

Els contractes mercantils

Josep Machado Plazas

P07/03022/00397



Universitat Oberta
de Catalunya

www.uoc.edu

Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. Consideracions generals de les característiques pròpies de la contractació mercantil	9
1.1. Introducció	9
1.2. La perfecció dels contractes mercantils	9
1.2.1. La contractació entre absents	10
1.2.2. Oferta, promoció i publicitat en la contractació mercantil	10
1.3. Forma, prova, interpretació i incompliment dels contractes mercantils	11
2. Especialitats normatives de les obligacions mercantils	15
2.1. Consideració general	15
2.2. Compliment de les obligacions mercantils	15
2.3. El règim de la mora en l'àmbit mercantil	16
2.4. La prescripció com a causa d'extinció de l'obligació mercantil	16
3. Contractació mercantil i protecció dels consumidors	17
3.1. La contractació mercantil subscripta fora de l'establiment mercantil	17
3.2. Els contractes mercantils sotmesos a condicions generals i les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors	20
3.3. La tutela dels consumidors en els contractes a distància amb condicions generals	30
3.3.1. Introducció	30
3.3.2. Venda a distància i contractació electrònica amb condicions generals	31
3.3.3. La tutela del consumidor en l'àmbit dels serveis financers	33
4. Tipologia bàsica dels contractes mercantils	38
Resum	40
Autoavaluació	41

Solucionari	42
Bibliografia	44

Introducció

La recerca d'una resposta a la pregunta sobre l'existència dels contractes ens condueix a la funció que aquests exerceixen com a instruments d'intercanvi de recursos de diferent naturalesa: béns físics, informació, activitats, etc. Un intercanvi, com ha destacat el professor Joaquim Bisbal, en un context de gran incertesa:

"Si no hi ha intercanvi, no hi ha contracte. Si no hi ha incertesa, no hi ha necessitat d'elaborar una tecnologia contractual. La incertesa és absència del coneixement rellevant per a disciplinar el capteniment de les parts en el marc de la relació estable que crearà el contracte, encara que la durada d'aquesta relació sigui breu".

"Introducció", *Programa de Dret Mercantil III*, pàg. 1, Barcelona, 2001.

Amb tot, i fins i tot resultant impossible eliminar de manera absoluta els riscos de la incertesa, el dret de la contractació té com a finalitat facilitar al màxim la circulació dels recursos (béns i coneixement). Actualment, la "nova economia" o economia digital ens situa en la necessitat de regular l'intercanvi de "béns intensius d'informació", en què es redueixen al màxim els costos d'obtenció de la informació i en què els riscos que deriven del factor temps i la distància són pràcticament irrelevants.

Des de la perspectiva enunciada, es poden comprendre, com recorda el professor Bisbal, les diferències significatives en l'àmbit de la contractació: aquestes depenen del tipus de prestació i del grau d'informació adequat per a administrar el risc associat a la tipologia contractual.

Aquest professor recorda Karl N. Llewellyn, jurista americà de sòlida formació europea, que, en el seu article de 1939 "The First Struggle to Unhorse Sales", *Harvard Law Review* fonamentava la necessitat d'establir un *dret de la contractació adequat als intercanvis de béns manufacturats*, recorrent per a la creació d'un dret diferent a "the law of the horses" (dret destinat a facilitar els intercanvis en una economia agrícola i ramadera). Sembla raonable que vendre un cavall no és el mateix que vendre una nau industrial o un o mil automòbils exactament idèntics, com tampoc no ho és vendre "béns intensius en informació (una base de dades, un programari, un producte digital)".

Així mateix, qualsevol tipus d'intercanvi i de les circumstàncies, comporta riscos diferents en relació amb la informació que tenim. En aquest sentit, resulten exemplificatives les paraules del professor Joaquim Bisbal:

"De la venda d'una nau industrial, en podem arribar a saber fins la marca i model d'endolls per al subministrament elèctric (i, per tant, quant de temps aprofitaran al comprador). En canvi, quina garantia tenim que el futur de la relació continuada entre un fabricant de vehicles i els seus concessionaris no estigui sembrat de sal? Quins mecanismes tenim per a evitar-ne les conseqüències en cas que ho estigui? La durada és un problema. El futur és un problema. Però també ho és la distància. La distància significa allunyament geogràfic de les parts contractants –novament temps per a la negociació i per al compliment. Però la distància que també significa cultures jurídiques contractuals diferents, llengües diferents, dificultats per a conèixer la solvència i el capteniment del nostre contractant canadenc o xinès. En aquest sentit, no és una facilitat disposar d'una convenció per als contractes de compravenda internacional de mercaderies, com la de les Nacions Unides, feta a Viena, l'11 d'abril de 1980, o el tenir un Uniform Commercial Code, per al tràfic comercial en un país tan complex com els Estats Units? No és lloable la pretensió d'UNIDROIT que siguin realment efectius els seus *Principles of International Commercial Contracts*? Tanmateix, això convoca la cultura i la història. Una té els seus drets i l'altra els seus ritmes i les seves revolucions."

Des d'una altra perspectiva, els contractes constitueixen instruments bàsics per al funcionament dels mercats: mercat en general i mercats particulars. És sabut que cada mercat té unes modalitats contractuals específiques (mercat del crèdit, mercat de l'assegurança, mercat de valors, mercat de les telecomunicacions). En realitat, com ha destacat certerament el professor Bisbal, descobrim "el caràcter constitutiu del tipus de prestació i dels riscos que determinen les diferències". La majoria dels mercats tenen un procés d'institucionalització pel qual s'articulen les polítiques públiques que persegueix l'Estat. La institucionalització d'un mercat determina qui pot contractar, com ho ha de fer i a qui (Banc d'Espanya, Comissió Nacional del Mercat de Valors, Direcció General d'Assegurances) i com ha de retre comptes. Els mercats institucionalitzats són bàsicament el mercat del crèdit, el mercat de valors i el mercat de l'assegurança. Els esmentats mercats no són objecte d'estudi en aquesta assignatura que solament pretén tractar la matèria de la contractació mercantil de manera introductòria i en termes generals. La matèria referent a la contractació en l'àmbit dels mercats institucionalitzats es reserva per a una assignatura optativa.

Objectius

Aquest mòdul té com a objectiu primordial proporcionar una introducció a l'ordenació jurídica de la contractació mercantil. Amb aquesta finalitat, després de l'estudi d'aquesta matèria, han de quedar clares les qüestions següents:

- 1.** La caracterització general de la negociació i de la contractació mercantil.
- 2.** Les especialitats de les obligacions mercantils, en concret, les referents al compliment, als efectes de la morositat i a la prescripció com a causa d'extinció de les obligacions mercantils.
- 3.** Les diferents classes o tipologia general de contractes mercantils, segons les prestacions i finalitats perseguides.
- 4.** Els mecanismes de tutela contractual dels consumidors, especialment la que atén a la defensa dels seus interessos pel que fa als contractes fets per les grans empreses i sotmesos a condicions generals, denominats *contractes d'adhesió*, *clàusules abusives* i *contractes a distància*.

1. Consideracions generals de les característiques pròpies de la contractació mercantil

1.1. Introducció

En l'ordenament jurídic espanyol no hi ha una regulació uniforme de contractació. En el nostre cas, s'han de tenir presents les regulacions civil i mercantil (totes dues insuficients) destinades pel legislador decimonònic als contractes en els codis respectius. Tanmateix, enfront d'aquesta tipicitat insuficient dels contractes, la majoria dels contractes que han sorgit en el tràfic modern amb la finalitat de fomentar l'intercanvi no estan regulats particularment, això és, es tracta de contractes atípics.

L'article 50 del Codi de comerç es remet a les disposicions generals del Codi civil comunes a tots els contractes i estableix que:

"Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán en todo lo que no haya expresamente establecido este Código o en las leyes especiales por las reglas generales del derecho común."

Amb tot, el Codi de comerç de 1885 té una regulació pròpia destinada a la fixació de determinades especialitats en l'àmbit de la contractació mercantil. Aquesta normativa es preveu en els articles 50 a 63, encara vigents, que són objecte del nostre estudi en els epígrafs que hi ha a continuació.

1.2. La perfecció dels contractes mercantils

En relació amb la perfecció del contracte, el Codi de comerç estableix una sèrie d'especialitats. De tots és conegut el que s'ha previst en l'art. 1262 CC, segons el qual:

"El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato".

La coincidència entre l'oferta i l'acceptació determina la perfecció del contracte. Això és així tant en la contractació civil com en la mercantil. Les especialitats mercantils se situen en l'àmbit de l'oferta, promoció i publicitat de béns i serveis, inclosos la contractació en subhasta pública.

1.2.1. La contractació entre absents

La contractació entre absents presenta un problema de determinació del moment temporal en què es produeix la perfecció del contracte i, consegüentment, neixen els drets i obligacions de les parts contractuals.

La determinació exacta d'aquest moment de perfecció del contracte permet de fixar el lloc de subscripció del contracte i, consegüentment, la llei aplicable a aquest (art. 10.5 CC).

El criteri per a determinar el moment de la perfecció és el mateix tant en el Codi Civil com en el Codi de Comerç, com a conseqüència de la recent modificació de l'article 1262 del CC i de l'article 54 del C de C. La nova redacció d'aquests preceptes, que resulta de la disposició addicional quarta de la Llei 32/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (LSSICE), estableix el següent, pel que fa a la determinació del moment en què s'entén que hi ha consentiment:

"Hallándose en lugares distingos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe. El contrato, en tal caso, se presume celebrado en el lugar en que se hizo la oferta.

En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación"

1.2.2. Oferta, promoció i publicitat en la contractació mercantil

L'empresari utilitza diferents tècniques publicitàries per a oferir al públic en general els seus productes. Davant l'**oferta**, **promoció** i **publicitat** dels productes de l'empresari, el legislador ha considerat necessari regular la **naturalesa obligatòria** d'aquests respecte al consumidor com el seu destinatari. Amb aquest efecte, les tres normes bàsiques en la matèria són l'article 8.1 de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, l'article 9 de la Llei d'ordenació del comerç minorista i l'article 16 de la Llei de crèdit al consum.

Segons el primer, i quant a l'oferta, promoció i publicitat dels productes, activitats o serveis, les prestacions de cada producte o servei i les condicions i garanties ofertes:

"Serán exigibles a los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o el documento comprobante recibido."

Consegüentment, l'empresari, en nom de la bona fe i dels actes previs de captació de clientela, està sempre vinculat pels termes de l'oferta o promoció publicitària, encara que posteriorment al contracte perfeccionat no es faci cap referència a aquesta.

En segon lloc, l'oferta pública de venda o l'exposició d'articles en establiments mercantils constitueix el seu titular en l'obligació de procedir a la seva venda a favor dels demandants que compleixin les condicions d'adquisició, atinent, en el segon cas, a l'ordre temporal de les sol·licituds, llevat, és clar, que s'adverteixi que no estan en venda o que formen part de la instal·lació o decorat (v. art. 9 Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista).

En l'àmbit de crèdit al consum, es reitera la preocupació del caràcter vinculant de l'oferta de l'entitat de crèdit. L'empresari que ofereixi un crèdit a un consumidor estarà obligat a lliurar-lo abans de la subscripció del contracte, si el consumidor així ho sol·licita, un document amb totes les condicions del crèdit, oferta vinculant, que haurà de mantenir durant un termini mínim de deu dies hàbils des del seu lliurament, "salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él (v. art. 16 de la Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum).

1.3. Forma, prova, interpretació i incompliment dels contractes mercantils

Els contractes mercantils no estan sotmesos, com a regla general, a solemnitat. Llevat de casos excepcionals en què el Codi de comerç o les lleis especials exigeixen forma escrita (v. art. 119, 350, 353 i 354, 440, 573, 652, 653 i 654, 720 i 737; vegeu, per exemple, l'art. 11 de la Llei d'ordenació del comerç minorista) o escriptura pública (v. art. 45 LOCM), regeix, igual que el que disposa l'art. 1278 CC, el principi de llibertat de forma.

Quant a la prova, l'art. 51 del Codi de comerç és clar: la prova s'ha de fer per "alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos".

En aquesta matèria i al marge de la variada, per anacrònica, norma referent a la declaració de testimonis, recollida en l'art. 51.1, en la mesura que no serà per si sola bastant per a provar l'existència dels contractes de quantia superior a 9,02 euros, en no concórrer amb algun mitjà de prova, s'han de tenir presents algunes modificacions i especialitats introduïdes en la nova Llei d'enjudiciament civil i en normes especials. Així, s'ha de tenir molt present la derogació expressa per part de la nova LEC dels preceptes referents a la valoració de la prova (v. disposició derogatòria única, 2, 1r Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil).

En la LEC s'amplien, com resultava necessari, els **mitjans de prova**. Així, l'art. 299.2 admet, al costat dels mitjans de prova **tradicionals** (interrogatori de parts, documents públics i privats, dictamen de perits, reconeixement judicial i interrogatori de testimonis), els mitjans de **reproducció de la paraula**, el

so i la **imatge**, i també els instruments que permeten d'**arxivar i conèixer o reproduir paraules, dades, xifres i operacions matemàtiques** dutes a terme amb finalitats comptables o d'una altra classe, rellevants per al procés.

Vegeu també

Sobre càrrega de la prova sobre l'existència i contingut de la informació prèvia de les clàusules del contracte; del lliurament de les condicions generals; de la justificació documental; de la contractació un cop efectuada; de la renúncia expressa al dret de resolució; i també de la correspondència entre la informació, lliurament i justificació documental i al moment de les seves respectives trameses, que correspon al predisposant, l'art. 5 de l'RD 1906/1999, de 17 de desembre.

D'altra banda, la Llei rituària estableix que el reconeixement dels llibres del comerciant es faci no solament a l'establiment de l'empresari (art. 33 C de C), sinó enfront del jutge:

"El tribunal puede reclamar que se presente ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados."

Article 327 LEC

Quant al **document contractual**, el legislador garanteix als consumidors o usuaris el lliurament del document escrit que podrà constituir prova sobre aquest. Així ho asseguren l'art. 10.1r., lletra b) de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris, en exigir expressament:

"La entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto debidamente explicado."

Altres disposicions

Aquesta obligació, que pesa sobre l'empresari, s'exigeix també en altres disposicions; v., per exemple, l'article 11.3 de la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç minorista i l'art. 5 de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, de contracte de l'assegurança.

Sense cap dubte, la **factura** constitueix un important mitjà de prova de les obligacions mercantils. No obstant el seu no-reconeixement en el Codi de comerç de 1885 (sí que el va tenir en l'article 262 del Codi de comerç de 1829), la jurisprudència ha considerat que, en el cas que la factura sigui acceptada i reconeguda pel seu destinatari, adquireix "la fuerza y el valor de una escritura pública" (v. les clàssiques sentències del Tribunal Suprem de 24 de gener de 1921, de 14 de desembre de 1928, 10 d'octubre de 1931 i 9 de març de 1965).

La **consagració legislativa**, en l'àmbit mercantil, ha vingut amb la Llei d'ordenació del comerç minorista (modificada per la Llei 55/1999, de 29 de desembre), l'article 11.2 de la qual estableix el deure de tot empresari d'expedir factura o un altre document anàleg, en què hauran de constar els drets i garanties especials del comprador i la part del preu que, si escau, hagi estat satisfeta; deure que s'imposa quan la perfecció del contracte no sigui simultània amb el lliurament de l'objecte o quan el comprador tingui la facultat de desistir del contracte (sobre el deure d'expedir i lliurar factura, tingueu en compte

l'RD 2402/1985, de 18 de desembre, modificat per RD 1624/1992, de 29 de desembre, 267/1995, de 24 de febrer 80/1996, de 26 de gener, 37/1998, de 16 de gener i 3422/2000, de 15 de desembre).

És més, s'estableix la presumpció legal que les factures s'entenen acceptades en tots els seus termes i reconegudes pels seus destinataris si no fan cap objecció en el termini dels vint-i-cinc dies següents a la seva tramesa.

En el cas de disconformitat, l'adquiridor disposa d'un termini de deu dies més per a sol·licitar l'esmena dels defectes de la factura i la tramesa de la factura rectificada (v. art. 14.2 Llei 7/1996). No es tindran en compte les modificacions en factures rectificatives emeses en data posterior als terminis indicats.

Tractant-se de compravendes entre comerciants i els seus proveïdors, aquests han d'indicar a la seva factura els terminis en què s'ha d'efectuar el pagament de les mercaderies que enviïn. Els proveïdors hauran de fer arribar les factures als comerciants abans que es compleixin trenta dies des de la data en què aquests rebin les mercaderies (v. art. 17.2 LOCM). La factura adquireix actualment un relleu especial en l'àmbit de la tutela del crèdit: segons la nova LEC, les factures, albarans de lliurament, certificacions, telegrames, telefaxos o qualsevol document que, fins i tot unilateralment creats pel creditor, siguin dels que habitualment documenten els crèdits i deutes, permeten d'accedir al procés monitori per al cas que es pretengui poder acreditar amb aquests el pagament d'un deute dinerari, vençut i exigible, de quantitat determinada que no excedeixi de cinc milions de pessetes (art. 812.1.2a. LEC).

Quant a la interpretació, i remetent-nos a les explicacions que donarem en qualitat de condicions generals, els **contractes mercantils s'han d'interpretar de bona fe** (art. 57 C de C, v., per totes, la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de gener de 1991). Es tracta d'una bona fe objectiva. La interpretació dels contractes haurà de ser, així mateix, funcional o finalista. Ho disposa el mateix article 57 del Codi de comerç quan declara que els contractes mercantils s'hauran de complir segons els termes en què van ser fets i redactats, sense tergiversar amb interpretacions arbitràries el sentit recte, propi i usual de les paraules dites o escrites, ni restringir els efectes que naturalment es derivin de la manera en què els contractants haguessin explicat la seva voluntat i contret les seves obligacions (art. 57 C de C). D'altra banda, quan en la interpretació s'originen dubtes de resolució indefugible mitjançant les normes interpretatives legals o dels usos de comerç, la qüestió s'ha de dilucidar sempre a favor del deutor (art. 59 C de C, a diferència de l'art. 1289 CC; v. interpretació favorable d'una clàusula a favor del consumidor art. 10 LCU).

En relació amb l'**incompliment** dels contractes, es preveu, en l'àmbit mercantil, les conseqüències del fet que s'hagi previst contractualment una astrictió. Per al supòsit d'incompliment (absolut, defectuós, mora), l'art. 56 del Codi de comerç disposa que, si s'ha fixat en el contracte una pena d'indemnització contra qui no compleixi, la part perjudicada podrà exigir el compliment del

contracte pels mitjans de dret o la pena prescrita. Però utilitzant una d'aquestes dues accions quedarà extingida l'altra, si no hi ha pacte en contrari (v. STS de 12 de gener de 1999). L'astricció té, segons la doctrina jurisprudencial i, atesa la seva naturalesa sancionadora, caràcter restrictiu (v. STS de 30 de març de 1999).

2. Especialitats normatives de les obligacions mercantils

2.1. Consideració general

Els contractes mercantils generen drets i obligacions que se sotmeten, en defecte d'un sistema complet propi, a les normes generals del CC. Així, s'haurà d'estar a les normes previstes en el dret comú, referents a la naturalesa, efectes, classe i extinció de les obligacions (art. 1094 i s. CC). Amb tot, el Codi de comerç conté algunes normes especials en matèria d'obligacions mercantils (art. 61, 62 i 63 CC). El règim jurídic és, tanmateix, parc i insuficient. En primer terme, **sorprèn l'absència d'una norma** (a diferència d'altres ordenacions pròximes al nostre) **que estableixi, amb caràcter general, la solidaritat de les obligacions mercantils per al cas de pluralitat de deutors**. Aquesta falta de consagració del principi de solidaritat com a principi propi de les obligacions mercantils i de tutela màxima del crèdit genera que, en el nostre sistema, s'hagi d'acudir a l'aplicació del principi de mancomunitat, recollit en l'art. 1137 CC, regla que, a la pràctica solen excloure les parts mitjançant la incorporació d'una clàusula de solidaritat de deutors. Això no obstant, en alguns casos, la doctrina jurisprudencial ha reconegut la solidaritat del deute i negat la presumpció de mancomunitat, quan es pot deduir dels fets la intenció comuna dels contractants o interessats a favor de la regla de la solidaritat (v., entre d'altres, STS de 26 d'abril de 1985, 20 d'octubre de 1989 i 7 de març de 1992).

2.2. Compliment de les obligacions mercantils

En l'àmbit mercantil, els tribunals no poden reconèixer cap termini per al compliment de l'obligació, si no és que les parts l'hagin establert en el contracte o que aquest termini derivi d'una disposició legal. Això és, els tribunals no poden concedir al deutor termes de gràcia o cortesia. Així mateix, i en consideració al que s'ha disposat en l'art. 62, tractant-se d'una obligació pura (això és, una obligació sense termini convencional o legal), s'ha de distingir si comporta o no execució: en el primer cas, serà exigible en els deu dies després que hagi estat contreta; en el segon, serà exigible el dia immediat (v. art. 62 C de C).

2.3. El règim de la mora en l'àmbit mercantil

El deutor es troba en mora quan la seva obligació està vençuda i retarda el seu compliment de manera culpable (v. STS de 20 de febrer de 1954, que exigeix la culpa com a supòsit necessari de la mora).

En contraposició amb el dret civil o comú, en què es fa necessària la interpel·lació judicial o extrajudicial, en l'àmbit de les obligacions mercantils, els efectes de la mora es produeixen al dia següent del seu venciment (art. 63 C de C; v., entre d'altres, STS de 28 de maig de 1990). Ara bé, tractant-se d'una obligació pura o sense termini legal, els efectes de la mora s'iniciaran des del dia en què s'interpel·lés el deutor judicialment, notarialment o, com assenyalen l'art. 63 C de C, per funcionari públic. Segons el que s'ha dit anteriorment, en relació amb el compliment de les obligacions mercantils, s'haurà d'interpel·lar judicialment o extrajudicialment el deutor un cop hagi transcorregut el termini dels deu dies o el dia immediat ex art. 62 C de C. La conseqüència de la mora és el dret del creditor a reclamar al deutor la indemnització dels danys i perjudicis (v. art. 1101 i s. CC).

2.4. La prescripció com a causa d'extinció de l'obligació mercantil

La distinció en el règim de la **prescripció com a causa d'extinció** de les obligacions mercantils és, després d'una jurisprudència consolidada, mínim. Certament, l'especialitat de la prescripció en la tradició mercantil espanyola se situava respecte a la interrupció de la prescripció, en la mesura que, per aplicació de l'art. 944, en contraposició amb l'art. 1973 CC, no reconeixia com a mitjà d'interrupció la *reclamació extrajudicial*. Després de les sentències de 4 de novembre de 1995 (RJ 9157) i de 31 de desembre de 1998 (RJ 9769), la interrupció de la prescripció també es podrà assolir mitjançant la reclamació extrajudicial. Assimilat el règim jurídic dels art. 1973 CC i 944 C de C, en aquest extrem, les especialitats normatives es continuen projectant en la suspensió de la prescripció (v. art. 955 C de C) i en l'establiment de terminis de prescripció més breus (v. art. 945 i s. C de C).

3. Contractació mercantil i protecció dels consumidors

3.1. La contractació mercantil subscripta fora de l'establiment mercantil

La Llei 26/1991, de 21 de novembre, seguint la Directiva CEE 87/577, de 20 de desembre, ha dictat normes a fi de protegir els consumidors que subscriuin contractes fora de l'establiment de l'empresari. La impossibilitat que el consumidor, part feble, pugui comparar la qualitat i el preu de l'oferta i la iniciativa de l'empresari, que poden determinar l'existència de pràctiques comercials abusives, exigeix el reconeixement de normes de tuitives o de tutela mitjançant la consagració legal de drets irrenunciables. Aquesta raó o finalitat de tutela es preveu en l'exposició de motius de la Llei i és essencial que es tingui en compte a l'hora d'interpretar el text legal, ja que no està de més assenyalar que es tracta d'una llei que té una tècnica legislativa molt deficient, en especial, referent al seu àmbit d'aplicació material, la qual cosa, en definitiva, ha generat greus problemes interpretatius.

La tutela s'articula, d'una banda, mitjançant l'exigència formal de la documentació del contracte o de l'oferta contractual amb la conseqüència obligada de reconèixer el consumidor acció per a anul·lar els contractes que se subscriuin obviant l'esmentat requisit i, de l'altra, mitjançant el reconeixement del dret del consumidor a revocar el consentiment prestat en el termini de set dies comptats des de la recepció.

La Llei 26/1991 s'aplica, en general, a tota classe de contractes subscrits per un empresari (o les persones que actuïn pel seu compte) i un consumidor (v. concepte de consumidor en l'art. 1.2. de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris) fora de l'establiment mercantil. L'aplicació de la llei resulta segura quan el contracte se subscriu a l'habitatge del consumidor o en el seu centre de treball (llevat que la visita hagi estat sol·licitada expressament pel consumidor); en un mitjà de transport públic, la interpretació del paràgraf a) del número 1 de l'art. 1 de la Llei 26/1991 presenta més dificultats, i això s'agreuja pel reconeixement d'una presumpció legal segons la qual "todos los contratos y ofertas celebrados fuera del establecimiento mercantil se presumen sometidos a la presente Ley", i correspon a l'empresari la prova en contrari (art. 2.2 Llei 26/1991).

S'exclouen del seu àmbit d'aplicació els contractes en què la **prestació total a càrrec del consumidor sigui inferior a 48,08 euros**, els referents a la **construcció, venda i arrendament d'immobles** (o que tinguin per objecte algun altre dret sobre aquests), els **d'assegurança**, els **que tinguin per objecte valors mobiliaris**, els **documentats notarialment**, els referents a **productes d'alimentació, begudes i altres béns consumibles d'ús corrent a la llar, subministrats per proveïdors que facin desplaçaments freqüents i regulars** (art. 2.1 Llei 26/1991).

S'afegeixen a aquests contractes tots aquells en què concorrin aquestes tres circumstàncies:

"a) que se realicen sobre la base de un catálogo que el consumidor haya tenido ocasión de consultar en ausencia del empresario o de quien actúe por cuenta suya;

b) que se haya previsto una continuidad de contacto entre el empresario y el consumidor en lo referente a la operación que se realiza u otra posterior;

c) que el catálogo y el contrato mencionen claramente el derecho del consumidor a rescindir libremente el contrato durante un plazo que ha de ser como mínimo, de siete días o que establezca en la misma forma, el derecho del consumidor a devolver las mercancías durante un plazo igual al anteriormente mencionado, que empezará a contar desde la fecha de recepción."

Article 2.1, a), b i c) Llei 26/1991.

En interpretar la Llei 26/1991, la doctrina ha estat extraordinàriament crítica respecte al seu àmbit d'aplicació. Així, el professor Fernando Sánchez Calero ha denunciat el seu caràcter "deficient" per a aplicar-se a tot tipus de contractes:

"[...] tanto a aquellos en los que la prestación fundamental del empresario es la entrega de una cosa como los contratos relativos a la prestación de servicios, pues (la Ley) está basada en una Directiva que piensa fundamentalmente de modo exclusivo en la venta a domicilio."

Sánchez Calero, F. (2000). *Instituciones de Derecho mercantil* (pàg. 139). Madrid.

La dificultat es pot salvar mitjançant una interpretació funcional de la Llei, això és, atenent, en la mesura del que és raonable, al fi perseguit pel legislador que no és un altre que el d'evitar la contractació *imprevista o sorprenent* per al consumidor. Amb aquest efecte, compartim la tesi doctrinal segons la qual perquè una operació comercial pugui ser considerada integrada en la categoria dels "contractes subscrits fora de l'establiment mercantil", s'hauran de complir, almenys, tres condicions:

1) La primera, que es faci en un lloc diferent de l'establiment mercantil de l'empresari o professional que subscriu el contracte amb el consumidor. En aquest cas, el concepte d'establiment mercantil s'ha d'entendre en sentit ampli, comprensiu de locals de negoci i instal·lacions permanents o no permanents (fins i tot camions botiga) en què l'empresari o professional desenvolupa les

seves operacions empresarials amb la clientela. I, per això, es poden considerar establiment mercantil les parades de venda de mercats ambulants, places, els estands de fira, exposicions i salons.

2) Amb tot, la condició anterior no és suficient, també es fa necessari que el contracte subscrit fora de l'establiment mercantil es formalitzi de manera imprevista o sorprenent per al consumidor, això és, es fa necessari un factor sorpresa. És cert que el legislador presumeix que tot contracte subscrit en un lloc diferent de l'establiment mercantil és un contracte inesperat o sorprenent per a la part que actua en condició de consumidora (art. 2.2 Llei 26 /1991), si bé l'empresari podrà destruir la presumpció si prova que el contracte que s'ha subscrit en el curs d'un contacte comercial (per exemple, una cita o una entrevista) amb l'empresari sol·licitat pel consumidor es desenvolupa amb la finalitat convinguda prèviament, ja que, en aquest cas, el contracte no serà inesperat o sorprenent. La iniciativa del consumidor exigeix la necessària invitació a l'empresari a fi d'entaular negociacions contractuals amb una oferta concreta o pressupost determinat.

3) Finalment, s'exigeix que hi hagi un contacte personal i directe, presencial, de l'empresari i del consumidor en un lloc diferent a l'establiment mercantil (així, no entraran dins l'àmbit d'aplicació de la Llei els contractes subscrits a distància, ni els contractes subscrits per empresaris ambulants.

La tutela del consumidor en l'àmbit de la categoria dels contractes subscrits fora de l'establiment mercantil es concreta en dues esferes. La primera afecta l'obligació de l'empresari de documentar formalment el contracte o oferta contractual. La segona se centra fonamentalment a reconèixer legalment al consumidor el dret de penediment o de revocació de la seva declaració de voluntat.

Així, el contracte o l'oferta contractual s'haurà de documentar per escrit en doble exemplar, acompanyar d'un document de revocació i anar datat i signat de pròpia mà pel consumidor (v. art. 3 Llei 26/1991, amb indicació d'una sèrie de mencions obligatòries). La conseqüència que l'empresari no lliuri al consumidor un exemplar del contracte i el document de revocació és que el consumidor podrà sol·licitar l'anul·lació judicial del contracte (art. 4 Llei 26/1991).

Per la seva banda, el consumidor podrà exercitar el dret de revocació dins els set dies següents a la recepció de la prestació. Aquesta facultat revocatòria, que pot exercitar el consumidor sense necessitat d'al·legar cap causa, es podrà manifestar de qualsevol manera, això és, verbalment, per escrit o fins i tot per mitjà d'un acte conclouent, com és la devolució de les mercaderies, però correspon al consumidor en tot cas la prova de l'exercici d'aquest dret (art. 5). Únicament quan ha transcorregut el temps per a exercitar el dret de revocació el contracte s'ha perfeccionat de manera definitiva. Si s'exercita el dret de re-

vocació, les parts s'han de restituir recíprocament les prestacions segons el que s'ha disposat als articles 1303 i 1308 CC, sense que això hagi d'implicar cap despesa per al consumidor (art. 6).

La doctrina ha manifestat que els articles 6 i 7 són inaplicables en els contractes de prestació de serveis (penseu en empreses de lampisteria, electricitat, treballs a domicili), en què, en molts casos, no hi ha període de reflexió per a acceptar el servei, en la mesura que hi ha urgència que es faci tan aviat com sigui possible, i en què la devolució de la prestació per part del consumidor és un absurd per al cas de revocació. I, per això, remarquem que, en realitat, la llei com la Directiva està pensada per a la hipòtesi concreta de vendes a domicili i no per a la prestació de serveis fets fora de l'establiment mercantil.

3.2. Els contractes mercantils sotmesos a condicions generals i les clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors

La regulació del fenomen de les condicions generals de la contractació s'estableix en el nostre dret en dos pilars bàsics: d'una banda, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, i, de l'altra, la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels contribuents i usuaris, que, des d'ara, s'ha d'indicar que va ser objecte d'una important modificació per part de la disposició addicional primera de la llei esmentada anteriorment per a així traslladar al dret espanyol la Directiva 93/13, de 5 d'abril, sobre clàusules abusives en els contractes subscrits amb consumidors. Certament, també convergeixen en la disciplina de la matèria altres disposicions com el Reial decret 1906/1999, de 17 de desembre, pel qual es regula la contractació telefònica o electrònica amb condicions generals, o la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil que ha modificat en l'àmbit processal la Llei de 1998, disposicions que, tanmateix, en nom de la brevetat, podem deixar, en aquest moment, al marge, ja que no són estrictament necessàries per a les nostres finalitats.

Sí que ens interessa assenyalar que totes dues lleis, encara que coincideixen, almenys parcialment, en alguna de les seves finalitats últimes, especialment pel que fa a la protecció del "contractant dèbil", tenen un **àmbit d'aplicació diferent i disposen de mesures de protecció molt diferents.**

1) La Llei sobre condicions generals s'aplica als contractes en què s'utilitzin clàusules predisposades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes i amb una incorporació efectiva a la regulació contractual que hagi estat imposada per una de les parts, sense que resulti necessari per a la seva aplicació que el "subjecte passiu" de la condició sigui un consumidor. En altres paraules, no és una llei de defensa del consumidor o usuari, sinó una

Llei de protecció del contractant dèbil, consumidor o no, però que ha de suportar o que, de fet, ha suportat la predisposició d'una clàusula redactada per la contrapart i no negociada individualment (art. 1 i 2 de la Llei)

No és la nostra comesa, ni podem exposar en aquest lloc totes les conseqüències derivades de l'aplicació de la Llei, o, si es prefereix, no ens és possible d'exposar detalladament tot el règim aplicable als contractes que incloïen condicions generals no negociades individualment. Sí que hem de recordar perquè és essencial a les nostres finalitats que aquestes condicions han de reunir les condicions o "requisits d'incorporació que es recullen en l'article 5 de la Llei" (en particular, els que es refereixen a les **característiques de la seva redacció**, i també a l'**acceptació de la incorporació**) per a integrar-se en el contingut contractual, ja que, en cas contrari, no quedaran compreses en el contingut del contracte (art. 7), amb la conseqüència que "la parte del contrato afectada por la no incorporación... se integrará con arreglo a lo dispuesto en el art. 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo" (art. 10.2).

D'altra banda, si es recorden les clàusules que no poden superar el "control d'incorporació", es podrà convenir sense dificultat que, amb tot això, el legislador solament busca cerciorar-se de el **coneixement efectiu i consentiment** per part de l'adherent del contingut de les condicions que subscriu. Dit en altres termes, si no són o no poden ser negociades, almenys, són o han pogut ser **conegudes i consentides formalment**. Aquestes clàusules són les que l'adherent **no hagi tingut oportunitat real de conèixer** d'una manera completa en el moment de la subscripció del contracte o que **no hagin estat signades** quan sigui necessari, en els termes resultants de l'article 5, i les que siguin **il·legibles, ambigües, fosques i incomprensibles**, excepte, pel que fa a aquestes últimes, que hagin estat expressament acceptades per escrit per l'adherent i s'ajustin a la normativa específica que disciplini en el seu àmbit la necessària transparència de les clàusules contingudes en el contracte (art. 7, lletres a) i b).

Seguint la posició mantinguda en el dret comparat, el legislador espanyol ha establert un conjunt d'accions de control: l'**acció individual**, de control subjectiu de l'adherent o consumidor, i també les anomenades **accions col·lectives**, que exerceixen un control objectiu, d'aturada, retractació i declarativa de condicions generals. Aquestes accions es justifiquen en atenció a l'**abast general** de les anomenades condicions generals dels contractes i la seva incidència sobre interessos també generals, i atribueixen legitimació activa a aquelles institucions i associacions que representen els interessos col·lectius afectats: associacions o corporacions d'empresaris, professionals i agricultors que estatutàriament tinguin encomanada la defensa dels interessos dels seus membres; cambres de comerç, indústria i navegació; associacions de consumidors i usuaris legalment constituïdes i que tinguin encomanada la seva defensa; l'Institut Nacional de Consum i els òrgans corresponents de les comunitats autònomes i de les corporacions locals competents en matèria de defensa dels consumidors; els col·legis professionals legalment constituïts i el ministeri fis-

cal. Fora d'això, aquestes accions col·lectives són procedents contra qualsevol professional que utilitzi les condicions generals, o que en recomani públicament l'ús o manifesti la seva voluntat d'emprar-les en el tràfic (art. 16 i 17 LCG).

L'**acció de cessació** es dirigeix a obtenir una sentència per mitjà de la qual es condemni el demandat a eliminar de les seves condicions generals les que es reputin nul·les i abstenir-se d'utilitzar-les en endavant, i determina o aclareix, quan sigui necessari, el contingut del contracte que s'ha de considerar vàlid i eficaç. A més, es podran acumular a aquesta, com a accessòries, la de devolució de quantitats que s'hagin cobrat en virtut de les condicions que afecti la sentència i la d'indemnització de danys i perjudicis (art. 12.2).

L'**acció de retractació**, per la seva banda, va encaminada a obtenir una sentència que declari i imposi al demandat, sigui o no el predisposant, el deure de retractar-se de la recomanació que hagi efectuat d'utilitzar les clàusules que es considerin nul·les i d'abstenir-se de continuar-les recomanant en el futur (art. 12.3).

L'**acció declarativa** es dirigeix a obtenir una sentència que reconegui una clàusula com a condició general de la contractació i que n'ordini la inscripció al Registre de Condicions Generals quan sigui obligatori inscriure-la (art. 12.4).

Si l'acció declarativa és imprescriptible (art. 19.III LCGC), no ho són les accions col·lectives de cessació i retracció, que prescriuen pel transcurs de dos anys des del moment en què es va practicar la inscripció de les condicions generals, la utilització i recomanació de la qual es pretén fer cessar. Amb tot, aquestes accions podran ser exercitades durant l'any següent a la declaració judicial ferma de nul·litat o no-incorporació que es dicti posteriorment com a conseqüència de l'acció individual (art. 19.II LCGC).

D'altra banda, i en consideració a les mesures de control, l'LCGC ha introduït un sistema de supervisió registral i ha creat un específic Registre de Condicions Generals de la Contractació que està a càrrec d'un registrador de la propietat i mercantil, l'organització del qual ha estat regulada pel Reglament aprovat per l'RD 1828/1999, de 3 de desembre. La finalitat del Registre és la publicitat de les condicions generals de la contractació i de les resolucions judicials que afecten l'eficàcia d'aquestes.

Registre especial

La creació d'un registre especial és, per utilitzar termes suaus, sorprenent. Ni la Directiva preveu la creació d'aquest tipus de registre, ni aquest funciona en altres països de la Unió Europea. En realitat, la inscripció d'aquest registre especial pot produir altres efectes que no siguin els d'estricta publicitat. La inscripció de les sentències al registre no els pot concedir més efectes que els que les mateixes sentències com a tals poden produir. És més, la inscripció al Registre de Condicions Generals no pot modificar un fet real, com ho és el fet que una condició general és tal a raó de la seva utilització i, per tant, al marge del seu registrament.

El Registre de Condicions Generals es configura com a secció del Registre de Béns Mobles i s'integra per registres provincials i per un de central. Ara bé, observeu com la inscripció, excepte en determinades hipòtesis, la contravençió de la qual és objecte de sanció (art. 24 LCGC), és voluntària. En l'esmentat registre s'inscriuran, a més, les sentències fermes condemnatòries, conseqüència de l'exercici de l'acció individual de nul·litat o de la no-incorporació de les condicions generals, i també de les accions col·lectives.

El Reglament del Registre de Condicions Generals de la Contractació (RD 1828/1999, de 3 de desembre) preveu solucions extrajudicials. Destaca la previsió prevista en l'art. 22 quan reconeix que les parts puguin acudir a un dictamen de conciliació davant el registrador provincial de condicions generals, de caràcter previ a l'exercici de les accions col·lectives de cessació, retractació o declaratives. Fins i tot les parts poden sotmetre al registrador la qualificació de la validesa de les condicions generals i la seva adequació a la llei.

Així mateix, l'LCGC imposa als notaris i registradors de la propietat i mercantils el deure d'informació exigint-los que adverteixin en el "àmbit de sus respectivas competencias de la aplicación de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención". D'una banda, els notaris hauran de fer constar als documents que autoritzin el caràcter de condicions generals de les clàusules contractuals que tinguin aquesta naturalesa i vetllaran pel compliment dels requisits d'incorporació de les condicions generals als contractes en la forma prevista en la llei. A més hauran d'advertir sobre l'obligatorietat de la inscripció quan aquesta sigui obligatòria. De l'altra, els registradors hauran de negar l'accés al Registre de les condicions generals que siguin il·lícites en virtut dels principis registrals (art. 23 LCGC).

Però la Llei no s'acontenta amb tot aquest sistema. També aspira a limitar el *contingut* de les condicions generals, imposant un addicional *control de validesa* o de contingut que es recull en l'art. 8, en virtut del qual:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas **las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor**, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios."

Article 8 Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris.

D'aquesta manera, la condició imposada no solament ha d'haver pogut ser coneguda i consentida, sinó que també ha de ser –segons les normes imperatives, quan el contractant dèbil sigui un consumidor– "no abusiva", entenent per *abusiva* el que així ha definit la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, que hem d'analitzar, doncs.

2) Com és àmpliament conegut, la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris fa honor al seu apel·latiu i pretén un desenvolupament legislatiu que podem denominar *plurisectorial* del principi general informador de protecció del consumidor del nostre ordenament jurídic que es recull en l'art. 51 de la Constitució. Doncs bé, en l'àmbit de protecció dels seus interessos econòmics, la Llei esmentada estableix un conjunt de disposicions de les quals interessa destacar:

a) En primer terme, l'art. 1.2, en virtut del qual...

"A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las persona físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden."

b) En segon terme, l'article 10, en virtut del qual...

"Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos: ... c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas... 3. Si las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre condiciones Generales de la contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta."

c) I, finalment, l'art. 10 bis, en virtut del qual...

"1) Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley..."

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

2) Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil. A estos efectos, el Juez que declara la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato...."

En definitiva, són clàusules abusives bé les que el legislador qualifica així expressament en la disposició addicional primera de la Llei de defensa dels consumidors, bé les que, encara que no estiguin incloses en aquesta llista, causin, en contra de les exigències de la bona fe, en perjudici del consumidor, un *desequilibrio importante dels drets i obligacions* que per a les parts es derivin del contracte. I resulta indiferent a aquest efecte que la clàusula abusiva revesteixi o no, a més, els caràcters de "condició general" (art. 10 bis de la Llei general de defensa dels consumidors i usuaris).

En relació amb el concepte de clàusula abusiva, s'ha de tenir present la definició articulada en l'art. 3.1 de la Directiva que defineix com a tal:

"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente [...] si pese a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un *desequilibrio importante* entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato."

Del precepte es deriva que és necessari que hi hagi una predisposició i una imposició de les clàusules, essent, tanmateix, indiferent que la clàusula tingui per destí incorporar-se o no a una pluralitat de contractes.

En consonància amb el que s'ha disposat en l'art. 3.1 de la Directiva, l'LCU, modificada per l'LCGC, considera abusives:

"Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un **desequilibrio importante** de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley."

Article 10 bis LCU.

El control de contingut s'aplica també a les clàusules que s'utilitzin amb caràcter general, i s'han de sotmetre al control del contingut o judici sobre el seu possible caràcter abusiu. Així es dedueix de l'art. 10.3 LCU, el text del qual disposa que:

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

En el cas que s'estigui davant de condicions generals, l'art. 8.2 LCGC estableix que seran nul·les les "que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor", i es fa una remissió a l'LCU per a determinar-ne el concepte.

Per a la consideració d'una clàusula com a abusiva es requereix que aquesta causi un **fort desequilibri contractual** de les parts en perjudici del consumidor i que aquest desequilibri sigui contrari a la bona fe.

El jutge, a l'hora de declarar fonamentadament el caràcter abusiu d'una clàusula i sancionar-ne la nul·litat, ha de considerar la concurrència d'una sèrie de requisits. Aquests elements de ponderació es dedueixen del mateix concepte legal de clàusula abusiva:

- 1) Que el contracte s'hagi subscrit amb un consumidor.
- 2) Que el contracte contingui estipulacions que no hagin estat negociades individualment i en què no hagi pogut influir el consumidor.
- 3) Que les clàusules siguin contràries a la bona fe i produeixin un desequilibri important entre les prestacions de les parts. Quant al primer i segon dels elements de valoració, no generen, en el cas concret, discussió, i concentrarem les nostres consideracions en el tercer element de ponderació, això és, la bona fe i just equilibri en les contraprestacions.

Lectura complementària

Vegeu, en doctrina, **Bueso Guillén** (1995). "Los criterios determinantes del carácter abusivo en la Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores". *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* (núm. 59, pàg. 667).

El legislador estableix com a requisit perquè una clàusula imposada pel professional al consumidor pugui ser declarada abusiva que sigui contrària a la bona fe i que produeixi un desequilibri important entre les prestacions de les parts. Alguns autors han assenyalat que no es tracta de l'acolliment legal de dos principis, el de bona fe i el de just equilibri de les prestacions, sinó solament del primer, ja que la referència al desequilibri important és la dada reveladora de la possible infracció a la confiança i bona fe. En realitat, es tracta de dos requisits íntimament units, difícilment separables a la pràctica, ja que el just equilibri de les contraprestacions implica l'existència de bona fe i de bona fe difícilment n'hi haurà si no hi ha equilibri contractual just.

El legislador té en compte el just equilibri no amb autonomia pròpia enfront de la bona fe, sinó com a presumpció d'una contravenció d'aquesta. El sentit que es doni a aquests principis és decisiu per a determinar com es fa i quin abast pot tenir el control sobre el contingut de les clàusules predisposades no negociades individualment per a la seva utilització en una pluralitat de contractes (condicions generals).

Pel que fa al primer dels requisits, la Directiva declara que:

"En la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor, pudiendo los profesionales cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta."

Considerant 16.

La interpretació del requisit de la bona fe que s'ha de fer no és la de considerar-la en sentit subjectiu, és a dir, no es pot entendre que la clàusula serà abusiva encara que el predisposant ignorés aquesta abusivitat. Al contrari, s'ha d'entendre en sentit objectiu, això és, com un criteri valoratiu de les obligacions de cada part en què s'ha de tenir en compte no solament l'honradesa subjectiva de la persona, sinó principalment les regles objectives de l'honradesa en el comerç o en el tràfic jurídic. Es tracta de la bona fe de l'art. 1258 CC, però traslladada del moment de la interpretació i execució del contracte al moment previ de la seva perfecció.

Com resulta obvi, el legislador fa ús en aquest punt de la coneguda tècnica "llista de supòsits" que completa o "tanca" amb una clàusula general, això és, amb una norma que delega i permet al jutge la construcció de solucions concretes per als casos no expressament previstos, però en què es pot apreciar que perilln les finalitats tuitives perseguides pel legislador. La clàusula general no és, tanmateix, una norma en blanc o buida, ja que la relació de sentit que hi subjau permet d'establir directrius interpretatives que faciliten la seva aplicació (cf. Esser, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1961; Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1994).

En el nostre cas, el que ens diu el legislador és que la falta de negociació individual no ha de conduir a una situació de "desequilibri important", situació que presumptament no s'hauria produït si la part feble no ho fos. I, per això, la "debilitat" se supleix amb les exigències de la bona fe, de manera que, també ara, en l'àmbit d'aquests contractes, es faci bo el principi que aquests no solament obliguen al que s'ha pactat expressament, sinó al que, previsiblement i raonablement, hagin pactat les parts intervinents en cas que hi hagués hagut la igualtat contractual que justifica que el contracte sigui llei entre les parts.

En la mesura que s'hagi d'entendre per **desequilibri important**, es pot afegir, d'una banda, que el mateix legislador ens indica certs criteris d'apreciació reflectits en l'art. 10 bis, 1.4 que faciliten la tasca d'aplicació de la norma (això

és, la naturalesa dels béns o serveis objecte del contracte, les circumstàncies concurrents en el moment de la seva celebració i les altres clàusules del contracte); i, de l'altra, tenir en compte sobretot que el desequilibri rellevant ho és **global** o del **conjunt** de les clàusules i obligacions, i, a més, té caràcter més **jurídic** o **normatiu** que no pas estrictament econòmic.

Amb això es vol subratllar una cosa que potser no resulta evident en la nostra llei, però que, nítidament, recull la Directiva que aquella trasllada, quan:

"Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o prestación"

Estableix 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 comprensible."

Cf. Considerant 19 i art. 4.2 de la Directiva 93/13.

Quant al **desequilibri de les contraprestacions**, l'art. 4.2 de la Directiva determina que ha de ser important. Aquest desequilibri, segons doctrina (encara que aquí la norma no fa aquesta distinció) és de tipus normatiu i no econòmic, ja que el precepte comunitari estableix 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 comprensible."

En conseqüència, el just equilibri s'ha d'entendre d'una manera àmplia, en el sentit que s'ha d'estendre a tot el contracte i no únicament a les prestacions objecte d'aquest. A més de la bona fe i el desequilibri en l'apreciació del caràcter abusiu de la clàusula, s'han de tenir en compte altres criteris que compleixen una funció integradora o delimitadora i que estan enunciats en l'article 10 bis.

Aquests són tres i segons aquests el caràcter abusiu d'una clàusula s'han de valorar:

- 1) Tenint en compte la naturalesa dels béns o serveis objecte del contracte.
- 2) Considerant totes les circumstàncies concurrents en el moment de la seva celebració.
- 3) I també totes les clàusules del contracte o d'un altre del qual aquest depèn.

Això no té cap altre significat que la valoració d'una clàusula per a comprovar que és contrària a la bona fe, en produir un desequilibri important entre els drets i obligacions de les parts, és global, és a dir, implica una tasca interpretativa de tot el contracte de totes les clàusules que formen part del contingut contractual, junt amb la del context en què s'ha fet el contracte.

Potser es diu que, atès el caràcter de mínims de la Directiva (cf. el seu art. 8), el nostre legislador ha pogut anar més enllà i establir un "**sistema de preus justos**". Tanmateix, **aquesta possibilitat ha de ser rebutjada per diverses raons**.

En primer terme, perquè aquest "**sistema de preus justos**" **condicionaria greument la llibertat de la seva fixació**, això és, un contingut essencial de la llibertat d'empresa, nucli fonamental de l'economia de mercat (art. 38 Constitució, v. també art. 13 LOCM). A més a més, sotmetria els agents econòmics a la incertesa que representaria que els seus preus, tècnicament lliures, pogues-

sin quedar sotmesos a un judici general d'equitat o correspondència amb el valor de la contraprestació rebuda (v., en doctrina, per tots, Rodrigo Bercovitz, 1999, *Comentario a la Ley de condiciones Generales de la Contratación*, pàg. 763 i s., Pamplona).

En segon terme, a més de la necessitat d'integrar la legislació de defensa del consumidor al marc constitucional en què ens desenvolupem, **hem de tenir en compte el contingut mateix de les seves disposicions**. En efecte, tingueu en compte que en la llista de clàusules abusives tipificades pel legislador en la disposició addicional primera de la Llei 26/1984 no se'n troba cap de referent al desequilibri del preu, a la quantia mateixa, desproporcionada o abusiva, del preu, quan es podria suposar que el legislador s'hauria ocupat d'una cosa tan important, si efectivament fos comesa i funció d'aquesta regulació assegurar al consumidor un "preu just" per a les seves compres o adquisicions. Ans al contrari, la clàusula abusiva tipificada en setè lloc en l'esmentada disposició addicional consisteix en:

"[...] la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que [...] existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado."

Disposició addicional primera de la Llei 26/1984.

Confirma, més aviat, atès el contingut del supòsit que preveu, el que se sosté; això és, que el legislador de condicions generals no regula ni limita el preu en si mateix, considerat aïlladament.

Amb tot això no s'"abandona" i es deixa "sense control" un extrem tan important com és el preu. S'ha de recordar que, al costat de la legislació que analitzem, la nostra ordenació n'acull una altra de particularment rellevant als efectes que ens ocupen.

Ens referim a la disciplina reguladora de la competència, una de les funcions institucionals de la qual és, precisament, assegurar una competència efectiva i raonable mitjançant la repressió, entre altres coses, dels *abusos de posició dominant* que pot ocasionar, entre altres efectes, la imposició de manera directa o indirecta, utilitzant o no condicions generals i afectant o no "consumidors", *de preus abusius* (art. 6,2.a) de la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència). En altres paraules, el preu, en si mateix, com a dimensió purament quantitativa del valor requerit per al lliurament d'un bé o servei, pot, en efecte, com a conseqüència d'una situació de competència deficient (situació o posició de domini del mercat per un agent econòmic), ser abusiu o no equitatiu. Però es destina a evitar-lo i orienta justament el dret de la competència, que sí que pot intervenir i limitar la llibertat d'empresa sempre que concorrin els supòsits que legitimen la seva aplicació.

Encara més, tornant novament a la legislació que ens ocupa, una cosa és que el preu no pugui ser, per si mateix i en la seva dimensió purament quantitativa, objecte de control des de la perspectiva de la legislació de protecció del consu-

midor, i una altra de ben diferent (que no es pot negar, ni s'ha d'oblidar), que es pugui, en unió a totes les altres circumstàncies recollides en l'art. 10, bis, 1.4, tenir en compte, i s'hagi de fer, per a apreciar i valorar si, en conjunt, hi ha o no un desequilibri important en la relació entre les parts, com novament s'explica amb tota claredat en la Directiva comunitària que indica que:

"En la apreciación del carácter abusivo de **otras cláusulas** podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio."

v. Considerant 19 de la Directiva.

Aquesta construcció progressiva o, si es prefereix, "per esglaons", del règim de les condicions generals de la contractació, encara que ha estat molt criticat per la doctrina, no està exempt d'una certa lògica. El legislador s'enfronta a la crisi del principi segons el qual "qui dit contractuel, dit juste": el contracte, és a dir, l'acord de voluntats entre les parts, ja no assegura la justícia o, si es prefereix una terminologia menys emfàtica, la *millor solució possible* per al conflicte d'interessos que s'intenta resoldre.

D'una banda, el predisposant, voluntàriament o forçat per les circumstàncies del tràfic massiu que desenvolupa, exclou o ha d'excloure la negociació individual. Amb la falta de negociació i, en definitiva, l'adhesió *legítima* al legislador per a adoptar mesures o cauteles que compensin aquesta falta de negociació mitjançant el doble *control del consentiment i del contingut* contractuals, s'assoleix fins i tot la conseqüència que, en absència d'un "acord" de voluntats pròpiament dit, negociadament assolit, no qualsevol contingut valgui, ni solament quan s'hagi superat el control del consentiment i es pugui reputar efectivament conegut el clausulat.

Si la part feble és un consumidor, amb tot el que això pressuposa (art. 1 de la Llei general de defensa i art. 51 de la Constitució), no solament val aquell contingut que, a més, és segons les *normes predisposades pel legislador* que tendeixen a suplir les que aquell no va saber, no va poder o, fins i tot, no va voler negociar individualment. El test de validesa del contracte no és, per això, el comú o general que es pot deduir del Codi civil i de la legislació ordinària, sinó que resulta de l'aplicació d'aquestes normes especials. No n'hi ha prou que hi hagi consentiment a obligar-se (cf. art. 1254 del Codi civil) i que el que s'ha pactat no sigui contrari a normes imperatives (cf. art. 1255). La *insuficiència material* del mateix consentiment, existent de fet o presumida pel legislador, fa que els límits de la validesa del que s'ha pactat s'*estrenyin* tant des d'un punt de vista formal (requisits d'incorporació) com des d'un punt de vista *material* (*prohibició de l'abús*), de manera que el contingut contractual sigui en tot cas segons la bona fe, això és, no impliqui un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts.

3.3. La tutela dels consumidors en els contractes a distància amb condicions generals

3.3.1. Introducció

L'ampliació de la matèria mercantil tradicional és el producte de les transformacions que produeix l'última revolució tecnològica organitzada entorn de les tecnologies de la informació.

Una de les manifestacions de la denominada *societat de la informació* és la constituïda per una xarxa oberta de xarxes electròniques coneguda pel nom d'Internet, que ha donat lloc a l'aparició del nou mercat digital i a la globalització del comerç electrònic.

Lectura complementària

Sobre el significat de les noves tecnologies de la informació, vegeu, per tots, **Castells** (1997). *La era de la informació: Economía, sociedad y cultura, I, La sociedad red* (pàssim). Madrid: Alianza Editorial.

Les característiques tècniques d'aquest nou mercat han propiciat el desenvolupament d'un nou dret destinat a dotar-lo d'un marc jurídic que garanteixi els drets dels subjectes que hi poden operar (especialment els consumidors), a semblança de la normativa aplicable als mercats convencionals.

El desenvolupament d'aquest nou dret es caracteritza per la celeritat amb què les iniciatives de caràcter internacional s'assoleixen.

Ens referim, entre d'altres i per significatius, als treballs de la Comissió de les Nacions Unides de dret mercantil internacional sobre la Llei model de comerç electrònic, la Proposta de conveni internacional sobre comerç electrònic i la Proposta de règim uniforme per a les firmes electròniques, i de la Unió Europea. Respecte d'aquesta última, s'ha de destacar la Directiva 1999/93/CE, de 13 de desembre de 1999, del Parlament Europeu i del Consell per la qual s'estableix un marc comú per a la signatura electrònica, la Resolució del Consell de 9 de gener de 1999 referent als consumidors de la societat de la informació (DO C 23 de 28 gener 1999), la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell referent a determinats aspectes jurídics del comerç electrònic al mercat interior (DO C 30 de 5 febrer 1999) i la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell de 20 de maig de 1997, referent a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància.

Lectura complementària

Es pot veure una recopilació seriosa d'aquestes i altres disposicions a **Bisbal; Casas; Abril; Peguera; Planell** (2001). *Legislación de comercio electrónico*, Tecnos, facilitades per l'absència d'una normativa prèvia en l'àmbit nacional.

És probable que la gairebé totalitat de les transaccions comercials en els pròxims anys es facin via Internet. Això ha originat la necessitat de normes que tutel·lin els interessos en joc en l'àmbit del mercat digital. Aquesta regulació tuitiva s'ha de projectar, en primer lloc, en regles que determinin fàcilment la propietat; en segon lloc, en un sistema de pagaments segur i, finalment, en normativa sancionadora enfront de les conductes infractores.

3.3.2. Venda a distància i contractació electrònica amb condicions generals

L'art. 54 del Codi de comerç no és aplicable en els casos de contractació telefònica o electrònica, el règim jurídic de les quals es remet a normes de naturalesa reglamentària. La contractació o venda a distància es regula en la Directiva 97/7/CEE, de 20 de maig de 1997, referent a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància. I, a Espanya, es regula en la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (en concret, el règim jurídic aplicable es pot trobar en els articles 38 a 48), això sense perjudici de la normativa aprovada per les comunitats autònomes que han assumit competències en matèria de comerç interior.

En compliment d'aquesta normativa, s'ha de garantir al consumidor un reforç en el seu dret d'informació i el dret exprés de penediment de desistiment. El consumidor haurà de disposar, com a mínim, de la informació següent:

- 1) Identitat del proveïdor.
- 2) Característiques especials del producte.
- 3) Preu i, si escau, degudament separades les despeses de transport.
- 4) Forma de pagament i modalitats de lliurament o execució.
- 5) Termini de validesa de l'oferta (art. 40 LOCM).

L'execució del contracte l'haurà d'emplenar el venedor dins els trenta dies següents a la recepció de la comanda. La falta de resposta a l'oferta de venda a distància no es podrà considerar, en cap cas, com a acceptació d'aquesta (art. 41 LOCM).

Hi ha, a més, prohibició de trameses no sol·licitades (art. 42 LOCM). El comprador pot exercitar el dret de desistir del contracte dins el termini de set dies comptats des de la recepció del producte, sense indicació dels motius ni cap penalitat, llevat de les despeses directes de devolució i, si escau, els desperfectes de l'objecte de la compra (art. 44 LOCM). Aquest dret de desistiment que és irrenunciable i no està sotmès a cap formalitat, no es reconeix en les vendes d'objectes susceptibles de ser reproduïts o copiats amb caràcter immediat (per exemple, programes informàtics), en la venda de valors mobiliaris, en els contractes subscrits amb intervenció de fedatari públic, i en productes destinats a la higiene corporal o que, per la seva naturalesa no puguin ser tornats. La informació no solament és prèvia, ja que en l'execució del contracte el comprador ha de rebre informació escrita, comprensiva d'una sèrie de dades (v. art. 47 i 40 LOCM) i el document de revocació o desistiment (art. 47 LOCM).

Segons l'art. 5.3 de la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació:

"En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todos y cada una de las cláusulas del contrato sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los términos de la misma."

En el cas que la contractació sigui digital o electrònica, la signatura convencional se substitueix per la signatura electrònica sotmesa, com tindrem ocasió d'analitzar, als requisits de l'RDL 14/1999, de 17 de setembre, i el valor de la qual és el mateix que el de la signatura manuscrita. En aquesta matèria, el desenvolupament reglamentari (inspirat en la Directiva 97/7/CEE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig, de protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància; v. DOL 144, 4 de juny de 1997) s'estableix a l'RD 1906/1999, que s'ha limitat als contractes conclusos a distància per via telefònica, electrònica o telemàtica que continguin condicions generals de contractació, i se n'exclouen d'altres en què no apareixen condicions generals (v. RDGRN de 29 de març de 2000) i també, entre d'altres, els vinculats a serveis financers (bancaris, assegurances, d'inversió, etc.).

Segons l'esmentat RD 1906/1999, amb caràcter previ a la subscripció del contracte i amb una antelació mínima necessària de tres dies naturals, el predisposant haurà de facilitar a l'adherent, "de modo veraz, eficaz y completo", informació sobre totes i cada una de les clàusules del contracte i remetre-li, per qualsevol mitjà adequat a la tècnica de comunicació a distància utilitzada, el text complet de les condicions generals.

A més d'aquest deure d'informació prèvia (art. 2), un cop s'hagi subscrit el contracte, l'RD 1906/1999 exigeix la confirmació documental de la contractació efectuada. El predisposant ha d'enviar, un cop conclòs el contracte, el text complet d'aquest per escrit o per mitjà d'un suport durador (ententent per aquest qualsevol instrument que permeti al consumidor de conservar les seves informacions sense que es vegi obligat a fer-ne ell mateix l'emmagatzemament, en particular els disquets informàtics i el disc dur de l'ordinador del consumidor que emmagatzema els missatges de correu electrònic).

L'adherent està facultat per a resoldre el contracte en el termini de set dies hàbils sense incórrer en penalització ni cap despesa, incloent-hi els de devolució del bé, dret de resolució que no està sotmès a cap formalitat, i n'hi ha prou que s'acrediti de qualsevol manera admesa en dret. Exercitat el dret de resolució, el predisposant estarà obligat a tornar les quantitats rebudes sense cap retenció immediatament i mai després de trenta dies. Solament s'exclou, com és natural, la hipòtesi en què el dret de resolució sigui impossible, cas en què es podrà exercitar l'oportuna acció de reclamació de danys i perjudicis (v. art 4 RD 1906/1999; sobre càrrega de la prova; v. també art. 5 RD 1906/1999).

3.3.3. La tutela del consumidor en l'àmbit dels serveis financers

Precisament, l'increment de les transaccions a la xarxa ha originat una especial protecció en la tutela dels consumidors, particularment, encara que no exclusivament, en l'àmbit de la contractació bancària o, si es prefereix, en l'àmbit **dels serveis financers**. Actualment, ja no és infreqüent contractar un crèdit mitjançant la via telefònica o mitjançant la pàgina web d'una entitat de crèdit (banca a casa, banca directa). Aquesta forma de contractació planteja els problemes tradicionals de tutela al consumidor dels contractes subscrits a distància: el consumidor és part feble enfront de l'entitat de crèdit i, a més, utilitza un mecanisme de comunicació que convida a la **contractació compulsiva, sense reflexió davant el servei bancari**.

La societat de la informació ha plantejat i significarà en l'àmbit contractual una consolidació de la política mundial i especialment europea de la tutela del consumidor en l'àmbit contractual.

Lectura complementària

En aquest sentit, vegeu **Ramos Herranz** (1999). "Contratos bancarios celebrados con consumidores". A: **Botana García; Ruiz Muñoz**. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (pàg. 363 i s., esp. pàg. 381). Madrid: McGraw-Hill.

Des d'aquesta perspectiva, els actuals mecanismes de tutela del consumidor enfront dels serveis bancaris es mostren insuficients des de les legislacions estatals. És cert que, per exemple, en dret espanyol, les lleis generals de protecció en l'àmbit de la contractació persegueixen la màxima tutela del consumidor, ens referim, especialment a la Llei d'ordenació del comerç minorista (art. 38 a 48, referents a les vendes a distància), a la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació, a la Llei 26/1991, de 21 de novembre, sobre contractes subscrits fora dels establiments mercantils, i, com no, a la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris. Així, l'art. 5.3 de la Llei de condicions generals de la contractació estableix els requisits d'incorporació en la contractació telefònica i electrònica.

Lectura complementària

Resulta d'interès el treball de **Cavanillas** (1999, juliol-agost). "La protección del consumidor y la Sociedad de la Información: una revisión estratégica". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (pàg. 435).

En concret, l'esmentat precepte disposa, com hem tingut ocasió d'examinar, que:

"En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional.

Añadiendo el precepto (lo que produce cierta sorpresa) que en este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán los términos de la misma."

Article 5.3 de la Llei de condicions generals.

S'admet, per tant, la signatura digital [vegeu-ne la regulació pel Reial decret llei 14/1999, de 17 de setembre, sobre signatura electrònica, BOE, de 18 setembre 1999, v. també Ordre de 21 de febrer de 2000, per la qual s'aprova el Reglament d'acreditació de prestadors de certificació i de certificació de determinats productes de signatura electrònica, i també la Instrucció de 19 d'octubre de 2000, de la DGRN, sobre l'ús de la signatura electrònica dels fedataris públics].

Completen aquesta regulació les normes cinquena i sisena de la Circular del Banc d'Espanya 8/1990, modificada per la Circular 4/1998, de 27 de gener, que estableixen obligacions d'informació a les entitats de crèdit que es dediquin exclusivament a l'activitat de banca telefònica, això és, sense seu oberta al públic. Segons la Norma 5.2, les esmentades entitats hauran de comunicar per escrit als seus clients, trimestralment, les informacions d'anunci obligatori al tauler d'anuncis.

Així mateix, la Norma 6.c obliga les entitats de crèdit que ofereixin serveis per mitjans electrònics i banca telefònica que acompanyin el document contractual amb informació sobre les comissions per utilització de mitjans electrònics. Sens dubte, aquesta norma resulta insuficient, encara que, seguidament, s'ha d'afirmar que en l'àmbit dels serveis financers, hi ha, des de fa alguns anys, un important moviment de reforma que és de gran interès, atesa la deficient normativa dels estats membres de la Unió Europea. A aquest moviment de reforma, que atén precisament a la contractació o comercialització de serveis financers destinats als consumidors, ens referim en les pàgines que segueixen.

El 19 de novembre de 1998, la Comissió va adoptar una Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell referent a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors.

Aquesta proposta ha estat modificada segons procediment habitual i després del Dictamen del Comitè Econòmic i Social (aprovat el 29 d'abril de 1999), la Resolució del Parlament Europeu (de 5 de maig de 1999) i les reunions dels diversos grups de treball, especialment l'última, de 22 de juny de 1999. La Proposta modificada de directiva 599PC0385 [es pot veure a Eurlex. Actes jurídics preparatoris], de 9 d'agost de 1999, considera, en la seva exposició de motius, que els serveis financers, pel seu *caràcter immaterial*, són particularment aptes per a la seva *contractació a distància*. I, per això, la instauració d'un marc jurídic aplicable a la contractació a distància de serveis financers incrementarà la confiança del consumidor en les noves tècniques per a la compra a distància de serveis financers, com el comerç electrònic.

A més, els esmentats "serveis financers" no es preveuen en la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 1997, referent a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància, ja que aquesta solament preveu els contractes a distància referents a béns i serveis subscrits entre un proveïdor i un consumidor, però no els serveis financers.

Hi ha una necessitat d'harmonització de la regulació als estats membres de la Unió Europea dels serveis financers, ja que una divergència en les normatives estatals originaria efectes distorsionadors en el funcionament del mercat interior i en el marc competencial entre les empreses que intervenen en aquest àmbit.

La Proposta de directiva cobreix tots els serveis financers que avui dia es poden prestar a distància [l'art. 2 PD inclou com a serveis financers tot servei bancari, d'assegurances, d'inversió i de pagament] i pretén garantir que la utilització de *tècniques de comunicació a distància* (per tècnica de comunicació a distància entén qualsevol mitjà que es pugui utilitzar sense que hi hagi presència física i simultània del proveïdor i el consumidor, per a la comercialització a distància d'un servei entre parts) no provoqui una limitació indeguda de la informació proporcionada al client.

D'aquí les exigències de la Proposta de tutelar un nivell adequat d'informació del consumidor, tant *precontractual*, això és, abans de la subscripció del contracte, que no és sinó informació comercial (art. 3.2 PD), com *postcontractual*, és a dir, després de la subscripció del contracte, el proveïdor ha de comunicar al consumidor, en paper o un altre suport durador [l'esmentat suport s'ha de determinar de comú acord], les condicions contractuals i la informació prèvia. La informació prèvia és minuciosa: entre d'altres, descripció de les principals característiques del servei financer, preu total del servei financer, incloent-hi tots els impostos que el gravin, formes de pagament i de subministrament i execució del contracte, període de validesa de l'oferta o del preu, menció expressa de la possibilitat que pugui variar el preu entre el moment en què es transmet la informació i el moment de subscripció del contracte, assegurant que s'informarà sobre els criteris de determinació del preu en la data de subscripció del contracte, i el cost d'utilització de les tècniques de comunicació a distància, per al cas que es calculin sobre una base diferent a la tarifa bàsica.

També s'ha d'informar amb prou antelació sobre l'existència del dret de retractació, la seva durada, condicions i forma d'exercici, com la inexistència de l'esmentat dret en els casos que més endavant indiquem, la durada contractual mínima del contracte de serveis financers, i també les "dades de resolució del contracte", la legislació aplicable al contracte quan hi hagi una clàusula contractual per la qual es triï una legislació diferent a la residència del consumidor, el tribunal competent en cas de litigi, quan hi hagi una clàusula d'elecció del fur que atribueixi la competència a un òrgan judicial diferent del de la residència del consumidor en cas de litigi, sense perjudici del que s'ha previst en el Conveni de Brussel·les i, si escau, l'existència de procediments extrajudicials i de recurs [art. 3 PD].

Conseqüentment, informacions prèvies necessàries per a facilitar l'apreciació convenient del servei financer proposat, afavorir la millor elecció entre les ofertes i determinació del temps d'oferta del servei financer. En aquesta direcció, es protegeix el consumidor contra els serveis no sol·licitats en la mesura que l'absència de resposta no pot equivaler, de cap manera, al consentiment de part, sense perjudici de la reconducció tàcita, que sigui admesa per les legislacions estatals.

D'altra banda, la Proposta reconeix al consumidor, després de la subscripció del contracte, un **dret de retractació** sense penalització ni tan sols obligació de justificació o motivació [art. 4 PD].

Un dret al qual no pot renunciar contractualment el consumidor igual que la resta de drets que li reconeix la PD, atesa la naturalesa imperativa de les disposicions [art. 11 PD]. Aquest dret de penediment o revocació es podrà exercir dins d'un termini que, segons la legislació dels estats membres, podrà oscil·lar de catorze a trenta dies i variar depenent dels serveis financers [el dret es pot exercir a partir de la subscripció del contracte quan s'hagin transmès al consumidor les condicions contractuals i les informacions prèvies (art. 4.1. a)), excepte en el cas que abans d'haver-se transmès les condicions contractuals el contracte s'hagi subscript a petició expressa del consumidor, cas en què el termini es començarà computar a partir de la data de recepció de les dades o l'últim d'aquestes (art. 4.1. b))].

Amb tot, el dret de retractació no té un reconeixement general en la mesura que s'exclou en determinades relacions contractuals que la PD explicita: es tracta d'operacions de divises, recepció, transmissió i execució d'instruccions i prestació de serveis referents a determinats productes financers, en concret, instruments del mercat monetari, títols negociables, organismes d'inversió

col·lectiva en valors mobiliaris i altres sistemes d'inversió col·lectiva, contractes de futurs i opcions, instruments basats en el tipus de canvi i el tipus d'interès, el preu del qual depengui de fluctuacions del mercat financer que el proveïdor no pugui controlar i, finalment, assegurances diferents de les de vida d'una durada inferior a dos mesos [art. 4.1.1bis PD] i contractes que s'hagin executat en la seva totalitat abans que el consumidor exerceixi el seu dret de retractació.

L'exercici del dret efectiu de retractació s'ha de fer mitjançant la notificació d'aquest al proveïdor mitjançant un document de paper o amb suport durador a disposició del proveïdor al qual tingui accés [art. 4.3 PD].

Això no obstant, l'exercici del dret de retractació pot obligar el consumidor al pagament ("al més ràpidament possible") de determinats conceptes en la hipòtesi següent: un tant alçat corresponent al servei financer efectivament prestat pel proveïdor al consumidor abans de l'exercici del dret de retractació.

Penseu que l'execució del contracte es pot anticipar al terme del termini de l'exercici del dret de retractació quan així ho consenti expressament el consumidor. És just que en l'esmentada hipòtesi el consumidor remuneri, sense perjudici de l'esmentat dret, el consumidor [també ha de satisfer un import del servei quan el cost del servei financer efectivament prestat pel proveïdor abans de l'exercici del dret depengui del moment en què s'exerceix el dret de retractació; es tracta d'un import que permeti al consumidor de calcular el preu que ha de pagar a prorrata del període transcorregut entre el dia de subscripció del contracte i el dia en què aquest va exercir el seu dret de retractació]. En aquest cas, el preu del servei no pot configurar, de cap manera, una penalització per al consumidor.

Un cop el consumidor ha exercit el seu dret de retractació, el proveïdor ha de reemborsar al més ràpidament possible al consumidor, i en el termini màxim de trenta dies, totes les quantitats que hagi percebut pel servei amb motiu de la subscripció del contracte [art. 5.3.]. Aquesta obligació també s'imposa, com resulta raonable, en els casos d'indisponibilitat total del servei financer. Tractant-se d'indisponibilitat parcial, el contracte només es pot executar amb el consentiment exprés del consumidor i del proveïdor. En cas de donar-se l'esmentat consentiment, el proveïdor té l'obligació de reemborsar les quantitats corresponents a la part del servei no feta en el termini màxim de trenta dies.

Tant en les hipòtesis legals d'exercici del dret de retractació com d'indisponibilitat del servei financer, el proveïdor ha de restituir els documents originals al consumidor que se li haguessin lliurat per a la subscripció del contracte.

En els casos en què el proveïdor hagi incitat de manera deslleial el consumidor a subscriure el contracte, la solució comunitària no solament és el dret de retractació, sinó la possibilitat de **resolució contractual**, "amb totes les conseqüències jurídiques que es derivin de les disposicions de la legislació aplicable a l'esmentat contracte".

A més, el consumidor té dret a una indemnització pels danys que hagi sofert, segons l'ordenament jurídic nacional [art. 4.2 PD]. Amb tot, s'expressa clarament en la proposta que no és **incitació deslleial** el fet que el proveïdor del servei comuniqui al consumidor informació objectiva referent al preu del servei financer que depengui de les fluctuacions del mercat.

La PD té una preocupació especial per evitar la prestació de serveis financers no sol·licitats prèviament per un consumidor quan la prestació signifiqui o impliqui l'exigència de pagament immediata o diferida en el temps. Fins a tal punt que es dispensa el consumidor

de tota obligació en cas de prestació no sol·licitada, i la pauta normativa recull que "la ausencia de respuesta no equivale al consentimiento" [art. 9 PD].

Finalment, s'ha de destacar l'última de les normes protectores que és la referent a la càrrega de la prova del compliment de les obligacions a què està sotmès el proveïdor en matèria d'**informació del consumidor**, i també del consentiment d'aquest per a la subscripció del contracte i, quan sigui procedent, la seva execució. Segons l'article 13 PD, la càrrega de la prova recau sobre el proveïdor, i es considera clàusula abusiva la que faci recaure sobre el consumidor la càrrega de la prova sobre el compliment total o parcial del contracte.

La normativa comunitària, que és probable que s'aprovi en un futur pròxim, no solament atén a la protecció de la vida privada dels consumidors i a les dades de caràcter personal, sinó, en el que resulta rellevant a la nostra comesa, aborda la qüestió referent als litigis que s'originin en l'àmbit de la prestació de serveis financers, ja que segons l'exposició de motius de la proposta de directiva:

"Es conveniente prever procedimientos apropiados y eficaces de reclamación y recurso en los Estados miembros para la resolución de los posibles litigios entre proveedores y consumidores, utilizando, cuando proceda, los procedimientos existentes, *especialmente en lo relativo a litigios transfronterizos.*"

4. Tipologia bàsica dels contractes mercantils

En confrontació amb les tesis classificatòries tradicionals, hem defensat en aquest mòdul que resulta més útil un criteri discriminador basat en la naturalesa de la prestació.

En concret, creiem que es poden comprendre les diferències significatives en l'àmbit de la contractació, en consideració al tipus de prestació i del grau d'informació adequat per a administrar el risc associat a la tipologia contractual.

Des de la perspectiva enunciada, es poden distingir:

1) Els **contractes vinculats al mercat de productes**, que instrumenten la circulació de béns. El contracte de compravenda constitueix el contracte paradigmàtic tant en la seva estructura bàsica com en les seves especialitats. La permuta i la cessió o transmissió de crèdits persegueixen la mateixa finalitat de transmissió de la propietat. En aquest mercat de béns o productes s'organitza contractualment la representació de l'empresari mitjançant contractes com la comissió, la mediació i l'agència. Aquests contractes de col·laboració empresarial no exclouen la instauració d'un sistema organitzat de distribució comercial que permet, amb més eficiència, que els béns elaborats pel fabricant arribin a les mans del consumidor o adquiridor final en les millors condicions de temps i estat. A aquesta finalitat responen una sèrie de contractes que permeten de fer d'intermediaris a una sèrie d'empresaris, col·laboradors estables i independents, integrats a una xarxa de distribució de productes o serveis. Els contractes fonamentals són bàsicament el contracte de concessió mercantil i el de franquícia, en les seves diferents modalitats.

2) Els **contractes d'execució d'obra o contractes d'obra d'empresa**. En aquests es persegueix l'obtenció d'un determinat resultat, la consecució del qual exigeix una organització de mitjans, i qui l'executi assumeix el risc de la seva gestió. Es tracta d'un contracte atípic, ja que el contracte d'arrendament d'obra resulta insuficient per a una regulació de contractes tan essencials per al desenvolupament de la nostra economia com el contracte de transport, el contracte d'enginyeria o, per posar un altre exemple, els contractes publicitaris.

3) Els **contractes mitjançant els quals es negocien valors i diners**. Es tracta d'instruments del que podríem denominar **mercats financers**. Els mercats financers són, com qualsevol altre mercat, els punts de trobada en què conflueixen les ofertes i demandes de contractació d'uns béns específics que no són béns materials ni serveis, sinó fonamentalment uns actius que anomenem

financers. Encara que el seu contingut és molt variat, es poden definir com a drets patrimonials que confereixen al seu titular certes facultats enfront d'un tercer que ha rebut prèviament una quantitat de diners (finançament).

Segons la classificació tradicional, en els mercats financers, es distingeixen els mercats de diners i els mercats de capitals. Els **mercats de diners** s'orienten a la captació de finançament a curt termini mentre que els **mercats de capitals** ho fan al finançament a mitjà o llarg termini. Enfront d'aquesta distinció clàssica, es distingeix el mercat del crèdit i el mercat de valors. En el mercat de valors, la transferència de recursos financers es fa de manera directa entre oferents i demandants, sense que entre un i altre s'interposi cap tercer. En el mercat de valors es negocia amb drets i actius financers, en general emesos en sèrie (homogenis), denominats *valors negociables*. En el mercat del crèdit resulta essencial la mediació d'entitats especialitzades (bancs, caixes d'estalvi, en general, entitats de crèdit), que capten recursos del públic (fonamentalment mitjançant la constitució de dipòsits de diners) que posteriorment cedeixen als seus clients, principalment en forma de préstecs i altres figures contractuals. Tractant-se de la prestació de la concessió de crèdit, el contracte típic és el préstec o mutu, al qual s'uneixen altres formes contractuals que serveixen també, encara que amb una estructura diferent, a la concessió del crèdit. En aquest mercat del crèdit, les entitats de crèdit fan tant operacions actives, de concessió o bestreta de fons, com passives, de captació de recursos. La majoria d'aquestes operacions són objecte de garantia (contractes de garantia), i el contracte típic és la fiança mercantil.

4) També podem fer referència al **mercat de l'assegurança**. El risc (dany als béns i les persones) s'afronta mitjançant el contracte d'assegurança i les seves diferents modalitats. Amb les prestacions econòmiques dels assegurats, les entitats asseguradores capten elevades sumes de diners i desenvolupen una funció de captació d'estalvi.

Resum

En aquest mòdul hem analitzat els elements principals del règim jurídic de la contractació mercantil. En particular hem examinat les característiques específiques d'aquest tipus de contractació i, en especial, determinats aspectes rellevants com el sistema de perfecció dels contractes mercantils o el règim de la contractació entre absents. Hem analitzat també les particularitats de les obligacions mercantils en el que fa referència al seu compliment, a la morositat i a la prescripció. Hem dedicat una especial atenció a la disciplina de protecció dels consumidors en la contractació mercantil, on hem analitzat el règim dels contractes signats fora de l'establiment mercantil, i també el règim de les condicions generals dels contractes. Així mateix, aquest mòdul ha destinat un espai a l'examen de la tipologia general de contractes mercantils.

Autoavaluació

1. Hi ha un règim jurídic especial referent a la interrupció de la prescripció com a causa d'extinció de les obligacions mercantils?
2. Com es tutela el consumidor en els contractes subscrits fora dels establiments mercantils?
3. La regulació de condicions generals i sobre clàusules abusives garanteix un preu just d'un producte o servei?

Solucionari

1. En la tradició mercantil espanyola, l'especialitat del règim jurídic de la prescripció se situava concretament en el fet que no era causa d'interrupció la reclamació extrajudicial. Malgrat els termes literals de l'art. 944 del Codi de comerç, la més recent jurisprudència considera que la reclamació extrajudicial també interromp la prescripció: sentències de 4 de novembre de 1995 (RJ 9157) i de 31 de desembre de 1998 (RJ 9769). Amb això s'assimila la regulació dels articles 1973 CC i 944 C de C.

2. La tutela del consumidor en l'àmbit de la categoria dels contractes subscrits fora de l'establiment mercantil es concreta en dos àmbits.

El primer afecta l'obligació de l'empresari de documentar formalment el contracte o oferta contractual.

La segona se centra fonamentalment en el fet de reconèixer legalment al consumidor el dret de penediment o de revocació de la seva declaració de voluntat.

Així, el contracte o l'oferta contractual s'haurà de documentar per escrit en doble exemplar, acompanyar d'un document de revocació i anar datat i signat de pròpia mà pel consumidor. La conseqüència que l'empresari no lliuri al consumidor un exemplar del contracte i el document de revocació és que el consumidor podrà sol·licitar l'anul·lació judicial del contracte.

Per la seva banda, el consumidor podrà exercitar el dret de revocació dins els set dies següents a la recepció de la prestació. Aquesta facultat revocatòria, que el consumidor pot exercitar sense necessitat d'al·legar cap causa, es podrà manifestar de qualsevol manera, això és, verbalment, per escrit o fins i tot per mitjà d'un acte concloent, com és la devolució de les mercaderies, però correspon al consumidor, en tot cas, la prova de l'exercici d'aquest dret. Quan ha transcorregut el temps per a exercitar el dret de revocació el contracte s'ha perfeccionat únicament de manera definitiva. Si s'exercita el dret de revocació, les parts s'han de restituir recíprocament les prestacions segons el que s'ha disposat en els articles 1303 i 1308 CC, sense que això hagi d'implacar cap despesa per al consumidor.

3. La resposta ha de ser negativa.

En primer terme, perquè aquest "sistema de preus justos" condicionaria greument la llibertat de la seva fixació, això és, un contingut essencial de la llibertat d'empresa, nucli fonamental de l'economia de mercat (art. 38 Constitució, v. també art. 13 LOCM). A més a més, sotmetria els agents econòmics a la incertesa que representaria que els seus preus, tècnicament lliures, poguessin quedar sotmesos a un judici general d'equitat o correspondència amb el valor de la contraprestació rebuda.

En segon terme, a més de la necessitat d'integrar la legislació de defensa del consumidor al marc constitucional en què ens desenvolupem, hem de tenir en compte el *contingut* mateix de les seves disposicions.

En efecte, tingueu en compte que, en la llista de clàusules abusives tipificades pel legislador en la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, no se'n troba cap de referent al desequilibri del preu, a la quantia mateixa, desproporcionada o abusiva, del preu, quan es podria suposar que el legislador s'hauria ocupat d'una cosa tan important, si efectivament fos comesa i funció d'aquesta regulació assegurar al consumidor un "preu just" per a les seves compres o adquisicions. Ans al contrari, la clàusula abusiva tipificada en setè lloc en l'esmentada disposició addicional, consistent en "la facultad del profesional para aumentar el precio final sobre lo convenido, sin que ... existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrata si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado", confirma, més aviat, atès el contingut del supòsit que considera, el que se sosté; això és, que el legislador de condicions generals no regula ni limita el preu en si mateix, considerat aïlladament.

Amb tot això no s'"abandona" i es deixa "sense control" un extrem tan important com és el preu. D'una banda, s'ha de recordar que, al costat de la legislació que analitzem, la nostra ordenació n'acull una altra de particularment rellevant als efectes que ens ocupen. Ens referim a la disciplina reguladora de la competència, una de les funcions institucionals de la qual és, precisament, assegurar una competència efectiva i raonable mitjançant la repressió, entre altres coses, dels *abusos de posició dominant* que pot ocasionar, entre altres efectes, la imposició de manera directa o indirecta, utilitzant o no condicions generals i afectant o no "consumidors", de *preus abusius* (art. 6,2.a) de la Llei 16/1989, de 17 de juliol, de defensa de la competència).

En altres paraules, el preu, en si mateix, com a dimensió purament quantitativa del valor requerit per al lliurament d'un bé o servei, en efecte, com a conseqüència d'una situació de competència deficient (situació o posició de domini del mercat per un agent econòmic),

pot ser abusi o no equitatiu, però justament el dret de la competència es destina i orienta a evitar-ho, que sí pot intervenir i limitar la llibertat d'empresa sempre que concorrin els supòsits que en legitimen l'aplicació.

Bibliografía

Alfaro Aguila-Rela, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.

Bercovitz, R. (coord.) (2001). *Comentarios a la Ley de Condiciones generales de la contratación*. Pamplona: Aranzadi.

Bercovitz, R. (coord.) (1992). *Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios*. Madrid: Civitas.

Botana García, G.; Ruiz Muñoz, M. (1999). *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid: McGraw-Hill.

Illescas, R. (1999, octubre). "La firma electrónica y el Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre". *Derecho de los Negocios* (pàg. 1 i s.).

Miquel, J.M. (1996). "Reflexiones sobre las condiciones generales". A: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* (III, pàg. 4.941I i s.). Madrid: Civitas.

Miranda Serrano, L. (2001). *Los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Pagador López, J. (1998). *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

Pagador López, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.