

## **EL NOTARIO EN EL MUNDO ACTUAL**

*Lic. Francisco de P. Morales Díaz*

## INTRODUCCIÓN

El Notariado es una Institución que responde efectivamente a las necesidades sociales de Seguridad Jurídica y Circulación de Bienes. Esta institución encuentra antecedentes desde los tiempos clásicos de los egipcios y después de recibir las ricas influencias del Derecho Romano y del Derecho Germano, completa su evolución en el siglo XIII. Esta institución ha acompañado los diversos cambios sociales y se ha enriquecido con las aportaciones de sistemas feudales, reyes absolutos, liberalismo, comunismo.

En cada cambio trascendental el notariado ha evolucionado para continuar dando la mejor de las soluciones a las necesidades sociales que no sólo crearon esta institución sino que, también la ha justificado en tiempos anteriores.

En la actualidad los cambios son más rápidos en virtud del avance en las comunicaciones, y por ello, nos pueden sorprender y retardar la adaptación correspondiente.

Actualmente la *Globalización* en materia económica ha traído nuevas circunstancias, ya que un producto se elabora en un extremo del planeta y se consume en el extremo expuesto. Este tipo de operaciones cuenta con medios electrónicos para realizarse a velocidades nunca vistas. Esto ha deshumanizado las relaciones comerciales y, a la vez, ha impuesto la ley de la oferta y la demanda que determina el precio en la inmensa mayoría de las transacciones modernas. El *Mercado determina el precio*.

Varias nuevas situaciones enfrenta el notariado en la actualidad, de ellas, en concreto, sólo nos referiremos en este trabajo a *La Contratación Moderna*. Para la mejor comprensión de la problemática al respecto y, con la idea de buscar soluciones, nos referiremos someramente, a los siguientes temas:

- a) Justicia;
- b) Equivalente y patrimonio, y
- c) Contratación masiva;

El final, necesariamente será un apunte de soluciones

a) *Justicia*

El término *Justicia* es muy amplio, esto da lugar a varias acepciones. En efecto con esta palabra se dan a entender diversos conceptos. La Moral, la Ética y el Derecho utilizan *la justicia* para construir sus respectivas doctrinas. La Moral y la Ética tienen como objetivo las acciones de la persona el acto en sí mismo. El Derecho, le interesa la acción externa de los hombres en sus repercusiones sociales. Las dos primeras ciencias tratan *la justicia* en su aspecto de *virtud*; el Derecho ve en la *Justicia* un ideal, una meta por lograr, en todos los casos el concepto de *Justicia* es criterio evaluador de *acciones* o de *normas* realizadas o elaboradas por los hombres.

El hombre siempre ha tenido conciencia de lo *justo* y de lo *injusto*, no necesita cultura alguna para comprender grandes *injusticias*, aun cuando sea él mismo quien las comete.

En efecto la naturaleza humana está conformada con el concepto de *justicia*, prueba de ello es que el hombre comete *injusticias en el nombre de la justicia*, y a la vez, se dedica a cometer *actos injustos* cuando se convence que no hay *justicia*.

Es necesario referirnos al concepto de *hombre justo* que encontramos en la *Biblia*. En este campo los mandatos de propuestos en la religión son mandatos *Divinos*, automáticamente *legitimados* ya que no pueden proceder de mejor autoridad. Por estas razones observar los preceptos religiosos era lo correcto y el hombre realizaba en esta forma la *Justicia*.

La autoridad de los reyes absolutos se pretendió fundar en la voluntad de Dios, manifestada por el hecho de que la persona del Rey fue elegida por Dios mismo para gobernar. Por esta razón, quien obedecía los mandatos del soberano, era quien hacía lo correcto lo *justo*.

En los sistemas totalitarios encontramos una situación similar, pues por el hecho de ser elegido por la voluntad del pueblo, el *hombre hacía justicia obedeciendo los mandatos del Estado*.

Este concepto evoluciona y en los países organizados bajo ideologías que sostienen la primacía del estado sobre el individuo y

además aceptan el principio de que todo lo existente está formado por *la materia concluyen que lo correcto es hacer lo que determina el Estado a través de sus leyes, luego entonces el hombre justo es aquél que cumple la ley.*

En otros sistemas filosóficos modernos el *hombre justo es aquél que cumple con sus deberes.* Estas concepciones se refieren a la conducta del Hombre tal como debería de actuar, se refieren también a una conducta *ideal, al deber ser.* Como vemos la *justicia y la ética* están íntimamente conectadas. Como conclusión diremos que esta primera acepción de *justicia* apunta hacia el *acto interno,* se refieren a la *conducta, al obrar* de las personas.

En el siglo IV San Agustín afirmaba *la Ley sólo puede ser comprendida como emanación de la Justicia.* Esta cita es interesante porque responde a la filosofía de Platón; en efecto; él es quien nos presenta el mundo de las ideas, mundo espiritual, perfecto, eterno, sobrenatural, donde se encuentran todas las ideas que rigen el Universo. El Hombre, ser inteligente, es capaz de comprender ideas, manejarlas, combinarlas para realizar creaciones. Este mundo de ideas es accesible al Hombre por medio de su razón. Cuando descubre esas ideas el hombre deberá incorporarlas a su propio mundo, el cual no es perfecto, participa de la materia, tampoco es eterno y, además, está sujeto al tiempo. Como vemos, en este tipo de pensamientos, la *justicia es la perfección, un ideal por alcanzar.*

Ojalá se diera una sociedad donde el Derecho fuera absolutamente *Justo,* ello es una aspiración de todos, pero no olvidemos que el hombre es imperfecto y que por ello nunca alcanzaremos perfección total. Progresamos continuamente y cada vez a mayor intensidad lo que a mí, en lo particular, me satisface, me produce optimismo y me motiva para continuar por el sendero del trabajo, con la seguridad de que será fructífero. El hombre dispondrá de mejores recursos para realizar sus fines,. Pero todo ello no nos llevará a una comunidad totalmente perfecta. Por estas razones no hay un punto de referencia, no se ha dado una sociedad totalmente justa. Lo que sí tenemos es una evolución, donde se proponen sistemas que corrigen algunas *injusticias* ya experimentadas, pero estas correcciones son parciales, además el nuevo sistema en operación, evidenciará sus propias fallas conforme éste se aplique en cierto lapso de tiempo,. Estas imperfecciones provocaran novedosas *injusticias,* las cuales nuevamente se trataran de corregir. Este proceso continuo conforma una evolución constante la cual, siempre debemos observar para realizar, atinadamente, las nuevas correccio-

nes lo más rápido posible y así, disminuir, en lo posible, los daños originados por estas nuevas injusticias.

Obviamente el concepto de *Justicia* es utilizado, prácticamente por todos los autores como *medida del Derecho o de leyes concretas y aun de Sociedades*. Así no sólo en sentido popular, sino a nivel académico se califican de leyes o sistemas *injustos*, aún es común hablar de *mundo injusto*, en este sentido lo que se quiere expresar lo bueno o malo de los sistemas Socio-Políticos calificados por estos términos.

Los pensadores del siglo XVII y XVIII, pertenecientes al movimiento conocido como de la *Ilustración o el siglo de las luces*, se inclinan por considerar a la *justicia* como un dictado de la razón, Lo *justo* es lo razonable, aquello que dicta el sentido común. . . . .

Todos estamos de acuerdo que el hombre debe utilizar su inteligencia, es maravilloso razonar, la meta es el desarrollo pleno del hombre y con ello la sociedad, debemos todos aprender a utilizar nuestra inteligencia en toda su capacidad, pero conscientes de nuestros límites, conscientes de nuestra naturaleza, ubicados en la realidad. Con los límites de nuestra naturaleza, podemos conocer interesantes aspectos del mundo que nos rodea interpretarlo y encontrar la mejor forma para organizar la comunidad donde nos tocó pasar nuestra existencia, debemos obtener de esta realidad vigente los principios que han de organizarnos y si no nos equivocamos podremos edificar una mejor sociedad donde han sido corregidos los problemas que por la infinita evolución social a que hemos aludido. Si por el contrario, caemos en el error de que el hombre puede crear sistemas perfectos, aplicables a todos los tiempos y a todos los hombres, perderemos miserablemente el tiempo. En materia social, más que en otras áreas, la *relatividad es la ley*.

Vale la pena proporcionar al lector dos citas de Cicerón:

*LEX RATIO SUMMA IN NATURA, QVAE JUBET EA, QVAE FACIENDA SUNT PROHIBETQUE CONTRARIA.* ("La Ley es la razón suma enclavada en la naturaleza y que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario", De legibus 1, 6.)

La segunda cita de este pensador romano:

Hemos nacido para la justicia, y la ley no se funda en la opinión, sino en la naturaleza misma del hombre.

En estos pensamientos encontramos los dos pilares: *Naturaleza y Razón* que nos llevarán a descubrir la esencia de la *justicia*, y a la

vez, nos servirán de criterios para calificar una ley o un sistema socio-político como *justo e injusto*.

A este respecto Carl Joachin Friedrich en su libro *La Filosofía del Derecho*, publicado por el Fondo de Cultura Económica, brevísimo 179, nos hace notar el resurgimiento del Derecho Natural, doctrina sostenida en el pasado por los *Estoicos*, en la Grecia clásica, por el jurisconsulto romano *Cicerón* y por *Santo Tomás de Aquino* en el siglo XIII. Entre los actuales *iusnaturalistas* este autor cita nombres como Del Vechio, Geny, Krabe, Duiguit y Haurior, en Europa. También hace notar la fuerte presencia de esta escuela en Norteamérica, donde varios Ministros de la Corte participan de estas ideas, y como consecuencia, frecuentemente, las decisiones de la Suprema Corte se fundan en estos postulados.

Este autor nos menciona la extraordinaria doctrina moderna de Leonard Nelson, *quien procede a desarrollar una ley formal de la naturaleza orientada hacia el ideal de la Dignidad Humana, pues de ella se deriva la existencia de derechos inalienables*. (Cita del libro mencionado, página 269).

Por último Karl J. Friedrich expresa su propio pensamiento cuando afirma: *Y, en mi opinión, una doctrina de la justicia es el equivalente de la ley de la naturaleza*. (Textual mismo libro página 271).

Como hemos visto, el hombre, en lo individual, así como la comunidad que el mismo ha formado, están sujetos a continua evolución y es por esta razón que todo sistema legal o socio-político, debe evolucionar también para adecuarse a las nuevas circunstancias. Por ello ningún sistema puede dar soluciones para *todos los tiempos*. El hombre debe dirigir su atención a los problemas presentes, debe tener en cuenta las experiencias pasadas pero le está vedado conocer el futuro con absoluta precisión. Puede tener alguna visión del porvenir, puede prever algunos acontecimientos, pero, como sabemos, son más las sorpresas que certezas las que el futuro nos obsequia.

La *Justicia significa igualdad* es una de las formas en que frecuentemente se interpreta este vocablo. Donde hay desigualdad no hay *Justicia*. En esto último todos estamos de acuerdo. Pero más bien el principal *objetivo de la justicia es la igualdad entre los hombres*. Muchos esfuerzos han sido enfocados a este fin, mucho se puede hacer en el futuro, además, es posible alcanzar mayores logros en este renglón: pero recordemos que la naturaleza no crea a los hombres iguales, gordos, flacos altos chaparros, esbeltos. Tontos inteligentes, feos y bellos, suertudos, sin suerte, etc., todo esto produce

desigualdades entre los hombres y aun que la utopía de que se diere la igualdad económica, la igualdad intelectual y estética es imposible. Esto demuestra que la *Justicia absoluta* será siempre un *ideal*, al cual no hay que renunciar, ya que siempre será un faro que iluminará nuestras acciones en lo personal y nuestras obras en el campo-socio político.

Lo que sí es accesible, lo que sí es posible para el hombre es la *justicia relativa*. En esta área podemos movernos con la seguridad que haremos un fructífero trabajo, aplicable y funcional dentro de nuestra realidad. En otras palabras debemos procurar esa *relativa justicia entre nosotros*.

Las anteriores consideraciones nos son necesarias para entender que es *presupuesto necesario* la *igualdad entre las partes*, aun cuando ésta sea *relativa*.

Con estas consideraciones recordemos momentos del pasado donde la *igualdad entre los hombres* no se dieron, como el sistema de *esclavitud*, adoptado por los clásicos griegos o por los romanos en su época gloriosa. Siervos y señores feudales no era tampoco época de equidad. En nuestros tiempos, la situación de los ciudadanos frente a estados totalitarios o el sistema de segregación establecido de hecho o legalmente en ciertos países.

El objetivo de este trabajo es primeramente denunciar una nueva situación de *Injusticia* en el área de la *contratación*, la cual llamamos *Desequilibrio Contractual*. Esperamos que este nuevo fenómeno no alcance las proporciones de las *injusticias* que señalamos en el párrafo anterior. Creemos que estamos en el inicio de esta nueva problemática. Pensamos que el estudio de este nuevo fenómeno, nos llevará a encontrar sus causas y, con ello encontrar soluciones y nuevas formas o sistemas para continuar por el romántico camino de la *Justicia*.

Después de estas filosóficas consideraciones entremos a considerar la *clásica definición de justicia: dar a cada quien lo suyo*.

Esta definición tiene una asombrosa aceptación y un aristócrata origen, la encontramos entre los pensadores griegos, es el concepto utilizado por los romanos en su magnífica obra jurídica. Santo Tomás de Aquino la contempla y la utiliza en su suma teológica en su apartado sobre las *virtudes* y en su construcción jurídica sobre la *Justicia*.

Hasta donde conozco no hay rechazo sobre esta definición. La polémica se ha concentrado en precisar el sentido del término *lo suyo*. Lo que se debe a las personas o al Estado, lo que a su vez

el Estado debe a los ciudadanos. ¿Qué es *lo suyo*, que se le debe al hombre, y también qué debe el hombre a los demás y qué debe el hombre al Estado? Encontramos aquí un triángulo formado por *el Estado, el individuo y los demás*.

Las relaciones entre el individuo y el Estado son materia del Derecho público. Las relaciones del individuo con los demás congéneres son estudiadas por el Derecho privado como son las operaciones, contratos o negocios que realizan las personas consuetudinariamente. El Notariado se encarga de dar seguridad jurídica y facilitar la circulación de los bienes y derechos materia de esas operaciones. Es lógico agregar que el Notariado debe velar porque en esas operaciones, cada individuo, cada parte, reciba *lo suyo*, lo que le corresponde. En estas condiciones el notario tiene un campo muy amplio donde velar porque la justicia se realice.

#### b) *Equivalente y patrimonio*

Para disponer de herramientas para realizar nuestra labor respecto a la *justicia* es necesario que tengamos en cuenta dos conceptos que los tomo de Rudolf Von Hering de su libro *El fin del Derecho*.

El primero de ellos es el concepto del *equivalente*. En toda operación o negocio o contrato cada parte debe recibir el equivalente a su prestación. Así quien vende una casa debe recibir una suma *equivalente* al valor de dicha casa; quien presta sus servicios a otro debe recibir el *equivalente* a dichos servicios; quien alquila una casa igualmente debe recibir ese *equivalente*. Estimo que ya no es necesario recurrir a otros ejemplos para explicar este concepto.

El segundo concepto interesante para nuestro estudio es el del *patrimonio*. Decía este autor alemán que esta institución nació de la necesidad de asegurarla subsistencia del *mañana*. En las sociedades más primitivas el hombre cazaba o recolectaba frutos o verduras para la comida del día para él y los suyos. Pronto empezó a guardar bienes para asegurar la subsistencia del *mañana* y a la vez que progresaba y se asentaba, le fue posible asegurar múltiples *mañanas*. Por haberse apropiado de esos bienes justificaba su uso exclusivo, lo que dio lugar al derecho de *propiedad y a la vez a la Institución del patrimonio*.

El libro a que me refiero fue escrito hace más de cien años y en ese lapso el desarrollo social ha colocado las fuerzas económicas en un papel preponderante dentro de las relaciones entre particulares. En la actualidad, nos preguntamos, quién vende un

inmueble recibe el *equivalente* o recibe el precio del mercado? En el caso en que la operación fuera celebrada en un precio diferente al *equivalente*, el perjudicado posee acción legal para recuperar esa diferencia? Estas preguntas en tiempos de dominio de las fuerzas económicas, donde la *ley de la oferta y la demanda* determinan los precios del mercado seguramente serán calificadas por aquellas personas dedicadas al negocio inmobiliario como una perogrullada, reacción que nos ayuda a comprender este fenómeno. El crédito también obedece a las leyes de la oferta y la demanda. Estas circunstancias nos lleva a concluir que el equivalente, como criterio, poco se aplica en nuestros tiempos y que la inmensa mayoría de las operaciones modernas obedecen a leyes económicas.

Volviendo a la institución del *patrimonio*, la presente realidad nos enseña grandes desigualdades patrimoniales. En efecto, recientemente la Organización de la Naciones Unidas revela datos sobre estas desigualdades y cita el caso de tres personas sumamente ricas que tienen bienes que es necesario 600 millones de personas en extrema pobreza para igualar el valor de los tres patrimonios pertenecientes a estos ricos personajes.

Es correcto el dicho popular de que *dinero llama a dinero*. Pero lo más importante consiste en quien controla grandes cantidades de bienes *obtiene poder y, a la vez provoca una dependencia de quienes carecen de esos bienes*.

Estos grandes patrimonios se nos presentan en forma de gigantes empresas, donde se concentran grandes recursos financieros, los cuales a su vez proporcionan poder, donde se cuenta con enormes recursos tecnológicos y culturales, donde colaboran con ella las personas mejor capacitadas y con mayor habilidad. Estas grandes empresas prestan servicios indispensables a un ciudadano normal y, por ello, debe contratar con estas super-empresas.

Los dos factores a que hemos aludido, *dominio de fuerzas económicas y desorbitados patrimonios* han provocado las *grandes injusticias* que actualmente padecemos y, en concreto, en el ámbito de operaciones o negocios de particulares, el ciudadano normal poco campo de maniobra le resta ante la llamada *parte poderosa*. Incluso, los juristas especializados en esta materia, cuestionan *la libertad de contratación* ya que, como hemos visto *el consentimiento de la parte débil* ha sido otorgado por la ineludible *necesidad* de la parte débil sobre los servicios prestados por la parte poderosa, la cual al imponer sus condiciones limita la *libertad* de la parte débil, en tal forma que no le es posible rechazar esas condiciones unilateral-

mente. Este fenómeno lo han llamado, en el último congreso celebrado de la ciudad de Buenos Aires, por la Unión Internacional del Notariado Latino, y en el también último congreso celebrado en la Ciudad de Oaxaca por la Asociación del Notariado Mexicano, *Desequilibrio contractual*.

En síntesis en este tipo de operaciones *la parte débil no recibe lo suyo, no recibe el equivalente y se encuentra en una posición de inferioridad en el momento de contratar*. Estas dos realidades sirven para demostrar lo *injusto* de esta situación.

### c) *Contratación masiva*

El fenómeno de la *Contratación masiva* es propio de nuestros tiempos y también de los fenómenos económicos a que hemos aludido en este trabajo. Como todo, hay aspectos positivos que la justifican, como la rapidez conseguida en la celebración de operaciones y la atención de tantos clientes y la rapidez en la celebración de ese gran número de operaciones. Lo negativo estriba en la deshumanización en la contratación y la imposición de iguales criterios en la contratación a todo consumidor. Esta contratación masiva requiere de contratos previamente elaborados, el llamado Contrato de adhesión por la doctrina.

### *Papel del notario*

Los notarios que intervinimos nos encontramos sujetos también a estas nuevas fuerzas que dominan el campo de la contratación y, también, nuestro margen de maniobra se encuentra limitado.

La institución del notariado se encuentra amenazada. La gravedad de este fenómeno es que la influencia tradicional del notario sobre ambas partes contractuales ha disminuido sensiblemente. Vemos, con tristeza, que la parte poderosa utiliza la fuerza del documento notarial para reforzar su posición frente a la parte débil. Vemos cómo la parte débil no recibe *su equivalente* y así, esos servicios, indispensables, sólo proporcionados por la parte poderosa le producen buena ganancia en detrimento de su contraparte.

A este respecto, recordemos *el principio de imparcialidad*, fuerte pilar de la institución notarial difícil de cumplir en estas épocas, ya que las condiciones modernas de contratación impiden proteger eficazmente a esa parte débil.

Ante esta situación el notariado no puede quedarse cruzado de brazos. El desequilibrio contractual cae en nuestra área, ataca nuestra propia esencia, es vital para nosotros actuar, organizarnos, estudiar el problema, ofrecer soluciones y procurar por todos los medios a nuestro alcance, corregir esta clara *injusticia social*. Si no lo hacemos, otros descubrirán esta situación, la harán suya y es posible que etiqueten al notario como colaborador de la parte poderosa.

El lector se estará preguntando ¿CÓMO?

En primer lugar debemos denunciar este estado de cosas a las autoridades correspondientes, concientizar a empresarios y público general de este desequilibrio contractual, el cual lleva a la *injusticia* y en este país ha provocado tragedias cuando algunos ciudadanos normales han perdido su casa-habitación su auto y demás bienes. Además este desequilibrio contractual fue uno de los factores que provocaron la crisis actual que todavía afecta a nuestra patria.

En segundo lugar, como labor preventiva debemos analizar los contratos utilizados por las grandes empresas, cláusula por cláusula, calificarlas una por una y así estar en condiciones de advertir las malas consecuencias del uso de estos unilaterales contratos.

En tercer lugar debemos recurrir al Derecho comparado, ya que actualmente se han creado fórmulas para volver al equilibrio contractual.

Así en Alemania y en España existe la llamada Ley de Contratación que es respuesta a este tipo de problemas. En efecto, y para ello, estas leyes, nos obsequian un nuevo instrumento para equilibrar esta relación contractual, y es el concepto de *Cláusula abusiva*. En otras palabras, toda cláusula que se tipifique dentro de este nuevo concepto es *nula*. En España, la Ley de Contratación coopera con la Ley del Consumidor y dentro de esta última área se ha elaborado una lista, que no es exhaustiva, de 29 cláusulas recogidas de la experiencia española. En este último país, la Ley del Consumidor y Usuario ha sido coordinada con la Ley de sobre Condiciones Generales de Contratación, de manera tal que las obligaciones notariales para advertir el desequilibrio contractual son claras, así mismo el concepto de Cláusulas abusiva se precisa y además, se proporciona una extensa lista de tipos de cláusulas abusivas. Por creer que es de gran utilidad proporcionar los textos al lector de estos interesantes y novedosos preceptos jurídicos, los agrego al apéndice de este trabajo.

En materia notarial los alemanes cuentan con un recurso que su propia Ley del Notariado les proporciona; esta ley faculta a los señores notarios a señalar que el contrato a firmar está desproporcionado para una de las partes. Si los contratantes insisten en celebrar ese contrato, a pesar de las observaciones del notario, el contrato será autorizado, pero el notario incorporará una nota adicional, haciendo constar su punto de vista así como los fundamentos en que se basa.

El objetivo principal de la *Ley de Contratación* antes mencionada, es *limitar el Poder*, que las circunstancias actuales han proporcionado a esas grandes empresas, en esta área de las operaciones jurídicas. Es un buen principio, un progreso en este camino.

En relación con los *desorbitados patrimonios* hemos mencionado en este trabajo su lado negativo y es de justicia elemental mencionar sus cualidades, ya que la *concentración de recursos*, permite realizar profundas investigaciones, las cuales se traducen en progresos técnicos aprovechables por todos. Por otra parte son fuente de empleos. Organizan mejor la producción y la distribución de bienes y por ello, son competitivos y podrán proporcionar al consumidor, mejores precios. Inclusive no son raros los casos en que este tipo de empresas ayudan en forma importante a obras de beneficencia. Por ello, el Estado deberá encausar a estas poderosas empresas a realizar fines positivos, fomentando la reinversión de utilidades, la investigación y la filantropía.

Más problemático es el caso de grandes patrimonios en manos de una sola persona, aquí el Estado debe de intervenir, para limitar los ya existentes y para procurar el nacimiento de nuevos.

Buen campo de acción se nos presenta al Notariado Mexicano para equilibrar la contratación en nuestro país. Debemos dedicar nuestro esfuerzo a ello, organizarnos por medio de una comisión dedicada a estos fines y no descansar hasta lograr un entorno donde la *justicia* en el área de la contratación sea más accesible para ambas partes.

Para terminar un pensamiento teológico: "*Los bienes fueron creados para todos.*"

FRANCISCO DE P. MORALES

Septiembre de 1999

## APÉNDICE

De la extensa ponencia española presentada en el XXII Congreso Internacional del Notariado Latino, que tuvo lugar en la ciudad de Buenos Aires en noviembre de 1998, cuyo autor, es el notario Vicente L. Simó Santonja, transcribimos los siguientes comentarios.

(Pág. 344, 345 346, 356, 357, 358 y 359).

### **SOBRE LA LEY GENERAL DEL CONSUMIDOR Y USUARIO ESPAÑOLA**

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 del contrato o de otro del que éste dependa.

Tal apreciación no se referirá a la materia objeto del contrato ni a su adecuación con el precio pactado, siempre que las cláusulas que lo definan se redacten de manera clara y comprensible.

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.

El contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. El juez que declare la nulidad de dichas cláusulas podrá proveer su sustitución por otras válidas 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 declararse la ineficacia del contrato.

Cualquiera que sea la Ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, las normas de protección de los consumidores frente a

las cláusulas abusivas serán aplicables siempre que el contrato mantenga estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea...

CUATRO.—Se añade una disposición adicional primera, con la siguiente redacción:

*Disposición adicional primera. Cláusulas abusivas*

A los efectos previstos en el artículo 10 bis, tendrán el carácter de abusivas las cláusulas o estipulaciones siguientes:...

1<sup>a</sup> Las cláusulas que reserven al empresario o profesional que contrata con el consumidor un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida, así como las que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

2<sup>a</sup> La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario o profesional.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por el de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resultasen insatisfactorias.

3<sup>a</sup> La exclusión o limitación de responsabilidad del empresario o profesional por dolo o culpa grave en su cumplimiento, por los daños o por la muerte o lesiones causados al consumidor debidos a una acción u omisión por parte de aquéllos, o la liberación de responsabilidad por cesión del contrato o deuda a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste, así como las limitaciones de responsabilidad contrarias a la utilidad o finalidad del bien o servicio.

4<sup>a</sup> La privación al consumidor de las facultades de compensación de créditos, así como de la retención o consignación.

5<sup>a</sup> La reserva a favor del empresario o profesional de facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo, así como la de resolver anticipadamente un contrato con plazo determinado o la de resolver en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con

antelación razonable un contrato por tiempo indefinido, salvo por motivos graves que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

6ª La vinculación incondicionada del consumidor al contrato o la imposición de prórrogas tácitas prolongadas, así como la exigencia de preavisos desproporcionados o la imposición al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente alta.

7ª La limitación o exclusión de forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional o empresario.

8ª La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido, o de indemnización desproporcionada por incumplimiento, resolución o desistimiento.

9ª La supeditación a una condición cuya realización dependa de la voluntad del empresario o profesional para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor se le haya exigido un compromiso firme.

10. La imposición de obligaciones al consumidor para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario o profesional no hubiere cumplido los compromisos estipulados.

11. La retención de cantidades abonadas por el consumidor por renuncia, sin contemplar la indemnización por renuncia del empresario o profesional.

12. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos insuficientes o ficticios.

13. La transmisión al consumidor de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión, que no le sean directamente imputables.

14. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley correspondan al empresario o profesional.

15. La autorización al empresario o profesional para rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, o la posibilidad de que aquél se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien rescinda el contrato.

16. La imposición al consumidor de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

17. La imposición de renunciaciones a la entrega de documento acreditativo de la operación.

18. La consignación de fechas de entrega meramente indicativas o condicionadas a la voluntad del empresario o profesional.

19. La exclusión o limitación de la obligación del empresario o profesional de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes.

20. Los incrementos por precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

21. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del productor o suministrador, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

22. La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

23. La sumisión a arbitrajes distintos de los previstos legalmente.

24. La previsión de pactos de sumisión expresa a juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor, al lugar de cumplimiento de la obligación o aquel en que se encuentre el bien si fuese inmueble, así como los de renuncia o transacción respecto al derecho exclusivo del consumidor a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

25. La estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio, o la facultad del empresario o profesional para aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas o sin reconocer al consumidor el derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al inicialmente estipulado.

26. La concesión al empresario o profesional del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

27. La sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor emita su declaración negocial o donde el empresario o profesional desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

28. La imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor reconocidos en la presente Ley.

29. Aquellas otras cláusulas o condiciones contrarias a la buena fe, a las normas aplicables al contrato o que modifiquen en perjuicio del consumidor, los derechos u obligaciones inherentes a su naturaleza.

### **SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN (HOY LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, BOE 14 DE ABRIL)**

Cuando se publique esta Ley supondrá la transposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre consumidores, y vendrá dictada en virtud de los títulos competenciales que la Constitución

Española atribuye en exclusiva al Estado en el artículo 149, párrafo 1, números 6ª y 8ª, por afectar a la legislación mercantil y civil, en particular a las bases de las obligaciones contractuales, optándose por la incorporación de la Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales, que al mismo tiempo, a través de una disposición adicional primera modifique el marco jurídico preexistente de protección al consumidor en la LCU. Modificaciones a que hemos hecho alusión en un apartado precedente. Ahora corresponde que nos ocupemos de esta posible Ley General, que no se queda tan sólo en los consumidores, sino que tiene un marco más amplio, como veremos. Según la Exposición de Motivos:

– Se pretende distinguir lo que son cláusulas abusivas de lo que son condiciones generales de la contratación, conceptos que no tienen por qué coincidir. Una cláusula es general cuando está predispuesta e incorporada al contrato exclusivamente por una de las partes, y no necesariamente tiene por qué ser abusiva; cláusula abusiva es la que en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales, y puede tener o no el carácter de condición general.

– El ordenamiento jurídico debe proteger no sólo a los consumidores y usuarios, sino también a los pequeños y medianos empresarios y profesionales, sean o no personas físicas o jurídicas unos y otros, frente a las cláusulas abusivas de los contratos, pero también frente a los clausulados generales de las grandes empresas en las que existe una predisposición al abuso de la posición de preeminencia. Con ello se ejercita la facultad del Estado obligado a transponer la Directiva comunitaria de poder incrementar el nivel de protección más allá de las obligaciones mínimas que aquella impone.

– La protección de la igualdad de los contratantes, es presupuesto formal de la justicia de los contenidos contractuales y constituye uno de los imperativos de la política jurídica en el ámbito de la actividad económica. Por ello, la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

¿Por qué o en qué medida esta Ley afecta al quehacer notarial?: el capítulo VI lleva por título (Información sobre condiciones generales), y su único artículo, el 21, dispone:

1. Los *notarios* y los registradores de la Propiedad y mercantiles advertirán en el ámbito de sus respectivas competencias de la aplicabilidad de esta Ley, tanto en sus aspectos generales como en cada caso concreto sometido a su intervención.

2. Los *notarios advertirán* y los registradores de la Propiedad y mercantiles calificarán la necesidad, en su caso, de la previa inscripción de los contratos en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3. *En todo caso, el notario hará constar en el contrato el carácter de condiciones generales de las cláusulas que tengan este carácter.*

Analicemos, pues, en qué van a consistir nuestras advertencias, asesoramientos y constancias documentales, con unas referencias mínimas, pero suficientes.

– *Capítulo I. Disposiciones generales*

Recoge, teniendo en cuenta orientaciones jurisprudenciales anteriores, aportaciones doctrinales sobre la materia y criterios utilizados por el Derecho comparado, el concepto de condición general de la contratación basado en la predisposición e incorporación unilateral de las mismas al contrato: La presente Ley se aplicará a las *cláusulas predispuestas*, cuya incorporación al contrato sea exclusivamente imputable a una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias. Se reputan cláusulas predispuestas aquellas que hubieren sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos o *declaraciones* jurídicamente relevantes (art. 1).

En cuanto a su ámbito territorial se aplica a las condiciones generales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española, y también a los sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su domicilio o residencia habitual (art. 2).

Se excluyen (ámbito objetivo) los contratos administrativos, los de trabajo, los de sociedad, los que regulan relaciones familiares y los contratos sucesorios (art. 3).

Los artículos 4 y 5 regulan los requisitos para que la incorporación de una cláusula general se considere ajustada a derecho. Las condiciones generales pasan a formar parte del contrato cuando su incorporación al mismo haya sido aceptada por el adherente y sólo se considerará aceptada la incorporación cuando el predisponente haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia, y le haya facilitado un ejemplar de las mismas. Cuando por la forma o circunstancias de la celebración del contrato, estos requisitos resulten desproporcionados, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del local en el que se celebre el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad razonable de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. En cualquier caso, no quedarán incorporadas aquellas condiciones generales que sean ilegibles o incomprensibles para un contratante no especialista en la materia. Tampoco se considerarán incorporadas aquellas cláusulas que de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del

contrato, resulten tan insólitas que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia, así como aquellas de las que no haya tenido oportunidad el adherente de tomar conocimiento real al tiempo de la celebración del contrato.

Por último se indican las reglas de interpretación: 1. Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las específicamente previstas para el contrato concreto, prevalecerán éstas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares. 2. Las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán en contra del predisponente (art. 6).

### *– Capítulo II. Nulidad de determinadas cláusulas generales*

Serán nulas de pleno derecho las cláusulas de condiciones generales que contradigan, en perjuicio del adherente, las exigencias de la buena fe. Se reputan contrarias a la buena fe las cláusulas que injustificadamente deroguen las normas aplicables al contrato o que limiten los derechos y obligaciones inherentes a la naturaleza del mismo de tal forma que se ponga en peligro su finalidad económica. Serán también nulas las cláusulas generales que sean abusivas, entendiéndose por tales las definidas en el artículo 10 bis de la Ley General de Consumidores y Usuarios, aunque el adherente no sea un consumidor (art. 7). Al referido artículo 10 bis nos hemos referido anteriormente, así como al elenco de cláusulas abusivas.

La nulidad de las cláusulas de condiciones generales o la declaración de no incorporación al contrato, podrá ser invocada por los contratantes de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual y con los efectos previstos en el artículo 9 (art. 8).

La no incorporación al contrato de las referidas cláusulas o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la nulidad total del contrato. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil. No obstante, procederá la nulidad total del contrato cuando la integración realizada conforme a lo previsto en el apartado anterior conduzca a resultados que difieren sustancialmente de lo perseguido por las partes en el momento de celebrar el contrato (art. 9).

### *– Capítulo III. Del Registro de Condiciones Generales de la Contratación*

Se crea el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que estará a cargo de un registrador de la Propiedad y mercantil, conforme a las normas de provisión previstas en la Ley Hipotecaria, que será público, y en el que deberán inscribirse las cláusulas contractuales que

tengan el carácter de condiciones generales de la contratación con arreglo a lo dispuesto en la Ley. Y la falta de inscripción será sancionada con multa por la Administración del Estado a través del Instituto Nacional de Consumo (art. 10).

– *Capítulo IV. Cesación de las condiciones generales*

Contra la utilización o la recomendación de utilización de las cláusulas que resulten contrarias a la ley, u otras leyes imperativas, podrán interponerse acciones de cesación (para obtener sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo) y retractación (para instar la imposición al demandado de la obligación de retractarse de la recomendación que haya efectuado de utilizar tales cláusulas (art. 11).

Se regula además con detalle la legitimación activa (asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores; cámaras de comercio, industria y navegación; asociaciones de consumidores y usuarios) y la pasiva (cualquier persona que utilice condiciones generales nulas); la prescripción; la tramitación del proceso (juicio de menor cuantía); y los intervinientes en el proceso (arts. 11 a 18).

– *Capítulo V. Publicidad de las sentencias*

Una vez firme la sentencia de cesación o retractación se publicará (Boletín Oficial del Registro Mercantil) y en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia (art. 19). Publicada la sentencia el juez dictará mandamiento al registrador de Condiciones Generales de la Contratación para su inscripción en el mismo (art. 20).