establecimiento en la Ley de límites a la inclusión del tipo de los del párrafo 2 en la Ley, ya la sección de Derecho civil del 50.º Congreso de los Juristas Alemanes (Hamburgo, 1974), conclusión núm. 6 (DJT, Stzungsbericht H, p. H 231).

(19) Ambos en HEINRICHS-LÖWE-ULMER: (nota 6), pp. 99 y s. y 135 y ss.

(20) Así también la sección de Derecho civil del 50.º Congreso de los Juristas Alemanes, conclusión núm. 1 b) (nota 18).

go civil, no parece que haya que temer que dichos riesgos se actualicen en el futuro. Por tanto, la cuestión de la incorporación de la LCGC al Código civil ha dejado de tener actualidad

5. La jurisprudencia respecto a las disposiciones generales (§§ 1-6 LCGC)

El último punto de la retrospectiva se refiere a *la aplicación de la LCGC por los tribunales*. Aunque, obviamente, el tema tiene una importancia fundamental, aquí nos vamos a referir única y brevemente a las disposiciones generales. La jurisprudencia respecto a las normas sobre control y procesales serán objeto de otras exposiciones.

Dentro de las disposiciones generales, la definición de condiciones generales del párrafo 1 LCGC (* NT) y la delimitación respecto a los contratos individuales no ha planteado especiales dificultades a la jurisprudencia (21). Siguen existiendo intentos aislados de dar la apariencia de contratos individuales a contratos de masa preformulados, pero dichos intentos han sido atajados rápidamente por los Jueces. También, la polémica que se planteó en los primeros años sobre si la utilización «para una pluralidad de contratos» empezaba con tres, cinco o más contratos (22), se resolvió rápidamente en el sentido de que era una discusión sin apenas sentido, puesto que no se trata del número real de contratos predispuestos que se hubieran celebrado, sino de que se establezca un texto prerredactado para ser utilizado en una pluralidad de contratos. No ha quedado todavía definitivamente aclarada la cuestión de cuándo y con qué requisitos el predisponente puede inducir al cliente a negociar individualmente aquellos puntos del contrato de especial importancia y respecto de cuya eficacia la Ley establece límites estrictos cuando se trata de cláusulas prerredactadas (23). Me refiero sobre todo a las limitaciones de responsabilidad respecto a grandes pedidos que implican riesgos, limitaciones que deben admitirse no sólo cuando el predisponente desea pactarlas individualmente, sino también cuando las mismas son la base de su estrategia comercial (24).

(* NT) El párrafo 1 AGB-G dice: 1) son condiciones generales de los contratos las condiciones contractuales preformuladas para una pluralidad de contratos que una de las partes (predisponente-utilizador) impone a la otra al celebrar un contrato. Es irrelevante tanto que las condiciones constituyan un parte específicamente separada del contrato como que estén recogidas en el propio documento contractual o la extensión, la forma de escritura que presenten, así como la forma que tenga el contrato; 2) no hay condiciones generales en tanto las condiciones del contrato hayan sido negociadas en particular por las partes.

(21) Vid., al respecto, ULMER: (nota 7), núms. marg. 40 y ss. con más datos.

(22) Sobre la discusión vid. las referencias en ULMER: (nota 7), § 1, núm. marg. 25, nota 43.

(23) Vid., más det. ULMER: (nota 7), § 1, núm. marg. 51.

(24) Vid., al respecto, las limitaciones de responsabilidad de los auditores en aquellos encargos en los que el párrafo 323.2 HGB no se aplica por falta de posibilidad

Respecto a los requisitos de inclusión del párrafo 2 LCGC (* NT) no se han publicado —como hemos dicho— gran número de sentencias (25). Es difícil decir si la razón se encuentra en que los predisponentes han admitido la mayor parte de las veces la excepción de no inclusión o es que los Jueces han pasado rápidamente por encima de la cuestión. En todo caso, tiene un gran interés una decisión fundamental del Tribunal Supremo del verano de 1986 (26) en la que se da a entender la posibilidad de una *reducción teleológica* de los requisitos de inclusión del párrafo 2 LCGC para el caso de que aun sin que el predisponente haya cumplido con los deberes o cargas que le impone el párrafo 2, haya quedado claramente establecido que el cliente tuvo información previa respecto a la inclusión de las condiciones generales. En general, del conjunto de sentencias sobre el párrafo 2 LCGC puede deducirse que la aplicación del mismo no ha limitado perceptiblemente el empleo de condiciones generales ni tampoco parece que la práctica haya encontrado especiales dificultades para la *modificación* de las condiciones contractuales en el marco de relaciones duraderas, como es el caso de los contratos bancarios (27).

Por el contrario, sí que ha adquirido un peso relevante la norma del párrafo 3 LCGC (** NT) que impide la inclusión de las cláusulas sorprendentes. La jurisprudencia ha desarrollado dos criterios practicables para su aplicación exigiendo la supresión del *efecto sorpresa* (28). Con ello se ha estimulado a los predisponentes para que las cláusulas que por su contenido inhabitual respecto al tipo contractual sean susceptibles de sorprender al cliente, queden recogidas en los formularios de manera visible o que se haga una referencia específica a las mismas de manera expresa. Frente al control del contenido, que lógicamente es subsidiario respecto al párrafo 3, este precepto ha adquirido especial relevancia para aquellas condiciones generales que

de comparación con las comprobaciones de obligaciones. SCHLECHTRIEM: *BB 1984*, 1177, 1186 y s.

(25) Vid. SCHLOSSER: *ZIP 1985*, 456. Así como las referencias en ULMER: (nota 7), § 2, núms. marg. 23 y ss., 45 y ss.

(26) BGH *ZIP 1986*, 1126.

(27) Vid. ULMER: (nota 7), § 2, núms. marg. 64 y s.

(28) Referencias en ULMER: (nota 7), § 3, núms. marg. 12, 22.

(* NT) El párrafo 2 AGB-G establece como requisitos de inclusión: 1) la obligación de comunicar expresamente al cliente la existencia de condiciones generales aplicables al contrato, y cuando debido a la forma de celebración del contrato el cumplimiento de dicha carga resulte muy difícil, bastará con que el predisponente coloque las condiciones generales en un lugar visible en el local donde se celebre el contrato; 2) obligación de posibilitar al cliente un conocimiento razonable del contenido de las condiciones generales; 3) que el cliente manifieste su conformidad con la validez de las condiciones generales.

(** NT) Según el párrafo 3 AGB-G, no forman parte del contrato las cláusulas sorprendentes, es decir, aquellas que de acuerdo con las circunstancias y en especial con la apariencia del contrato resulten tan insólitas que el contratante no tuviera por qué contar con su existencia.

no son susceptibles de control debido a las limitaciones del párrafo 8 LCGC (29) (* NT).

Respecto a la prevalencia de los acuerdos individuales establecida en el párrafo 4 LCGC, un problema importante de los últimos años ha sido la calificación de las *cláusulas de forma escrita* (30) (** NT), que han puesto en dificultades a la jurisprudencia. La razón no está tanto en la norma del párrafo 4 LCGC como en el hecho de que contra lo que preveía el proyecto original, en el párrafo 11 LCGC se renunció a prohibir de manera general este tipo de cláusulas. En estas circunstancias no resulta factible negar de manera general la eficacia de las cláusulas de forma escrita en virtud de la prevalencia de los acuerdos individuales. Como la jurisprudencia no ha podido encontrar criterios practicables para decidir la ineficacia en el marco del párrafo 4 LCGC, la problemática se ha trasladado al marco del control del contenido del párrafo 9 LCGC, y los criterios que en éste se han establecido parecen razonables (32).

Respecto a la regla interpretativa del párrafo 5 LCGC, hay que aplaudir por un lado la tendencia de la jurisprudencia posterior a la Ley de negarse a suavizar las cláusulas problemáticas por medio de una interpretación restrictiva en lugar de hacerlo aplicando el control del contenido. Con razón los tribunales exigen como requisito para aplicar el párrafo 5 LCGC que la cláusula afectada sea ambigua (33). Cuando hoy se utiliza la interpretación restrictiva fuera del párrafo 5 LCGC, se emplea no como control oculto del contenido, sino, al contrario, para salvar el núcleo no abusivo de las cláusulas (34). Por otro lado, debe destacarse la interpretación «en perjuicio del cliente» de las cláusulas ambiguas en el ámbito del control *abstracto* que la jurisprudencia lleva a cabo asumiendo una propuesta

(29) Vid. OLG DÜSSELDORF: *ZIPP 1984*, 42, 43; o en *WM 1984*, 82, 83. ULMER: (nota 7), § 3, núm. marg. 5.

(30) Más detalles al respecto ULMER: (nota 7), § 4, núms. marg. 29 y ss.

(31) Sobre el origen de la norma vid. ULMER: (nota 7), § 4, núm. marg. 3.

(32) Al respecto, vid. BRANDNER: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), anexo a los §§ 9-11, núms. marg. 627 y ss., 634.

(33) Referencias en ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 25, 37 y s.

(34) Vid. los informes de BRANDNER y MEDICUS: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), pp. 39 y ss. y 83 y ss. Así como las referencias en ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 25, 37 y s.

(* NT) El párrafo 8 AGB-G limita el control del contenido (§§ 9-11) a las condiciones generales que modifiquen o completen disposiciones legales. Con ello se trataba de evitar que el control del contenido fuera utilizado por los Jueces para modificar otras normas jurídicas o para controlar los precios de los bienes y servicios en el mercado.

(** NT) *Schriftformklauseln* son aquellas cláusulas que exigen que cualquier acuerdo individual que modifique las condiciones generales o añada algo a las mismas se recojan por escrito como requisito para su validez (vid. al respecto, ALFARO: *RDM 1987*, pp. 32-36).

de Schlosser (35) (* NT). Esta interpretación ha servido en gran medida para lograr el cumplimiento de la exigencia de transparencia en beneficio del cliente y ha estimulado a los predisponentes a preocuparse por precisar con claridad el ámbito de aplicación y el contenido de las diferentes cláusulas.

Dentro de la primera sección de la LCGC, la norma más importante ha resultado ser la del parágrafo 6 LCGC sobre las consecuencias de la no inclusión y de la ineficacia de las condiciones generales. La jurisprudencia más reciente —a salvo de unas pocas excepciones— ha rechazado con razón la reducción conservadora de la validez (36) (** NT) y sólo ha admitido la eficacia parcial de aquellas cláusulas abusivas que sean divisibles (37). A favor de esta resolución habla sobre todo la ya citada exigencia de transparencia. Menos clara, sin embargo, ha sido su posición respecto a la interpretación integradora del contrato (38), aunque en todo caso la ha aplicado en los supuestos en que como el de la ineficacia de la cláusula de precio vigente en la fecha de entrega la eliminación de la cláusula no incluida o ineficaz conducía a una alteración del equilibrio contractual (39). En mi opinión, la línea seguida en este punto sobre todo por la Sala VIII de lo Civil del Tribunal Supremo Federal resulta en su conjunto sensata (40).

(35) En STAUDINGER-SCHLOSSER: *BGB*, 12.^a ed., 1980, § 5 AGBG, núm. marg. 7.

(36) Vid., más detalladamente, ULMER: (nota 7), § 5, núms. marg. 5 y s., 33.

(37) Vid., más detalladamente, ULMER-HARRY SCHMIDT: *Ulmer-Brandner-Hensen* (nota 7), § 6, núms. marg. 17 y ss., 20 y ss.

(38) Panorámica general en ULMER-HARRY SCHMIDT: (nota 37), § 6, núm. 45.

(39) Así, por primera vez, BGHZ 88, 78, 85, en NJW 1983, 2632 (Sala IV de lo civil); fundamental, a continuación, BGHZ 90, 69, y 75 y ss., en ZIP 1984, 330 ó en NJW 1984, 1177 (VII Sala de lo civil); con recelo últimamente ZGH ZIP 1985, 1081 o en BB 1985, 1351 y BGH BB 1986, 222, 223 (Sala VII de lo civil).

(40) Sobre la interpretación integradora del contrato en caso de ineficacia de condiciones generales, vid. también ahora, MEDICUS: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (Nota 6), p. 94.

(* NT) El parágrafo 5 AGB-G recoge la regla contra proferentem que supone que las condiciones generales dudosas se interpretan a favor del cliente. En el ámbito abstracto, esto es, en la acción de cesación, sin embargo, Schlosser propuso que las cláusulas dudosas debía atribuírseles el sentido más perjudicial para el cliente, examinando a continuación si entendida en ese sentido era ineficaz de acuerdo con el control del contenido (vid. más det. ALFARO: RDM 1987, pp. 57-59).

(** NT) Por reducción conservadora de la validez (Geltungserhaltende Reduktion) se entiende la conservación parcial de una condición general abusiva cuantitativa o cualitativamente, eliminando únicamente la parte abusiva. Así, por ejemplo, una cláusula que establezca un plazo de la vinculación al contrato para el adherente de tres años es abusiva, pero no se declararía ineficaz totalmente —con lo que el cliente no estaría sometido a plazo alguno de vinculación— sino que se reduciría a un plazo compatible con la Ley [el § 11, núm. 12 a) AGB-G, marca un límite máximo de dos años].

III. ESPECIALIDADES DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES RESPECTO A OTRAS LEYES DEL DERECHO PRIVADO ESPECIAL

Hasta aquí la retrospectiva. Permitanme a continuación que me refiera a dos peculiaridades de la Ley que han influido en gran medida en su dinámica y amplia eficacia: el carácter general de su ámbito material de aplicación y la tarea asignada a la jurisprudencia de concretar y llenar la cláusula general del párrafo 9 LCGC. Aunque ambos aspectos son ya conocidos, merecen ser destacados en un trabajo introductorio.

1. El carácter general de su ámbito material de aplicación

El ámbito material de aplicación de la Ley respecto a los contratos en masa es casi ilimitado. En el párrafo 23.1 LCGC sólo se exceptúan unas pocas materias que no son típicas de los contratos en masa, como son el derecho del trabajo como materia sometida a un principio de protección específico, así como el derecho de familia y de sucesiones; en el ámbito del derecho de sociedades la exclusión legal también referida al mismo no ha impedido a la jurisprudencia someter a un control del contenido a las llamadas «sociedades públicas» (* NT), apoyándose en principios generales (41). Así, y debido a este carácter general de su ámbito material de aplicación, la LCGC se diferencia básicamente de otros sectores configurados también como derecho privado especial como la regulación del contrato de viaje, de las ventas a plazos, de los arrendamientos urbanos o de la enseñanza a distancia. Incluso la nueva Ley reguladora de la revocación de los contratos realizados en el domicilio del cliente, que también se aplica a todos los contratos onerosos con excepción de los contratos de seguro, afecta, únicamente, a una pequeña parte de los contratos, por cuanto su aplicación tiene como presupuesto que el contrato se inicie a instancia del empresario en el domicilio del cliente.

Esta aplicación genérica a todos los contratos predispuestos unilateralmente explica también la *enorme cantidad de sentencias* al respecto de la que tantas quejas se oyen, así como el hecho de que no haya número de las revistas «NJW», «WM» o «ZIP» en el que no se encuentre al menos una sentencia relativa al derecho de las condiciones generales. Con ello la LCGC se ha convertido en una

(41) Referencias completas en ULMER: (nota 7), anexo §§ 9-11, núms. 445 y ss.

(* NT) *Publikumgesellschaften* no son sociedades en mano pública, sino sociedades «abiertas al público». El término tiene un significado más sociológico que jurídico y suele utilizarse para referirse a las sociedades anónimas y a la sociedad comanditaria por acciones.

suerte de moderna *Parte General* para los contratos en masa con la única particularidad respecto al libro primero del Código civil de que no sólo se refiere a los requisitos de celebración de los contratos, sino también al contenido de los mismos. La demostración de esta tendencia se encuentra, por un lado, en que los comentarios al Código civil incluyen cada vez con más frecuencia un capítulo independiente para las condiciones generales al comentar los distintos tipos contractuales y por otro lado en que también los comentarios a la LCGC añaden, siguiendo el ejemplo de Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner (42), hoy de forma generalizada, comentarios a los distintos tipos de contratos y de cláusulas como anexo a los párrafos 9 al 11 LCGC.

2. La cláusula general del párrafo 9 LCGC como encargo a los tribunales para que desarrollen el derecho de los contratos

Esta constatación nos conduce a la segunda particularidad de la LCGC: la tarea asignada a los Jueces por la cláusula general del párrafo 9 LCGC para que *configuren y desarrollen el derecho a los contratos*. Como ejemplo más claro de este reparto de competencias entre el legislador y la jurisprudencia destacaría yo la continuada jurisprudencia de la Octava Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Federal respecto a los contratos de «leasing» (43). Esta jurisprudencia demuestra que instituciones judiciales especializadas están en disposición de fijar los contornos de los tipos contractuales no regulados legalmente paso a paso según la técnica del «case law», y, al mismo tiempo, lograr que su contenido sea equilibrado, garantizando la seguridad jurídica en estos ámbitos. Una evolución similar se observa en otros muchos contratos de reciente aparición, como la concesión, los contratos de instalación de máquinas automáticas, los contratos de préstamo y de cuenta corriente o los de inversión en construcción de viviendas (Bauherrenmodell), aun cuando en estos casos la configuración no está todavía tan desarrollada como en el caso del «leasing». Esta asignación de tareas por el legislador a la jurisprudencia merece ser valorada, especialmente, sobre todo, en comparación con la *distribución clásica de papeles entre legislación y jurisprudencia* y a la vista de la polémica cuestión de los límites del desarrollo judicial del Derecho (44). Teniendo en cuenta las repetidas peticiones en el

(42) Kommentar zum AGBG, 1.^a ed., 1977, § 9, núms. marg. 34 y ss.

(43) Vid., más detalladamente, BRANDNER: (nota 32), anexo §§ 9-11, núms. marg. 460 y ss.

(44) Sobre el estado de la discusión, vid. referencias en ULMER: *Richterrechtliche Entwicklungen im Gesellschaftsrecht*, 1971-1985, 1986 p. 3, nota 10, así como —especialmente sobre el desarrollo del Derecho en derecho de sociedades y sus límites— *ibidem*, pp. 41 y ss.

sentido de que se reformen y amplien los tipos de contratos recogidos en el Código civil (45), esta evolución ha descargado al legislador en buena medida de dicha tarea y ha aumentado la confianza en el Derecho judicial de sectores de expertos e independientes. Con ello, además, la crítica al carácter anticuado de la regulación del Código civil ha perdido buena parte de su acritud. Por otra parte, yo no veo objeciones de carácter constitucional a dicho reparto, en cuanto dicha competencia normativa había sido atribuida ya a los Jueces hace muchos años en sectores específicos como el derecho a la competencia y nadie había puesto en duda seriamente su conformidad con la Constitución. Evidentemente, en todo caso, podrá lamentarse esta evolución en comparación con la libertad de configuración del contenido del contrato dominante hasta hace diez años y que carecía de limitaciones generales salvo el control del contenido realizado por la jurisprudencia con apoyo en el parágrafo 242 BGB. Con esta evolución no puede discutirse que al principio se produjo una cierta inseguridad respecto a la validez de cláusulas y contratos prerredactados, pero a medio y largo plazo no cabe duda alguna que este método de creación de normas y el desarrollo de condiciones marco sirve a los intereses legítimos de todos los implicados, incluidos los de las empresas afectadas; proporciona una elaboración de normas continuada, adecuada, en general, y evita de forma eficaz los cambios radicales o bruscos que suelen acompañar a las medidas legislativas.

IV. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES A LAS RELACIONES ENTRE EMPRESARIOS

Las afirmaciones que acabamos de hacer son importantes precisamente para la tercera parte de esta exposición: la aplicación de la LCGC a las *relaciones entre empresarios*. La decisión del legislador a favor de la opción «grande» en contra de los planes originales de limitar la Ley al ámbito de los consumidores (46), estuvo en no poco por la propuesta en este sentido aprobada por gran mayoría en el Congreso de los Juristas alemanes de Hamburgo de 1974 (47); dicha propuesta recogía las tesis que yo había expuesto en el informe introductorio ante la sección correspondiente del Congreso (48), extralimitán-

(45) Vid. sólo SCHMUDE: *NJW* 1982, 2017 y ss., así como los dictámenes y las sugerencias sobre la reforma del derecho de obligaciones encargados por el Ministerio de Justicia federal y editados por el mismo ministerio, 1981-1983.

(46) Así el borrador de Ley del grupo de trabajo establecido por el Ministerio de Justicia (correspondiente al encargo realizado), así como los dos proyectos de referencia del Ministerio de Justicia de 1974 y 1975. Referencias en ULMER: (nota 7), introd. núms. márg. 12 y ss.

(47) *Ibidem* (nota 18), conclusiones 2 y 4.

(48) *Ibidem* (nota 18), pp. 8 y ss., y tesis 10-12.

dome así respecto al tema que en su momento me había encargado la diputación permanente del mismo (49). En contra de una presunción manifestada repetidamente (50) no tratábamos de debilitar la eficacia de la LCGC en el ámbito de los consumidores o de ablandar el catálogo de cláusulas prohibidas. El objetivo consistía más bien en evitar rupturas sistemáticas y recoger en su totalidad transformándolas en Ley las demandas de reforma siguiendo la línea jurisprudencia que, apoyándose en el parágrafo 242 del Código civil y sobre la base de la monografía de Ludwig Raiser (51) había llevado a cabo un control del contenido de las condiciones generales que en modo alguno se limitaba al ámbito de los consumidores. La finalidad que se pretendía entonces con la normativa, esto es, impedir el abuso de facultad de configurar el contenido del contrato y la transferencia unilateral de los riesgos a costa del cliente no se ha modificado hasta ahora. La amplia jurisprudencia de los últimos diez años sobre el control del contenido en las relaciones entre empresarios ha confirmado, por el contrario, que en su aplicación a este ámbito de relaciones se encuentra uno de los aspectos fundamentales de la Ley y esto vale aún cuando, como afirman los críticos, no sin razón, algunas decisiones (pero no muchas ni mucho menos la generalidad) se hayan excedido estableciendo criterios de control en el ámbito mercantil excesivamente rígidos y con ello hayan rebasado los límites de la función de control. Estoy pensando, por ejemplo, en la polémica declaración de ineficacia de la cláusula «el tiempo empleado en los trayectos se considera tiempo de trabajo» (52) o en la problemática afirmación, necesitada de matices, de la Sala Octava del Tribunal (53), en el sentido de que la eficacia de las listas de cláusulas prohibidas del parágrafo 11 como índice para la aplicación del parágrafo 9 LCGC a las relaciones entre empresarios, sólo decae cuando excepcionalmente (?) existan razones específicas en contra de la aplicación de dicha lista a los contratos entre empresarios.

Si partimos de la finalidad del control a la que nos hemos referido y a cómo dicha finalidad ha sido recogida en la Ley, *la carga de la prueba y de la argumentación* respecto a la necesidad de modificaciones, esto es, respecto a la *no aplicación de la Ley al tráfico mercantil* o respecto a la existencia de limitaciones al control del contenido por los Jueces, corresponderá a aquél que exija la inaplicación. No se avanza nada con descalificaciones generalizadoras o poco fun-

(49) El encargo era: «Qué medidas legislativas son recomendables para proteger a los consumidores finales frente a las condiciones generales y los contratos formulario?»

(50) Vid., por ejemplo, DAMM: *JZ* 1978, 173 y ss. REICH: *ZVP* 1978, 236 Y ss. También otra vez, más recientemente, SCHLOSSER: *ZIP* 1985, 461.

(51) *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 1935, pp. 277 y ss. y 302 y ss.

(52) BGHZ 91, 316, 318 y s., en *ZIP* 1984, 966 ó NJW 1984, 2160; al respecto vid. HENSEN: (nota 13), anexo §§ 9-11, núm. marg. 932.

(53) BGHZ 90, 273, 278, en *ZIP* 1984, 968 ó NJW 1984, 1750.

dadas sobre la extendida inseguridad jurídica en el empleo de condiciones generales o con la crítica a sentencias concretas que se revelan como problemáticas. Más bien, debería probarse que el tráfico mercantil, de acuerdo con su propia naturaleza, no soporta una intervención del legislador de este tipo y que los indudables abusos que se producen respecto a la libertad de configuración del contenido del contrato pueden combatirse de otra forma de manera eficaz. Al mismo tiempo deberían elaborarse criterios convincentes de delimitación del ámbito de aplicación personal teniendo en cuenta también a las profesiones liberales, como se ha logrado con la referencia a la cualidad de comerciante del cliente en el parágrafo 24 LCGC (54).

En mi opinión, los críticos de la Ley vigente no han conseguido ni intentado seriamente siquiera probar dichos extremos. Además, me parece que existen al menos las siguientes cuatro razones a favor de la inclusión del tráfico mercantil en la Ley, razones que no han sido refutadas:

1.^a El número relativamente grande de sentencias de control del contenido que aplican el parágrafo 9 LCGC, referidas a las relaciones entre empresarios. Un análisis estadístico de las sentencias contenidas en la recopilación de Bunte ha dado como resultado que en el año 1982, 25 sentencias se referían a relaciones entre empresarios y 66 a relaciones con consumidores, es decir, un 28 por 100. En el año 1984 fueron incluso 40 y 88 sentencias, respectivamente, esto es, un 31 por 100 (55). Si distinguimos entre control individual y control abstracto y limitamos el análisis al control individual, dado que las asociaciones empresariales se han abstenido de utilizar la acción abstracta del parágrafo 13 de la Ley (56), resulta entonces que el número de decisiones relativas al tráfico mercantil se eleva, en el año 1982, al 37 por 100, y en el año 1984 incluso al 43 por 100. Si a ello añadimos que en el control individual en las relaciones entre empresarios, la cuantía del proceso es esencialmente superior a la cuantía del mismo en las relaciones con consumidores, no se ve cómo puede renunciarse al control del contenido por los Jueces en una medida semejante.

2.^a Las diferencias ya conocidas y aún hoy muy extendidas entre las condiciones generales de compra y de venta de un mismo empresario, que junto con las frecuentes cláusulas defensivas provoca en no pocos supuestos que los contratos de compraventa se consideren celebrados finalmente sin incluir condiciones generales o reduciendo éstas a las que tengan un contenido coincidente en ambos formularios, por

(54) Vid., por ejemplo, los criterios de delimitación modernos y materialmente convincentes de los parágrafos 609a I 2 BGB, 61 Ley sobre revocación de negocios realizados en el domicilio del cliente.

(55) BUNTE-SAMMLUNG: (nota 8), vol. 3 (1984) y vol. 5 (1986).

(56) Vid., al respecto, ULMER: (nota 7), introd. núm. marg 48 con más referencias.

falta de consenso respecto al clausulado de condiciones generales (57), sin que por ello resulte excesivamente afectada la ejecución del contrato. Precisamente acaba de caer en mis manos una muestra especialmente ilustrativa de esta práctica. Se trata de un formulario de pedidos de una gran empresa industrial en cuyo reverso puede leerse el siguiente texto:

«Realmente, aquí deberían figurar nuestras condiciones generales de compra, como es usual. Sin embargo, sabemos muy bien, igual que usted, que en la mayor parte de los casos no se les presta ninguna atención y que además, frente a ellas, se opondrán sus condiciones generales de suministro que quizá contengan disposiciones contradictorias a las nuestras, porque ambas —como suele ocurrir— no han sido armonizadas.

Esta situación no se modificará hasta que las instancias económicas correspondientes establezcan de manera general condiciones de compra y de venta que eviten las contradicciones. Hasta que exista una regulación semejante, el envío de condiciones generales resulta más o menos una cuestión de prestigio con poco utilidad práctica, puesto que si llegamos a pleito, al Juez no le queda otro remedio que tal como ha ocurrido en algunas sentencias, decidir el caso de acuerdo con las normas legales.

Dichas normas son aplicables “a priori” a nuestro pedido. Todos los casos dudosos están regulados suficientemente por el legislador.

Por ello esperamos que comprenderá que nos ahorremos el analizar las condiciones generales de suministro que eventualmente usted nos enviará con su confirmación del pedido y que no están redactadas específicamente para el caso concreto, y que aceptará sumarse a nuestra propuesta y se someterá a las disposiciones legales aplicables. Si su opinión fuera otra, le rogamos que nos lo comunique, pero nos pone en la incómoda situación de tener que prestar especial atención a sus condiciones generales y tener que rechazar aquellos puntos que nos parezcan inaceptables.»

Aunque la imagen que se desprende de este texto podría venir provocada por los especiales intereses del comprador y sobre todo ser atípica para los numerosos contratos que carecen de regulación en el Derecho dispositivo, refleja muy bien en todo caso el limitado aprecio del que gozan las condiciones generales, a menudo también en el tráfico entre empresarios.

3.^a No se ha comprobado que haya habido declaraciones de prohibición de cláusulas por la jurisprudencia que hayan supuesto verdaderamente «arena en los engranajes de la maquinaria empresarial» y que no hayan afectado únicamente, periféricamente, a la ejecución de los contratos. Al contrario, la preocupación de los tribunales por

(57) Vid. referencias sobre la jurisprudencia en ULMER (nota 7), § 2, 96.

salvar las garantías mobiliarias a pesar de la no inclusión de las condiciones generales del vendedor (58), así como el amplio respeto a las cláusulas en las que se reserva el derecho a alterar el precio en el ámbito mercantil (59) autorizan a presumir lo contrario, es decir, que se está absolutamente dispuesto, en general, a tener en cuenta las especialidades de las relaciones entre empresarios; las excepciones confirman la regla. Con ello no pasamos por alto que los empresarios han tenido que aceptar una serie de intervenciones incómodas en sus clausulados y que todavía existe inseguridad jurídica respecto a la validez de las limitaciones de responsabilidad respecto a las llamadas obligaciones esenciales del contrato (60). Pero resulta muy difícil admitir que por ello la capacidad de funcionamiento del tráfico mercantil se haya visto notablemente afectada en su conjunto.

4.º La relativamente escasa utilización de la posibilidad de la acción colectiva en el ámbito mercantil y el escaso éxito que han tenido los intentos de las empresas en llevar a cabo un autocontrol extrajudicial de las condiciones generales (61). Si en este contexto se sigue recordando la fundación en 1973 por diez asociaciones de empresarios de una comisión asesora sobre condiciones generales (62), debe también recordarse que dicha comisión no tiene como tarea decidir casos polémicos, sino *elaborar recomendaciones generales* para la configuración correcta de condiciones generales. Esta función explica la composición de la comisión por un pleno decisorio de 32 juristas y empresarios y el carácter tan restrictivo del procedimiento sin ni siquiera un derecho de reclamación por parte de los empresarios afectados, así como la cuantía de los dictámenes emitidos, que para los años que van de 1977 a 1984 se reduce a 24. Por tanto, con ello no se ha establecido una verdadera alternativa al control judicial del contenido. Tampoco las experiencias habidas con otros tipos de autocontrol establecidas por las empresas son demasiado alentadoras en cuanto se trata no sólo de intervenir frente a unos pocos «outsider», sino de imponer unos requisitos mínimos frente a un número importante de afectados (63).

(58) Vid., BGH ZIP 1982, 447 ó en NJW 1982, 1749 y BGH ZIP 1982, 845 ó en NJW 1982, 1751. En el mismo sentido, DE LOUSANOFF: *NJW 1982*, 1717 y s. ULMER: (nota 7), § 2, núm. marg. 106. Contra BUNTE: *ZIP, 1982*, 449, 451. KEMPER: *BB 1983*, 95.

(59) Vid., al respecto, BRANDNER y PAULUSCH: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), pp. 39 y ss. y 55 y ss., respectivamente.

(60) Más detalladamente, BRANDNER: (nota 32), § 9, núms. marg. 107 y ss. HENSEN: (nota 13), § 11, núm. 7, núms. marg. 23 y ss. Crítico respecto a esta jurisprudencia y especialmente respecto al BGH ZIP 1984, 971 ó en NJW 1985, 2016 (elaboración textil) SCHLOSSER: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), p. 124.

(61) Vid. referencias nota 56.

(62) vid., al respecto con más detalle, THAMM: *BB 1986*, 81 y ss. ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 48.

(63) Vid. la panorámica sobre los distintos sistemas de autocontrol en ULMER: *Archiv für Presserecht*, 1975, 829, 830 y ss.

En resumen, y teniendo en cuenta todos los datos, no veo razón alguna para llevar a cabo una reforma fundamental de la LCGC, dejando fuera de su aplicación las relaciones entre empresarios. Las discusiones e informes de este forum (64) pueden poner de manifiesto la necesidad de limitaciones en puntos concretos, sobre todo en la exportación, de forma parecida a las que contiene ya el parágrafo 24 LCGC; pero hasta ahora no se han aportado argumentos sólidos en este terreno. Como nota marginal debe recordarse que aun cuando se excluyera el tráfico mercantil de la Ley, ello no impediría a los Jueces realizar un control del contenido en los casos que consideraran necesario hacerlo, recurriendo al parágrafo 242 del Código civil. Dicha actuación corresponde a la concepción actual, que considera como una tarea *material* de la jurisprudencia examinar la corrección del contenido de los concretos prerredactados unilateralmente, como lo refleja el citado control del contenido de los contratos de sociedad de las «sociedades públicas» (65) y el discutido control de los contratos individuales prerredactados por los notarios (66).

V. PERSPECTIVAS

Con las reflexiones sobre la elaboración de una suerte de *Parte General* de los contratos en masa, de la asignación de competencias a los Jueces por parte del legislador respecto a los nuevos tipos contractuales del tráfico en masa y del mantenimiento del control del contenido en el tráfico mercantil, hemos examinado ya parte de las cuestiones que afectan a las «perspectivas» de la Ley, por lo que ahora nos limitaremos a examinar brevemente sólo tres puntos concretos debido a que su contenido no es problemático.

1. No hay necesidad alguna de una reforma general

Como podrá deducirse de mi exposición, y a la vista de la experiencia acumulada, *no veo necesidad alguna de una reforma general de la Ley*. La crítica a su configuración no parece estar justificada, lo cual vale tanto para las críticas realizadas por los «revisionistas» como para la de los «pesimistas», en cuanto se refieren a la necesidad

(64) En las discusiones del Fórum sobre Condiciones Generales de los Contratos y refiriéndose a la sentencia del BGH VersR 1983, 549 (cláusulas de exclusión de responsabilidad en contratos de chárter) se señaló especialmente la necesidad de una excepción para los contratos de fletamiento (vid., sobre todo, D. RABE: *VersR 1985*, 1010 y ss. RABE *AGB-Gesetz und Seefrachtrecht 1985*).

(65) Vid. referencias nota 41.

(66) Vid., al respecto, WALCHSHÖFER: *Heinrichs-Löwe-Ulmer* (nota 6), p. 167. ULMER: (nota 7), § 1, núms. marg. 74 y ss., 78 con más detalles.

de introducir instrumentos u órganos de control añadidos; me refiero a la idea propuesta ya durante la elaboración de la Ley y desde entonces repetida en algunas ocasiones de crear una instancia administrativa para la protección de los consumidores dotada de legitimación procesal o de control (67) o el establecimiento del requisito del registro de las condiciones generales como presupuesto para su empleo (68). Aun cuando no compartamos en su totalidad el optimismo de Schlosser (69) sobre el grado de aplicación de la Ley que se ha alcanzado, hay muchos datos que indican que la jurisprudencia a pesar de las dudas que siguen existiendo se encuentra en la vía correcta y que no hace falta añadir nuevos instrumentos de control. Y lo mismo cabe decir respecto a un eventual privilegio de la elaboración de «condiciones modelo» (70) con la participación de ambos sectores del mercado; a juzgar por las experiencias de los últimos años con este tipo de clausulados (71), existen algunas prevenciones al respecto.

3. Sobre la evolución jurídica en el extranjero y a nivel europeo

Aunque no forma parte del tema aquí examinado, una ojeada al *Derecho comparado* confirmaría que la LCGC está en línea de la evolución del resto de los países industrializados respecto a las relaciones con los consumidores, tanto si se observa la evolución en la mayoría de los Estados de la CEE y las diferentes regulaciones en ellos promulgadas como en relación con otros Estados industrializados como Austria, Suiza o los EEUU; en todas partes se ha reconocido a través de la introducción de una normativa especial la necesidad de establecer el marco que impida el abuso de la libertad de configuración del contenido de los contratos (72). Lo mismo cabe decir de la Comisión de las Comunidades Europeas, que en un memorándum sobre protección de los consumidores presentado aprobatoriamente al conocimiento del Consejo de Ministros en junio de 1986 (73), ha

(67) Vid. referencias en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 21, notas 26 y ss. También de nuevo, recientemente, GERLACH: (nota 2), vor. § 13, núm. marg. 16.

(68) Así, por ejemplo, BUNTE: *DB 1982*, fasc. 13, p. 12. Para las condiciones generales de los contratos frente a consumidores, también, ULMER: (nota 48), tesis 23.

(69) ZIP 1985, 449.

(70) Vid. referencias al respecto en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 21, nota 28. Así de nuevo, BUNTE: *NJW 1987*, 921 y ss.

(71) Vid., por ejemplo, la cláusulas sobre transferencia del IVA al cliente en el plazo del § 11, núm. 1, AGBG, declarada ineficaz por el BGH (BGHZ 77, 79, 82 y ss., ó en *NJW 1980*, 2133 ó en ZIP 1980, 441) y sobre la validez del precio vigente en el día de la entrega (BGHZ 82, 21, 25 y ss., ó en ZIP 1982, 71 ó en *NJW 1982*, 331) en las condiciones generales para la compra de automóviles nuevos negociadas con participación del ADAC (Automóvil Club Alemán).

(72) Vid. el panorama del Derecho comparado en ULMER: (nota 7), introd. núm. marg. 52 y ss., 62 y ss.

(73) «Boletín de las Comunidades Europeas», 6/86, *Nuevo impulso a la política de protección de los consumidores*.

vuelto a exponer su intención de proponer al Consejo en este año la promulgación de una directiva sobre condiciones contractuales desleales. Habrá que esperar para decidir si como consecuencia de la misma resulta necesario adoptar la LCGC. De todas formas, y a la vista del estado actual de las discusiones y de la complejidad de la materia, no cabe esperar que la correspondiente directiva sea aprobada por el Consejo antes de 1990.

3. Valoración final

«Last not least», me queda la agradable tarea de certificar que la Ley que hoy celebra su cumpleaños ha contribuido de forma fundamental a la cultura jurídica del Derecho privado a través de la *mejora de la calidad jurídica* del «derecho autónomo de la economía», *elevando a la vez la transparencia* de los clausulados preredactados. El establecimiento de las reglas-marco, renunciando a una intervención administrativa en la configuración de los contratos se ha revelado como una reacción del ordenamiento conforme con el sistema, frente a las exigencias de la jurisprudencia cautelar. Ello autoriza a entonar un feliz cumpleaños dirigido no sólo a los expertos legales que participaron en su elaboración como «padres» de la Ley, sino también a los tribunales civiles y a las asociaciones de consumidores como «padrinos», porque han demostrado un gran compromiso con la Ley y un buen criterio en su aplicación.

VI. RESUMEN

1. Retrospectiva

a) La finalidad de la LCGC consistente en conjurar el peligro de una incorrecta asignación de los riesgos asociado a la utilización de condiciones generales unilateralmente predisuestas, se ha conseguido al menos en lo que hace a los contratos con consumidores (respecto a las relaciones entre empresarios, vid. infra 3). La actuación conjunta del control abstracto por medio de la acción colectiva y el control judicial individual en los demás procesos civiles ha logrado una amplia aplicación de la Ley y ha mejorado la calidad de los contratos en beneficio de todos los interesados. No se ha producido aparentemente un encarecimiento de los bienes en perjuicio de los clientes como consecuencia de las disposiciones de control. Al contrario, la limitación de la posibilidad de elevaciones unilaterales de precios por los parágrafos 9, 11.1 LCGC ha tenido un efecto estabilizador.

b) Desde el punto de vista técnico, la Ley puede considerarse un acierto. Así, la estructura y la división de la normativa en disposiciones generales, disposiciones de control y disposiciones procesales,

así como las normas concretas de las tres partes citadas se han revelado como adecuadas en gran medida. A salvo de algunos problemas de aplicación provocados por la propia naturaleza de las cosas, la práctica judicial de estos diez años ha confirmado las críticas expresadas a la misma durante la elaboración de la Ley en cuanto a su contenido sólo en un punto: la regulación de los requisitos de inclusión en el párrafo 2 LCGC.

c) Tampoco ha sido un inconveniente para su aplicación la configuración de la Ley como derecho privado especial fuera del Código civil. No se ha producido una independización de los «contratos en masa» respecto al Derecho civil general en mayor medida que lo que establece la LCGC. Por tanto, no hay necesidad alguna de (re) integrar la regulación de las condiciones generales en el Código civil.

d) La aplicación judicial de las disposiciones generales (§§ 1-6 LCGC) no ha provocado problemas fundamentales. Han de acogerse con satisfacción algunas construcciones, que aunque no estaban previstas en la Ley, tampoco estaban excluidas, como la interpretación «en perjuicio del cliente» en al ámbito del párrafo 5 LCGC o la interpretación integradora del contrato en caso de no inclusión o de existencias de lagunas en las condiciones generales apoyándose en el párrafo 6.2 LCGC.

2. Especialidades de la LCGC

a) Las especialidades de la LCGC frente a las demás normas del Derecho privado especial (Ley de Venta a Plazos, Ley de Arrendamientos Urbanos, Derecho del contrato de viaje y Ley de Enseñanzas a Distancia) consisten desde el punto de vista de su contenido en su ámbito de aplicación material de carácter general —a salvo de las excepciones del párrafo 23.1 LCGC— a todos los contratos en masa. Lo cual explica la gran dinámica propia y la amplitud de la aplicación que caracterizan a la LCGC tras diez años desde su entrada en vigor, y la enorme cantidad de sentencias que se han producido —para desgracia de algunos— en este ámbito.

b) Desde el punto de vista metodológico debe destacarse la asignación a los tribunales de la tarea de configurar y desarrollar el derecho dispositivo que ha supuesto la cláusula general del párrafo 9.1 y 2 LCGC. Estas normas han supuesto una alteración notable del reparto de competencias entre el legislador y la jurisprudencia: además ha fortalecido y legitimado el valor de la misma. Al mismo tiempo ha quitado hierro a las críticas respecto al carácter anticuado del derecho de obligaciones del Código civil.

Nunca se destacará suficientemente la importancia que la jurisprudencia ha tenido en la acunación y configuración jurídica de los tipos contractuales nuevos que carecen de regulación legal o están regulados insuficientemente. Que los tribunales han llevado a cabo esta ta-

rea llena de responsabilidad no sólo conscientemente, sino de manera creciente lo demuestra la jurisprudencia respecto a los distintos tipos de contratos de «leasing», así como respecto a la concesión, a los contratos de instalación de máquinas automáticas, de cuenta corriente o de préstamo, de inversión en la construcción de viviendas, así como —fuera del ámbito de la Ley— de las ventas a plazos financiadas y la responsabilidad por los prospectos de emisión de acciones u obligaciones de las sociedades «públicas».

3. Sobre la inclusión del tráfico mercantil

a) La valoración de la aplicación de la LCGC y en especial de las disposiciones de control del contenido en el tráfico mercantil, provoca, aún hoy, controversias. La asociación alemana de fabricantes de maquinaria sobre todo ha criticado en varias memorias oficiales la inclusión del tráfico mercantil y ha considerado que no había ninguna necesidad de regulación del mismo y que la LCGC ha sido como «arena en los engranajes de la actuación empresarial». Este punto de vista, que puede escucharse en no pocas ocasiones en los círculos empresariales, puede ser una de las razones por las que las asociaciones de empresarios se han abstenido de utilizar la acción colectiva y con ello de contribuir a la lucha contra la configuración abusiva de las condiciones generales en sus propias filas y en las de sus oponentes en el mercado.

b) En tanto dichas opiniones expresan el rechazo a la aplicación de la Ley al tráfico mercantil, pueden oponérseles las siguientes objeciones:

— Olvidan que a la vista del gran número de sentencias de control del contenido en el ámbito mercantil, resulta lógico presumir que también en este ámbito existe una necesidad notable de protección, y que la misma representa un mayor valor económico que la de los consumidores.

— Pasan por alto no sólo las claras diferencias existentes entre las condiciones generales de compra y de venta de muchos empresarios, sino también en el conocido supuesto de que como consecuencia de las cláusulas defensivas, muchos contratos se celebren sin o con muy escasas condiciones generales, sin que la ejecución del mismo se vea notablemente afectada.

— Deberían probar qué decisiones de control del contenido del Tribunal Supremo objetables materialmente han tenido más que una importancia periférica para la ejecución del contrato o cuáles han supuesto realmente «arena en los engranajes».

c) A la vista de las claras razones existentes a favor de la inclusión de las relaciones entre empresarios en el ámbito de aplicación de la Ley, razones basadas en puntos de vista sistemáticos, teleológi-

cos y de la finalidad de protección de la Ley, la opción recogida en el parágrafo 24 LCGC puede considerarse aún hoy como acertada. No ha de olvidarse, sin embargo, la inseguridad jurídica que supone para los que emplean condiciones generales, pero la misma existía ya cuando el control del contenido lo realizaba la jurisprudencia sobre la base del parágrafo 242 del Código civil, además de que ha ido reduciéndose en los últimos años al establecer los Jueces criterios precisos de control. Por tanto, la inseguridad jurídica no puede alegarse —como tampoco la aparición ocasional de sentencias que van por libre— como una razón de peso contra la inclusión de las relaciones entre empresarios en el ámbito de aplicación de la Ley. En todo caso, es cuestionable si podría establecerse la inaplicación —además de la de los párrafos 2, 10-12 LCGC— de los demás «privilegios» (?) en ámbitos como por ejemplo la exportación.

4. Perspectivas

a) A la vista de las experiencias de los diez primeros años de aplicación de la Ley, no parece necesaria una reforma general de la misma. El instrumental existente proporciona suficientes medios a los Jueces para acabar con los abusos que quedan y los que se produzcan en el futuro en el ámbito de las condiciones generales. En particular, no hay razón alguna para implantar ahora las recomendaciones que en su tiempo se hicieron y que no fueron aceptadas por el legislador respecto a otros medios de control, como la introducción de una instancia administrativa protectora de los consumidores con legitimación procesal o de control, el registro de condiciones generales como requisito para su utilización o el privilegiar las «condiciones modelo» redactadas con participación de ambas partes del mercado.

b) En relación con el Derecho comparado, la LCGC está en la línea de la evolución experimentada en el extranjero. En la mayoría de los países de la CEE existen ya o están en proceso de elaboración (así en Bélgica y Holanda) las normas correspondientes con las únicas excepciones de Grecia e Irlanda. Para superar las diferencias de contenido en estas normas de protección de los consumidores, la comisión de la CEE ha presentado hace tiempo ya una propuesta de regulación en este sentido cuya promulgación no parece próxima. El tráfico mercantil queda por ahora al margen de la regulación.

c) Puede certificarse en su décimo aniversario, que la LCGC ha contribuido de modo fundamental a la cultura jurídica del Derecho privado mejorando la calidad jurídica del «derecho autónomo de la economía» y al mismo tiempo elevando la transparencia de los clausulados contractuales preformulados. Se ha demostrado como una reacción del ordenamiento jurídico a las exigencias de la jurisprudencia

cautelar, conforme al sistema renunciando a la intervención administrativa en el ámbito de la configuración de los contratos. También debe destacarse positivamente la preocupación básica del legislador por mantener la unidad del derecho de las obligaciones y contratos y la limitación de las disposiciones protectoras de los consumidores de carácter especial a los ámbitos materialmente necesarios.

