



FACULTAD DE DERECHO

LA GUERRA DE LOS FORMULARIOS

Autor: Almudena Asensio Ruiz

Tutor: Ana Soler Presas

Madrid

Junio 2014

Contenido

1-ABREVIATURAS	3
1.-INTRODUCCIÓN	4
2.-ANTECEDENTES	6
3.-CONTRATO DE ADHESIÓN	10
3.1-La desigualdad contractual e imposición.....	10
3.2-Tratos preliminares, negociación y contrato por negociación.....	10
3.2.1-El aumento insoportable de los costes de transacción para el adherente.	11
3.2.2-La falta de lectura o de comprensión, forzosa y racional, del formulario, con pérdida de seguridad jurídica.....	11
3.2.3-Cambio de significado de la firma.	12
3.3-La posibilidad real de disenso en el contrato de adhesión	12
3.4-El Acuerdo Nuclear	13
4-CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN	14
4.1-Aproximación al concepto de Condiciones Generales de Contratación	14
4.2- Las Condiciones Generales de Contratación en el entorno internacional	16
4.3-La Adhesión.....	16
5-LA GUERRA DE LOS FORMULARIOS.....	19
5.1-Aproximación a la problemática	19
5.2-Existencia y contenido del contrato.....	22
5.2.1-Eschema de la Oferta /Aceptación	23
5.2.2-Eschema Consenso/Disenso.	25
5.3-Control sobre las condiciones	27
5.4-Convenio de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.	30
5.5-Principios Unidroit	33
6-ENTORNO EUROPEO	35
6.1-Inglaterra	35
6.2-Alemania	36
6.3-Holanda.....	38
6.4-Portugal.....	39
6.5-Italia	39
6.6-Protección de los empresarios en la Unión europea	39
7-CONCLUSIONES.	41
8-JURISPRUDENCIA CITADA	44
9-BIBLIOGRAFÍA	45

1-ABREVIATURAS

CC	Código Civil
ADC	Anuario de Derecho Civil
UNIDROIT	Principios Generales de Contratación Internacional
UNCITRAL	Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
LGDCU	Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios
RDM	Revista de Derecho Mercantil
LCGC	Ley de Condiciones Generales de Contratación
AP	Audiencia Provincial
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
LCS	Ley del Contrato de Seguro
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional
INCOTERMS	Términos Comerciales Internacionales

Resumen:

El elevado volumen de contratación fomentado por el comercio nacional e internacional ha forjado el nacimiento de nuevos instrumentos que faciliten el establecimiento de dichas relaciones. En este ámbito se circunscriben la relaciones entre empresarios que usan formularios para contratar, cuyo estudio es la base de este trabajo. Dicho análisis incluye una aproximación a los conceptos de condiciones generales de contratación y contratos de adhesión, la regulación de la contratación a través de formularios así como la determinación de los problemas que surgen de su aplicación y las posibles soluciones al caso. Por último se hará una síntesis de la regulación de esta materia en los países del entorno europeo.

Palabras clave: condiciones generales de contratación, contratación empresario-empresario, contratos de adhesión, guerra de formularios.

Abstract:

The huge amount of contracts today take place, are promoted by the national and international trade. This situation has developed new tools for facilitating the establishment of relationships. This work is based on studying the relationships between entrepreneurs who use forms to contract. This analysis contains an approach to Contracting General Conditions and adhesion contracts as well as the regulations applicable to this subject, the determination of problems and possible solutions. Finally, we are going to make a synthesis of European countries rules over this matter.

Key Words: Contracting General Conditions, entrepreneur to entrepreneur contracting, adhesion contracts, the battle of forms.

1.-INTRODUCCIÓN

Desde el comienzo del movimiento de la globalización en todos los ámbitos, ya no podemos entender la contratación sino en un contexto internacional y, en nuestro caso, también europeo. Así, se ha iniciado un camino de investigación que trata de dar solución a un entorno variado en lo que a regulación de condiciones generales de contratación se refiere. Las operaciones se han implantado de forma transfronteriza y por eso debemos buscar soluciones en la misma escala, creando en la medida de lo posible una mayor seguridad jurídica.

Nos movemos en un ecosistema competitivo que no encuentra límite a la producción contractual, por eso, se han ido buscando a lo largo del tiempo, diferentes maneras de contratar que facilitasen las largas negociaciones entre las partes, a través de figuras como las condiciones generales de contratación, en contratos de adhesión, o uso de formularios, como defienden los tribunales:

Este tipo de contratación ha venido desarrollándose, dadas las necesidades del tráfico entre empresas, por la contratación en masa, y por las transformaciones económicas que se han ido produciendo, siendo cada vez los contratos menos discutidos en su contenido y en plano de igualdad¹.

Como vamos a poder apreciar, los beneficios que genera su utilización son elevados, aunque se llegue a rozar los márgenes de la buena fe, y, en algunas ocasiones, se vean traspasados.

Esta la forma de contratación, no es en sí abusiva ni está prohibida, pero también al no existir el acuerdo de las partes y de sus voluntades, siendo un contenido del contrato impuesto y predispuesto, puede dar lugar a un importante desequilibrio en las prestaciones aceptadas².

Por ello, tiene mayor importancia, si cabe, buscar soluciones a los problemas que van surgiendo. Es decir, las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países del marco europeo velan por la protección de la parte más débil en las relaciones de contratación, que en muchas ocasiones se presupone ser el consumidor, pero que en otras, es el propio empresario que acepta los términos establecidos por la otra parte. Quizá por la supuesta situación de igual en la contratación empresario-empleado, su protección no se ha realizado de manera exhaustiva, lo que ocasiona la necesidad de

¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 1 de octubre de 2003

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 2001.

buscar soluciones a los problemas que surgen guiados por los límites de la legislación, adaptados a la práctica de los tribunales e interpretados por la doctrina.

Este carácter ambiguo y complejo que caracteriza a estas relaciones hace necesario realizar una revisión de estos aspectos en nuestro ordenamiento, así como observar cómo hacen frente a estos supuestos los países más cercanos a nosotros.

El trabajo que a continuación se va a desarrollar tiene como base llevar a cabo un acercamiento a la cuestión de la guerra de formularios en la contratación empresario-empresario, cuyos objetivos son:

- Analizar la figura, e identificar su contenido
- Describir la regulación aplicable en el ordenamiento español y en el entorno europeo.
- Identificar los problemas y las posibles soluciones aplicables en relación a dicha cuestión.

Al ser un tema que limita de manera muy cercana con otros, la metodología de trabajo utilizada se ha basado, en un proceso de consulta amplia para conseguir centrar y acotar el contenido. Primero se ha realizado una consulta bibliográfica a través de palabras y expresiones propias de la materia que vamos a tratar, para conseguir el acceso a obras a texto completo: guerra de formularios, contratos de adhesión, condiciones generales de contratación entre empresarios, etc. Después se ha procedido a completar la búsqueda a través de fuentes complementarias como son las bases de datos, tanto a texto completo como referenciales (Aranzadi, El Derecho, Tirant y Dialnet).

En función de los datos obtenidos, se ha realizado una acotación temporal entre 1976 y 1998, fechas de promulgación de dos textos muy vinculantes en relación a la materia. Así, se han clasificado los datos encontrados según estos criterios estableciendo 4 grupos: obras doctrinales, normativa, jurisprudencia y otras publicaciones. Hemos querido realizar una búsqueda lo más variada posible, para poder a través de la puesta en contacto de las diferentes fuentes realizar una aportación más enriquecedora.

La estructura que va a seguir el trabajo estará compuesta por un primer capítulo, con el cual nos acercaremos a la evolución y antecedentes del uso de formularios en la contratación, seguido por una definición y concreción de las condiciones generales de contratación y contrato de adhesión, ambas vinculadas al concepto de formulario al

cual, en un cuarto capítulo, haremos referencia, tanto al concepto, regulación como problemáticas que han ido surgiendo.

Por último, nos acercaremos a los sistemas de regulación de las relaciones empresario-empresario a través de diferentes países de la Unión Europea. Para concluir, realizaremos una síntesis de este contenido respondiendo a la cuestiones que hemos determinado previamente.

2.-ANTECEDENTES

Para comenzar este trabajo, nos sumergiremos en un proceso de evolución de la contratación a través de formularios desde la acuñación del concepto de contratos de adhesión hasta la promulgación de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998. Esto nos permitirá adquirir una perspectiva general sobre las diferentes influencias que recibió la citada ley, lo cual nos servirá como marco para introducirnos de lleno en el estudio de tres conceptos principales en este trabajo: los contratos de adhesión, las condiciones generales de contratación, y la guerra de formularios.

En el año 1901, un escritor francés Raymond Saleilles³ influido por la promulgación del Código Civil alemán, escribió una monografía donde acuñó por primera vez el concepto de contratos de adhesión, es decir, en los que el contenido se encuentra predispuesto por una de las partes, de tal manera que la otra parte, colocada en una situación de imposibilidad de negociar, lo toma o lo deja. Si lo deja, no hay contrato, y si lo toma se adhiere a las reglas impuestas por la otra parte. Pero, con anterioridad a esta fecha, muchas grandes empresas utilizaban ya escritos predispuestos en sus relaciones con clientes compañías de seguros, bancos, etc.. Se trata evidentemente de un sistema que favorece posiciones de predominio de una de las partes, y que pueden ser al mismo tiempo una forma de abuso, en especial, cuando se establece una sumisión en determinados aspectos empresariales, como por ejemplo por la existencia de monopolios, etc., frente a los que nada se puede hacer. Sin embargo, se ha señalado, y conviene destacar, que el sistema de contratación por medio de formularios, clausulados, impresos predispuestos y otras modalidades parecidas, presentan una clara ventaja en la medida que ofrecen un ahorro de costes, sobre todo, en lo que se refiere a

3 Diez Picazo y Ponce de León, Comentarios a la Ley de Condiciones generales de Contratación, 2002, pp. 61 y ss.

los llamados costes de transacción, al mismo tiempo que racionaliza el trabajo en la empresa.

La racionalización que implica este sistema y el ahorro de costes que conlleva, puede influir en la formación de precios y, en este sentido, puede ser un factor que contribuya al abaratamiento y, por otra parte, a la mejora de las condiciones en que los empresarios pueden competir en el mercado.

Las reacciones a la obra de Saleilles sobre los contratos de adhesión, no fueron favorables, siendo criticado por múltiples autores, sobre todo en relación a lo que el propio escritor afirmó: “que de contrato sólo tiene el nombre y que en lo demás no guarda con el tipo de los contratos ninguna semejanza”. Sin embargo, frente al mismo, se toma como referencia el contrato de negociación, en el que las partes, encontrándose en igualdad, negocian, y rehacen el contenido contractual, que adquiere carácter de expresión de su acuerdo, como resultado del proceso descrito.

El tratamiento de Saleilles fue recogido por otros sectores doctrinales, posteriormente. En los años 60, Federico de Castro y J. Garrigues dedicaron su atención a esta problemática⁴). Pero, el momento de auge de las condiciones generales de contratación surge con la Ley alemana de 9 de diciembre de 1976, modificada posteriormente por la Ley de 29 de marzo de 1983. Esta establece que no son condiciones generales de contratación las que han sido individualmente negociadas. Para que puedan ser incorporadas a un contrato, el adherente las tiene que haber conocido expresamente o haber tenido posibilidad de conocerlas sin una especial dificultad. Así, no formarán parte del contrato, por ejemplo, las cláusulas sorprendivas, es decir, con las que el adherente no contaba, formulándose a su vez, el concepto de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales. La Ley alemana establecía también sanciones para las condiciones que perjudicasen de manera desproporcionada o inequitativa al adherente en contra del mandato de actuar de buena fe, viéndose acompañada, esta ley, por una lista de cláusulas que se consideraban ineficaces, así como se establecieron controles de contenido.

⁴ De Castro, Las Condiciones generales de los contratos y la eficacia de la leyes, DC,XIV, 2, núm.161,295

A raíz de la citada ley, nuestra legislación se ha visto afectada por un proceso de evolución a partir del año de su promulgación, denotándose la gran influencia que generó en nuestra legislación.

La primera Ley de esta tipología que surgió en España fue la del Contrato de Seguro de 8 de Octubre de 1980, determinando en su art. 3 la característica de claridad que tienen que cumplir las condiciones generales para este tipo de contratos: “las condiciones generales como las particulares, han de redactarse de forma clara y precisa, siendo aceptadas de forma especial las cláusulas limitativas de derechos de los asegurados”.

El paso siguiente lo dio la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. Se trataba de una Ley que regulaba los contratos celebrados con consumidores, no existiendo articulado en cuanto a la utilización de condiciones generales entre empresas industriales, o comerciales. Su redacción destaca la necesidad de la sencillez en la expresión de los contratos, la entrega de documentos acreditativos de las operaciones, o el control de contenido con las nociones de abuso en perjuicio del consumidor.

Unos años después, cuando el Consejo de la Comunidad Europea dictó la Directiva de 5 de Abril de 1993, lo realizó considerando que era necesario adoptar medidas igualitarias para el mercado interior europeo, lo que implicaba un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercaderías, de servicios, y de capitales debía estar garantizada. El Consejo defendía la gran disparidad entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros, especialmente, en relación a las cláusulas de contratos celebrados entre vendedores de bienes y productores de servicios, así como sobre los adquirentes o usuarios.

El objeto de la regulación de la Directiva es claro, en cuanto a contratos celebrados entre profesionales y consumidores sobre las cláusulas que no se hubieran negociado individualmente, según el art. 3.2: “no se ha negociado individualmente cuando su contenido se encuentra predispuesto por el profesional o empresario, y el consumidor no ha podido influir en él”.

Llama la atención, en dicha Directiva, la sustitución de la palabra empresario, que era la tradicional, por la de profesional, que lo define como: “persona física o jurídica que, en

las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúa dentro de la actividad profesional, ya sea ésta pública o privada”.

Suprime la palabra empresario debido a la gran ambigüedad del término, ya que adquiere distinto significado en las diferentes legislaciones nacionales, y dentro de cada sector del ordenamiento. Asimismo, crea una serie de presunciones, necesarias de ser destacadas. La primera es que el profesional que afirme que una cláusula se ha negociado individualmente, soporta la plena carga de la prueba. En segundo lugar, se presume que no ha habido negociación individual cuando ha existido prerredacción por parte del profesional.

Pero, el tema central de la Directiva es la definición de abusividad, concepto heredado de la ley alemana. El art. 4 indica:

“El carácter abusivo de una cláusula se aprecia teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las cláusulas del contrato y del que dependa”.

Para que una cláusula se considere abusiva, se requiere que produzca un desequilibrio importante en detrimento del consumidor en los derechos y obligaciones de las partes, y que suponga además una contravención a la buena fe. Este último término, aplicándolo al empresario hace referencia a la forma de *comportamiento leal*, y en el consumidor, *el conjunto de expectativas que pueden formarse con el contrato*.

Por último, la Directiva se cierra con un Anexo que contiene una lista indicativa de cláusulas que pueden resultar abusivas. Los especialistas las denominan *listas negras* cláusulas irremediablemente abusivas y *listas grises* medianamente abusivas si se dan otros requisitos. La Directiva se inclinó por las cláusulas grises. Pero, como precisa el art.3. 3, las cláusulas del anexo tienen un carácter indicativo y no exhaustivo de manera que son los Tribunales, los competentes para declarar la abusividad de dichas cláusulas.

Posteriormente, en función de la citada directiva, el Legislador Español creó la Ley 7/1998, de 13 de Abril. Pero, debemos precisar que la regulación legal de las Condiciones Generales de Contratación en España ha conllevado un proceso que abarca una década, con sucesivas propuestas Anteproyectos de Leyes de Condiciones de Contratación en los años 1984, 1988 y 1992. Finalmente, se redactó el Anteproyecto

que resultó definitivo, la Ley designada, existiendo distintas y sucesivas modificaciones y actualizaciones a lo largo de los años, hasta nuestros días.

Asimismo, posteriormente se ha ido promulgando normativa complementaria a esta, entre las que podemos destacar:

- 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 leyes complementarias.
- Real Decreto 1906/1999, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con Condiciones Generales en desarrollo del art. 5.3 de la Ley 7/98.
- Real Decreto 1828/1999, por el que se aprueba el reglamento del registro de Condiciones Generales de la Contratación.

3.-CONTRATO DE ADHESIÓN

El Contrato de adhesión es “aquel propio del intercambio masivo, en el que el contenido contractual, formado por condiciones generales de contratación, presenta, junto al consenso, una posibilidad indeterminada de disenso”, que es contraria al concepto de contrato⁵. Múltiples son las definiciones que la doctrina y los tribunales han aportado en relación al contrato de adhesión, en paralelo a la citada, por lo que, podemos afirmar que todas ellas responden a una serie de peculiaridades comunes:

3.1-La desigualdad contractual e imposición.

La desigualdad no es sólo una diferencia de intereses entre las partes⁶, presupuesto de toda negociación, sino que permite al profesional prescindir en todo o en parte de los tratos preliminares y sustituir la *negociación por imposición*. Esto se plasma en la exclusión de la parte contraria en la formulación del contrato⁷.

3.2-Tratos preliminares, negociación y contrato por negociación

⁵ Ballugera Gómez C, “El contrato no contrato”, pp. 36 y ss.

⁶Bercovitz, Rodríguez-Cano, A., “La protección de los consumidores en la Constitución Española y el derecho mercantil”, “Estudios Jurídicos sobre protección de consumidores”, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987

⁷Alfaro Águila-Real J., “Condiciones Generales de Contratación”, Civitas, Madrid, 1991., pág., 104 y ss.

En los contratos por negociación se manifiesta el intercambio sucesivo entre las partes de propuestas en la formación del contrato, fruto de la propia negociación. Se toman como punto de partida las voluntades divergentes de las partes que alcanzan un acuerdo. Esa voluntad se plasma conforme a los arts. 1091 y 1281, 1 del CC⁸.

Sin embargo, lo característico y lo que diferencia el contrato de negociación del de adhesión, es la sustitución total o parcial de la negociación propiamente dicha por la *imposición de un formulario*. Según la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 8ª), Sentencia núm. 136/2011 de 22 de marzo, en cuanto a un supuesto de hecho sobre contratación de un servicio de renting por empresa, el contrato, al tener cláusulas predispuestas y otras negociadas individualmente, fue considerado como un contrato de adhesión, por lo que las cláusulas podían ser o no aceptadas. Si los interesados quieren contratar sólo pueden aceptar el contenido inmodificable del contrato, en el que se mantiene la libertad de aceptar o no aceptar”⁹. Este hecho produce varios efectos, según la Doctrina:

3.2.1-El aumento insoportable de los costes de transacción para el adherente.

La supresión de los tratos preliminares, es un medio para introducir las condiciones generales¹⁰, lo que supone una reducción de costes de transacción al predisponente, pero produce en el adherente el efecto contrario. Estos costes son el mayor esfuerzo que debe realizar el adherente para comprender el significado del formulario, además de necesitar, en determinados casos, la intervención de un tercero que ejerza funciones de consejero o asesor legal para el estudio del contrato, lo cual eleva su coste.

3.2.2-La falta de lectura o de comprensión, forzosa y racional, del formulario, con pérdida de seguridad jurídica.

El profesional impone a la firma del contrato un ritmo frenético. No entrega el contrato con una antelación razonable para su estudio, sino que lo presenta inmediatamente antes de su firma, y no suele informarle sobre aspectos del contrato que le podrían hacer

8Art. 1091 CC: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos.

Art. 1281. 1 CC: “Si los términos de un contrato son claros y no dejan lugar a duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”.

⁹Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997, 13 de noviembre de 1998 y 27 de julio de 1999.

¹⁰ Ballesteros Garrido, J. A. Las condiciones de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 222-223.

desistir del mismo. Esto, fuerza al adherente a que aparte su mirada de las condiciones generales y concentre todos sus esfuerzos sobre el precio y calidad del producto o servicio, por lo que firma sin leer ni comprender el resto del formulario¹¹. Esta conducta que atenta contra la libertad contractual es forzosa e impuesta. Impuesta por el profesional con el fin de alcanzar que el adherente adquiera un bien o servicio. El adherente pierde seguridad jurídica y se ve obligado a confiar ciegamente en el buen hacer del profesional¹². Así mismo, se suelen ocultar por el profesional los riesgos del contrato, hecho que va contra los principios de autonomía privada y justicia contractual.

3.2.3-Cambio de significado de la firma.

Sin tratos preliminares y sin lectura comprensiva del contrato, el consentimiento por adhesión se reduce al acto formal de la firma, siendo un mero trámite para acceder a un servicio, que es el objeto del contrato. La firma era un signo de consentimiento basado en un querer lo sabido, pasándose ahora en este tipo de contratos, a una firma por desconocimiento. Por lo que, la sola firma no sería suficiente para considerar que la cláusula ha sido negociada individualmente¹³. Si el adherente no lee ni comprende las cláusulas, su firma sería un consentimiento ficticio contrario a la disposición adicional primera, según el artículo 20 de la LGDCU¹⁴.

3.3-La posibilidad real de disenso en el contrato de adhesión

La posibilidad de desconocer del adherente puede volverse posibilidad de no querer, una posibilidad tras el desconocimiento del contenido del contrato. Pero, ¿cuándo tiene derecho a alegar el adherente esta falta de consentimiento? Cuando las condiciones generales sean injustas por oscuras y abusivas. Las dudas sobre el consentimiento de una persona sobre las condiciones generales contamina todo el contenido contractual volviéndose oscuro.

En la formación del contrato de adhesión la unilateralidad del mismo nos muestra la distancia de las partes. La ausencia de tratos preliminares y de negociación, determinan que el contenido venga impuesto, de manera que tras su formalización, no hay certeza

¹¹García Amigo, M. Las condiciones generales de los contratos, pág. 29.

¹²Pagador López, J., Condiciones Generales de Contratación y Clausulas predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998, Marcial Pons, Madrid, 1999.

¹³Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1998, (RJ 1998/121).

¹⁴Artículo 20 LGDCU: “Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor a cláusulas de las cuales no ha tenido oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato”.

de la unión de la voluntades sino que cabe la duda de si se ha producido su convergencia o no.

Según resuelve la Audiencia Provincial de Navarra en su Sentencia de 1 de octubre de 2003, es necesaria una interpretación de los términos del contrato para aclarar el contenido del clausulado:

“Debido a que las cláusulas del contrato no son claras, las condiciones generales han de interpretarse conforme al art. 6 de la Ley 7/1998 en el sentido de que las dudas se resolverán a favor del adherente”, “la oscuridad de las estipulaciones analizadas obliga a una interpretación contra “proferentem” en el sentido de que nace la obligación de pago del precio derivada del contrato, comisión, cuando de conformidad con las normas del mismo el actor hay cumplido el contrato”.

3.4-El Acuerdo Nuclear

Encontramos así, una falta de certeza sobre la concordancia de la voluntad de ambas partes. La incertidumbre de voluntades, la oscuridad del contrato, la duda, puede afectar no sólo a las condiciones generales y particulares, sino al acuerdo nuclear. Lo que sí une a las partes, indudablemente, es la existencia de un contrato, pero resultando con un consentimiento indeterminado en cuanto al contenido del mismo¹⁵. Es decir, en el contrato de adhesión, puede haber una parte clausular consentida y otra no, pero, no sabemos con certeza qué parte es cada una, por lo tanto hay una indeterminación en el consentimiento que alcanza al mismo acuerdo.

El acuerdo nuclear se supone siempre que existen condiciones generales de contratación. Por ejemplo, si existiese un contrato de adhesión con una sola condición general, en el supuesto de que resultase nula por cualquier causa, no querría decir que el contrato sea nulo de pleno derecho¹⁶, sólo que la condición general no se incorporará, por lo que daría lugar a un contrato absolutamente vacío, pero habría contrato.

El contrato existe cuando se cumplen los requisitos: consentimiento, objeto y causa, según dictan los arts. 1258 y 1261 del CC.: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe, al uso y a la ley”; “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1-consentimiento de los contratantes. 2-objeto cierto que sea

¹⁵Llodrá Grimalt, F., El contrato celebrado bajo condiciones generales, pág. 53.

¹⁶Rubio de la Torre, C., La protección del consumidor: su marco legal. Referencia a la ley 7/98 LCGC.

materia del contrato. 3- causa de la obligación que establezca”. El propio Código Civil hace referencia a la manifestación del conocimiento art. 1262, pero, si bien, la claridad debe estar en la intención evidente de las partes que contratan siendo explícito según el art. 1281 CC, “Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas”; “Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas”¹⁷ Este articulado se encuentra muy indeterminado para los contratos de adhesión.

El acuerdo nuclear de un contrato, buscará su determinación en las condiciones generales, a través de las *normas de equilibrio*. La Ley determina como básico el escrito justificante de contrato o de la venta que se ha celebrado. Pero en ventas especiales, se reconoce al consumidor el derecho de arrepentirse en un plazo determinado para poder ejercerlo¹⁸, por ejemplo de un mes, siendo destacable que cuando un contrato no se celebra por escrito, la demostración de su existencia para ejercitar los derechos, y lo que justifica su existencia, es un recibo¹⁹.

4-CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN

4.1-Aproximación al concepto de Condiciones Generales de Contratación

Las condiciones generales de contratación²⁰ son cláusulas del contrato por adhesión que encierran la posibilidad de disenso, por haber sido incorporadas al mismo por imposición de un contenido predispuesto unilateralmente, para una pluralidad de contratos. Son entendidas por la Doctrina como un instrumento de racionalización para hacer frente a una actividad masificada, y como medio para controlar e impedir la mejora de una de las posiciones contractuales frente a la otra²¹. Estas alcanzan relevancia en el tráfico empresarial porque el número de transacciones homogéneas es elevado y una regulación previa y uniforme, facilita la actividad. Son cláusulas que el empresario tiene redactadas de antemano y que incluye en el contrato sin preguntar al consumidor.

¹⁷Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003, (RJ 2003/1358).

¹⁸Bercovitz y Rodríguez Cano, A., Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores, Estudios sobre Consumo, nº 4, (1985), pp. 59 y 65.

¹⁹Santos Morón, M.J., Lección de Información precontractual, pp. 138-139.

²⁰El concepto legal de condiciones generales de la contratación se halla en el art. 1 LCGCC, y en el art. 1 LGDCU y el 3.2 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas.

²¹Miguel González, J.M., Reflexiones sobre las condiciones generales de contratación, pág. 4946,

Los empresarios conocen muy bien nuestra forma de adquisición de bienes, por lo que han transformado la contratación en actos caros y largos, forzando a las personas a que no lean la letra pequeña de los contratos.

A día de hoy, se considera que no es racional ni usual preocuparse por el contenido de las cláusulas, sería un tiempo perdido, ya que son largas y de difícil comprensión, y si averiguáramos lo que dicen, probablemente, no llevaríamos a cabo el contrato²². Cuando contratamos todo tipo de servicios como consumidores o profesionales, no podemos influir en el contenido de las cláusulas que han sido redactadas previamente. Continuando con la exposición, la doctrina defiende, que las condiciones generales de contratación garantizan una reglamentación más analítica, exhaustiva y clara, que permite cumplir una adaptación al tráfico mercantil²³. Así podemos hablar de las diferentes funciones económicas que se otorgan a las condiciones:

- **Disminución de Costes de Celebración y Regulación de Contratos Celebrados por la Empresa:** aumenta la simplicidad desde el momento del acuerdo, así como permite concentrarse en los puntos esenciales para negociar.
- **Facilita la División de Tareas y Mejora el uso eficiente de capacidades,** es decir, personal de baja cualificación jurídica puede celebrar contratos de manera rutinaria.
- **Coordinación en el Seno de la Empresa,** se disminuye la necesidad de comunicación, se facilita la planificación así como la ejecución de lo planificado. Todas las cuestiones jurídicas relativas a la contratación de la empresa con clientes o proveedores están reguladas de antemano sin necesidad de comunicarse en cada ocasión
- **Posibilita el Cálculo Anticipado de los Costes:** las empresas saben de antemano los costes y los riesgos que corren, y su responsabilidad.

Además, en la medida en que cláusulas semejantes sean utilizadas por otros empresarios, se podrán lograr distintas *economías de escala* facilitando el tracto

²²J. Alfaro Aguilera Real, El derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas, Revista Jurídica de Catalunya, 1(2000) pp. 9-32.

²³ J Pagador, Las Condiciones Generales de Contratación y Clausulas predispuesta, Madrid 1998 y Comentario a la Ley Menéndez/Díez Picazo Comentarios de la Ley de Condiciones generales de Contratación, Madrid 2002.

contractual,²⁴ teniendo en cuenta, que se puede correr con el riesgo de una excesiva *uniformidad*, pudiendo reducirse en gran medida la *innovación contractual*.

Asimismo, podemos destacar otro principio de defensa al uso del clausulado, que ha sido bastante criticado por la doctrina. Se afirman que cuando un empresario dispone de un clausulado contractual, se contribuye a la *seguridad jurídica* en la medida en que el contenido del mismo, se adapte más al contrato que se va a celebrar, haciéndose una regulación más detallada de lo establecido en el mismo. Pero, la dificultad de prueba que conlleva, la reducida claridad y la incertidumbre que generan, limitan dicha seguridad.

4.2- Las Condiciones Generales de Contratación en el entorno internacional

Existe una gran extensión de modelos y contratos entre empresas de origen internacional, y numerosas propuestas de regulación de las relaciones comerciales, a las que consideramos importante hacer referencia antes de avanzar en la materia.

Naciones Unidas, en 1996, reconoce la necesidad de jugar un papel más activo en el flujo del comercio internacional, por eso crean la Comisión para la Unificación del Derecho Mercantil por resolución de 17 de diciembre de 1996. Dicha Comisión lleva a cabo su función mediante sesiones anuales celebradas en New York y Viena, que tienen como objetivo, promover la progresiva armonización y unificación a nivel internacional, a través de la reducción de los obstáculos legales que impiden el flujo del comercio, y armonizar las leyes mercantiles. Por eso, la mayoría de las relaciones internacionales que se llevan a cabo hoy en día, se basan en consultas efectuadas a la CNUDMI. En este sentido y en cuanto a los clausulados en contratos entre empresas, y en cláusulas prerredactadas, es necesario destacar también los INCOTERMS, estándares internacionales de términos comerciales mantenidos por la Comisión de Derecho y Practica Mercantil de la Cámara de Comercio Internacional. Estos términos facilitan el comercio y permiten que los agentes de diversos países se entiendan entre sí.

4.3-La Adhesión

La discusión sobre las cláusulas predispuestas por las empresas, se centra en determinar, si una firma al pie de un formulario o la simple exposición de las cláusulas en un local

²⁴M Kaham, M Klausner, Ventajas de utilización de cláusulas idénticas entre empresas Rev. 83, 1997.

de negocio, es suficiente para que el adherente quede vinculado, pudiendo afirmar que acepta libremente un contrato, es decir, que se autodetermina. La competencia entre empresas nos permite aceptar libremente una oferta u otra, ya que hemos barajado distintas posibilidades, y, elegir la mejor de las disponibles en base a nuestros intereses. Un contratante actúa libremente, cuando contrata voluntariamente y cabe la posibilidad de que renuncie.

Otros autores contrariamente indican que lo que da la libertad al contratar es la negociación, actividad que en una sociedad con una producción en masa es imposible realizar, porque el adherente no va a leerse todas las condiciones, ni la letra pequeña, y los empresarios no están incentivados para mejorar condiciones con los clientes, porque ni ganan ni pierden. En otras palabras, la adhesión es una firma en barbecho²⁵.

La adhesión a las condiciones generales de contratación, al margen de la implicación del consentimiento de la parte, conllevan también:

- El adherente se da por enterado de la existencia de las condiciones aplicables al contrato, toma conciencia y puede disponer de ellas durante la vida del contrato.
- Es una autorización del adherente a la empresa para que establezca cláusulas predispuestas y regule las relaciones, ya que el empresario puede dar una mejor regulación a menos coste que el consumidor. Carecería, por tanto de lógica que esta labor se le atribuyera al consumidor.

El empresario basándose en el principio de la buena fe, está obligado a incluir en dichas cláusulas, exclusivamente, aquellas cuestiones que la otra parte, de habérselas leído y discutido, habría aceptado. La buena fe es un criterio utilizado para controlar el contenido del clausulado, ya que nadie puede aprovecharse de que la otra parte no intervenga en la redacción de un contrato, ni tenga posibilidades de revisarla. Por lo tanto, lo estrictamente necesario es que hay que someter, a un *control de contenido*, las cláusulas en las que ha existido una limitación al adherirse, conduciendo en consecuencia, a declarar la nulidad de todas aquellas que sean desequilibradas, y que sean perjudiciales para el adherente. El problema principal de esta situación, es que dada la desigualdad del poder contractual de las partes, en numerosas ocasiones, no sabe qué parte del formulario ha sido consentida. No es que las condiciones no sean válidas

²⁵P. Rubin, Courts and the Tort-Contract Boundary in Product Liability.

por no haber sido consentidas, sino que existe igual probabilidad en un sentido que en el otro.

El control de este tipo de cláusulas es fundamental, tiene que ser conforme a lo pactado. Es decir, que el consumidor contrate lo que cree que está contratando, sancionando a la empresa en el caso de que induzca a un error. Al empresario se le obliga en cuanto a cláusulas preredactadas a:

- Redactarlas con un mínimo de legibilidad, siendo comprensibles.
- Entregar un ejemplar al adherente, recogiendo su firma al pie del formulario.
- Si el contrato no se documenta por escrito, debe constar que el adquirente ha conocido la existencia de las condiciones de forma suficiente.

De acuerdo con la Directiva de 5 de Abril de 1993, el carácter de transparencia en los contratos y conocer los términos del mismo es fundamental, ya que una cláusula que regula elementos esenciales no transparentes, puede ser abusiva y anulada²⁶. Según la STS Navarra, de 29 marzo de 2003:

“No son cláusulas predispuestas las que regulan los elementos esenciales del contrato: el precio, objeto, prestación característica,... A estas cláusulas se les denomina acuerdos individuales²⁷ porque los elementos esenciales del contrato los tiene en cuenta el adherente al contratar y no deriva de una inclusión sólo del predisponente”.

Estas cláusulas parten según la jurisprudencia alemana de la libertad contractual. También, según la jurisprudencia no son elementos esenciales las cláusulas de cuantía: de intereses moratorios, ni las de redondeo, etc., entre otras²⁸.

Asimismo, basándose en el principio de transparencia, destaca las cláusulas sorprendentes o insólitas, como aquellas con las que el adherente no ha podido contar, razonablemente. En este caso, resulta muy importante la experiencia comercial de la parte. Determinadas cláusulas pueden sorprender a un consumidor, pero no a un empresario con su experiencia. Según los tribunales, hablamos de casos como: la compraventa de un televisor, por ejemplo, a la que se añaden condiciones generales en cuanto a la obligación de tener un mantenimiento, o la suscripción de una póliza de

²⁶F. Petíñez, El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la Jurisprudencia del tribunal de Justicia de la unión Europea.

²⁷Art. 2 LCGC: El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato.

²⁸Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baleares, Palma de Mallorca, núm. 294/2002. Sentencia Juzgado de Primera Instancia 34 Barcelona de 23-marzo-2003; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 269/2002, de 25 de octubre.

seguro multirriesgo para comercios y oficinas, cuyas condiciones incluían la cobertura de riesgo de caída de un rayo sobre el local, pero excluían los daños²⁹.

Por lo tanto, si una cláusula sobre elementos esenciales prerredactada no es clara y transparente, habrá que:

- Someterla a un control de contenido, para saber si altera lo querido por el consumidor.
- Se podrá declarar nula en cuanto afecta a las expectativas del consumidor.
- Otra opción sería acudir al 1.258 del CC, al ser una cláusula redactada en incumplimiento de lo pactado, usos, buena fe y Ley.

5-LA GUERRA DE LOS FORMULARIOS

5.1-Aproximación a la problemática

Centrándonos en el tema de la Guerra de Formularios, nos parece conveniente destacar a modo de introducción una breve exposición general, desarrollando la problemática, sobre la cuestión en sí misma.

Las relaciones en el tráfico comercial contractual bajo condiciones generales de contratación, tienen su base en el establecimiento de cláusulas de manera unilateral por una parte, cuyo contenido está integrado en un formulario que se constituye como núcleo central del contrato, frente al cual, la otra parte no puede iniciar una negociación, teniendo dos opciones: aceptarlo o no, o contrarrestarlo con la entrega de su propio formulario, en el que, imponga sus propias condiciones. Por ello, no solamente podemos limitar su aplicación en las relaciones consumidor-empresario, sino también, en el ámbito de la contratación empresario-empresario.

A día de hoy, en las transacciones que tienen lugar en los sectores económicos, lo normal es que ocurran conflictos entre empresas en relación a pedidos con condiciones generales, aceptaciones, entregas de mercancías y, en resumen, conflictos por los que se acude a los tribunales, para intentar imponer cada parte sus propias condiciones³⁰.

²⁹Sentencia de la AP de Palencia de 30 de Marzo de 1992

³⁰S. Durany Pich, ADC.

Debe entenderse que la colisión entre condiciones generales, salvo casos excepcionales, *no conlleva la nulidad del contrato*, ya que las partes han querido celebrarlo conscientes, de que las respectivas condiciones entre los contratantes serán diferentes.

Lo más lógico, es que los empresarios asuman el riesgo de la incertidumbre respecto del contenido del contrato, en cuanto a la otra parte y a sus cláusulas. En este caso, el riesgo es la opción menos gravosa en comparación con la situación de no celebración o poder perder el tiempo en una tras otra discusión de cada cláusula, sobre todo, en relaciones contractuales duraderas.

En la mayoría de los casos, el contenido del contrato se determina según las condiciones coincidentes y, en lo demás, por Derecho dispositivo, lo que evita los efectos de conductas oportunistas, las cuales, a través del inicio de un litigio buscan por ejemplo, obtener una indemnización mayor, supongamos, por daños que la que se determinaría en el derecho supletorio según art. 1.107 CC³¹.

En los casos en que haya existido un auténtico diálogo entre las empresas, el contenido del contrato se determinará por las reglas tradicionales, afirmándose que cada parte ha admitido y emitido su consentimiento sobre las cláusulas propuestas³². Pero, la tendencia actual es que las empresas mantengan relaciones repetitivas y duraderas con proveedores, clientes, etc., de manera que regulan por medio de un contrato *marco* los diferentes aspectos.

La guerra de formularios, se da en la práctica sobre cláusulas aisladas. Resolver los problemas judicialmente, en ocasiones no interesa, porque mantener una relación en buenos términos entre las empresas, vale más que la posible compensación judicial. Aunque, debemos tener en cuenta que, el control por parte de los Jueces del contenido de las cláusulas contractuales, tiene un papel fundamental, pudiendo declarar la nulidad de las mismas si fuere necesario, manteniendo el contrato³³.

³¹Art. 1107 CC: Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación, y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

³²Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975.

³³Jesús Alfaro, Las Condiciones generales de contratación pp. 275 y ss.; Salvador Durany, Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto, pp.1011 y ss.,

Como establece nuestra legislación, las relaciones entre empresarios se rigen por las reglas generales, pero la problemática surge de la contraposición de condiciones, cuando los empresarios usan formularios para contratar entre sí. Es normal que en el tráfico, cada parte tenga unas condiciones propias que quiera incorporar al contrato, pero el contenido puede quedar no bien definido si divergen.

Podríamos preguntarnos: ¿Las partes están aceptando mutuamente todas las cláusulas?, ¿Realmente existe contrato? o ¿Cómo queda delimitado el contenido en este caso?

Se plantean así, cuestiones relativas a la existencia y al contenido del contrato. Esto sucede típicamente en los supuestos de contratación entre profesionales, en los que el contrato, se forma mediante *el cruce de pedido y la confirmación en formularios impresos distintos*³⁴, siempre y cuando ambas partes hayan cumplido los requisitos previstos en los artículos 5³⁵ y 7 LCGC a quienes se les aplica también esta regulación.

En relación con el art. 7, no quedarán incorporadas, al contrario de las siguientes condiciones generales:

- “a) Las que el adherente no haya tenido la oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del art. 5.
- b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”

A decir verdad, estas condiciones son de difícil cumplimiento en numerosos casos, lo cual hará que muchos de los acuerdos comerciales entre empresarios, no incorporen las condiciones generales al contrato. Esa es una de las consecuencias de la excesiva rigidez de la regulación de inclusión de condiciones generales de la Ley.

La Guerra de Formularios se puede indicar, a modo de ejemplo, con el siguiente supuesto descrito por Jesús Alfaro³⁶:

“El comprador envía una carta de pedido acompañada de sus condiciones generales entre las que se encuentra una que dice;

³⁴Jesús Alfaro, Las condiciones generales de contratación, pp. 275, S. Durany, Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: el espejo roto, pp. 1011 y ss.

³⁵Art. 5 de la LCGC, 1-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.

³⁶ Jesús Alfaro, Las condiciones generales de la contratación, p. 276

1. El contrato quedará regulado por nuestras condiciones generales exclusivamente.
2. Las condiciones de venta del proveedor sólo formarán parte del contrato cuando sean aceptadas por escrito por el comprador. La recepción de la mercancía sin reservas no significa la aceptación de las condiciones generales del vendedor.

El vendedor por su parte acompaña a su escrito de confirmación del pedido de sus condiciones generales, condiciones en las que establece:

1. El pedido se servirá exclusivamente conforme a nuestras condiciones generales.
2. las condiciones de compra contrarias sólo tendrán relevancia cuando sean reconocidas por escrito.

Al poco tiempo del envío del escrito de confirmación, el vendedor entrega la mercancía que es aceptada sin reservas por el comprador, quien pasado algún tiempo, demanda al vendedor por vicios o cualquier otro problema relacionado con el contrato”.

La colisión planteada determina cuestionarse los dos puntos establecidos anteriormente: si se ha celebrado el contrato, y en tal caso, precisar su contenido.

5.2-Existencia y contenido del contrato

En cuanto a la celebración del contrato, parte de la Doctrina indica que al referirse cada parte a sus propias condiciones, no se habría producido el *In Idem Placitum Consensus* que exige el art. 1261 CC: “No existe contrato cuando no existe consentimiento de los contratantes, el objeto material del contrato, y la causa de la obligación que se establezca”. Pero, si negamos la existencia del contrato, negaríamos también la voluntad de las partes, el interés de las partes en el contrato y la asiduidad de estas situaciones en la realidad económica, dejando a un lado los distintos intercambios económicos, yendo incluso contra la buena fe y los actos propios. Sólo cabría un supuesto, según la doctrina del TS, de nulidad total del contrato, si se deduce que cualquiera de las partes no lo hubiera celebrado de no incluirse sus condiciones en el mismo. Sería nulidad total por falta de uno de los elementos esenciales: el consentimiento.

Como hemos afirmado, es difícil pensar que en caso de que no haya similitud en las condiciones, las partes quieran que el contrato no valga, con más fuerza, apoyándonos en el caso de que ninguna de las partes se preocupase en su momento de rechazar las condiciones contrarias. Por lo que, es fácil suponer que haya una divergencia de los contenidos estipulados, bien porque se den diferentes soluciones a un supuesto o bien porque las cláusulas regulen aspectos diferentes. Por lo general, las partes se centran en

que han negociado y coincidido en el contenido nuclear: la prestación, la cantidad y el precio, por tanto, no prestan gran atención a las demás cláusulas³⁷.

En la práctica judicial, los tribunales diferencian dos momentos en los que puede surgir una cuestión de esta magnitud: *antes del cumplimiento*: supuesto en el que se produce una alteración de las circunstancias y deja de existir la reciprocidad entre las partes, muchas veces siendo un aspecto mínimo para no llevar a cabo el acuerdo.

En segundo lugar, *después del cumplimiento*, cuando las partes han recibido la contraprestación y surgen diferencias, como por ejemplo, sobre la calidad del producto. Aquí no se discute sobre la existencia del contrato, pues es clara la respuesta afirmativa, sino que la cuestión principal es determinar cuál es el contenido del contrato, y cuáles son las cláusulas que lo rigen.

A continuación, vamos a centrarnos en las dos líneas mayoritarias doctrinales que hacen referencia a la tradicional regulación europea: Oferta/Aceptación y Disenso.

5.2.1-Esquema de la Oferta /Aceptación

La línea de esta teoría se basa en que el intercambio de formularios, en los que cada uno se remiten a sus propias regulaciones, se considera no como una aceptación en si misma sino como una contraoferta a la realizada por la otra parte. Tanto nuestro sistema como el Common Law han reconducido este supuesto de hecho hacia dos reglas: la regla del espejo y la teoría de la última palabra.

La regla del espejo

Según esta teoría, cualquier aceptación ha de coincidir con todos los términos de la oferta sin ninguna variación. Cualquier añadido o cambio la convierte en una contraoferta. El nombre que se atribuye a la teoría responde a la metáfora que refleja el supuesto de hecho: la aceptación debe ser exacta a la oferta, como reflejo de la oferta en un espejo.

Los problemas que plantea su aplicación son variados, ya que antes de la ejecución permite a cualquiera de las partes dejar de cumplir, alegando que no se ha perfeccionado el contrato, y concede una ventaja superior al empresario último en enviar su

³⁷Menéndez, Díez Picazo, Ponce de León y Alfaro Águila Real, Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación, 2002, pág. 328 y ss.

formulario, e incentiva los intercambios numerosos entre las partes, provocando inseguridad jurídica, litigios, y problemas de prueba³⁸.

La regla de la última palabra

A través de esta teoría se establece que el contrato queda regido con la última propuesta en el tiempo. En el caso de que hubiere pasado a ser una contraoferta, el cumplimiento implica su aceptación, y el contrato se regiría por sus términos, es decir, los de la oferta inicial más los añadidos en la aceptación de la contraoferta, resultado de modificaciones o simples adicciones a la oferta inicial³⁹. Según los códigos europeos, se haría referencia a la distinción de elementos esenciales del contrato.

En relación a la aplicación por los tribunales de la regla del espejo y de la última palabra, se ven reflejadas en la STS de 15 de febrero de 1974.⁴⁰ El supuesto de hecho se encuentra originado por la sociedad Industrias Mecánicas de Tudela, S.A. que solicita un pedido a Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A mediante carta, en la que aparecía una serie de cláusulas impresas, una de las cuales, repercutía sobre el proveedor penalidad por retraso en el plazo de entrega. La carta de aceptación de Fundiciones Metálicas de Utebo, S.A también contenía en el dorso un clausulado, donde se rechazaba todo tipo de penalizaciones por incumplimiento del plazo previsto. Por un suministro defectuoso, Fundiciones Metálicas de Utebo, demandó a Industrias Mecánicas de Tudela quien se opuso formulando reconvención. El Tribunal Supremo confirmó la Sentencia de la Audiencia, que condenó a la parte demandada a abonar cierta cantidad en concepto de deuda, considerando que la respuesta de la suministradora era una contraoferta, aceptada por Industrias Mecánicas de Tudela, S.A al utilizar los materiales.

Autores como el Profesor Salvador Durany, consideran desafortunada la resolución adoptada, no tanto por el fondo sino por la argumentación seguida, ya que la aceptación debe coincidir en todo con la oferta, según la teoría del espejo. Pero, por otro lado, autores como Jesús Alfaro, en defensa de la aplicación de la teoría de la última palabra,

³⁸Jesús Alfaro, Las Condiciones Generales de Contratación p. 278; Salvador Durany, Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: espejo roto, p.1019.

³⁹Diez Picazo, Fundamentos I, p.211.

⁴⁰Sentencia del Tribunal Supremo de 15-2-1974, Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, febrero 1974, núm. 69, pp.218 a 226, Ar. 575.

consideran correcta la resolución, por entender que los términos fueron correctamente negociados⁴¹.

Asimismo, se plantean dudas acerca de si la recepción de la mercancía sin objeción implica en todos los casos la aceptación de las condiciones generales de la otra parte, ya que, el comprador puede, por medio de una cláusula de defensa, negar el significado que se atribuye a su conducta, lo cual es de difícil prueba ante los tribunales. La aplicación de esta teoría genera una gran inseguridad en el tráfico contractual.

5.2.2-Esquema Consenso/Disenso.

Esta línea de solución se caracteriza por su menor formalismo pero su mayor fundamentación en la voluntad de las partes⁴². Doctrinalmente se admite que hay contrato y que se ha celebrado a pesar de que no haya una coincidencia entre condiciones generales. Las cláusulas no paralelas no pasan a ser parte del contrato, y los puntos en los que exista discordancia serán regulados por el Derecho dispositivo, es decir, la llamada *Nulidad Parcial Conforme a la Voluntad de las partes*, por lo que el contrato sigue siendo válido en todos los demás aspectos.

Todo lo anteriormente expuesto ha provocado que países de nuestro entorno, busquen otras soluciones al problema, por medio de la jurisprudencia y la doctrina, entorno a facilitar y favorecer la formación del contrato, aunque en sus documentos puedan existir diferencias, admitiéndose por tanto la existencia de este.

La regulación llegó a materializarse en los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 43 en su artículo 2, se establece:

“Art. 2.1.1: El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar su acuerdo.

Art. 2. 1. 2. En caso de conflicto entre una cláusula estándar y una que no lo sea prevalecerá la última”.

Es decir, se admite la existencia del contrato cuando las partes coinciden en la prestación característica y nuclear. Pero, en el caso de la no concordancia de las cláusulas, las de carácter contradictorio no pasan a formar parte del contenido, y se regulan por Derecho Dispositivo.

⁴¹Jesús Alfaro, Las Condiciones generales de contratación, pp.277 y ss., notas 192 y 195.

⁴²Jesús Alfaro, La Condiciones Generales de contratación, pág. 279, y ss.

⁴³Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales, Unidroit, Roma 1995.

A continuación, nos centraremos en profundizar en la delimitación del contenido, distinguiendo entre: cláusulas coincidentes, contradictorias, y previstas por una sola parte.

Cuando hablamos de contradicción entre cláusulas, nos acercamos al esquema previamente comentado de disenso entre las partes en relación a la celebración, teoría que impide que estas queden incluidas en el contrato. Esta misma solución se propuso en la tramitación del famoso código civil alemán que se promulgó en el año 1976.

Implica lo siguiente:

- 1) No quedan incluidas en el contrato las condiciones generales que sean contradictorias. Las cláusulas contradictorias entre sí se anulan, en aplicación con la regla de la Nulidad Parcial
- 2) Las Cláusulas coincidentes pasan a formar parte del contrato. La doctrina es clara: las condiciones coincidentes conllevan un acuerdo de las partes, aunque sea incluso inconsciente, es irrelevante si las partes son conscientes de que están de acuerdo, lo decisivo es que estén de acuerdo. Por lo tanto, no hay ninguna razón para no aplicarlas. El problema de este tipo de acuerdos es que ninguna de las partes tiene en sí, la figura de predisponente, ni de adherente.

En este sentido hay algunos autores que indican que en este caso no estamos en condiciones generales en sentido legal⁴⁴, por faltar el elemento básico de la *imposición*, y no se les podría aplicar el Derecho de las condiciones generales. Realizando una aplicación de la Doctrina de los Actos propios, tendría poco sentido negar la incorporación por abusiva, de cláusulas que el mismo estipulante haya incluido, sino que debe interpretarse por medio de los textos, en función del contenido.

Determinar qué cláusulas son coincidentes y cuáles son contradictorias, es cuestión de interpretación⁴⁵. Pudiéndose seguir las siguientes orientaciones Judiciales:

- a) El Juez no debe tratar de encontrar un denominador común para eliminar las contradicciones, porque eso beneficiaría a la parte que hubiera establecido en sus condiciones generales una regulación más amplia.

⁴⁴Jesús Alfaro, Las condiciones generales de la contratación, p.281, nota 202.

⁴⁵Menéndez, Díez Picazo y Alfaro Águila Real, Comentario a la ley sobre condiciones generales de contratación, 2002, Civitas, pp. 330 y ss.

- b) El Juez no puede sustituir a las partes y compensar unas cláusulas con otras para garantizar la relación de equilibrio. El equilibrio sólo lo regula el Derecho dispositivo. Según el articulado esto se aplica en los contratos regulados por LCGC, aunque en los contratos entre consumidores, la LCU sí lo permite.
- c) Las cláusulas contradictorias se sustituyen por el Derecho dispositivo y los criterios generales de integración de los contratos según el art. 1258 CC.,
- d) La parte beneficiada por los términos debe haber observado la buena fe y el cumplimiento de los deberes de información a la otra parte.
- e) Se deben tener en cuenta los usos del sector.

Pero nos preguntamos; qué ocurre con las condiciones unilaterales que pasan a formar parte del contrato. La respuesta según Jesús Alfaro Aguilar-Real⁴⁶ es la siguiente: en dichas cláusulas no existe un acuerdo entre las partes, porque su incorporación al contrato responde a una sola de ellas, por lo que deben tratarse como *cláusulas de condiciones generales y aplicarles el control de contenido*. Aunque, la Ley de LCGC excluye este tipo de control en las relaciones contractuales entre empresarios.

Esto nos permite hablar de manera más profunda del control de las condiciones realizada por los tribunales. Pero, no podemos concluir este punto, sin hacer mención a la tendencia que sigue la doctrina actualmente en relación a su futura modificación en el Código Civil. En atención a la Propuesta de Modificación⁴⁷ sobre el contenido contractual de 2009, al igual que en otros ordenamientos europeos, se introduce un punto referente a la contratación a través de formularios. En su artículo 1252 se hace referencia, a la delimitación del contenido en relación al disenso de las partes en el clausulado, así como a la comunicación de descolgarse del contrato, y determina, en referencia al art. 1243, la validez de lo pactado según este acorde al uso, a la fe y a la ley.

5.3-Control sobre las condiciones

En los contratos entre profesionales, surgen usos, costumbres, y prácticas que vinculan a las partes, y determinan su evolución, a través de las relaciones en el mercado.

⁴⁶Jesús Alfaro, Las condiciones generales de la contratación, pág. 320 y ss.

⁴⁷Comisión General de Codificación, Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, 2009.

Es decir, es un escenario muy distinto el del consumidor o ciudadano y el de la empresa. La adquisición de un bien, automóvil, o un contrato de servicio, un seguro, no conlleva una relación prolongada en el tiempo, en el caso del cliente, y no suelen ser personas con conocimientos específicos en el sector, en la mayoría de los casos, ya sea por falta de control y de conocimiento del mercado, o por su falta de información, u otro factor.

Dado lo anterior resulta normal establecer unas reglas de incorporación de condiciones generales más estrictas en contratos entre no profesionales, que entre contratos entre profesionales, en los que, en numerosas ocasiones, se recurre por analogía a la LCU, para interpretar el contenido de los mismos.

Además, se establece un marco común para el contenido de ambos en relación a la protección del principio de buena fe, determinándose de manera más concreta, para el caso de consumidores, unas listas sobre mayor o menor grado de abusividad, que actúan como guía del control.

Pero, al contrario que este sistema, nuestra LCGC, no existe ninguna norma específica que se encargue del control de contenido en los contratos entre empresarios⁴⁸. Según la Audiencia Provincial de Alicante⁴⁹:

...no quiere decir que no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Por ello, nada impide que también pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva por contraria a la buena fe o motivadora de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios, pero habrá de tenerse en cuenta, en tal caso, las específicas características de la contratación entre empresas”.

Y según la Audiencia Provincial de Navarra:

...siendo adecuado e incluso necesario su control, no sólo a los efectos de protección de los consumidores, sino para la protección de los pequeños y medianos empresarios que también, muchas veces se ven obligados a contratar con un determinado contenido impuesto por el empresario más fuerte.

En relación a la normativa aplicable para el control en determinación de la nulidad de las condiciones, es necesario resaltar, como: en un principio, el control de las relaciones entre empresarios se establecía paralelamente a la de los consumidores, determinándose así en el Anteproyecto de la Ley de condiciones generales, pero, en su proceso

⁴⁸Jesús Alfaro, El proyecto de Ley sobre condiciones generales de contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el derecho privado, pp. 869 y ss., Javier Pagador, Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, p 339, n. 2.

⁴⁹Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante , núm. 136 de 22 de marzo de 2011

parlamentario se perdió la regulación y su inclusión en la Ley. El efecto que conlleva esta regulación es que la perfección de los contratos bajo condiciones generales de contratación, queda ralentizada por el cumplimiento de los requisitos. Como no existe una normativa concreta en este sentido, las soluciones que se buscan para fomentar el tracto contractual se encuentran, según la doctrina, en la posibilidad de oralidad para evitar las consecuencias negativas del art. 5 de la LCGC⁵⁰ dada la rigidez que generan los requisitos.

En los contratos orales no se exige la firma presuponiéndose la aceptación, siendo suficiente el conocimiento del contenido, según establece el art. 5.3 de la LCGC. La necesidad de dar a conocer el contenido queda cubierto por un anuncio o cartel, la inserción en la documentación del contrato que acompaña a su celebración y, cualquier forma que garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de su celebración. Pero frente a estas facilidades, también la doctrina hace referencia a la posible inseguridad jurídica que el uso de dichos tipos de contratos puede generar, limitándose a unos contratos sin complejidad en su contenido.

La Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia núm. 330 de 15 de octubre de 2012 hace referencia a la apreciación de la abusividad en contratación entre empresarios, en cuanto al control del contenido:

“...se determina que la cláusula es clara, legible y comprensible, se recoge en lugar bien visible, en la primera hoja del contrato y se incorpora a un clausulado que es firmado. La cláusula no paso desapercibida al contratante, cumpliendo la Ley disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Siendo usual en contratos de leasing este tipo de cláusulas de exoneración de responsabilidad conforme a la STS de 24 de mayo de 1999, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1996”.

Asimismo, la Audiencia Provincial de Madrid afirma:

“... en los contratos entre empresarios, se produce, la nulidad de una cláusula, cuando existe o puede existir abuso de posición dominante de un contratante sobre

⁵⁰ Artículo 5.LCGC Requisitos de incorporación.

1. 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.
2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo.
3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración.

otro, es decir, abusiva, contraria a la buena fe y cause un injustificado desequilibrio entre las prestaciones, Disposición Adicional primera de la Ley”⁵¹.

También los tribunales en su aplicación al caso concreto, en numerosas ocasiones, usan la LCU en contratos entre empresarios como norma supletoria⁵². Esto deriva de una falta de normativa aplicable.

La Doctrina ha propuesto como criterios de control entre los contratos de empresas:

- Cláusula general de la buena fe
- Principio de equilibrio de derechos y obligaciones entre empresarios
- Control mediante la ley imperativa, moral y orden público según el art. 1255 del CC
- Los usos comerciales y costumbres vigentes en el tráfico comercial
- La analogía
- Las condiciones de nulidad

Los propios empresarios por medio de órganos y representantes establecen un control a nivel nacional y europeo para facilitar las operaciones trasfronterizas. Así mismo, a través del Parlamento Europeo hubo un intento de realizar un clausulado de listas para empresas.

Consideramos en este punto previamente a hacer un repaso por la regulación de los ordenamientos del entorno europeo sobre contratación empresario-empresario hablar de dos regulaciones de elevada influencia en la cuestión que estamos tratando: Principios Unidroit y Convención de Viena de 1980.

5.4-Convenio de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías.

El Convenio de Viena nace en el marco de la Convención de Naciones Unidas el 11 de abril de 1980, en relación a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. A día de hoy más de medio centenar de países forman parte de ella, lo que facilita el tráfico internacional independientemente del idioma o del lenguaje. Pero, no debemos olvidar la importancia nuevamente de los INCOTERMS a efectos del estudio del régimen jurídico.

⁵¹Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, num.685, de 21 de junio de 2003.

⁵²Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1995, Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998 y Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1998.

Uno de los conflictos que surgen en materia de derecho internacional, a raíz de la contratación con formularios es si el Convenio incluye en su contenido la regulación de condiciones generales en las compraventas internacionales de mercaderías. La opinión mayoritaria indica que las reglas sobre la incorporación, sí se encuentran reflejadas, mientras que el control de *contenido* es de Derecho Nacional. Es decir, encontrándose excluido el control de las condiciones generales propia de la validez del mismo, se sometería al Derecho Nacional que, en este caso corresponde a la ya citada Ley de Condiciones Generales de Contratación y en su caso LCU.

Por lo tanto, en relación a la materia a cuyo estudio estamos encomendados, cabría someterse a las normas de incorporación determinadas por el Convenio, así como su interpretación estaría guiada por los cauces del control que realizan los tribunales nacionales. Podría surgir una cuestión relativa a la posible introducción en el ámbito de la compraventa de mercaderías de una empresa como consumidor o como empresario como tal, lo cual, establecería la aplicación de una normativa diferente, no en cuanto al clausulado de la Convención, ya que no realiza una distinción, sino en lo referente al control por nuestros tribunales. Para realizar una comprobación atenderemos al articulado de la Convención así como nos apoyaremos en la jurisprudencia.

El artículo 3 determina el ámbito material de aplicación de la convención y el art. 2 las exclusiones de aplicación, según los cuales:

“Artículo 2. La presente Convención no se aplicará a las compraventas:

- a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso
- b) en subastas
- c) judiciales
- d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero
- e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves
- f) de electricidad.”

“Artículo 3:

- 1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción”.

En función de dichos artículos debemos concluir que la compraventa entre empresas se encuentra incluida, por no decir, con asiduidad de aplicación.

Pero, para poder dar solución al problema de la consideración de consumidor, tendremos que hacer referencia a la definición que aporta la Ley de Consumo RDL 1/2007 en su artículo 3º: “personas físicas o jurídicas que actúan en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional”. Por lo tanto, según la Sentencia de la Audiencia Provincial de 22 de marzo de 2001: “afirmarse consumidor implica probar el concepto que contraría la naturaleza de las relaciones que son propias de una entidad mercantil que es la de producción de medios y servicios para el mercado, a cuyos efectos, el patrimonio y el mercado jurídico constituyen las fuentes propias para la consecución de aquellos fines”. Por lo que no sólo valdría ser el destinatario del bien sino su desvinculación de la actividad empresarial para regirse por la LCU en el control de las cláusulas.

Resueltas estas dos problemas debemos afirmar que la doctrina, en el articulado de la Convención, se encuentra dividida: los que fundamentan que las condiciones generales de contratación se amparan en el art. 8. 2 y admiten que las condiciones están basadas en una declaración de voluntad, y, por otro lado, los que la basan en el art. 8. 3, es decir, en los usos internacionales, las costumbres o tratos de las partes⁵³.

En relación a la inclusión de las cláusulas, la doctrina, especialmente la de cultura germánica, sugiere como regla general que el predisponente debe dar la opción de conocer las condiciones y comprenderlas, continuando su aplicación según las normas que regulan propiamente cada contrato. Si el predisponente avisa en su formulario de la oferta acerca de la intención de incorporar sus condiciones y las recoge en el reverso en un idioma comprensible para el destinatario, y este acepta el pedido sin objeción alguna, se consideran incluidas. Igualmente se considera suficiente el aviso en un cartel si en el caso de perfección oral del contrato. Esta línea que critica la falta de un precepto expreso sobre condiciones generales en su articulado, se opone a aquella que defiende la resolución de los conflictos que nacen de formularios, según el artículo 19 de la citada Convención⁵⁴.

Así bien, si coinciden los términos, el contrato se perfeccionará. Si sus diferencias no son sustanciales, se aplicará la ya comentada regla de la última palabra, según lo

⁵³Menéndez, Diez Picado, Ponce de León y Alfaro Aguila-Real, Comentario a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, 2002, Civitas. pp. 521 y ss.

⁵⁴Mª Pilar Perales Viscasillas, La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Tirant lo Blanch, 1996.

determinado por el apartado dos del artículo 19⁵⁵, y si la modificación afecta a elementos esenciales del contrato se considerará como una alteración de los términos de la oferta.

Pero, la tendencia es que pocos casos pueden reconducirse a estos supuestos. Según el nombrado artículo, la existencia de disenso convierte la pretendida aceptación en una contraoferta, a menos que la prestación ya se hubiese ejecutado.

Este resultado, de nuevo ha incomodado a parte de la doctrina afirmando que no existe contrato en el caso de cláusulas contradictorias entre sí. Pero, para el caso de disenso parcial, en este caos añade que la solución es encontrada en la deducción de sus comportamientos posteriores a la negociación, que, pueden demostrar la intención de los contratantes de perfeccionar el contrato y, por lo tanto, permitirían derogar la aplicación el artículo 19. Por lo tanto, el contenido estaría conformado por aquellas cláusulas no contradictorias y, para aquellas en las que existiese disenso, se daría aplicación al derecho dispositivo.

Por lo tanto, la Convención de Viena no regula expresamente los conflictos sobre condiciones generales de contratación, y hemos tenido que esperar a que posteriores regulaciones diesen solución a estos problemas a nivel internacional, como bien han respondido a su cometido los Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de Unidroit de 1994.

5.5-Principios Unidroit

Dichos principios fueron elaborados en 1994 por el “*Instituto Internacional de Derecho Privado*”, con sede en Roma, precisan como su objetivo armonizar, organizar y coordinar el Derecho privado entre los Estados y preparar una legislación de derecho Internacional Privado uniforme con la integración de los Estados pertenecientes a los cinco continentes. Es entendido como un esfuerzo para uniformar el Derecho aplicable a

⁵⁵ Artículo 19: 1) La respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. 2) No obstante, la respuesta a una oferta que pretenda ser una aceptación y que contenga elementos adicionales o diferentes que no alteren sustancialmente los de la oferta constituirá aceptación. 3) Se considerará que los elementos adicionales o diferentes relativos, en particular, al precio, al pago, a la calidad y la cantidad de las mercaderías, al lugar y la fecha de la entrega, al grado de responsabilidad de una parte con respecto a la otra o a la solución de las controversias alteran sustancialmente los elementos de la oferta.

los contratos comerciales internacionales, siendo estos su ámbito de aplicación⁵⁶. En principio la opinión es que son una Lex Mercatoria, admitiéndose como principios reconocidos por todo el comercio internacional, así como por Jueces nacionales y árbitros. En el contexto americano, los principios se asimilan en la Convención Interamericana sobre el Derecho aplicable a los Contratos Internacionales⁵⁷.

Su redacción se ha realizado en un lenguaje común para evitar posibles conflictos de interpretación entre los distintos países y su estipulado contiene: la libertad de contratación, el principio pacta sunt servanda, la buena fe, y la lealtad negocial, así como la primacía de usos, prácticas y costumbres propias de las relaciones mercantiles.

La finalidad de dichos principios es ofrecer soluciones que van más allá de las normas de Derecho interno, normas flexibles, evolutivas, y que otorgan uniformidad y armonía, conteniendo elementos reales de la vida mercantil y empresarial según el principio de equidad. Pero, sobre todo su gran finalidad ha sido establecer una armonización entre los ordenamientos latinos y de los países anglosajones.

La idea de los mismos, gira en torno a la oferta y aceptación, el acuerdo de las partes en relación a la perfección del contrato. En la práctica, las largas negociaciones en operaciones complejas conllevan continuos tractos de ofertas-aceptaciones por lo que la determinación del momento de la aceptación se vuelve más complicado de estipular. Según su articulado, se revela una solución: “un contrato puede considerarse celebrado a pesar de no poder determinarse el momento en el que ha sido perfeccionado siempre y cuando el comportamiento de las partes determine que ha habido acuerdo”.

Consideramos necesario en este apartado detenernos en cuanto al concepto oferta y aceptación sobre las siguientes Sentencias:

Es destacable la STS 15-2-1975⁵⁸, en cuanto que:

“El vendedor, ante la carta de pedido del comprador acompañada de unas condiciones generales, responde negándose a admitir dos concretas y contesta en este sentido. El comprador no responde y admite sin objeciones las mercancías. En este

⁵⁶Illescas, Ortiz., y Viscasillas, Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme, 2003, EDITORIAL RAMÓN ARECES.

⁵⁷Oviedo Albán, Los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, 2000. Universitas, p.100.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremos de 15-2-1975.

caso, la conducta del comprador es una aceptación tácita de las modificaciones realizadas por la otra parte”.

STS alemán 31-10-2001⁵⁹: En dicha Sentencia se tuvo que determinar si las condiciones generales del vendedor quedaron incorporadas al contrato, siendo un contrato al que era de aplicación el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Se trataba de una compraventa de maquinaria entre un vendedor alemán y un comprador español. El comprador reclamaba que se le indemnizaran los costes que había sufrido como consecuencia de los defectos en la maquinaria, y el vendedor alegó su exención de responsabilidad contenida en sus condiciones generales.

El TS dicto que:

“El receptor de una oferta contractual que contiene una remisión a condiciones generales tiene que tener la posibilidad de conocer dichas obligaciones de una forma razonable para que las mismas sean oponibles lo que obliga al vendedor a facilitarle un ejemplar y hacérselas accesibles, art. 5 y 7 LCGC aplicables a las relaciones entre empresarios. De tal manera que no puede ser factible la mera remisión a las mismas sin entrega de un ejemplar”.

Tampoco se consideró suficiente, en dicha Sentencia, que en el contrato se indicara que, las condiciones estaban a disposición de un comprador en un despacho de abogados. Dicha Sentencia determinó que en los contratos internacionales hay que ser más riguroso, que en los nacionales, en las relaciones entre empresas. Es decir, sin envío de las condiciones generales éstas no se consideraron incorporadas a un contrato.

6-ENTORNO EUROPEO

A continuación vamos a realizar un análisis de los diferentes sistemas de regulación de la cuestión objeto de estudio en los países más relevantes de nuestro entorno europeo. Esto nos permitirá comprender la influencia que generó el entorno en la regulación de nuestra normativa, así como la contraposición de sistemas más rígidos y flexibles que pueden determinar un nuevo camino para una futura modificación en nuestro ordenamiento.

6.1-Inglaterra

En Inglaterra, el marco jurídico existente desde 1977 tiene por objeto una mayor protección de los contratantes. Nos referimos con ello, a la Unfair Contract Terms Act

⁵⁹ STS 15-2-1975.

(UCTA), de 26 de Octubre de 1997. Es una Ley dirigida al contratante más débil, y por tanto, no sólo a los consumidores, aunque algunos preceptos tienen como destinatarios a estos. Su contenido es restringido, en cuanto que comprende cláusulas de exclusión y limitación de responsabilidad civil en determinados casos excluidos expresamente, los contratos de seguros, los contratos relativos a derechos inmobiliarios, y los contratos que regulan derechos de marca y autor, etc..

Lo característico de este régimen es que somete las cláusulas a un juicio de *razonabilidad y de equidad* para su valoración como adecuadas, es decir, para que las cláusulas sean vinculantes han de ser equitativas correctas o justas, y razonables. Para ello, se han de tener en cuenta las circunstancias en el momento de celebración del contrato y si las partes conocieron o debieron conocer o prever. Asimismo recoge una serie de criterios y circunstancias que pueden ser tenidos, en cuenta por el tribunal al valorar la razonabilidad, en concreto, la fuerza de la posición contractual que ocupa cada contratante en la relación, su poder de negociación, pudiéndose tener en cuenta las alternativas ofrecidas para satisfacer el interés perseguido, las alternativas de contratos sin esos términos, si el contratante sabía o debería haber sabido la existencia de la cláusula y su trascendencia, la atención al comercio o a sus usos. Determinándose así una lista por la que las condiciones se consideran ineficaces per se y otras susceptibles de valoración judicial. Algunas de estas cláusulas tienen por destinatario sólo a los consumidores pero otras protegen también a los empresarios, cláusulas que limitan la responsabilidad por muerte por lesión personal a causa de una negligencia. Hay algunas cláusulas que son ineficaces en la relación con los consumidores, pero están sujetas a una valoración del Tribunal en cuanto a los empresarios, por ejemplo cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad por incumplimiento de las cualidades comerciales⁶⁰.

6.2-Alemania

El sistema alemán y la AGB propugnan un sistema más rígido que el sistema inglés. Cabe destacar que la rigidez del Derecho alemán en cuanto a los consumidores no se da, sin embargo, en el control de las condiciones generales de los empresarios.

⁶⁰Sánchez Andrés, A., El control de las condiciones generales en derecho comparado: Panorama legislativo, RDM, 1980, pp. 417 y ss.

La rigidez de algunos derechos continentales en el control de las cláusulas de contratos entre consumidores se ha tenido que suavizar por la Directiva 93/ 13 sobre las cláusulas abusivas. El hecho es que para realizar la transposición de la Directiva se promulgo en el año 1994 una ley sobre protección de los consumidores que incluye la aplicación del concepto de buena fe contractual, carente de presencia en el entorno anglosajón. Por lo tanto, se plantea una dualidad de regulación para los consumidores que podrán elegir el régimen más conveniente, frente a una única regulación, la primera, vigente y aplicable a las relaciones entre empresarios. Según defienden algunos autores, el problema reside en la posible diferencia de interpretación que establecen estas dos normas, para el caso de los empresario guiado por el juicio de razonabilidad y para los consumidores, este principio debe alinearse con la buena fe, concepto que acarrea problemas de interpretación en el propio marco europeo⁶¹.

La protección que se dispensa al empresario en la contratación con condiciones generales es la única en los países de área comunitaria ya que se rige por su propio Código Civil. El actual 310.1 BGB, antiguo 24 AGB-G extiende la protección a los empresarios, aunque en un primer momento iba a ser una Ley destinada sólo a consumidores.

El actual 310 BGB delimita la cláusula general de la buena fe, y diferencia la protección de los comerciantes adherentes y de los consumidores. Esta delimitación tiene el peligro, según algún sector doctrinal alemán, de crear a través de la jurisprudencia un derecho especial para comerciantes, y otro para consumidores. Este peligro se hace más presente con la adaptación de la Directiva sobre cláusulas abusivas en su ordenamiento. Desde la entrada en vigor de este precepto, se inicia la aplicación del listado de cláusulas prohibidas al tráfico previamente existente, relativo a la relación con consumidores, aunque el propio 310 indica que no son de aplicación⁶².

Este régimen como el presente en otros países del entorno contiene una lista de cláusulas que aún siendo prohibidas permite una valoración por el juez y otra lista con cláusulas que no permiten valoración jurídica. Es lógico pensar que cláusulas absolutamente prohibidas en el tráfico con consumidores, estén también prohibidas en

⁶¹ Vives Montero, María L., ADC, 2002, pp. 1229 y ss.

⁶² Espiau Espiau, S., Ivaquer Aloy, A., Bases de un Derecho contractual europeo, Valencia, 2003, pp., 119 y ss.

el comercial. Hay distintas Sentencias del BGH en las que la valoración de la cláusula general de buena fe se hace teniendo en cuenta los listados de cláusulas prohibidas⁶³.

El juez para su aplicación, debe de comprobar en qué medida la cláusula perjudica indebidamente al empresario adherente, determinándose que es contraria a la buena fe e ineficaz. Pero, no puede caer en una aplicación directa de la lista sino como una base para comprobar el principio de buena fe o a través de la teoría de los indicios, asemejándose al control de las condiciones generales de contratos con consumidores. Es decir, la propia Jurisprudencia usa la lista de cláusulas como ayuda al control de las cláusulas sobre empresarios pero sin caer en una aplicación directa de estas.

A partir de la modernización del Derecho de obligaciones en 2002 se establece otro principio para velar por la validez de las cláusulas, como es el principio de transparencia. Es decir, si las cláusulas no son comprensibles por el empresario, pueden llegar a ser ineficaces. La doctrina destaca que si bien esta falta de claridad puede constituir un perjuicio para el empresario y por tanto ser abusiva, también existe el riesgo de que los tribunales directamente se amparen en la falta de claridad para ser declarada abusiva. La transparencia de las cláusulas se vincula a su cognoscibilidad, partiéndose, para el caso de los empresarios de la base de que estos tienen más medios, más información accesible que los consumidores, por lo que, se le puede exigir un plus. El empresario no puede ser tratado como un sujeto incapaz para comprender el alcance de las cláusulas que firma.

6.3-Holanda

En el caso de Holanda, también se establece la regulación de las condiciones del contrato dentro de las propias normas, en el propio código civil. Asimismo contiene dos listas que determinan casos susceptibles de valoración e ineficacia directa al igual que en el caso anterior, aplicable a las relaciones entre consumidores. Pero, la cláusula general determina los límites independientemente de quien sea el adherente, y, por lo tanto, aplicable a las relaciones con empresarios. En este sistema lo fundamental no es una interpretación guiada por la buena fe sino en relación a la excesiva onerosidad para la parte.

⁶³Klaus Jochen Albiez, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Thomson Civitas, 2009, pp. 25 y ss.

6.4-Portugal

Se basa en la Ley de condiciones generales de contratación de 1985 y en la Ley de 1995 para la adaptación al marco europeo con la incorporación de la Directiva, pero no modifica casi el régimen anterior. El sistema portugués aboga por un mayor proteccionismo, regulando todas las situaciones presentes en el tráfico. Se rige también por un sistema de listas para el control de las condiciones generales de contratación, aplicables tanto para consumidores como para empresarios. Por lo tanto, el control portugués se basa en tres etapas, primero comprobación de la lista de cláusulas prohibidas, segundo comprobación en la listas de cláusulas relativamente prohibidas, y por último, recurso al principio de buena fe. La doctrina destaca que si bien se ha podido conseguir un sistema con una mayor justicia contractual presente, también ha podido significar un incremento de costes incluso una excesiva rigidez en la contratación⁶⁴.

6.5-Italia

Por el contrario, el régimen italiano aboga por la no protección específica de los empresarios adherentes. El Código civil italiano fue el primero que introdujo una norma sobre la incorporación de las cláusulas generales de contratación, estableciendo un régimen paralelo ante el control sobre consumidores y empresarios. En el momento de la incorporación de de la Directiva 93/13 se decide una introducción directa en el propio código civil. Posteriormente en el año 1998 se promulga una ley cuya base es la tutela del empresario, parte débil, frente abusos por parte de otra empresa. El requisito que se exige es la dependencia económica, considerándose que esta existe cuando puede ser impuesta una cláusula que grave en exceso o que genere discriminación. Es otra formulación del principio de buena fe⁶⁵.

6.6-Protección de los empresarios en la Unión europea

Estamos en una fase muy incipiente de lo que puede ser el Derecho contractual europeo. El empuje siempre viene desde el Derecho comunitario que impacta sobre el Derecho privado, especialmente en el sector de los consumidores. A partir de la regulación para

⁶⁴Portellano Diez, P., Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, Valladolid, 2000, pp. 210 y ss.

⁶⁵Klaus Jochen Albiez, La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Thomson Civitas, 2009, pp. 40 y ss.

consumidores se impulsa afectando al derecho de contratos implicando a los cimientos de la figura del contrato. El Derecho comunitario es el primer motor para la unificación del Derecho contractual en toda Europa.

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de Abril de 1993, se aplica sobre las relaciones no negociables respecto de consumidores y afecta, aunque de manera indirecta, a las relaciones entre empresarios. Pero no podemos hablar de un efecto directo por normativa comunitaria salvo el Derecho de la competencia, el Derecho de Seguros y la Directiva 2000/35/CE, de 29 de Junio, por analogía en contratos con consumidores, en la contratación entre empresario.

7-CONCLUSIONES.

Como hemos podido ver a través de los primeros capítulos, los formularios se entienden como un tipo de contratos de adhesión formado por cláusulas generales de contratación que tiene como base facilitar el tracto contractual, siendo de gran aplicación en el mercado actualmente. Su uso en relación a la contratación empresario-consumidor se encuentra mucho más delimitado por la regulación frente al tipo de contratación empresario-empleado que hemos analizado. Pero, aunque sea más flexible o se regule a través de las normas generales aplicables a las condiciones generales de contratación, no conlleva que su uso este exento de problemas. Entre ellos, no solamente hemos hablado de delimitar si realmente ha habido una celebración del contrato, sino de establecer cuál es el contenido cuando las condiciones entre las partes son divergentes. La doctrina y la jurisprudencia han aportado un poco más de luz en este ámbito, en función de dos esquemas: aceptación-oferta, que se completa con las Teorías del espejo y de la última palabra, y disenso. También, por lo tanto, al igual que en caso de contratación con consumidores, se establece un control por los tribunales, del contenido de las normas, para evitar las desigualdades y los abusos de una de las partes en detrimento de la otra, y , sobre todo cuando una de las partes tiene mayor poder. En este ámbito, hemos podido apreciar también la práctica que realizan los tribunales.

Tras analizar nuestro entorno hemos abierto una doble vía: ver a través de normas de carácter internacional cómo se hace frente a los problemas descritos y, observar la regulación de la cuestión que realizan los países del entorno europeo.

Así, la Convención de Viena de 1980 relativa a la compraventa internacional de mercaderías establece una regulación, bastante discutida, sobre las reglas de incorporación de condiciones generales de contratación, pero destina el control del contenido a la interpretación por parte de los tribunales nacionales, lo que nos acerca a esta cuestión ya tratada anteriormente. Por otra parte, los principios Unidroit permiten integrar una mayor comprensión del esquema aceptación oferta, el cual ha sido apoyado, en resoluciones de los tribunales, a su vez.

Posteriormente, el análisis de los países del entorno europeo nos permite tener una perspectiva de la regulación que se realiza en nuestro marco, teniendo en cuenta que ya la Directiva de 1993 intenta establecer cierta uniformidad, pero, centrándose en el conflicto con consumidores.

Así, países como Alemania o Italia introducen estas cuestiones en su Código Civil, frente a otros ordenamientos como el nuestro o el portugués, que tienen una norma propia sobre contratación e incluso otra aplicable de manera concreta a la contratación entre empresarios.

En relación a la interpretación de las cláusulas, la Directiva estableció un sistema de listas en relación a la abusividad, que ha determinado una uniformidad y que por lo tanto, facilita la resolución de los posibles conflictos entre partes. Pero, en relación a la regulación para cláusulas entre empresarios vemos varias soluciones. Países como Inglaterra han aplicado la lista de cláusulas abusivas tanto para consumidores como empresarios. Mismo supuesto es el de Portugal, que aplica la lista de manera compartida, aunque en términos generales, se aplica la ley de contratación para regular aspectos entre empresarios. Frente a estos ordenamientos, otros como el italiano o el español optan por no incluirlos en la listas de abusividad y basar el control del contenido en la interpretación a través de los principios generales.

Este marco ha influido en el ordenamiento español, en el que la doctrina actualmente aboga por una introducción de la contratación a través de formularios, en el propio Código Civil, como ya hemos comentado, y que se aprecia a través de la incorporación de clausulado relativo a esta cuestión al Proyecto de modernización del Código civil en materia de contratación.

País	Normas aplicables	Tipo de interpretación
Inglaterra	Unfair Contract Terms Act	Lista de abusividad de cláusulas compartida para consumidores y empresarios
Alemania	AGB (Código Civil)	Dualidad para consumidores: adecuación a normativa europea y regulación previa
Holanda	Código Civil	Protección única para los empresarios
Portugal	Ley de Contratación de 1985 Ley de 1995 adecuación al marco europeo	Empresarios por régimen general Lista de abusividad aplicable para empresarios y consumidores
Italia	Código civil (modificación para adecuación al marco europeo, consumidores) Ley de 1998 aplicable a empresarios	Lista de abusividad para consumidores Control según principios en la ley para empresarios
España	Ley de Consumidores y usuarios, régimen para consumidores Ley de condiciones generales de contratación, régimen general para empresarios	Listas de abusividad para consumidores Interpretación según principios generales para empresarios

Ilustración 1: Cuadro resumen del análisis de la regulación en la Unión Europea

Por lo tanto, si bien en materia de consumidores se ha alcanzado un consenso entre los países de la Unión Europea, dista mucho esta respuesta, para los conflictos entre empresarios. No es un tema olvidado en las Instituciones, sino que no termina de cuajar, o los miembros no quieren someter esta cuestión a una común regulación. Esto ha llevado a los países a usar como criterio interpretativo de las cláusulas, los principios que actúan como marco y que, aunque establecen un régimen muy flexible y de difícil apreciación, en la mayoría de los casos, son comunes entre los diferentes países, por lo que, a falta de una unidad normativa en esta materia, se dibuja un contorno que actúa de límite a escala nacional e internacional.

8-JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1975

Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 30 de Marzo de 1992

Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1997

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Enero de 1998, (RJ 1998/121).

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1998

Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1999.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 2001.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Madrid, núm. 269, de 25 de octubre de 2002.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Baleares, Palma de Mallorca, núm. 294 de 2002.

Sentencia Juzgado de Primera Instancia de Barcelona de 23 de marzo de 2003

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, num.685, de 21 de junio de2003.

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 2003, (RJ 2003/1358).

9-BIBLIOGRAFÍA

ALFARO J., “El derecho de las condiciones generales y cláusulas predispuestas”, Revista Jurídica de Catalunya, 1(2000) pp. 9-32.,

ALFARO J., “El proyecto de Ley sobre condiciones generales de contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el derecho privado”, Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 16.

ALFARO J., Las condiciones generales de la contratación, Civitas, Madrid, 1991.

BALLESTEROS GARRIDO, J. A., Las condiciones de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad, Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 222-223.

BALLUGERA GÓMEZ C, El contrato no contrato, Madrid, 2006.

BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, A., “Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores”, Estudios sobre Consumo, nº 4, (1985), pp. 59 y 65.

BERCOVITZ, RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores en la Constitución Española y el derecho mercantil”, Estudios Jurídicos sobre protección de consumidores, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987

Código Civil

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, Secretaría General Técnica, 2009.

DE CASTRO, Las Condiciones generales de los contratos y la eficacia de la leyes, ADC, Madrid, 1982.

DIEZ PICAZO L., Fundamentos de Derecho civil patrimonial, Vol. 1º, Tecnos, Madrid, 1988, p.211.

DURANY S., ADC, Vol. 45, núm. 3, 1992

ESPIAU ESPIAU, S., IVAQUER ALOY, A., Bases de un Derecho contractual europeo, Valencia, 2003, pp. 119 y ss.

GARCÍA AMIGO, M, Condiciones generales de los contratos, Madrid, 1969, pág. 29.

ILLESCAS, O., VISCASILLAS, M.P., Derecho mercantil internacional: El derecho uniforme, Ramón Areces, 2003.

JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN K., La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales, Thomson Civitas, 2009, pp. 40 y ss.

Ley de Condiciones Generales de Contratación BOE núm. 89, 14 de abril de 1998

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, BOE núm. 287, de 30 de Noviembre de 2007

LLODRÁ GRIMALT, F., El contrato celebrado bajo condiciones generales, Valencia, 2002 pág. 53.

M KAHAM, M KLAUSNER, Ventajas de utilización de cláusulas idénticas entre empresas, Rev. 83, 1997 en DE LA MAZA GAZMURI, I., “Contratos por adhesión y cláusulas abusivas: ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?”, Revista chilena de derecho privado, (1), 2003 109-148.

MENÉNDEZ A., DIEZ PICAZO L., ALFARO AGUILA-REAL J., Comentario a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Civitas, 2002, pp. 521 y ss.

MENÉNDEZ, DIEZ PICAZO, PONCE DE LEÓN Y ALFARO ÁGUILA REAL, Comentarios a la ley sobre condiciones generales de contratación, Civitas, 2002, pág. 328 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez, Tomo IV, Civitas, Madrid, 1996.

OVIEDO ALBÁN J., Los principios de Unidroit para los contratos comerciales internacionales, Universitas, 2000, pp.100.

PAGADOR J., Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas, Civitas, Madrid, 1998, p. 339.

PAGADOR J., Las Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas predispuesta, Madrid, 1998.

PAGADOR LÓPEZ, J., Condiciones Generales de Contratación y Cláusulas predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998, Marcial Pons, Madrid, 1999.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F, “El deber de transparencia en la redacción de las cláusulas contractuales predispuestas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Unión Europea” Actualidad Civil, 2002, (45), 1351-1363.

PORTELLANO DIEZ, P., Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas, Valladolid, 2000, pp. 210 y ss.

PRINCIPIOS SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES UNIDROIT, Roma, 1995.

RUBIN, P. H., “Courts and the tort-contract boundary in product liability”. The Fall and Rise of Freedom of Contract, 1999, pp.119-139.

RUBIO DE LA TORRE, C., “La protección del consumidor: su marco legal”, Actualidad civil, núm. 47, 1999.

SALVADOR DURANY, Sobre la necesidad de que la aceptación coincida en todo con la oferta: espejo roto, p.1019. en JESÚS ALFARO, Las Condiciones Generales de Contratación, Civitas, Madrid, 1991, p. 278.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A., El control de las condiciones generales en derecho comparado: Panorama legislativo, RDM, 1980, pp. 417 y ss.

SANTOS MORÓN, M.J., “Lección de Información precontractual”, Revista Aranzadi de Derecho patrimonial, 2002, pp. 138-139.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 197, Colección Legislativa, Jurisprudencia Civil, febrero, 1974, núm. 69.

VISCASILLAS M.P., La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías, Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES MONTERO, M^a L., ADC, 2002, pp. 1229 y ss.