

## PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN DE CONDICIONES GENERALES A DETERMINADAS FORMAS DE CONTRATACIÓN ENTRE PROFESIONALES (REGLAS Y USOS UNIFORMES DE LA CCI, CONTRATOS ISDA, CMOF Y SIMILARES)

AGUSTÍN REDONDO

Abogado\*

### Problemas de aplicación de los controles de inclusión de condiciones generales a determinadas formas de contratación entre profesionales (reglas y usos uniformes de la CCI, contratos ISDA, CMOF y similares)

En la contratación entre profesionales está muy extendido el uso de modelos estandarizados de determinación del contenido contractual, tales como las Reglas y Usos Uniformes de la CCI, los contratos ISDA y CMOF, etc., que desde el punto de vista de Derecho español pueden ser considerados como condiciones generales de la contratación (CGC). Sin embargo estas formas no encajan con el modelo tradicional de CGC, donde la aplicación de los requisitos de incorporación material de la LCGC, en concreto su entrega al adherente de las CGC, choca con la práctica del mercado y con el carácter en muchos casos público y accesible de estos modelos de regulación. Tanto la doctrina, como en gran parte la jurisprudencia, se inclinan por la conveniencia de una aplicación flexible de la normativa, salvo en el caso de los empresarios o consumo empresarial, que tiende a equipararse a los consumidores, exigiendo el cumplimiento estricto de los controles de incorporación.

### Problems arising from the application of the «standard contract terms and conditions» inclusion test to certain forms of commercial contracts (unified rules and uses of the ICC, ISDA, CMOF and similar contracts)

Standardised contractual rules are widely used in commercial contracts. For instance, the Uniform Customs and Practice issued by the ICC, and the ISDA master agreements are aimed at establishing uniformity in certain commercial practices and setting industry standards. Under Spanish law these sets of rules could be considered standard contract terms and conditions, but they differ from the standard forms that the Spanish lawmakers had in mind when the Spanish Law on Standard Contract Terms and Conditions (LCGC) was enacted. This could cause some practical problems because Spanish law requires the material delivery of standard terms in commercial contracts as a requirement for their inclusion in the relevant contract. However, this requirement is not always complied with. Spanish scholars have suggested, and case law confirms this approach, a more flexible application of the requirement, except in certain cases involving businesspersons who are considered equivalent to consumers. In the latter cases, the inclusion requirements provided by Spanish law must be strictly adhered to.

### 1 · INTRODUCCIÓN: LOS MODELOS DE REGULACIÓN ESTANDARIZADA DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

En determinados campos de la contratación entre empresas o profesionales<sup>1</sup>, especialmente en el ámbito internacional, está muy extendido el uso de una serie de modelos contractuales, contratos marco o reglas, todos ellos redactados por agencias internacionales, cámaras u asociaciones profesionales. Nos estamos refiriendo a una serie heterogénea de supuestos que incluyen, entre otros, las Reglas y Usos Uniformes («RUU») de la Cámara de Comercio Internacional (por ejemplo las referidas a los créditos documentarios y los *international commer-*

*cial terms* ó INCOTERMS), los contratos estándar de la ISDA (*International Swaps and Derivatives Association* o «Asociación internacional de Swaps y derivados»), los contratos de Loan Market Association (LMA) de gran importancia en el sector de la financiación, los contratos FIDIC de construcción (elaborados por la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*), por no olvidar algún ejemplo del ámbito español, el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF), elaborado por la Asociación Española de Banca Privada. Su uso está muy extendido especialmente en el ámbito internacional, donde por ejemplo una parte muy importante de los proyectos cofinanciados por la Unión Europea están basados en el modelo FIDIC antes referido, o el contrato ISDA, que sirve de base a gran parte de las operaciones financieras de derivados, entre otros.

\* Del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Varsovia).

<sup>1</sup> Utilizo aquí preferentemente el término profesional, más usual en la materia de condiciones generales de la contratación, que tiene un sentido amplio de empresario.

Todos estos ejemplos, y otros más que se podrían añadir especialmente en el ámbito financiero y de seguros, suponen modelos de regulación estandari-

zada de todo o parte del contenido contractual de las relaciones jurídicas para las que han sido elaboradas, generalmente en un sector específico. En ocasiones se trata de documentos con vocación de fijar el estándar contractual del correspondiente sector, y en algunos casos incluso se buscan convertirse en, o formalizar, usos comerciales de dicho sector, o de ser *soft law*. Pese a las evidentes diferencias entre ellos, tanto de origen, ámbito y modo de uso, los que hemos considerado anteriormente presentan en común algunos rasgos fundamentales o características que es conveniente destacar:

- (i) Suponen un modelo con vocación de uso generalizado de todo o parte del contenido contractual de determinadas relaciones jurídicas.
- (ii) No han sido formulados por una de las partes contractuales (aunque estas pueden haber escogido entre determinadas opciones la que le resulta más favorable), sino por un tercero con una relación más o menos distante con ninguna de las partes. Se trata en general de entidades de tipo asociativo, que incluyen a todo o parte importante de los principales actores de esa industria.
- (iii) El redactor de ese modelo estandarizado no ha buscado prioritariamente defender los intereses de una de las partes típicas (si bien puede ser más favorable a una de ellas), sino establecer un estándar o conjunto de estándares que sean aceptables para su uso en la industria correspondiente.
- (iv) En general, al ir destinados a un sector económico determinado, su ámbito es de los *commercial contracts*, esto es los destinados al ámbito entre profesionales excluyendo la contratación con el público general (los consumidores), si bien, en algunos casos, en especial en el ámbito financiero, muchos contratos han acabado siendo usados también con un público más amplio<sup>2</sup>.
- (v) Por último, aunque este no sea un rasgo definidor, sino más bien una consecuencia práctica, por su vocación de permanencia y uso generalizado, suelen ser objeto de actualizaciones periódicas, que pueden dar lugar a proble-

mas interpretativos sobre la versión aplicable en un caso concreto.

La incorporación de estos contenidos a la relación jurídica tiene lugar de distintas formas que van a depender en gran medida de su apariencia externa y formulación. En algunos casos, como por ejemplo las RUU sobre créditos documentarios o los INCOTERMS, se incorpora típicamente al contrato mediante pura referencia a las reglas elegidas o al INCOTERM que se pretende que regule la materia. En otros casos, por ejemplo en el ISDA o el CMOF, junto a la referencia en el contrato particular o anexo, suele haber en muchos casos un reconocimiento expreso, y a veces suscripción, del contrato marco, parte general o condiciones generales. Finalmente, en otros casos (por ejemplo, los contratos de redactados según los modelos de la LMA, o los contratos FIDIC), la regulación es el modelo sobre el que se redacta y negocia el correspondiente contrato.

Pese a su heterogeneidad, desde el punto de vista de su calificación en Derecho español, una de las posibles calificaciones de este conjunto de supuestos es considerarlas como condiciones generales de la contratación («CGC»). Como veíamos, uno de sus rasgos comunes es, además de su redacción previa, su vocación de uso a una pluralidad de relaciones jurídicas, siendo en general impuesto por una de las partes, generalmente aquella que proporciona la prestación característica del contrato (o la que tiene un mejor conocimiento de la misma). Se cumplirían así los requisitos del artículo 1 de la Ley 8/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE de 14 de abril de 1998) («LCGC»), ya que, como es sabido, la calificación de CGC es independiente de «la *autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias*» (art. 1.1. LCGC).

No se me escapa que en muchos de esos casos su consideración como CGC es, cuanto menos, cuestionable. En primer lugar, dado su carácter generalizado y estandarizado pueden ser consideradas, y de hecho lo son para parte de la doctrina, directamente como usos de comercio. El caso más claro es el de las RUU de la CCI que muchos y prestigiosos autores califican de uso de comercio<sup>3</sup>. En el extremo opuesto del análisis, puede igualmente discutir-

<sup>2</sup> Su uso con consumidores (o con pequeñas empresas) ha acabado convirtiéndose, como luego veremos, en un problema importante a la hora de confirmar la validez de estos modelos, ya que en muchos casos los consumidores o pequeños empresarios carecen de los conocimientos necesarios para tratar con contratos de la complejidad de algunos de los aquí tratados.

<sup>3</sup> Para todas ellas, véase M. J. Guerrero Lebrón: «La naturaleza de las Reglas y Usos Uniformes relativas a los créditos documentarios», *Derecho de los Negocios*, Octubre 2000, págs. 21 y ss (en pág. 26).

se su consideración de CGC al no ser claro en ocasiones el requisito de imposición por una de las partes, ya que no se considera como CGC aquella estipulación contractual que ha sido objeto de negociación, o ha podido serlo de manera realista (art. 1.2. LCGC). En ocasiones los modelos estandarizados ofrecen soluciones alternativas (y en muchos casos con resultados distintos en la distribución de obligaciones y riesgos), para que las partes de una relación jurídica apliquen la que más se adapte a sus intereses. El ejemplo más común al respecto son las cláusulas INCOTERMS. No es raro por otra parte que en la parte negociada se excluyan además expresamente la aplicación de determinados principios. Por ejemplo, a veces las partes pactan no aplicar determinada regla de las RUU relativas a los créditos documentarios, lo que llevaría a pensar en si se pueden considerar las demás realmente como CGC cuando parece que al menos ha existido una actividad negociadora de las partes que implicaría una ausencia de imposición. Va a tratarse en cualquier caso de unas CGC distintas a las que estamos habituados (formularios pre-redactados por el predisponente) y que son las que parece tener en mente el legislador en gran parte de la regulación de las CGC en España.

El análisis detallado de las dificultades antes mencionadas implicaría unas consideraciones que exceden el ámbito limitado de este artículo, y además requerirían tener en cuenta las circunstancias concretas de cada relación particular. En cualquier caso, la consideración de los modelos de regulación contractual estandarizada como CGC es una de las posibilidades que tampoco pueden excluirse. Partiendo de esta premisa, uno de los problemas que se derivan de tal consideración, que constituye el objeto de este artículo, es el cumplimiento de los requisitos de inclusión como CGC impone la LCGC.

En ocasiones, la incorporación de los modelos de regulación contractual estandarizada a la relación jurídica concreta tiene lugar mediante su inclusión directa en el contrato en cuestión, que se redacta siguiendo el modelo (por ejemplo los contratos de préstamo redactados de acuerdo con los modelos de la LMA). En estos casos no se plantean en general problemas de incorporación, y en muchos supuestos hasta será difícil hablar de CGC. En otros supuestos, sin embargo, es común que la regulación de la relación jurídica no se incorpore más que por referencia («En lo no establecido por las partes esta garantía se regirá por las Reglas y Usos Uniformes de garantías de la Cámara de Comercio Internacio-

nal») y no es raro que no se incorporen físicamente al contrato, ni como anexo ni de otra forma. Por fin, para un último grupo, si bien está previsto que se firme la denominada parte general o condiciones generales (por ejemplo en los ISDAs), suele suscribirse solo el denominado *schedule* (las condiciones particulares), y se da por válida (identificando la versión que se usa de entre las posibles) o se incorpora por referencia, la parte general.

La legislación española impone respecto a las CGC unos requisitos especiales de incorporación que pueden chocar con estas prácticas y producir importantes problemas<sup>4</sup>.

## 2 · Los requisitos de incorporación en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación

En España el régimen legal de las CGC entre profesionales viene determinado fundamentalmente por la LCGC, con algunas modificaciones y normas complementarias, así como diversas normas sectoriales o aplicables a cláusulas concretas, por ejemplo para los contratos de seguro resulta aplicable el artículo 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (BOE de 17 de octubre de 1980), o para cuestiones relativas a fechas de pago y otras cuestiones el artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (BOE 30 de diciembre de 2004). Además, no podemos olvidar la importante influencia que ejerce en esta materia la normativa de consumidores, y en la actualidad los artículos 80 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007).

Como es conocido y se señalaba el preámbulo de la

<sup>4</sup> Además, hay que tener en cuenta además que esta norma se aplica en principio a todos los contratos con condiciones generales que se suscriban en España «cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en este su residencia habitual» con independencia del derecho al que estén sometidas (art. 3, párrafo 2 LCGC), sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales. Así, podrían estar sometidos a los requisitos de la LCGC los contratos de derivados suscritos bajo la fórmula ISDA entre sociedades españolas y entidades financieras españolas. Como se puede entender, esto plantea a su vez otra serie importante de problemas de interpretación cuyo ámbito desborda de nuevo el de este artículo.

LCGC, su objetivo era doble: trasponer al ordenamiento español la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 095 de 21 de abril de 1993) y por otra, realizar una primera regulación completa en nuestro país de las CGC.

Mientras que el primer objetivo se cumplió de forma correcta, aunque tal vez no de manera brillante, el segundo, que es el que más nos va a afectar, ha recibido numerosas críticas por múltiples motivos. Uno de ellos, que resulta relevante en este momento, es el hecho de que la LCGC, pese a tener un amplio ámbito subjetivo que considera que los adherentes pueden ser tanto consumidores como profesionales, no ha estado muy acertada a la hora de regular el uso de las CGC entre profesionales. La LCGC en general no ha tenido en cuenta las peculiaridades que la contratación con CGC como las que estamos tratando en este artículo tienen frente al caso más típico de formulario elaborado por el predisponente para proteger sus intereses<sup>5</sup>.

Generalmente la doctrina ha incidido más en la crítica de la exclusión de estas del control del contenido. Como se puso de manifiesto desde el comienzo de la tramitación parlamentaria, se quitaba a la misma gran parte de su razón de ser, o como, con posterioridad, una comentarista gráficamente expresó «para este viaje no hacían falta estas alforjas»<sup>6</sup>. Sin embargo, en el otro extremo que nos afecta ahora, respecto a la regulación de los controles de incorporación las posturas son en general igualmente críticas, pues se considera que la regulación de los controles de incorporación, no ha sido técnicamente correcta, al caer en un excesivo formalismo<sup>7</sup>. Se

critica que el legislador parezca haber querido compensar, sin sentido, en la regulación de las CGC entre profesionales la falta de controles de contenido con un nivel muy alto de exigencia en los controles de incorporación<sup>8</sup>.

En efecto, el artículo 5 de la LCGC establece que «Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.» y se añade a párrafo seguido que «No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas».

Como reconoce la doctrina que ha analizado los requisitos de incorporación (regulados en este art. 5 LCGC y además en el art. 7 LCGC), su formulación no es muy afortunada. Ello es así no solo por los problemas que luego plantearemos, sino también por la doble regulación de la materia en dos artículos distintos, su incorrecta redacción (por ejemplo, no parece claro si la firma se refiere solo al contrato o también a las CGC), falta de coordinación con otra normativa, los problemas que se plantean por la aceptación de unas CGC que se presentan documentalmente separadas del contrato principal se hace precisamente mediante una CGC incorporada a esa parte principal del contrato<sup>9</sup>, etc. Sin embargo, el principal problema que se plantea desde el punto de vista de la contratación entre profesionales es el requisito expreso de que se facilite un ejemplar de las mismas, es decir, que estamos hablando de los controles de inclusión o incorporación puramente materiales y no tanto de aquellos otros requisitos relativos a otros aspectos de su forma (legibilidad, transparencia, claridad) que solo podrán entrar a considerarse una vez que las CGC correspondientes se consideren integradas en el contrato.

Este requisito en muchas ocasiones, no se ajusta a la realidad del tráfico mercantil ni probablemente sea necesario en gran parte de los casos. Tanto las Reglas Uniformes de la Cámara de Comercio Inter-

<sup>5</sup> Este juicio es casi unánime en la doctrina, si bien en ocasiones formulado de manera más vehemente: «El legislador no quiso o no supo comprender cuál es el verdadero significado de una ley de condiciones generales. Al menos en lo que respecta a la protección de los empresarios, no ha dado las respuestas necesarias», K. J. Albiez Dohrmann: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y europea*, Cizur Menor, 2009, pág. 117.

<sup>6</sup> M. J. Gete-Alonso: «Comentario al Art. 8», en I. Arroyo y J. Miquel (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, pág. 86. Para un panorama global de las críticas, casi unánimes a este respecto puede verse, a modo de resumen en J. M. de la Cuesta Rute (dir.): *Contratos Mercantiles*, Barcelona, 2009, pág. 56 y ss.

<sup>7</sup> Las críticas al respecto son unánimes, véase al respecto, entre otras I. González Pakanowska: «Artículo 5. Requisitos de Incorporación», en R. Bercovitz, R (coord.): *Comentarios a la LCGC*, Cizur Menor 2001., pág. 144, o S. Durany Pich: «Artículo 5. Requisitos de Incorporación», en J. Alfaro Aguila-Real (coord.):

*Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Cizur Menor, pág. 273, o I. Feliu Rey: «Artículo 5. Comentario», en I. Arroyo Martínez, I, y J. Miquel Rodríguez (coords.): *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, 1999, págs. 54 y 55.

<sup>8</sup> Véase al respecto K. J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 122.

<sup>9</sup> K. J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 128-130.

nacional como algunos de los modelos de operaciones financieras (ISDA, CMOF) son fácilmente accesibles para cualquier persona realizando gracias a internet un mínimo esfuerzo. Más difícil puede ser en ocasiones acceder a otras normas (los INCOTERMS), si no en su acceso físico, sí al menos en su comprensión (y los requisitos de incorporación tratan también precisamente de destacar este aspecto). Repito que no hablo aquí de su normal entendimiento, sino meramente el requisito de entrega.

La LCGC ha establecido respecto a modalidades particulares del tráfico (contratación oral, informática o por teléfono) normas de adaptación y flexibilización. Sin embargo no existe una regulación diferenciada para los controles de incorporación respecto al uso de CGC entre profesionales, dando lugar a las críticas doctrinales antes señaladas.

La cuestión es fundamental, ya el incumplimiento del requisito implica la no incorporación al contrato de dichas CGC, bien como condición positiva del artículo 5 LCGC o negativa del artículo 7 LCGC. A su vez, esta falta de incorporación puede significar en algunos casos la nulidad del contrato, ya que puede resultar imposible integrar el contrato aun en sus prestaciones fundamentales (sobre todo cuando son confirmaciones de elementos particulares de la transacción concreta), sin la referencia a la parte o marco general.

Un vistazo rápido al Derecho comparado nos revela que los controles de incorporación suelen tener en cuenta respecto al requisito de entrega de las CGC<sup>10</sup> criterios más flexibles en los supuestos de contratación entre profesionales que en contratos con consumidores. En esta misma línea se situaban los antecedentes legislativos de la LCGC, que en sus diversos trabajos previos había considerado expresamente esa posibilidad de trato diferenciado.

### 3 · SOLUCIONES PLANTEADAS POR LA DOCTRINA

Ante la posición del legislador, bastante clara pero en general percibida como frustrante y errónea, la Doctrina ha considerado principalmente dos alternativas para justificar un trato más flexible del

requisito de entrega de las CGC en los contratos entre profesionales:

(i) Mediante una interpretación extensiva y teleológica de la norma, que considere cumplida la obligación de entrega otras formas de otras formas o acudiendo a otros remedios jurídicos generales (González Pakanowska<sup>11</sup> y de forma más expresa Albiez Dohrmann<sup>12</sup>).

(ii) Mediante una aplicación extensiva de la normativa de los contratos orales, ya que para los contratos que no deben formalizarse por escrito no es necesaria la puesta a disposición (art. 5.3. LCGC, in fine) y basta cualquier otra forma que «garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.» (Durany Pich<sup>13</sup>).

En ambos casos, se trata de acomodar el texto insatisfactorio de la LCGC a las funciones del control de incorporación de las CGC. Estas funciones se han interpretado a su vez de manera distinta por nuestra doctrina, que básicamente se ha agrupado en torno a tres posiciones<sup>14</sup>:

- Función de transparencia: garantizando el proceso de formación del contrato y por lo tanto la libertad de decisión (tesis tradicional, Díez Picazo<sup>15</sup>).
- Función de integración: estableciendo reglas de procedimiento para entender concluido un contrato integrado con condiciones generales (González Pakanowska<sup>16</sup>).
- Función de publicidad: los requisitos de incorporación permiten asegurar al adherente conocer su situación jurídica cuando surge el conflicto, posibilidad que no tiene si no tiene a disposición las cláusulas (Alfaro Águila-Real<sup>17</sup>).

Sin embargo, cualquiera de las funciones que cumpla el requisito de incorporación, estas pueden suplirse por medios distintos de la entrega material de las CGC, ajustándose a las peculiaridades del tráfico empresarial. Piénsese por ejemplo en las RUU o

<sup>10</sup> K. J. Albiez Dohrmann: «Las condiciones generales de la contratación: Una lectura de los diferentes modelos de control», en S. Sánchez Lorenzo, *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, Ed. Civitas, 2009, págs. 93 y ss (en pág. 107 y ss).

<sup>11</sup> I. González Pakanowska, *op.cit.*, pág. 146.

<sup>12</sup> K. J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 139.

<sup>13</sup> S. Durany Pich, *op.cit.*, pág. 299.

<sup>14</sup> M. C. Gete-Alonso, *op.cit.*, pág. 74.

<sup>15</sup> L. Díez Picazo: *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Cizur Menor, 1996, pág. 30.

<sup>16</sup> I. González Pakanowska, *op.cit.*, pág. 150.

<sup>17</sup> J. Alfaro Águila-Real: *Las condiciones generales de la contratación*, Cizur Menor, 1991, pág. 202.

la parte general del ISDA que se encuentran publicadas tanto físicamente en diversas fuentes accesibles al público general como en una simple búsqueda por internet, o pueden haberse entregado como consecuencia de relaciones anteriores entre las partes. No será este siempre el supuesto en la contratación entre profesionales, pero lo que sí que parece necesario en cualquier caso es la introducción de un elemento de flexibilidad para atender a las concretas circunstancias de la contratación entre profesionales, como se ha hecho respecto a la contratación oral o la realizada telefónicamente o por medios telemáticos.

Una interpretación literal que equipare los requisitos de incorporación de las CGC en la contratación entre profesionales y con consumidores lo único que lleva es a introducir factores de rigidez y un entorpecimiento del tráfico empresarial<sup>18</sup>.

Las soluciones que por la doctrina se considera deberían ser aplicables a los distintos supuestos de modelos de regulación estandarizada que estamos considerando en este artículo son diversos. Para aquellas reglas que tienen su origen en *formulating agencies* de carácter internacional tales como la CCI, que son además de uso muy corriente (en particular las distintas RUU y los INCOTERMS), se considera casi unánimemente que no deben (o deberían requerir) su entrega separada<sup>19</sup>. Aquellas que son parte de contratos marco (o de contratos previos), parecen despertar más simpatías (si bien se reconoce la insuficiencia al respecto del art. 5.1. LCGC)<sup>20</sup> en cuanto a la flexibilización del requisito de entrega. Por último, las que mayor recelo parecen despertar son las elaboradas por asociaciones de empresarios (aunque la CII lo es), incluso si los profesionales que se adhieren a las CGC correspondientes son miembros de esas asociaciones<sup>21</sup>.

#### 4 · TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LA MATERIA

Vista la esperanza que la doctrina deposita en nuestra jurisprudencia ante la insatisfacción al texto normativo, resulta necesario repasar la posición de nuestros tribunales respecto a algunos de estos contratos que hemos considerado.

La primera conclusión es que transcurridos ya casi catorce años desde la aprobación de la LCGC, existe un cuerpo jurisprudencial de cierta relevancia respecto a este punto, si bien en algunos casos está muy centrado en torno a unos supuestos concretos (en particular, y de forma casi exclusiva, las RUU, Incoterms y el CMOF e ISDA<sup>22</sup>). A nivel general puede estimarse que la jurisprudencia ha adoptado criterios coincidentes con los reclamados por la doctrina, esto es, ser más exigente en cuanto a los requisitos de incorporación en la contratación con consumidores, y sin embargo permitir una aplicación más flexible en la contratación entre profesionales.

Esta conclusión debe sin embargo ser matizada respecto a la figura del «empresario-consumidor», esto es, el profesional que se considera que en el ámbito concreto al que se refieren las CGC actúa como usuario final de los bienes y servicios y que tiene por tanto una situación análoga (y necesidad de protección) a la del usuario/consumidor<sup>23</sup>. El problema es complejo y no puede más que apuntarse aquí. De hecho su aplicación más frecuente es en los controles de contenido, donde pasa a darse un tratamiento igual a estos empresarios-consumidores, que se beneficiarían de la consideración como abusivas de determinadas CGC. Ante la ausencia de criterios normativos claros que permitan definir los supuestos de que estamos hablando, nuestros órganos jurisdiccionales parecen tender más a principios de justicia material para el caso concreto, que sin embargo dificultan la correcta comprensión de la jurisprudencia sobre el tema que estamos aquí considerando.

Los supuestos que más claridad ofrecen son los de las RUU y los INCOTERMS, cuya incorporación al contrato por mera referencia parece aceptada por nuestros tribunales. Si bien en la jurisprudencia no

18 K.J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 139.

19 I. González Pakanowska, *op.cit.*, pág. 146.

20 K.J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 133 y 134.

21 K.J. Albiez Dohrmann, *op.cit.*, pág. 134.

22 No he encontrado ninguna resolución judicial que se refiera a los otros supuestos antes considerado, que sin embargo la práctica profesional nos muestra que no son extraños a la práctica empresarial española.

23 Por ejemplo, en una resolución que luego veremos, aunque sea a los efectos del deber de información sobre el producto, la Audiencia Provincial de Lugo concluye respecto a una sociedad mercantil que contrata un producto financiero para protegerse de las fluctuaciones de los tipos de interés (que se considera especulativo): «No cabe duda que, por lo expuesto, la entidad actora debe ser considerada como un cliente minorista a los efectos legales y reglamentarios y por ello debe gozar de la necesaria protección reservada a los clientes que ostentan tal carácter» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 8 de febrero de 2011).

parece haberse cuestionado por las partes la aplicación o no a los mismos del artículo 5 LCGC, existen un número importante de resoluciones en que se admite, sin que sea objeto de discusión, la aplicación de las RUU y los INCOTERMS incorporadas al contrato únicamente por referencia. Así se afirma que: *«en la póliza del crédito documentario se establecen, como reglas aplicables, las contenidas en las Reglas y Usos uniformes sobre créditos documentarios en su versión de 1983 y aunque verdaderamente no forman parte del ordenamiento jurídico español (sentencia de 9 octubre 1997), nada impide que las partes las incorporen a sus contratos, en virtud de la libertad que les reconoce el artículo 1255 CC y en tal sentido deben ser respetadas por quienes acordaron incorporarlas para integrar sus contratos, como ocurre en el presente caso. Aplicándose estas reglas, carece de sentido alegar la infracción de una disposición, el artículo 256 del Código de comercio, que no se aplicaba a este negocio jurídico por expresa voluntad de las partes, que se remitieron a las Reglas Uniformes»* (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 julio de 2007).

En una línea parecida (si bien insistimos, nunca considerando discutiendo el asunto directamente), nos encontraríamos situaciones de aceptación del uso de las RUU en las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2008, 13 de diciembre de 2002, 16 de mayo de 1996 y 14 de marzo de 1989 (como se ve tanto antes como después de la publicación de la LCGC), y en diversas resoluciones de audiencias provinciales.

Lo mismo podríamos señalar de los INCOTERMS, por ejemplo en la Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de noviembre de 1983 y 30 de marzo de 2006, así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28, de 29 de abril de 2011 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4, de 27 de enero de 2009.

Sin duda alguna influyen en estos supuestos el especial carácter de las RUU y los INCOTERMS, muy cercanos a su consideración como usos mercantiles, si bien, como hemos visto más arriba el Tribunal Supremo reconoce su aplicación porque las partes las han incorporado al contrato. Cabría plantearnos si las RUU y los INCOTERMS no se han incorporado al contrato por imposición de una de las partes, sino de manera convencional por ser usuales en el sector o en el tipo de contrato. Por lo tanto no hablaríamos de CGC en este caso (faltaría la nota de imposición), ni del requisito de incorporación. En cualquier caso, como apuntábamos

antes, la cuestión de la naturaleza de las RUU y los INCOTERMS está aun sujeta a visiones distintas.

En relación con otros supuestos de los contemplados en este artículo, en concreto el uso del CMOF y del ISDA en operaciones financieras, la posición es menos clara, como resume la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Móstoles de 18 de julio de 2011, que resume detalladamente las posiciones de los distintos tribunales.

Por un lado existe una jurisprudencia que considera que no es necesario un requisito de entrega si se puede acreditar por otros medios la puesta a disposición del Contrato Marco y sus anexos. Por ejemplo por haberse conocido en otro contrato o al realizar modificaciones al mismo *«lo que ineludiblemente supone que la parte que los modifica era conocedora de los términos del Contrato Marco»* y por lo tanto la falta de entrega del «Contrato Marco y sus Anexos» no juega cuando la contrapartes *«tenían completo conocimiento del mismo y la posibilidad directa de acceso al mismo»* (Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1, de 22 de febrero de 2011)<sup>24</sup>. Los mismos razonamientos se dan incluso en supuestos en que el CMOF se remitió y suscribió con posterioridad a la firma de la confirmación, esto es de la firma del contrato (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de marzo de 2009).

En contra, sin embargo nos encontramos otras resoluciones como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 7 de junio de 2011. Esta sentencia es un buen ejemplo de los problemas que se plantean, ya que la *ratio decidendi* está no en la falta de entrega del CMOF y el ISDA (aunque parece que no se entregaron), sino en su complejidad y carácter ininteligible para un no experto, lo que ocasiona un vicio de la voluntad. Se considera que desde el punto de vista de inclusión material, el CMOF y el ISDA están incorporados al contrato (una permuta financiera de tipos de interés con techo y suelo parcial, «Collar KI en el Floor»), y la complejidad de estos documentos ocasiona no su falta de incorporación de acuerdo con los otros controles de inclusión de los arts. 5 y 7 LCGC, sino

<sup>24</sup> Si bien hay que aclarar que la misma resolución negaba el carácter de CGC a las cláusulas del CMOF aplicables al contrato *«por haber sido negociadas las cláusulas esenciales del mismo, y además porque la mercantil recurrente tenía conocimiento completo de dicha cláusula de convenio arbitral al ser idéntica a la inserta en el contrato firmado el 12/12/2006»*.

un error de consentimiento que da lugar a la nulidad del contrato. Es decir, que la inclusión del CMOF y el ISDA juegan de hecho contra la entidad financiera, ya que se acepta su incorporación al contrato para ocasionar su nulidad por error en el consentimiento.

En una línea parecida tenemos otras resoluciones, como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.ª, de 20 junio de 2011. En esta se rechaza la aplicación de la LCGC «*pues por el recurrente no se concreta en el escrito rector cuales de aquellas condiciones incurren en falta de claridad e imprecisión pareciéndonos, ante al contrario, que el examen del Anexo de los sendos contratos en el que contienen las condiciones principales, en sustancia, no guarda especial complejidad, si atendemos a la mecánica propia, [...], de contratos como el suscrito*», y sin embargo acaba dictando la nulidad por error en el consentimiento «*Simplemente, no puede ser que el cliente se limite a dar su consentimiento, a ciegas, fiado en la buena fe del Banco, a unas condiciones cuyas efectivas consecuencias futuras no puede valorar con proporcionada racionalidad por falta de información mientras que el Banco sí la posee.*»

Otras en esta línea serían la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 8 de febrero de 2011, o en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 49 de Barcelona de 30 de diciembre de 2010 que considera que al no haber sido el CMOF suscrito por el cliente «*el objeto cierto materia (sic) del contrato está huérfano de consentimiento, pues la deman-*

*dante ha confirmado una permuta financiera en el vacío. No basta que el contrato marco esté en la web del BBVA, SA, para que se entienda aceptado y entendido por la demandante, tiene que ser explicado (artículo 79 y 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores) y firmado (1262 del Código civil)*».

## 5 · CONCLUSIONES

En resumen, vemos que si la normativa española sobre CGC, en concreto en el artículo 5.1. LCGC, no estuvo muy acertada al regular los controles de incorporación en las CGC entre profesionales, la práctica de nuestros tribunales parece haber sido favorable en general a un trato más flexible en este ámbito de la contratación. Esta flexibilidad es especialmente importante en supuestos como los que hemos considerado en este artículo de modelos de regulación contractual estandarizada, que no encajan con el concepto tradicional de CGC, donde la aplicación de los requisitos de incorporación material de la LCGC, en concreto su entrega al adherente, choca con la práctica del mercado y con el carácter en muchos casos fácilmente accesible de estos modelos de regulación.

Tanto la doctrina, como en gran parte la jurisprudencia, se inclinan por la conveniencia de una aplicación flexible del artículo 5 LCGC, si bien parece que en algunos casos, parecen haber prevalecido principios de justicia material y se ha equiparado a los pequeños empresarios con los consumidores.