

DOHRMANN, Klaus Jochen

La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y extranjera

Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009.

En los últimos años prevalece la tendencia a adaptar las reglas que disciplinan los intereses del contratante débil desde la óptica de la defensa del consumidor a los contratos entre empresarios. En este libro, el profesor Klaus Jochen Dohrmann profundiza sobre la cuestión examinando las más importantes experiencias extranjeras.

En este trabajo manifiesta el desaire que supondría reproducir con igual trato dichas orientaciones, por lo que se inclina a la incorporación de una cláusula general de buena fe independiente de la cualidad de los contratantes. El núcleo central de la materia tratada gira en torno a las condiciones generales de la contratación desde la perspectiva de su integración en el contenido del contrato.

Al acabar la lectura del libro que ahora comento me detuve en una expresión del autor que califica lo tratado de “tema apasionante”. Efectivamente, el profesor Dohrmann sabe que se enfrenta con uno de esos temas cuyo mero enunciado ya inquieta, por todo lo que la etiqueta de protección o de sistemas integrados de controles de tipo judicial o administrativo y técnicas de intervención legislativa, lleva aneja.

La contratación con condiciones generales no deja de ser lo usual en el tráfico jurídico de contratación en masa. No es frecuente tal premonición en un escritor al hablar sobre el contenido de la obra que publica, pero en este caso se predica tanto por la índole de la materia tratada, “siempre sugerente en el campo del Derecho privado”, como por el reto que supone para un civilista sortear las cuantiosas

dificultades que el trabajo comporta. Porque no deja de ser un mérito considerable meterse en un tema tan apasionante como complicado y salir airoso, ofreciéndonos como fruto de su estudio aportaciones sugerentes y novedosas. La doctrina ha desempeñado un esfuerzo imponente empleando tanto las luces como las sombras de ciertos aspectos del análisis económico. Este esfuerzo es de gran utilidad en las valoraciones de textos legales y cláusulas inadaptadas a las exigencias actuales. El autor de este libro, sin descuidar esos destellos, atiende sobre todo al cuadro legislativo y a los modelos jurisprudenciales de interpretación que no son impermeables a su reflejo. Es suficiente pensar en las Directivas sobre Crédito al Consumo para convencerse de este asunto. Las condiciones generales elaboradas *ad hoc* en los contratos en diversos sectores económicos (informática, seguros, bancarios o transporte) se resisten también a una consideración homogénea. No por eso deja de ser útil profundizar en las reglas y directrices generales de reequilibrar la relación negocial, de asegurar la conformidad de la contratación con los principios generales del ordenamiento o las previsiones de riesgos y, en general, de facilitar la discusión del contrato en la gestión de empresa.

El lector podrá reconocer que se trata de un minucioso estudio monográfico que engloba la problemática global inherente a los contratos de adhesión. El enfoque del trabajo es novedoso al conducir el estudio analítico por una vía distinta de la actualmente dominante, en la que prevalece la consideración solo hacia el grupo de los consumidores, por más que contar con armas desiguales justifica la necesidad de no privar de adecuadas medidas de defensa jurídica al empresario atrapado en las cláusulas abusivas del contrato adherente. Bien puede decirse que la bandera enarbolada por la modernidad de la protección de los consumidores como defensa del débil frente al fuerte, asumida por todos sobre la base de un derecho fundamental, contrasta con la del empresario, que más bien interviene en dicha querrela, *lis*, como el protagonista fuerte con intereses contrapuestos. Pero incluso la protección especial de un empresario frente al predisponente en los contratos de adhesión se aleja del sector del consumo

y hasta se acerca a otras disciplinas, como puede ser la libertad de concurrencia en el mercado, ya sea en la producción o en la actividad de servicios. Se explica, en definitiva, que no coincidan las reglas de derecho ni las técnicas de control ni las medidas de defensa en la contratación en uno y otro caso.

El profesor Dohrmann, a resultas de la investigación aplicada a las perspectivas de nuestro derecho, declara y comprueba que, en este campo el derecho español no solo es incongruente sino que está lleno de contradicciones. Llega a esa conclusión a partir de un estudio comparativo de diversos modelos y experiencias nacionales en el marco europeo, con una propuesta razonada y razonable que somete a consideración. El sistema, nos dice, será incompleto mientras no se haya articulado una verdadera cláusula general de buena fe (p. 222). Es consciente, y así nos lo advierte, de que el principal problema radica en que el presupuesto básico de determinar con precisión qué se entiende por buena fe no es pacífico a nivel comunitario ni de los países comunitarios. ¿Cuál es, pues, la esencia de la protección? ¿En qué medida puede hablarse de ella como de una cláusula general?

Tanto por el reclamo del título de la obra como por su desarrollo podrá advertirse lo atractivo del panorama que presenta. Al mismo tiempo, su lectura atenta conduce a resultados prácticos. El estudio de las condiciones generales y de las cláusulas contrarias a la buena fe ocupa la mayor parte del trabajo. Esa búsqueda confirma que la cláusula general de buena fe encuentra el lugar adecuado en el contexto de las relaciones entre mercado y derecho. Ese es también el lugar de encuentro de la contratación entre los empresarios y los usos comerciales.

El libro ofrece una buena fuente de información sobre la regulación de la materia y las opiniones más autorizadas en nuestro derecho y en el derecho comparado, que utiliza profusamente. Se ocupa con especial interés de la recepción de la normativa comunitaria sobre el control de cláusulas concertadas en los países de la Unión. Con apreciable esfuerzo, recoge y sistematiza los textos normativos y las convenciones internacionales más relevantes, con las opiniones de la

doctrina y la jurisprudencia española (escasa) y extranjera sobre casos concretos en que los litigantes son profesionales empresarios. Las ordena de manera sencilla y completa por orden sistemático y cronológico.

La monografía forma parte de un amplio programa de trabajo que el autor pretende proseguir en ulteriores publicaciones dedicadas a las condiciones generales de la contratación.

Por razones personales tendría que comenzar la reseña con la justificada excusa de amistad manifiesta. Efectivamente, la lectura del libro evoca en mí etapas de la brillante historia académica del profesor Dohrmann, a quien desde sus orígenes he podido seguir de cerca. Las opciones por las que se decanta reflejan el conocimiento directo del Derecho alemán, que maneja con soltura desde el inicio de su actividad investigadora y que ha utilizado en su trayectoria jurídica. Precisamente el desarrollo de la obra comentada se ha enriquecido conversando con grandes maestros europeístas, a quienes expresamente agradece en la presentación su apoyo y amistad. Entre otros destacados juristas figura el profesor Harm Peter Westermann, junto con Medicus y Canaris, uno de los redactores de la reforma alemana sobre el derecho de obligaciones. De la enseñanza universitaria “a la alemana” siempre se ha dicho que un profesor se presta a trabajar al lado de otro, y el profesor Dohrmann, actualmente catedrático de Derecho civil en la Universidad de Granada, siempre ha preferido no trabajar aislado. En esta línea de colaboración académica ha impartido clases en diversas universidades alemanas. El talante alemán de “ir paso a paso” (son palabras suyas tomadas del libro), y la plasticidad en el lenguaje propia del entorno granadino, son factores ambos que adornan la personalidad del autor, animan y amenizan la lectura.

Bastaría la síntesis precedente para poner de relieve que la lectura del libro ofrece indudable interés dogmático y práctico. No obstante, expondré a continuación el hilo conductor en torno al cual gira la obra.

I. El libro se estructura en tres capítulos. Cada uno de ellos se complementa con los correspondientes subcapítulos.

Dedica el primer capítulo a exponer el estado actual de la cuestión. Detalla la diversidad de reglas vigentes en determinados ordenamientos jurídicos por las que se regulan las condiciones generales de los contratos entre empresarios, con la específica finalidad de rechazar las cláusulas contrarias a la buena fe y, en general, los trabajos de modernización en los países europeos (pp. 17-115).

El segundo capítulo, desde la perspectiva española, versa sobre el “fracaso” de nuestro marco jurídico en el control de las condiciones generales entre empresarios. Nuestro legislador, nos dice, no ha sabido o no ha querido dar una respuesta satisfactoria a la protección de los empresarios frente a condiciones generales que incorporan cláusulas al contrato que son contrarias a la buena fe (pp. 118-219). *Prima facie* la cuestión suscita la pregunta ¿qué puede o qué debe hacer un legislador que responda a su misión en el largo recorrido de la libre actividad de empresa? Dar la respuesta es el objetivo del libro, que nos permite conocer a fondo las ventajas y los inconvenientes de modelos de protección de los empresarios más allá de las normas y orientaciones consolidadas en la tradición jurídica. Tal enfoque presenta, en efecto, una amplia perspectiva para valorar en conjunto nuestro sistema. Para una valoración crítica del marco legal “incompleto” toma como “punto de partida” el que se desprende de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y las sucesivas modificaciones.

Finaliza el capítulo tercero (pp. 221-308) con la propuesta de la “necesaria revisión” del sistema de control material de las condiciones generales de contratos entre empresarios en nuestro derecho.

Destaca la impecable argumentación lógica del conjunto, puesto que cada uno de los capítulos presupone y es consecuencia del precedente. Con todo, en el orden de la exposición resaltan como puntos principales, además del ya mencionado *status quaestionis* en diferen-

tes sistemas nacionales, un elenco de los instrumentos básicos empleados en la praxis sobre el control de los contratos entre empresarios, así como de las cláusulas, las normas y los convenios transnacionales más influyentes. Como colofón de ese análisis, Dohrmann entra de lleno en la reflexión sobre la reforma de nuestro sistema.

II. El contexto

Por su importancia práctica en el tráfico jurídico, Dohrmann considera deseable la coherencia en los sistemas de control existentes en los singulares ordenamientos jurídicos. Indudablemente, la actual transformación de la empresa, la diferencia del derecho de contratos respecto del pasado y la eficiencia del mercado impulsan el proceso de europeización con desigual acogida en los ordenamientos jurídicos nacionales. En cada uno de ellos la pluralidad de modelos, de leyes especiales, la propia descodificación en cada sistema, está pidiendo propuestas unificadoras o modelos provenientes de otras áreas culturales de los que nos podamos servir.

La materia central de la obra en comentario se pliega a las resonancias en época reciente del marco europeo de los contratos de adhesión, contratos donde proliferan las cláusulas generales y no faltan condiciones sustraídas a la discusión por los contratantes. En el estudio pormenorizado de las cláusulas expresas y de las no explicitadas se analizan en el libro las recientes reformas legislativas, los textos sobre la aplicación, integración e interpretación a la luz de la autonomía privada, la legislación de otros países y la orientación jurisprudencial, con la propuesta de revisión e incorporación de la buena fe formalizada como una cláusula general.

Como guía orientadora de la composición del libro pueden señalarse tres núcleos principales que, a mi juicio, se concentran en la libertad contractual, en la fuerza vinculante del contrato y en los principios informadores de alcance metajurídico:

a) Subraya el poder jurídico de autodeterminación o configuración contractual en el ámbito empresarial y sus limitaciones. El ejercicio

de tal poder, que se proyecta en el ámbito empresarial, es arma de conflicto si, a partir de una posición de ventaja unas empresas establecen cláusulas en perjuicio de otras que, carentes de la misma posición configuradora, aceptan los pactos predispuestos. El abuso económico se manifiesta en el desequilibrio de la prestación característica del contrato con cláusulas predispuestas que determinan una situación no equitativa de la posición de las partes en la relación contractual. La realidad económica actual se funda sobre la aceleración del fenómeno productivo, exigencia a la que se sacrifica la necesidad de libertad de tratos previos o de información precontractual.

Sobre estos pilares el autor basa la función propia de las condiciones generales de la contratación y sus límites, con su diferencia respecto de las cláusulas abusivas propiamente dichas. El precedente análisis comparativo traza la línea de avances y fracasos y ofrece opciones atendibles *de iure condendo*. ¿Cómo debe ser una verdadera ley de condiciones generales?

En el siglo precedente (decenio 1977-1988), los ordenamientos europeos introducen reformas en el control de los contratos de adhesión. El AGB-Gesetz alemán de 1976, la ley francesa de 1978, los diversos estatutos ingleses (1973, 1977, 1979, 1986), la ley española de 1984, la portuguesa de 1985. El influjo comunitario en el intento de tutelar eficazmente al débil frente al fuerte propone en sucesivas Directivas adecuar la reforma normativa. El autor muestra sus preferencias por el modelo alemán, que sirve de catalizador de posibles y razonables soluciones inspiradas en la cláusula general de buena fe. La AGB-Gesetz de 1976 dejó fuera del Código las normas que han sido insertadas después en la *Modernisierung*. La investigación jurídica en Europa, nos dice, al menos cuando se trata de grandes temas, tiene que acercarse, más que nunca, al Derecho comparado a nivel europeo así como a los proyectos que están intentando buscar en el futuro una mayor unificación jurídica europea.

b) En íntima relación con el *vinculum iuris* o fuerza de ley sitúa como fundamento de la protección la justicia contractual. En este orden el

título de la monografía ha de provocar reacciones diversas: ¿por qué una especial forma de control o protección en estos contratos entre expertos? En el fondo, son muchos los interrogantes que concitan la atención y que por su peso, merecen respuesta: ¿hay que proteger a todos los empresarios adherentes?, ¿de qué?, ¿a quiénes?, ¿en qué medida?, ¿por qué medios y con qué acciones?, ¿frente a qué cláusulas abusivas? Cuestiones hasta aquí más sentidas que analizadas, ya que, desde luego, este es el primer estudio monográfico completo sobre la materia.

A primera vista puede parecer que a un empresario no le hace ninguna falta una protección específica. ¿Por qué proteger al empresario que en un contrato negociado se ha comprometido a seguir unas condiciones generales? Que se proteja al consumidor se explica fácilmente, porque es el débil respecto a la contraparte empresario que, mejor informado, es el fuerte. Mientras que sí, un empresario acepta al contratar con otro las condiciones generales y cláusulas establecidas acepta también el riesgo de aquellas que no le sean favorables (*sibi imputet*). Ya dispone el empresario diligente de medios o información suficientes para valorar las consecuencias del contrato ¡Para eso está el respeto a las condiciones generales!

c) Entre los vericuetos de las fuentes normativas se colocan señales del camino a seguir. Basta pensar en el predominio de normas imperativas o dispositivas. Las normas dispositivas comprimen el arbitrio judicial por el respeto al pacto, por lo tanto en principio se favorece con ellas la conclusión del contrato en los términos del otorgamiento predispuesto. A su vez las imperativas, al ser *cogentes*, frenan el margen de la autonomía o iniciativa económica pero amplían el arbitrio judicial.

En el plano de la eficacia de las condiciones generales, de las cláusulas y de las leyes, se distingue la ilicitud (cláusulas ilícitas) del abuso (cláusulas abusivas). Ilícita y abusiva, por ejemplo, será la renuncia a la acción de dolo, mientras que, en caso de culpa, esta renuncia puede ser abusiva pero no necesariamente ilícita. En esta línea, las

ventajas y los inconvenientes que se siguen de un sistema cerrado de lista de cláusulas y condiciones tipo de ámbito comunitario se ha detenido como “la fracasada propuesta”.

Especialmente en el ámbito interpretativo figura la repetida cuestión acerca de las ventajas o inconvenientes de diferenciar, a efectos de control de cláusulas, los contratos negociados de los no negociados. En los contratos negociados ¿no se reduce el problema a aplicar las normas tradicionales del Derecho privado?, ¿no son suficientes las reglas generales de la contratación con los límites de la autonomía privada? Con la incorporación de la cláusula general de buena fe pierde interés la distinción del diverso grado de tutela jurídica entre unos y otros.

Finalmente, como puede advertirse de lo dicho, la contratación entre empresarios frente a las cláusulas abusivas suscita numerosos problemas de *iure condendo* ¿dónde incorporar dichas cláusulas, ¿hay que colocarlas en los códigos?, ¿en cuerpos fronterizos al Código?, ¿en el Derecho de consumo?, ¿dejarlo en manos de las reglas generales de los contratos?, ¿relegar al buen funcionamiento del mercado la solución de todo problema?, ¿basta una protección de contenido mínimo? En los sistemas codificados se agudiza la cuestión acerca de cómo codificar las reglas sin que queden polarizadas en el texto en un momento histórico. En efecto, la alternativa entre la incorporación de nuevas normas en el Código Civil es origen de una “descodificación interna”, pero si proliferan leyes especiales fuera del Código se produce una descodificación formal, con los problemas de coordinación entre las viejas normas y las nuevas. De ahí la oportunidad de una acertada política legislativa que no sea improvisado envoltorio de una situación circunstancial. El abandono de un Código Civil Europeo que armonice el derecho contractual de los Estados miembros ha lanzado a la Comisión, nos dice Jochen, a los abrazos de algo que no está aún definido totalmente.

En el desarrollo del libro analiza el autor con mayores detalles los pormenores de cada una de estas posibles soluciones que, a su juicio,

aisladamente resultan incompletas. En líneas generales, se ha abierto camino a la protección del empresario frente a las cláusulas abusivas por la ruta de la legislación especial de consumidores y usuarios, pero el autor llega a la convicción de que esta vía no es camino seguro y propone la revisión a la regulación actual desde otra perspectiva.

III. Contrato y ley. Particular interés ofrece la exégesis de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, que incluye en el subcapítulo segundo con el título “Respuestas inadecuadas en el control material”. En realidad, este punto de partida es el verdadero *quid iuris* que clama a lo largo de la obra. El autor se vuelca en ofrecer una valoración crítica. Es natural que sea el centro nuclear porque allí confluye la manera de entender la categoría de contrato: seguir el modelo sentado por los clásicos o diseñar uno nuevo incorporando a la autonomía privada y la libertad los factores extrajurídicos que influyen. El autor se inclina por este último. Dichos factores extrajurídicos se localizan en cada una de las fases de la contratación, en la existencia del contrato, en los elementos esenciales, los actos ejecutivos de las obligaciones, los determinados efectos en su alteración con la intervención de la ley o del juez.

A fin de cuentas las condiciones generales están *en* la contratación, su aplicación refuerza la vida del contrato ya existente, resaltan en la relación contractual derivada *entre* profesionales, y cobran sentido *en el contexto* del tráfico jurídico con todas las variantes de la contratación adhesiva. De manera que, entre los polos de la libertad contractual y la intervención, legislativa, administrativa o judicial, se valora el alcance de las cláusulas excesivas. En el contrato de adhesión las condiciones sustraídas a discusión, aceptadas en su perjuicio por una de las partes que la otra ha predispuesto unilateralmente, entran de lleno en los factores extrajurídicos.

Retomando las opciones que se pueden sacar a la luz de una concepción moderna de contrato, dentro de la unidad de estructura y finalidad institucional, de manera que no se reduzca a “mero instrumen-

to para el intercambio”, figuran la de diseñar unas cláusulas tipo, que paralicen o moderen el abuso en el lado negativo de mínimos, o una cláusula general de buena fe. La propuesta del Parlamento Europeo es fiel a la opción de cláusulas tipo basándose en las ventajas de uniformidad pero tiene los inconvenientes de necesitar una revisión de actualización constante según avance la técnica. Una cláusula general ofrece, entre las ventajas positivas, la adaptación a las circunstancias cambiantes sin modificar la realidad del contrato, que permanece de modo estable ya sea negociado individualmente o no, ya sea otorgado con consumidores o entre empresarios. De manera que el llamado poder configurador de la autonomía y el poder legislativo se complementan y no se interfieren sus razones, ni se confunde la “fuerza de ley del contrato”, en sentido clásico, con una verdadera ley de condiciones generales.

Esta perspectiva de introducir la buena fe como elemento principal y criterio permanente en los contratos entre empresarios permite resolver la separación entre condiciones generales y cláusulas abusivas, pudiera decirse que por elevación. La cláusula general de buena fe asciende a la cima del contrato y de la ley como medida de justicia contractual, no solo en la protección de los consumidores, donde ya figura como cláusula general.

No puede olvidarse que en el BGB, con la recodificación del Derecho de obligaciones existe una Parte general, que contiene la definición precisa de los conceptos y las célebres cláusulas generales, que facilita la incorporación de la cláusula general de buena fe con la perennidad que recoge el pensamiento del país. De donde, como modelo a imitar, ha ido a parar al Derecho portugués y a la reforma italiana. En nuestro derecho supone una “mirada hacia delante”, abierta desde la reforma del Título preliminar, que introdujo normas que son cláusulas generales.

Dejar constancia de que la regulación puede ser de otra manera ya implica de por sí una llamada a la voluntad legislativa y a la tarea decidida de los juristas, a quienes convoca como atractivo campo de

396 colaboración. La línea del razonamiento seguido a lo largo de la exposición es concluyente y procura guiar al lector explicitando los conceptos que maneja. Ejemplo expresivo se encuentra en las preguntas: qué se entiende por una cláusula abusiva, qué supuestos pueden comprenderse, qué tipos de control o intervención (pp. 231 y ss.).

Su preocupación por el respeto y cotejo de otras opiniones explica la abundancia de citas (en 308 páginas figuran 524 citas), a las que se añade un índice bibliográfico de más de 30 páginas.

José Antonio Doral García