

QÜESTIONS TERMINOLÒGIQUES EN LA TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES SOBRE DRET CONTRACTUAL EUROPEU: LA PERSPECTIVA DE L'ORDENAMENT JURÍDIC ESPANYOL¹

Maria FONT I MAS

Professora de dret internacional privat
Universitat Rovira i Virgili

The abstract can be found at the end of the article.
Resumen al final del artículo.

Sumari

- | | |
|---|--|
| I. Introducció | <i>resolució, dret de desistiment unilateral</i> |
| II. La transposició de directives en l'ordenament espanyol | |
| III. Problemes juridicolingüístics en les transposicions espanyoles de les directives sobre dret contractual europeu: | |
| 1. Noció de <i>comerciant</i> o <i>empresari</i> o <i>professional</i> | 4. Preposicions i conjuncions que resulten determinants en la interpretació: <i>contra, malgrat...</i> |
| 2. Noció de <i>consumidor</i> | 5. <i>Temps compartit</i> o <i>multi propietat?</i> |
| 3. Nocions de <i>dret de rescissió, dret de</i> | 6. Noció del <i>contracte d'agència</i> |
| | IV. Quan el «sistema» de dret intern esdevé incoherent |
| | V. Reflexions finals |

I. INTRODUCCIÓ

El dret comercial internacional implica necessàriament contractes transfronterers, aquests s'enfronten amb els coneguts problemes dels conflictes de lleis i de jurisdiccions. Per solucionar tals qüestions disposem de la disciplina de dret internacional privat que proposa diferents solucions

1. Versió traduïda i ampliada de l'original italiana publicada en l'obra col·lectiva: Maria Font, Katarzyna Michalowska, Paolisa Nebbia, Barbara Pasa, Elise Poillot, Piercarlo Rossi, Martin Weitenberg, introduzione di Paola Frugoni. *Il Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali. Materiali per lo studio della terminologia giuridica*. B. Pasa; P. Rossi (coord.), Collana diretta da G. Ajani, Giappichelli, Torí, 2007.

en les seves normes autònomes, institucionals i convencionals, així com, a través de les normes consuetudinàries dels comerciants, ens referim a la *lex mercatoria*. Però aquests mecanismes, com és sabut, no resolen tots els problemes que es susciten en dret comercial internacional i, en concret, en matèria contractual internacional.² D'aquí que en el si de la Unió Europea s'estigui elaborant legislació pròpia comunitària per fomentar i facilitar les pràctiques comercials dins del mercat interior europeu. Aquesta tasca té com a objectiu final l'aplicació uniformitzada del dret contractual, i el camí escollit és l'harmonització de les legislacions dels estats membres. L'origen econòmic de la Comunitat Europea³ constitueix la base legal necessària per fonamentar l'harmonització en matèria contractual, la qual s'ha desenvolupat especialment en els contractes de consum i de responsabilitat per danys.⁴ A més, disposa d'instruments jurídics favorables per harmonitzar el dret privat i per resoldre els problemes derivats de les divergències entre els diferents drets contractuals nacionals o regionals de la Unió Europea.⁵ L'instrument comunitari usat per harmonitzar la matèria contractual és la

Estudi finançat pel projecte de la Comissió Europea: *Uniform Terminology for European Private Law*, CTR. HPRNCT-2002-00229.

2. *Vid.* entre d'altres: C. Parra Rodríguez, *El nuevo Derecho internacional de los contratos*, Bosch, 2001. A.L. Calvo Caravaca - J. Carrascosa González (dir.), *Curso de contratación internacional*, Madrid, Ed. Colex, 2003.

3. El Tractat de Roma introduïa les llibertats comunitàries: lliure circulació de mercaderies, lliure circulació de treballadors, lliure prestació de serveis, lliure circulació de capitals i dret d'establiment. L'objectiu final és un mercat interior, i per a això les institucions europees disposen d'instruments legals diversos i de la legitimitat necessària per a la seva consecució.

4. La producció normativa del legislador europeu és incessant i ha elaborat un ampli cabal comunitari no només en matèria contractual (civil i mercantil) sinó que inclou el dret societari, dret laboral, propietat industrial i intel·lectual, protecció de dades, transports, etc. Resulta molt útil la recopilació de referències legals, jurisprudencials, i doctrinals així com les seves notes de concordança amb el dret espanyol, l'obra de: E. Arroyo - G. A. Benacchio - B. Pasa - R. Viña (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005. També augmenta vertiginosament la regulació comunitària en matèria de dret internacional privat a partir de l'entrada en vigor del Tractat d'Amsterdam, consulteu: A. Borrás - N. Bouza - J. D. González - M. Virgós, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 15 ed., Tecnos, 2005.

5. No només disposa d'instruments jurídics legislatius, sinó també del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees, el qual proporciona interpretacions uniformes dels preceptes comunitaris. A més, existeixen grups d'acadèmics i experts que s'ocupen de l'estudi i propostes de dret privat en vies d'harmonització, en matèria contractual, destaca el conegut com «Grup Lando» que ja ha publicat els «Principis de dret europeu dels contractes». *Vid.* L. Díez-Picazo, *Los principios del derecho europeo de los contratos*, Madrid, 2002. Així com el grup de revisió de l'«*acquis comunitaire*» de la regulació dels contractes europeus.

directiva, de manera que a partir d'un text comunitari unificat (directiva), s'incorporarà i transformarà en pluralitat de normatives nacionals (norma nacional de transposició). En el procés d'incorporació podrien distingir-se, a grans trets, dos tipus de problemes íntimament relacionats: d'una banda, les incorrectes transposicions en relació amb el fons del dret material que es pretén regular, amb conseqüents transposicions inadequades i que incomplirien la finalitat perseguida d'harmonització, qüestió que no competeix a aquest estudi. Estretament vinculats a les qüestions de fons, sorgeixen els problemes terminològics i de traducció dels termes jurídics, així com de definicions, comportant problemes d'interpretació i qualificació.⁶ A Europa coexisteixen diferents ordenaments jurídics expressats en diferents llengües, i que responen a diferents cultures i evolucions històriques que resulten de difícil unificació; per aquest motiu es pretén l'harmonització procurant establir termes jurídics comuns que s'apliquin i interpretin amb el mateix significat i contingut d'ordenament a ordenament. Però tal comesa no sempre obté bons resultats. Les directrius que estableixen les directives són de mínims, per aquest motiu en el procés de traducció a la llengua jurídica de l'Estat membre poden aparèixer concepcions distintes i/o errònies que no coincideixin amb la proposta de la directiva. Els mandats generals de la directiva comunitària impliquen imprecisió en els conceptes, a més, pot donar-se l'ús d'expressions i figures jurídiques no conegudes per la totalitat dels estats membres.⁷ A aquesta situació s'ha d'afegir la llibertat de què disposa el legislador nacional en la transposició de la directiva.⁸ Per exemple, en matèria contractual, ens podem preguntar què

6. Es perceben problemes de caràcter formal o d'ubicació; així, J. Basedow descriu alguns exemples de directives transposades en diferents estats membres on es fa palesa la divergència entre les normes nacionals resultants, les diferents formes i ubicacions de les transposicions. Així per exemple, la Directiva 93/13/CEE sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors ha estat transposada en el Codi civil a Alemanya, Itàlia i als Països Baixos; en un codi especial de consum a Àustria, França, Grècia, i parcialment, a Finlàndia i Espanya; en una llei general sobre contractes a Dinamarca, Finlàndia i Suècia; en legislacions específiques sobre pràctiques comercials a Bèlgica, i un llarg etcètera. J. Basedow, «La progresiva europeización del derecho contractual», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-I, p. 25.

7. Com assenyalava M. J. Campana, la traducció comporta no només problemes lingüístics, sinó també semàntics, sistemàtics i teleològics. M. J. Campana, «Vers un langage juridique commun en Europe ?», *ERPL*, 1:33-50, 2000, p. 39.

8. Article 249 TCE: «(...) La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.» La directiva imposa als estats una obligació de resultat que ha de ser complerta en el termini determinat per la mateixa directiva. Tanmateix, aquest termi-

s'entén per «consumidor», i comprovarem com poden coexistir diferents definicions. No té perquè coincidir la concepció que la directiva proposa amb la de la llei espanyola transposada i es pot complicar encara més si tal concepció varia dins del mateix Estat quan aquest és plurilegislatiu, com és en el cas espanyol. I aquestes diferències a més hem de multiplicar-les pel nombre d'estats de la Unió Europea, el resultat és una noció més o menys harmonitzada, però que l'operador jurídic haurà d'indagar en cada ordenament jurídic.⁹ Però tal pluralitat lingüística no té per què entorpir l'harmonització si les transposicions es fan curosament, partint d'una directiva suficientment clara i precisa.¹⁰ Sens dubte, però, els problemes existeixen, i per aquest motiu un sector doctrinal advoca per la unificació del dret privat europeu, cristallint-se en un Codi civil europeu, el qual podria resultar més efectiu en la pràctica jurídica que no pas l'harmonització a través de directives;¹¹ però tal propòsit sembla encara llunyà, i mereix, doncs, procurar que els instruments disponibles actualment, les directives i les seves transposicions, es desenvolupin de la millor manera possible.

ni s'ha infringit en la majoria d'ocasions. *Vid.* «Recomendación de la Comisión, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al Derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior».

9. Tal diversificació provoca conseqüències, segons J. Basedow: «(...) para un jurista extranjero es muy difícil, si no imposible, constatar la situación legal en un Estado miembro determinado, incluso después de la armonización. Todo lo más, se puede afirmar que se garantiza un cierto estándar mínimo en todo el territorio comunitario. Pero no resulta sencillo en modo alguno hallar la normativa ni evaluar su verdadero alcance, a menudo dependiente de conceptos, principios generales y estructuras sistemáticas propias de cada sistema jurídico», J. Basedow, «La progresiva europeización del derecho contractual», *REDI*, 2004-I, p. 25.

10. L'ús de la directiva ha suscitat debats crítics entre la doctrina comunitària ja que és un instrument legislatiu complex. Si s'utilitza atenent a la seva naturalesa, com instrument de mínims, els estats veuen en la discrecionalitat un ampli marge de maniobra que pot afavorir-los sense aconseguir l'harmonització perseguida. *A sensu contrario*, si la directiva és detallada en excés, resulta un succedani del reglament i retalla l'àmbit de discrecionalitat de l'Estat.

11. *Vid.* M. J. Campana, «Vers un langage juridique commun en Europe?», *ERPL*, 1:33-50, 2000, p. 40. M. A. Parra Lucan, «Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2004, p. 549-637. M. A. Parra Lucan, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?», *Actualidad Civil*, 2002, n. 3, LVI, marg. 1163.

II. LA TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES EN L'ORDENAMENT ESPANYOL

El fet que Espanya sigui un Estat complex, organitzat en comunitats autònomes i on coexisteixen diferents ordenaments jurídics així com diferents llengües requereix una explicació, encara que succincta,¹² de com es traslladen les directives europees en l'Estat autonòmic. Plantejat el dubte de si les comunitats autònomes podien participar en la transposició de les directives comunitàries, el Tribunal Constitucional va dictaminar que les comunitats autònomes tenien potestat per transposar aquelles directives europees que tinguessin per objecte matèries que fossin de competència autonòmica.¹³

Així per exemple, el legislador català¹⁴ té competència per legislar en matèria de protecció del consumidor segons li atorga el seu Estatut d'Autonomia (art. 12.1.5 EAC),¹⁵ tot i que aquesta hagi d'exercir-se d'acord amb les bases i l'ordenació econòmica general que correspon a l'Estat. El legislador català ha fet ús de tal competència dictant normes generals aplicables a contractes de consum, així com normes sectorials en determinats àmbits de contractació, encara que la veritat és que aquesta normativa en moltes ocasions són simples declaracions d'intencions de caràcter administratiu i, a més, l'operador jurídic sovint no aplica la norma catalana fent ús només de la norma estatal.¹⁶

El legislador català, malgrat tenir competència, no hi ha incorporat ni la Directiva 1993/13/CEE sobre clàusules abusives, ni la Directiva 1999/44/CE, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum. Sí que hi ha incorporat la Directiva 90/314/CEE relativa als

12. Vid. A. Mangas Martín, *Derecho Comunitario europeo y Derecho español*, 1987, esp. p. 218 i s. A. Mangas Martín - D. J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos 2002, (esp. cap. 18 i 19). V. Abellán Honrubia (coord.), *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, Barcelona, 1985.

13. stc 79/1992, de 28.5.1992; stc 98/2001, de 5.4.2001. La posició del TC ha fluctuat al llarg de la seva jurisprudència respecte de l'atribució de competència de les comunitats autònomes en matèria comunitària.

14. Només farem referència al dret català pel fet de ser el més pròxim al meu coneixement i perquè per realitzar una anàlisi del dret d'altres comunitats autònomes necessitaria un estudi molt més ampli.

15. Llei orgànica 4/1979, de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, de 18-12-1979 (BOE, n. 306, 22-12-1979). Actualment, article 123.a LO 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

16. J. Marco Molina, «Els contractes de consum regulats en lleis especials», F. Badosa (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, 2003, p. 295-306.

viatges combinats a través del Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges, formant part així del dret civil català. Cal destacar que la transposició catalana es va anticipar a l'espanyola, i és en aquest punt que es planteja si la norma catalana pot resultar contradictòria i invàlida respecte a la transposició espanyola, supòsit que rep una resposta negativa des del punt de vista acadèmic, però la veritat és que, a la pràctica, la jurisprudència només al·lega la llei espanyola.¹⁷

Exposada la possibilitat que les comunitats autònomes incorporin *ratione materiae* les directives europees, no pot obviar-se en un estudi sobre problemes terminològics i de traducció que a Espanya coexisteixen diferents llengües. I és per això que abans d'iniciar l'anàlisi sobre qüestions lingüísticotermínològiques en dret contractual europeu, considero interessant així com molt significatiu fer coneixedor al lector que el primer problema terminològic amb el qual es va haver d'enfrontar el jurista espanyol i català va ser precisament respecte al terme que identifica l'instrument legal comunitari «directiva». La «*directive*» francesa s'ha traduït impunement com «directiva» tant en castellà com en català, quan la seva traducció lingüística hauria d'haver estat «*directriz/directriu*», i són aquests termes els que inclouen els diccionaris normatius de traducció oficial del terme comunitari. A més, en el cas català, en els textos legals s'usa el vocable «directriu», no essent així en la normativa espanyola, la qual finalment s'ha inclinat per «directiva». Però en la pràctica s'ha generalitzat i assumit el neologisme «directiva», no sense suscitar polèmica, tant en els cercles jurídics com en els lingüístics. És un dels exemples de la força que tenen llengües de poder en dret internacional, com són l'anglès i el francès, que poden subministrar termes que condueixen a un calc o desplaçament a termes propis d'altres llengües que mantenen una posició passiva, el castellà per raons històriques, i el català per la seva escassa presència internacional, actuant com receptores de terminologia.¹⁸

17. R. Arcarons i Simon *et altri*, «La ley de viajes combinados: 10 años de turisprudencia», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 27, 2005, p. 239-256.

18. Comentari extret de l'estudi de F. Armengol i Ferrer, «Directriu/directiva: aproximació a un terme jurídic conflictiu», *Revista de Llengua i Dret*, n. 33, 2000, p. 9-23. L'autor conclou apreciament que: «L'ús de "directiva" en l'àmbit de les Comunitats Europees es limita a les traduccions de l'article 249 del Tractat de la Comunitat Europea i als articles 161 i 162 del Tractat EURATOM, i es refereix al procediment normatiu bifàsic entre les Comunitats i els estats membres. En canvi, "directriz/directriu" defineix les directrius polítiques o econòmiques que fixen les comunitats i que els estats es comprometen a seguir. En aquest cas, el calc que suposa la traducció del terme francès "*directive*" ha resultat ser positiu perquè ha permès, amb dues paraules, distingir dos conceptes diferents.»

III. PROBLEMES JURIDICOLINGÜÍSTICS EN LES TRANSPOSICIONS ESPANYOLES DE LES DIRECTIVES SOBRE DRET CONTRACTUAL EUROPEU¹⁹

L'estudi parteix de setze directives i quinze lleis espanyoles de transposició, juntament amb les catalanes. De tots els problemes detectats només es posarà l'accent en els més significatius o curiosos; caldria però, per a una anàlisi estricta respecte als problemes juridicolingüístics, un estudi detallat de cada directiva i la seva llei d'incorporació espanyola. Si bé són escassos els estudis dedicats exclusivament a tal problemàtica, mereix destacar que en els nombrosos estudis dedicats específicament als diferents tipus de contractes europeus, en la majoria dels casos, s'incideix en els problemes lingüístics i d'interpretació suscitats. Aquest estudi només pretén ser una aproximació a aquests problemes amb l'exposició d'alguns exemples significatius i mostrant una visió general de la situació actual.

Els contractes en els quals una de les parts implicades és un consumidor són la pedra angular de les directives en matèria de contractes; sense cap dubte, ens trobem davant un «autèntic dret comunitari de protecció dels consumidors».²⁰ Són mesures de protecció de la part dèbil del contracte, que el legislador europeu harmonitza amb la finalitat d'evitar que la llibertat de circulació de la qual gaudeixen els ciutadans europeus, així com la lliure circulació de mercaderies, serveis i capitals, els perjudiqui en les seves relacions juridicoeconòmiques. S'establix així un marc comú europeu en aquesta matèria, de manera que les desigualtats entre les legislacions es retallin mitjançant la seva aproximació i així ajudar al bon funcionament del mercat interior.²¹

19. Per agilitar el discurs ens limitarem a utilitzar la referència numèrica i els títols abreujats de les normes, totes elles consultables a les pàgines oficials: <www.europa.eu.int>; <www.boe.es>

20. Són de molta utilitat els comentaris de B. Pasa, així com les referències bibliogràfiques i jurisprudencials: B. Pasa, «Contratos con consumidores», E. Arroyo - G. A. Benacchio - B. Pasa - R. Viñas (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, p. 201-267.

21. Així es repeteix en nombrosos preàmbuls de directives comunitàries, a títol d'exemple, la Directiva 1999/44/CE: «(...) Considerant que els apartats 1 i 3 de l'article 153 del Tractat disposen que la Comunitat contribuirà a que s'assoleixi un alt nivell de protecció dels consumidors mitjançant les mesures que adopti en virtut de l'art. 95. (...) Considerant que el mercat interior implica un espai sense fronteres interiors en el qual la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals està garantida; (...) Considerant que la creació d'un conjunt comú mínim de normes en matèria de drets dels consumidors, (...) reforçarà la confiança dels consumidors i els permetrà aprofitar al màxim els avantatges derivats del mercat interior (...)»

1. *Noció de comerciant o empresari o professional*

La primera noció conflictiva recau en la part forta del contracte, ens referim al «comerciant» o «empresari» o «professional». En la Directiva 85/577/CEE, referent a la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials, defineix «comerciant» com:

«tota persona física o jurídica que, al celebrar la transacció que es tracti, actui en el marc de la seva activitat comercial o professional, així com tota persona que actui en nom o per compte d'un comerciant.»

En canvi, en la transposició espanyola: Llei 26/1991, de 21 de novembre, de protecció dels consumidors en el cas de contractes celebrats fora dels establiments mercantils, no s'usa el terme «comerciant» sinó el «d'empresari». Estaríem davant una noció més àmplia, ja que per a la doctrina mercantilista espanyola, el comerciant és un tipus d'empresari.²² En el Codi de comerç espanyol no trobem el concepte jurídic d'empresari, però es dedueix de l'anàlisi sistemàtica de la normativa vigent; així, una possible definició seria:

«la persona natural o jurídica que, per sí mateixa o per mitjà de representants, exercita en nom propi una activitat econòmica de producció o de distribució de béns o de serveis en el mercat, adquirint la titularitat de les obligacions i drets d'aquesta activitat.»²³

Posteriorment, les directives comunitàries deixen d'usar el terme *comerciant* i el substitueixen per «professional», així en la Directiva 93/13/CEE, sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb els consumidors, defineix «professional» (art. 2.c):

22. En el Codi de comerç espanyol es defineix «comerciant» en l'art. 1, però s'ha generalitzat a la pràctica el terme més general «empresari». Tal substitució no satisfà tota la doctrina espanyola; de fet existeix un debat obert des de fa anys en el si del dret mercantil sobre la varietat i dificultat en l'ús de la tipologia de termes existents: empresari individual, professional liberal, empresari mercantil, comerciant individual i empresa. Es proposa per a la seva classificació la «teoria dels tres cercles concèntrics», essent la noció de comerciant la del cercle petit, la d'empresari el mitjà i la d'empresa o professional el major. F. Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant ho Blanch, 2001, p. 93.

23. R. Uría - A. Menéndez, *Curso de Derecho mercantil (I)*, Civitas, 1999, p. 60.

«és tota persona física o jurídica que, en les transaccions regulades per la present Directiva, actui dintre del marc de la seva activitat professional, ja sigui pública o privada.»

Comprovem que ja no es refereix a «activitat comercial o professional», sinó que només indica «activitat professional», que en la doctrina espanyola és «activitat empresarial» i aquesta comprèn l'activitat «professional», és a dir, habitual i no ocasional.²⁴ En la transposició de la Directiva 93/13/CEE, la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació (LCGC), també substitueix la noció «d'empresari» per la de «professional» (art. 2.2):

«tota persona física o jurídica que actui dintre del marc de la seva activitat professional o empresarial, ja sigui pública o privada.»²⁵

La noció coincideix en la Directiva i la Llei espanyola, essent «professional» una noció àmplia que dóna cabuda a pluralitat de subjectes que desenvolupin activitats empresarials o professionals.

Les nocions de «comerciant» o «activitat comercial» són fluctuants en les directives comunitàries, ja que posteriorment se substitueixen per «professional» o «activitat professional», encara que recentment, en la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialització a distància de serveis financers destinats als consumidors, introdueix de nou «l'activitat comercial» en la definició de «proveïdor» (art. 2c):

«tota persona física o jurídica, privada o pública, que en el marc de les seves activitats comercials o professionals, presti els serveis contractuals que fan referència als contractes a distància.»

En canvi, l'ús del terme «empresari» és més estable en les lleis espanyoles d'incorporació.

24. R. Uría - A. Menéndez, *Curso de Derecho mercantil (I)*, Civitas, 1999, p. 60.

25. Assenyala J. Marco, que amb la noció de «professional» es pretén superar la vella noció de comerciant o empresari del dret mercantil i designar com a possibles contraparts del consumidor, no només els empresaris, sinó tots els operadors econòmics autònoms i, en particular, els professionals liberals. J. Marco Molina, «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán. La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas», *La Notaria*, n. 11-12, 2001, p. 39.

La figura del «comerciant» o «professional» de les directives, i de «l'empresari o professional» en les lleis espanyoles, reben altres denominacions segons l'activitat que desenvolupin, com: predisponent,²⁶ venedor,²⁷ proveïdor,²⁸ prestador,²⁹ etc., i les seves definicions també s'adaptin a l'objecte regulat.

Les nocions «empresari» o «comerciant» o «professional» s'usen alternativament en les directives comunitàries així com en les lleis espanyoles. Aquesta variació tal vegada respon a l'amplitud de subjectes que inclouen una o altra noció, seria necessari investigar quina interpretació proporciona en aquesta matèria el TJCE. No obstant això, la idea generalitzada que ens referim a una persona física o jurídica, privada o pública, que desenvolupa una activitat professional (empresarial, comercial o artesanal)³⁰ en nom pro-

26. La Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació, no es va limitar a incorporar la Directiva 93/13/CEE sobre clàusules abusives, i per aquest motiu no coincideixin els subjectes tractats en la Directiva (professionals i consumidors) i els establerts en la Llei (predisponent i adherent). *Vid.* B. Pasa, «Contratos con consumidores», E. Arroyo - G.A. Benacchio - B. Pasa - R. Viñas (coord.), *Repertorio de Derecho civil y mercantil comunitario*, Bosch, 2005, p. 231.

27. En la Directiva 1999/44/CE (art. 1.2.c), es refereix al «venedor» com a «qualsevol persona física o jurídica que, mitjançant un contracte, ven béns de consum en el marc de la seva activitat professional», així mateix ho recull la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum (art. 1). Varia el terme usat en la Directiva 94/47/CE sobre contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit, «venedor» (art. 2), que en la Llei 42/1998, sobre drets d'aprofitament per torn, correspon al «propietari o promotor» (art. 1.5), però ambdues nocions persegueixen el mateix significat «persona física o jurídica que participi professionalment en la transmissió o comercialització de drets d'aprofitament per torn».

28. Les parts en els contractes a distància segons la Directiva 97/7/CE, són: el «consumidor/comprador», i el «proveïdor». En la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (reformada per la Llei 47/2002 de transposició de la D97/7/CE) el proveïdor passa a nomenar-se «venedor». Aquesta especificació en els subjectes és deguda al fet que la norma espanyola no regula conjuntament els contractes a distància (siguin aquests de béns o de serveis), sinó que ho regula separadament. D'una banda, els contractes a distància de béns: per aquest motiu es denominen «contractes de vendes», on els subjectes són el venedor i el comprador, i els contractes de prestació de serveis, en aquest cas les parts sí que coincideixen amb la Directiva, el proveïdor i el consumidor o adquirent.

29. Directives en matèria de crèdit del consum (D87/102/CEE; D90/88/CEE; D98/7/CE). En la Llei 7/1995, de crèdit del consum, utilitza el terme «empresari», encara que també «prestador».

30. En el Reglament (CE) 2006/2004 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'octubre, sobre la cooperació en matèria de protecció de consumidors, inclou l'activitat artesanal (art. 3): «comerciant o proveïdor: tota persona física o jurídica que, pel que fa a la legislació protectora dels interessos dels consumidors, actuï dintre del marc de la seva activitat comercial, empresarial, artesanal o professional».

pi o per compte d'un altre, coincideix amb el que predisposen les directives i recullen les lleis espanyoles, simplement canvia l'abast dels subjectes. Sens dubte, l'existència de problemes terminològics per identificar aquesta part del contracte respon a la pluralitat de nocions existents en els ordenaments jurídics interns dels estats membres.

2. *Noció de consumidor*

No és menys conflictiva la noció de la part feble del contracte, el «consumidor», terme aquesta vegada unificat en un sol vocable, encara que segons el tipus de contracte pot rebre altres noms com «comprador» o «adquirent». El problema sorgeix en la seva definició, en la Directiva 85/577/CEE defineix consumidor com (art. 2):

«tota persona física, que per a les transaccions emparades per la present Directiva, actuï per a un ús que pugui considerar-se com aliè a la seva activitat professional.»

Es redefeix posteriorment (excloent-ne «pugui considerar-se»), en la Directiva 93/13/CEE (art. 2):

«tota persona física que, en els contractes regulats per la present Directiva, actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat professional.»

i, ja consolidada en la Directiva 2002/65/CE (art. 2.d):

«tota persona física que, en els contractes a distància, actuï amb propòsit aliè a la seva activitat comercial o professional.»

Així, doncs, la figura del consumidor en la normativa comunitària es manté estable i es fonamenta en una persona física, que adquireix béns o serveis amb propòsit aliè a la seva activitat professional.³¹

31. Coincideix amb la concepció del Conveni relatiu a la competència judicial i a l'execució de les resolucions judicials en matèria civil i mercantil de Brusselles de 1968, art. 13 «en matèria de contractes celebrats per una persona per a un ús que pogués considerar-se aliè a la seva activitat professional, en endavant denominada “el consumidor”». En aquest mateix sentit el Reglament (CE) 44/2001, art. 15. En el Conveni sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, Roma 1980, en l'article dedicat als contractes celebrats pels consumidors (art. 5) es refereix als «contractes que tinguin per objecte el subministrament de béns

Quan ens acostem a la normativa espanyola, comprovem que el legislador espanyol es resisteix a desprendre's de la seva pròpia definició de consumidor. Comprovem que en la transposició de la Directiva 85/577/CEE en la Llei 26/1991 sobre contractes celebrats fora d'establiment mercantil, s'usa una concepció no d'acord amb l'establerta en la Directiva, remetent-se³² a la definició establerta en la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU), (art. 1.2):

«són consumidors i usuaris les persones físiques o jurídiques que adquireixen, utilitzen o gaudeixen com a destinataris finals, béns mobles o immobles, productes, serveis, activitats o funcions, qualsevol que sigui la naturalesa pública o privada, individual o col·lectiva de qui els produeixen, faciliten, subministren o expedeixen.»

Destaquen dues diferències essencials: la inclusió de les persones jurídiques com a consumidors; i l'ús de la noció de «destinatari final de béns i serveis» per identificar el consumidor.³³

És la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació (LGGC), que transposa la Directiva 93/13/CEE, i que a més modifica l'antiga Llei 26/1984 general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU); introdueix la noció comunitària de «propòsit aliè a la seva activitat professional». L'objectiu de la Llei de transposició és molt més ampli que la protecció del consumidor i usuari de les clàusules abusives (D93/13/CEE), de manera que pretén protegir els legítims interessos de qualsevol que contracti amb una persona que utilitzi condicions generals en la seva activitat con-

mobles corporals o de serveis a una persona, el consumidor, per a un ús que pugui ser considerat com aliè a la seva activitat professional, així com als destinats al finançament de tals subministraments».

32. Les lleis espanyoles de transposició de directives comunitàries de contractes en la seva gran majoria usen la tècnica de la remissió en totes les ocasions que es necessita la definició de consumidor. Només en dues ocasions es defineix en la pròpia Llei el terme «consumidor», en la Llei 7/1995, de 23 de març, de crèdit al consum (art. 1.2): «la persona física que, en les relacions contractuals que en ella es regulen, actua amb un propòsit aliè a la seva activitat empresarial o professional». Aquesta vegada, coincideix amb la definició de la directiva, i s'exclou en aquesta ocasió que les persones jurídiques puguin beneficiar-se com a consumidors. I en la Llei 21/1995, de 6 de juliol, reguladora dels viatges combinats (art. 2.7): «qualsevol persona en la qual concorre la condició de contractant principal, beneficiari o cessionari». S'inclou la persona jurídica a través de la noció de contractant principal.

33. Tals diferències poden estendre's a la concepció catalana (si bé no ha transposat la Directiva 93/13/CEE tot i tenir competència en matèria de consum), el concepte de «consumidor» recollit en l'art. 1.2 de l'Estatut del consumidor (Llei 3/1993, de 5 de març), també inclou les persones jurídiques, així com usa la noció de destinatari final.

tractual.³⁴ En la seva exposició de motius el legislador espanyol manifesta la voluntat de mantenir el concepte ampli de consumidor fins al moment existent, «abastant tant la persona física com la jurídica³⁵ que sigui destinatària final dels béns i serveis, si bé ha d'entendre's inclosa també —segons el criteri de la Directiva— tota aquella persona que actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat professional encara que no fos destinatària final dels béns o serveis objecte del contracte». I, afegeix: «De conformitat amb la Directiva transposada, el consumidor protegit serà no només el destinatari final dels béns o serveis objecte del contracte, sinó qualsevol persona que actuï amb un propòsit aliè a la seva activitat professional». Veiem com el legislador espanyol no vol renunciar a la seva definició domèstica de «consumidor» com a «destinatari final de béns i serveis», i per no incórrer en una transposició incorrecta afegeix la definició establerta per les directives comunitàries, «actuï amb propòsit aliè a la seva activitat professional». En ser una regulació sobre condicions generals de contractació, en l'article dedicat a l'àmbit subjectiu (art. 2), es refereix al «predisponent» que correspon a un professional, i «l'adherent», que interpretem que es refereix al consumidor, però també: «podrà ser un professional, sense necessitat que actuï en el marc de la seva activitat». Amb aquestes definicions s'amplia el concepte de consumidor, ja que possibilita que un professional pugui gaudir de protecció respecte a les clàusules abusives quan aquest actuï fora del seu àmbit d'activitat. Coincideix parcialment aquesta concepció àmplia de la LCGC amb la possibilitat que ofereix la descripció negativa usada per les directives, «actuï amb propòsit aliè a la seva activitat professional», la qual pretén protegir també els petits empresaris o professionals no especialistes, quan adquireixin per als seus negocis béns dels quals no són experts. L'abast de la noció de consumidor, encara que sigui coincident en el redactat de les directives, està profundament debatut en el si de les autoritats comunitàries.³⁶

34. Són nombroses les crítiques a aquesta Llei, la qual uneix les condicions generals dels contractes civils i mercantils. F. Vicent Chuliá, *Introducción al Derecho mercantil*, Tirant lo Blanch, 2001, p. 727 i s.

35. La normativa espanyola, així com la catalana, inclouen la persona jurídica com a consumidor (srs 13 novembre 1995), contravé doncs la noció comunitària que només admet la persona física. El TJCE en la Sentència de 22 de novembre de 2001 (C-541/99 i C-542/99) declara que en la Directiva 93/13/CE el concepte de consumidor només fa referència a persones físiques. En la Directiva 2002/65/CE (considerant 29) deixa en mans del legislador estatal la possibilitat d'incloure la protecció oferta al consumidor a les organitzacions sense ànim de lucre o de tercers que recorrin a serveis financers per establir-se com a empresaris.

36. J. Marco Molina, «La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán. La relación entre las directivas comunitarias y la actividad le-

3. *Nocions de dret de rescissió, dret de resolució, dret de desistiment unilateral*

Continuant en matèria de protecció dels consumidors, el legislador comunitari concedeix al consumidor el dret «de rescissió», de manera que durant un període no inferior de set dies, pot rescindir el contracte unilateralment mitjançant notificació, així es regula en la Directiva 85/577/CEE (art. 5): «dret de renunciar a l'efecte del seu compromís». En la Directiva 97/7/CE (art. 6) relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància, preveu el dret «de resolució» i en la Directiva 94/47/CE (art. 5) relativa a la protecció dels adquirents en relació a determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit, preveu el dret «a resoldre el contracte». Tots ells estableixen un termini de set, o deu dies, durant el qual el consumidor pot fer efectiu el dret de rescissió o resolució del contracte. En les lleis espanyoles tampoc s'unifica el terme usat per expressar aquest dret del consumidor; així, en la *Llei 26/1991*, utilitza el dret de «revocar el consentiment prestat».³⁷ En la *Llei 21/1995*, de «resolució del contracte»; o en la *Llei 42/1998*, de 15 de desembre, sobre drets d'aprofitament per torn de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries (LDAT), preveu el dret «de desistiment unilateral» de l'adquirent, així com de «resolució del contracte». En aquest últim cas mereix una especial atenció la Directiva 94/47/CEE, que amb la finalitat de protegir el consumidor li atribueix el dret «de resolució», però la Llei espanyola, si bé ho recull, usa una altra expressió, «dret de desistiment unilateral» (art. 10.1), i ho justifica en el preàmbul pel fet de considerar-lo més ajustat.³⁸ Però, a més, afegeix (art. 10.2 i s.) el dret «a re-

gislativa de las Comunidades Autónomas», *La Notaria*, n. 11-12, 2001, p. 40. J. Marco Molina, «Els contractes de consum regulats en lleis especials», F. Badosa (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, 2003, p. 304. La pluralitat de concepcions de «consumidor» també afecta d'altres branques de dret, així, des del punt de vista del dret internacional privat intracomunitari: B. Añoveros Terradas, *Los contratos de consumo intracomunitarios*, Marcial Pons, 2003, p. 97 i s.; B. Añoveros Terradas, «Delimitación de los supuestos internacionales en los que se justifica el *forum actoris* a favor del consumidor», *La Ley-Unión Europea*, n. 6264, 31-5-2005.

37. *Vid.* art. 3, 5 a 8 LGDCU.

38. Exposició de motius de la Llei 42/1998: «Estableció (la directiva), en favor del adquirente, un derecho de desistimiento unilateral durante los diez días siguientes a la celebración del contrato. La Directiva, en su traducción al español, lo llama «derecho de resolución», y añade la caracterización «ad nutum» para indicar que el mismo se ejerce sin necesidad de alegar ningún motivo o razón. Sin embargo, precisamente porque no es necesario alegar ningún motivo, y no lo es porque no es necesario que exista, al ser una facultad que se concede al adquirente por el

soldre unilateralment el contracte» en el cas que aquest no contingués algun dels esments exigits d'informació; en aquest cas, la facultat de resolució es manté, perquè té una naturalesa distinta a la del desistiment quan és necessari que existeixi una prèvia condició, com és l'incompliment, per part del venedor, del deure d'informació que li incumbeix.³⁹

4. *Preposicions i conjuncions que resulten determinants en la interpretació: «contra», «malgrat»...*

Volem ressaltar com l'ús d'una determinada expressió pot condicionar el significat i la interpretació d'una norma jurídica: en l'art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE (versió espanyola) s'estableix que: «Les clàusules contractuals que no s'hagin negociat individualment es consideraran abusives si, malgrat les exigències de la bona fe, causen en detriment del consumidor un desequilibri (...)» Ens detenim en l'expressió «malgrat les exigències de la bona fe» que el legislador espanyol va encertar a substituir per l'expressió més acord amb la finalitat de la norma, de la forma següent: «Es consideraran clàusules abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment que contra les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor, un desequilibri» en l'art. 10*bis* 1) de la LGDCU. Així l'expressió «malgrat (en castellà: *a pesar*)» de la Directiva ha estat transposada pel legislador espanyol com “contra les”, i ha usat com referència la versió anglesa de la Directiva, on s'utilitza el terme “*contrary*”, mentre que el legislador italià ha preferit usar l'expressió “*malgrado la buona fede*”, cosa que ha donat lloc a un ampli debat doctrinal.⁴⁰ També mereix destacar l'absència d'incorporació en el dret espanyol de l'art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE; aquest precepte imposa al professional un deure de transparència, i si es compleix tal deure, el professional disposaria de llibertat per definir unilateralment l'objecte i el preu.⁴¹ A més,

mero hecho de serlo y que puede ejercitar libremente sin necesidad de que concurra ninguna condición ulterior, parece más ajustado denominarlo facultad de «desistimiento», que es expresión que acentúa ese carácter unilateral e incondicionado.»

39. En aquesta Llei, així com en la Llei 7/1996, d'ordenació del comerç minorista es diferencia entre el dret «de desistiment» i el dret «de resolució» per al cas d'incompliment del deure d'informació, quan ambdues figures coincideixen en la directiva com a dret de resolució (art. 6 D97/7/CE).

40. E. Bosch - A. Giménez, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, p. 1763.

41. Tal precepte no va ser transposat en la LCCG, sembla ser que per un error parlamentari. E. Bosch - A. Giménez, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con

es planteja la compatibilitat d'aquesta norma comunitària amb una figura pròpia del dret civil català, la «rescissió per lesió».⁴²

5. *Temps compartit o multipropietat?*

La Directiva 94/47/CE, relativa a la protecció dels adquirents en relació amb determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit, coneguda com la Directiva *time-sharing*,⁴³ es va transposar en l'ordenament espanyol, ja amb un títol distint: Llei 42/1998, de 15 desembre, sobre drets d'aprofitament per torn de béns immobles d'ús turístic i normes tributàries (LDAT).⁴⁴ En aquesta ocasió, la matèria és especialment important per a l'ordenament espanyol com adverteix el preàmbul de la Llei, ja que Espanya és «el segon país del món en nombre de complexos explotats d'aquesta forma». Era necessària una renovació de la normativa, especialment en matèria de protecció del consumidor, ja que s'advertien gran quantitat d'abusos en aquest sector i el resultat va ser una norma detallada i completa, la LDAT. El primer problema terminològic que trobem fa referència a la mateixa denominació de la matèria, ja que a Espanya s'havia introduït en l'opinió pública el terme «*multipropiedad*». Però aquesta noció és molt general, ja que designa tant una forma de la propietat com una forma de dret personal. Per aquest motiu el legislador l'ha considerat un terme inadequat per equívoc, d'aquí que es prohibeix el seu ús, o qualsevol altre terme que contingui la paraula propietat, per designar la transmissió de drets d'aprofitament per torn (art. 8 LDAT). Així es de-

consumidores», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, p. 1767 i s.; F. Pertiñez Vílchez, *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, 2004.

42. La «rescissió per lesió» (art. 321 i s., Compilació de Dret Civil de Catalunya, L. 13/1984, de 20 de març i DLEG 1/1984, de 19 de juliol), és la facultat unilateral de destrucció dels efectes d'un contracte oneros, reconegut a qui aliena un bé immoble i que percep a canvi un preu inferior a la meitat del «preu just» o valor «en venda» de la cosa en el moment de formalitzar el contracte. Segons J. Marco, aquesta figura catalana seria compatible en un futur dret europeu atenent als Principis Lando, en concret mitjançant «*Gross Disparity*», o aprofitament excessiu. J. Marco Molina, «Els contractes de consum regulats en lleis especials», F. Badosa (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, 2003, p. 305.

43. Com en tantes ocasions el vocable anglès adquireix la categoria d'expressió de treball. Altres exemples dels múltiples existents serien: *B to C*, *privacy*, *torts*, etc. En algunes ocasions s'utilitza expressions franceses com: *force majeure*, *mere conduit*, *acquis communautaire*, etc.

44. *Vid.* G. Cerdeira Bravo de Mansilla, «El arrendamiento vacacional por turno: una alternativa legal a la multipropiedad», *Anuario de Derecho Civil*, 2003, p. 487-597.

sestimava el terme «multipropietat» (encara que en la pràctica contínua sent utilitzat). Però també es va refusar usar l'expressió emprada per la Directiva 94/47/CE, «temps compartit» (traducció literal de *time sharing*), per considerar-la poc satisfactòria, ja que no es comparteix el temps, sinó que els titulars d'aquest dret real ho són respecte de períodes de temps diferents i excloents. Així, es va optar per dret «d'aprofitament per torn», per ser una expressió menys compromesa, més descriptiva i que s'ajusta a la regulació de la matèria.⁴⁵

6. Noció del contracte d'agència

Fora de l'àmbit de contractes amb consumidors, estudiem el «contracte d'agència». La Directiva 86/653/CEE relativa a la coordinació dels drets dels estats membres referent als agents comercials independents, es va incorporar en l'ordenament espanyol a través de Llei 12/1992, de 27 de maig, del contracte d'agència. Ja en la rúbrica es percep una important diferència terminològica: la Directiva parteix d'una concepció subjectiva seguint el model alemany, i s'ocupa dels «drets dels agents comercials independents». En canvi la Llei espanyola, amb la finalitat de mantenir la coherència amb el dret preexistent (encara que no tipificat si desenvolupat per la *praxi*), utilitza una concepció objectiva i es fonamenta en «el contracte d'agència». Aquesta Llei de 1992 introdueix en l'ordenament espanyol un règim jurídic nou i complet.⁴⁶ Així, mentre la directiva defineix «agent comercial» (art. 1.2), la Llei defineix «contracte d'agència» (art. 1):

«Pel contracte d'agència una persona natural o jurídica, denominada agent, s'obliga envers una altra de manera continuada o estable a canvi d'una remuneració, a promoure actes o operacions de comerç per compte aliè, o a promoure'ls i concloure'ls per compte i en nom aliens, com a intermediari independent, sense assumir, excepte pacte en contrari, el risc i ventura de tals operacions».

45. Així es justifica a l'exposició de motius de la LDAT.

46. En l'exposició de motius el legislador expressa que la transposició de tal Directiva va plantejar dos problemes: un de tècnica legislativa, ja que es va discutir si havia de transposar-se a través de la modificació del Codi de comerç, o bé, per una llei especial, essent aquesta última l'opció seguida; el segon problema era de política legislativa en relació amb el contingut de la norma; aquest contracte no estava tipificat encara que sí que s'havia desenvolupat en la pràctica, de manera que es va aprofitar la transposició per regular *ex novo* el contracte d'agència.

Tal definició inclou nocions previstes en la Directiva, com és «intermediari independent», però en relació amb les activitats que ha de realitzar l'agent les modifica, de manera que en la Directiva parla de «negociar» o «negociar i concloure el contracte per compte de l'empresari», i en canvi, la Llei, substitueix el terme «negociar» per «promoure». Aquest ús es justifica en l'exposició de motius de la Llei: «En lloc del terme “negociar”, s'ha preferit el més precís de “promoure”, que, a més de semblar més correcte, és l'utilitzat pel Reial decret 1438/1985, d'1 d'agost».

Una altra adaptació juridicolingüística d'aquesta Llei del contracte d'agència és en relació amb l'objecte de l'activitat de promoció comercial, que en la Directiva es delimita a la «venta i compra de mercaderies» (art. 1.2), mentre que en la Llei, considerant aquest com un criteri massa estret, ho substitueix per un altre més ampli, de manera que l'agent s'obliga a promoure i a concloure «actes o operacions de comerç». D'aquesta manera, no recauen necessàriament els actes o operacions només en les mercaderies, sinó que pot estar dirigit a la circulació de mercaderies, de béns mobles o de serveis.⁴⁷

Es podrien afegir gran pluralitat de problemes terminològics, de nocions i sistematitzacions que s'han anat trobant al llarg de l'estudi, a títol d'exemple: «establiments comercials» *v.* «establiments mercantils»;⁴⁸ «infracció» *v.* «lesió», i «interessos col·lectius» *v.* «interessos col·lectius i interessos difusos dels consumidors i usuaris»;⁴⁹ «percentatge anual de càrregues financeres» *v.* «taxa anual equivalent»;⁵⁰ «mitjà d'autenticació» *v.* «mitjà d'identificació», «signatura electrònica avançada» *v.* «signatura electrònica reconeguda»;⁵¹ la noció de vici o «defecte garantit».⁵² En matè-

47. *Vid.* exposició de motius, apartat 2n.

48. Directiva 85/577/CEE referent a la protecció dels consumidors en el cas de contractes negociats fora dels establiments comercials, i la Llei 26/1991, de 21 de novembre, de protecció dels consumidors en el cas de contractes fora dels establiments mercantils.

49. Directiva 98/27/CE sobre accions de cessació i la Llei 39/2002, de 11 de juliol, de transposició a l'ordenament espanyol de diverses directives comunitàries en matèria de protecció dels interessos dels consumidors i usuaris.

50. Directiva 87/102/CEE; Directiva 90/88/CEE; Directiva 98/7/CE de crèdits al consum, i la Llei 7/1995, de 23 de març, crèdit del consum.

51. Directiva 99/93/CE per la qual s'estableix un marc comunitari per a la signatura electrònica, i la Llei 59/2003, de 19 desembre, de signatura electrònica.

52. Directiva 99/44/CE sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum, i la Llei 23/2003, de 10 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum. *Vid.* J. M. Balcells i Cabanas, «La responsabilidad del vendedor y la garantía de los bienes de consumo», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2005-1, p. 85-111. J. Marco Molina, «Els contractes de consum regulats en lleis especials», F. Badosa (dir.), *Manual de Dret civil català*, Marcial Pons, 2003, p. 305-306; M. Vérguez Sánchez, *La protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Navarra, 2004.

ria de viatges combinats,⁵³ els professionals del sector turístic reclamen la reformulació de nocions com «força major», «tipus de garanties», «preus globals», «viatge combinat» o «element essencial del contracte»,⁵⁴ la determinació de «l'establiment» en els contractes de comerç electrònic, noció molt important des del punt de vista del dret internacional privat europeu,⁵⁵ i un llarg etcètera.

IV. QUAN EL «SISTEMA» DE DRET INTERN ESDEVÉ INCOHERENT

Per a una protecció més eficaç del consumidor el legislador comunitari regula en la Directiva 93/13/CEE les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors. Tal normativa està focalitzada a «aproximar les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres respecte les clàusules abusives en els contractes celebrats entre professionals i consumidors» (art. 1.1).⁵⁶ En aquesta ocasió, el nostre comentari no se centra en la diferència de termes o nocions usades entre la Directiva i la Llei espanyola, sinó que el que es pretén destacar són els problemes d'ubicació de la llei d'incorporació. La llei espanyola de transposició va ser la

53. Directiva 90/314/CEE, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats, i la Llei 21/1995, de 6 juliol, reguladora dels viatges combinats.

54. De la comparació entre els textos legals, la Directiva i la Llei espanyola (així com la catalana), no es perceben diferències substancials en la terminologia, però la veritat és que la regulació de mínims que proporciona la Directiva i la seva conseqüent Llei d'incorporació espanyola suscita gran inseguretat jurídica entre els professionals i juristes que treballen en matèria de viatges combinats. Així es podrà apreciar en la publicació del VII Fòrum ACAV: «Los derechos de los consumidores versus la responsabilidad de los *tour operadores* y agencias de viajes», 19 i 20 d'octubre 2005, Barcelona. Especialment les intervencions de Hans de Coninck i de Rafael Ceps Palanca: <www.cett.es>.

55. Directiva 2000/31/CE de comerç electrònic, i la Llei 34/2002, de 11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic. *Vid.* M. Clemente Meoro - S. Cavanillas Múgica, *Responsabilidad y contratos en Internet. Su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico*, Granada, 2003.

56. En concret, la Directiva preveu una harmonització parcial, de manera que les clàusules abusives es referirien únicament a les clàusules contractuals que no hagin estat objecte de negociació individual (contractes d'adhesió). La Directiva defineix com «clàusules abusives: les clàusules contractuals que no s'hagin negociat individualment si, malgrat les exigències de la bona fe, causen en detriment del consumidor un desequilibri important entre els drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte», i es considerarà que una clàusula no s'ha negociat individualment «quan hagi estat redactada prèviament i el consumidor no hagi pogut influir sobre el seu contingut, en particular en el cas dels contractes d'adhesió» (art. 2 i 3 Directiva 93/13/CEE).

Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de contractació (LCGC). Només amb el títol, pot observar-se que la transposició no va ser subjecta únicament a la matèria que la Directiva de 1993 proposava, sinó que va pretendre abastar de forma general les condicions de la contractació. La LCGC distingeix el que són clàusules abusives del que són condicions generals de la contractació.⁵⁷ Distingeix, així mateix, quan es donen clàusules abusives en un contracte en el qual participa un consumidor i estableix una llista de clàusules contractuals abusives en la disposició addicional primera de la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i usuaris (LGDCU), introduïda mitjançant la LCGC.⁵⁸ Però també aprecia que en contractes entre dos professionals poden originar-se condicions generals abusives i que també serien susceptibles de ser declarades nul·les; aquestes es preveuen en la LCGC. S'ha creat, doncs, un complicat règim jurídic⁵⁹ per als operadors espanyols, encara més difícil de dilucidar pels juristes d'altres estats membres.⁶⁰

El problema de sistematització i ubicació es reproduïx en altres lleis espanyoles d'incorporació. Vegem un altre cas, el de la Directiva 97/7/CE relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància, posteriorment modificada per la Directiva 2002/65/CE que introdueix la comercialització dels serveis financers a distància (que havien estat exclosos de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 97/7/CE). La incorporació només es va fer de la Directiva 97/7/CE (no de la seva modificació de 2002),

57. Segons l'art. 1 LCGC: «són condicions generals de la contractació les clàusules pre-disposades, la incorporació de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts, amb independència de l'autoria material de les mateixes, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualssevol altres circumstàncies, havent estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes».

58. En concret introdueix l'art. 10.bis on defineix: «Es consideraran clàusules abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment que en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte. En tot cas es consideraran clàusules abusives els supòsits d'estipulacions que es relacionen en la disposició addicional de la present Llei». Coincideix amb la definició de la Directiva.

59. Existeix pluralitat de normes que regulen la mateixa matèria: a) L'antic art. 10 LGDCU, modificat amb lleugers retocs per la DAP de la LCGC; b) L'art. 10.bis LGDCU, que és el que conté la major part de les normes de transposició de la Directiva; c) La DAP de la LGDCU, que enumera la llista de clàusules abusives, traslladant l'annex de la Directiva. *Vid.* E. Bosch - A. Giménez, «Las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidoros», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2005, p. 1757-1816.

60. F. Esteban de la Rosa, «La inadecuación del sistema español de Derecho internacional privado de las cláusulas abusivas al Derecho comunitario: claves para una nueva transposición y propuesta legislativa», *La Ley - Unión Europea*, n. 6242, 29-4-2005.

en la Llei 47/2002, de 19 de desembre, de reforma de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista. Els contractes a distància ja estaven regulats en l'ordenament espanyol en la citada Llei de 1996; sota la rúbrica de «vendes especials» es trobava la regulació de les «vendes a distància», per aquest motiu la transposició de la Directiva 97/7/CE ha suposat la modificació i adaptació d'aquesta norma preexistent. Tal ubicació comporta que s'utilitzi el terme «vendes a distància», noció que indica inequívocament, que es refereix en exclusiva a contractes de compravenda de béns, de manera que la regulació dels contractes a distància de prestació de serveis està disposada separadament en la disposició addicional primera de la mateixa Llei. Així no s'usa la noció general establerta per la directiva, «contractes a distància».⁶¹

V. REFLEXIONS FINALS

Hem comprovat l'existència de problemes juridicolingüístics en el procés de transposició de directives europees en matèria de contractes en l'ordenament jurídic espanyol. Aquestes qüestions terminològiques comporten problemes jurídics d'interpretació que afecten el dret material, i una pluralitat de nocions diverses en el si de la Unió Europea, allunyant-se de la finalitat perseguida per les directives comunitàries, és a dir, l'harmonització de les legislacions dels estats membres. Per aquest motiu, la primera reflexió que sorgeix és la necessària intervenció del TJCE perquè aquest elabori una interpretació uniforme dels termes més conflictius.⁶² Els desajustaments juridicolingüístics que hem exposat són una realitat que no és aliena a les institucions europees i així ho podem comprovar en les interessants apreciacions que la Comissió descriu en el document «Un dret contractual europeu

61. Les definicions són distintes a causa que una és una definició general i l'altra només de vendes, però el sentit és el mateix, una venda/servei organitzada pel venedor/proveïdor usant tècniques a distància per a celebrar el contracte. Art. 2 Directiva 97/7/CE (coincideix amb la Directiva 2002/65/CE però adaptada als serveis financers, art. 2.a)) i art. 38.1 i DAP de la Llei 7/1996.

62. Encara que el sistema de les directives comporta els inconvenients apuntats, de manera que el cabal comunitari augmenta i de vegades en sentits oposats, per fortuna es disposa d'un tribunal (Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees) que té com a missió acostar les interpretacions nacionals respecte a la normativa europea. Han augmentat les qüestions prejudicials interposades pels tribunals nacionals, però, desafortunadament, el TJCE és pobre en les respostes relacionades amb directives, desaprofitant «la oportunidad de guiar el desarrollo del Derecho privado europeo señalando principios de general seguimiento» J. Basedow, «La progresiva europeización del derecho contractual», *REDI*, 2004-I, p. 27.

més coherent». ⁶³ Destaca que es perceben problemes en els conceptes usats en les directives, es crítica la utilització de termes jurídics massa abstractes i indefinits (que amb posterioritat són transposats pels legisladors nacionals amb excessiva discrecionalitat, cosa que provoca incoherències entre els ordenaments jurídics); també apunta el problema de la utilització de conceptes jurídics desconeguts per alguns estats membres. Reconeguts els problemes, posteriorment, la comunicació «Dret contractual europeu i revisió del patrimoni: perspectives per al futur» ⁶⁴ preveu amb l'objectiu de millorar la qualitat i coherència del patrimoni comunitari en àmbit de dret contractual l'elaboració del «Marc comú de referència» (*Common Frame of Reference*, previst per al 2009), el qual haurà de definir amb precisió els termes jurídics, enunciar els principis fonamentals i oferir models coherents de normes de dret contractual inspirades en el cabal comunitari i en les millors solucions recollides en els ordenaments jurídics dels estats membres. Probablement, aquest Marc comú de referència serà un instrument molt útil per a l'operador jurídic, que juntament amb dels principis generals de contractació i la interpretació del TJCÉ proporcionarà al dret contractual europeu seguretat jurídica, sense haver d'esperar l'elaboració d'un tan ardu com hipotètic Codi civil europeu. ⁶⁵ Una altra opció seria l'elaboració d'una «lleï model» de caràcter opcional, facultatiu o dispositiu per les parts on es disposessin els aspectes generals del dret contractual o l'elaboració de contractes tipus pròpiament comunitaris. ⁶⁶

No és agosarat suposar que els problemes localitzats en les transposicions espanyoles són extensibles a la resta d'ordenaments jurídics eu-

63. Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell: «Un derecho contractual más coherente. Plan de acción». COM (2003) 68 final. En resum, les mesures reguladores previstes són: augmentar la coherència del cabal comunitari en l'àmbit del dret contractual; promoure l'elaboració de clàusules contractuales de caràcter general en l'àmbit comunitari; analitzar si altres problemes relatius al dret contractual europeu poden exigir solucions no sectorials, tals com un instrument facultatiu.

64. Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell: «Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro», COM (2004) 651 final, 11.10.2004.

65. M. A. Parra Lucan, «Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español», *Anuario de Derecho Civil*, 2004, p. 549-637; M. A. Parra Lucan, «Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa: ¿Es posible un Código civil europeo?», *Actualidad Civil*, 2002, n. 3, LVI, marg. 1163; DA, *Código Europeo de Contratos: Comentarios en homenaje al prof. D. José Luis de los Mozos y de los Mozos*, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), Madrid, 2003.

66. Vid. J. C. Fernández Rozas, «Alternativa conflictual o material en la búsqueda de un Derecho contractual europeo más coherente», *La Ley - Unión Europea*, n. 6199, 28-2-2005.

ropeus. Però, la pluralitat de llengües que coexisteixen a Europa, i per tant de llenguatges jurídics (i les concepcions pròpies), no ha de suposar un obstacle infranquejable per a l'elaboració d'un dret comú de contractes.⁶⁷ No està de més advertir que si bé existeix el reconeixement de la majoria de llengües oficials en els estats (deixem de banda la situació espanyola), sens dubte la llengua de treball més utilitzada és l'anglès. Destaquem que, a més, és la llengua que presenta més diferències pel que fa al llenguatge jurídic que pertany al sistema del *common law* per contraposició al dret civil continental europeu.⁶⁸ Aquest factor pot veure's com una dificultat més en el procés d'harmonització i hipotètica unificació del dret contractual europeu. Però també pot interpretar-se al revés, i valorar positivament la influència anglosaxona aliena al llenguatge romà ja que proporciona una tècnica jurídica que estableix un llenguatge més clar i independent, mitjançant llargues perifrasis descriptives sacrificant expressions, si bé amb valor estètic, que contenen fortes connotacions que dificulten l'harmonització.⁶⁹ Sens dubte, un llenguatge jurídic més «independent» evitaria alguns problemes interpretatius.

Els problemes terminològics i jurídics, i per extensió de pluralitat de normes estatals i comunitàries en matèria de dret contractual europeu, són

67. Per a J. Basedow: «No hay Derecho sin lenguaje, y el contenido de la norma jurídica, de una prescripción o prohibición, depende en gran medida de los términos empleados. Es evidente que el Derecho que se expresa en diversos idiomas resulta menos preciso en la medida en que las distintas formas lingüísticas conducen a interpretaciones divergentes. Pero la precisión no es el único ni definitivo fin de la legislación y la justicia, y un entorno plurilingüe no constituye de por sí un obstáculo para una unificación o armonización eficiente del derecho. Así lo demuestra no sólo la existencia de un gran número de convenios cuya autenticidad se acredita en diversas lenguas. Un número considerable de sistemas legales muy sofisticados (Bélgica, Canadá, Finlandia o Suiza) atestiguan la posibilidad de una legislación multilingüe». A: J. Basedow, «La progresiva europeización del derecho contractual», *REDI*, 2004-I, p. 19. A la llista de «sistemas legales muy sofisticados», s'aprecia que Espanya no hi està inclosa, tot i ser un Estat plurilegislatiu i també plurilingüe. Exclúsió que suposem que respon al fet que a Espanya les llengües cooficials es destinen només a l'ús legal en les comunitats autònomes d'origen, sense ser usades en àmbit estatal, a diferència del que succeeix en els estats mencionats per J. Basedow.

68. Trobem un exemple d'aquesta convivència lingüística i jurídica al Canadà, on Québec manté el dret civil propi no sense rebre una forta pressió i influència del *common law* canadenc. A títol d'exemple: M. Font i Mas, «El trust i la fidúcia com a forma de fundacions. Experiència a Canadà i Quebec», a: Nasarre Aznar, S. Garrido Melero, M. (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Madrid - Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2006.

69. Vegeu les interessants valoracions de L. Eugenio Oliver, «Principios de derecho europeo de los contratos y códigos civiles español y francés. Análisis etimológico comparado», *Revista de Llengua i Dret*, 42, 2004, p. 91-116. Aprecia que en l'elaboració dels principis s'ha tingut en compte el dret romà però sense oblidar altres vectors: el sistema de *com-*

una realitat que comporta inseguretats jurídiques i que necessita una harmonització o unificació, i aquest es pot preveure que serà un procés difícil i fatigós de superar; però considerem que mereix desafiar el repte de forma optimista, ja que un dret europeu de contractes eficient així ho necessita, per poder desenvolupar així el projecte d'integració econòmica. Només resta plantejar-nos, tal com enuncien diverses veus, si ens trobem davant de l'inici del retorn del llunyà *ius commune*.

—abstract / resumen—

TERMINOLOGICAL ISSUES IN THE
TRANSPOSITION OF DIRECTIVES
ON EUROPEAN CONTRACT LAW:
THE PERSPECTIVE OF THE SPANISH
LEGAL SYSTEM

Maria FONT i MAS

In Europe, different legal systems, expressed in a variety of languages and reflecting various legal families that have historically evolved in different contexts, coexist. Faced with this situation, the European institutions provide mechanisms to harmonize European contract law through directives. But such an undertaking does not always yield good results. The directives establish minimum standards. Therefore, if one bears in mind the ample legislative capacity that member states have, the member state transposition process often entails an effect contrary to that of harmonization. Problems arise with respect to the translation into the legal language of the transposing member

CUESTIONES TERMINOLÓGICAS EN LA
TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS
SOBRE DERECHO CONTRACTUAL
EUROPEO: LA PERSPECTIVA
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Maria FONT i MAS

En Europa coexisten diferentes ordenamientos jurídicos expresados en pluralidad de lenguas, y que responden a distintas familias jurídicas que han evolucionado históricamente en contextos dispares. Ante esta situación, las instituciones europeas proporcionan mecanismos para armonizar el derecho contractual europeo mediante directivas. Pero tal cometido no siempre obtiene buenos resultados. Las bases que establecen las directivas son de mínimos; por este motivo, en el proceso de transposición que realizan los estados miembros, y teniendo en cuenta la amplia capacidad legislativa de que disponen, a menudo comporta el efecto contrario al de la armonización. Surgen

mon law anglosaxó; l'íntima relació existent entre dret i societat, adaptant-se a les circumstàncies del trànsit jurídic en l'àmbit de la Unió Europea, i també, tenint en compte que una mateixa regla jurídica de dret romà ha estat interpretada de forma no uniforme per la doctrina i la jurisprudència dels països membres.

state. These problems bring about the appearance of different and/or erroneous conceptions that do not necessarily coincide with the proposal of the directive or the rest of transpositions from other EU states. The result is a more or less harmonized notion that does not, however, spare the user of the legal system the obligation of investigating in each legal system to determine the range and meaning of contractual legal terms, tackling problems of definition and translation, interpretation and classification in the process.

Seventeen European directives, fifteen Spanish laws that were transpositions of European directives, and some Catalan laws that also represented the transposition of European directives were the starting point for the study. The study attempts to offer an approach to these problems through the presentation of some significant examples and by offering an overview of the current situation. Some of the notions studied include: *tradesman* or *businessman* or *professional*; *consumer*; *right of rescission*, *right of termination*, *right of voluntary dismissal*, and *contract of agency*.

By the end of the study, it has been made clear that juridical linguistic problems do arise in the process of transposing European directives on contracts to the Spanish legal system. These difficulties may be extrapolated to the remainder of the European legal systems. The consequence is a variety of different notions within the European Union, which represent a step backwards from the goal pursued by the community directives, i.e., the harmonization of member state legislation. However, the European institutions

problemas en la traducción a la lengua jurídica del estado miembro que transpone, que hacen aparecer concepciones distintas y/o erróneas que no coincidan necesariamente con la propuesta de la directiva, ni tampoco con el resto de transposiciones de los otros estados de la UE. El resultado es una noción más o menos armonizada, pero que no evita que el operador jurídico se encuentre con la necesidad de indagar en cada ordenamiento jurídico el alcance y el significado de términos jurídicos contractuales, enfrentándose a problemas de definición y de traducción, de interpretación y calificación.

El estudio parte de dieciséis directivas europeas y quince leyes españolas de transposición, junto con las catalanas, y pretende ser una aproximación a estos problemas a través de la exposición de algunos ejemplos significativos y mostrando una visión general de la situación actual. Se estudian nociones como por ejemplo: *comerciante* o *empresario* o *profesional*; *consumidor*; *derecho de rescisión*, *derecho de resolución*, *derecho de desistimiento unilateral*; *contrato de agencia*, entre otras.

Al final del estudio se manifestará la existencia de problemas jurídico-lingüísticos en el proceso de transposición de directivas europeas en materia de contratos en el ordenamiento jurídico español y que se puede trasladar al resto de ordenamientos europeos. La consecuencia es una pluralidad de nociones diversas en el seno de la Unión Europea, que se alejan de la finalidad perseguida por las directivas comunitarias, es decir, la armonización de las legislaciones de los estados miembros. Pero esta «crisis jurídico-lingüística» también ha sido percibida por las insti-

have also recognized this «juridical linguistic crisis,» and, for the moment, have opted to draft a «Common Reference Framework.» The Framework will have to precisely define the legal terms, enunciate the fundamental principles, and offer coherent models of contract law standards based on the accumulated knowledge of the Community and the best solutions to be found in member state legal systems.

tuciones europeas, las cuales han optado, de momento, por elaborar un «Marco común de referencia», el cual tendrá que definir con precisión los términos jurídicos, pronunciar los principios fundamentales y ofrecer modelos coherentes de normas de derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en los ordenamientos jurídicos de los estados miembros.