

LAS CONDICIONES GENERALES EN LA CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES

Alberto Penagos Ochoa

TUTOR: D. José Antonio Orejas Casas

INDICE

- 1.- Introducción
- 2.- Historia: Adaptación de una directiva europea
- 3.- ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
 - 3.1.- Condiciones generales de la contratación o Derecho Objetivo
 - 3.2.- Igualdad Jurídica de las partes
 - 3.3.- Artículo 1255 Cc
 - 3.4.- Características de las condiciones generales
 - 3.4.1.- Disposición
 - 3.4.2.- Imposición
 - 3.4.3.- Generalidad
 - 3.5.- Sujeto creador de las condiciones generales
 - 3.6.- Contratos excluidos de la aplicación de la Ley
 - 3.6.1 Contratos Administrativos
 - 3.6.2 Contratos Sucesorios
 - 3.7.- Ámbito subjetivo Ley /1998, de 13 de abril
 - 3.7.1.- Adherente
 - 3.7.2.- Predisponente
 - 3.8.- Cláusulas Abusivas
 - 3.9.- Control de incorporación
 - 3.10.- Control de contenido
- 4.- Arbitraje del consumo
 - 4.1.- Características del sistema arbitrario.
 - 4.2.- El Arbitraje
- 5.- Conclusiones
- 6.- Opinión personal
- 7.- Bibliografía

1.- INTRODUCCIÓN

Siempre que trato de expresarme con naturalidad y claridad he de medir mis palabras, para no ser demasiado crítico y si objetivo y metódico en las cuestiones que intento analizar y que seguro son fruto de alguna de las carcajadas más épicas que pueda realizar en el futuro al recordar los valores que me empujaron al estas reflexiones.

Una vez encauzado nuestro proyecto sobre las Condiciones Generales de la Contratación, hemos de explicar que dentro de la densa estructura que posee ésta ley, podemos encontrar alguna norma que establece y regula los contratos celebrados entre las partes, y que la finalidad de creación de dicha ley, es la de protección de la parte mas débil que interviene en el contrato.

Dentro de los contratos celebrados entre las partes, hemos de distinguir que existen una fuente de regulaciones legales que tiene como finalidad la regulación de las condiciones, a la vez de otorgarle libertad de contratación a través de las diferentes cláusulas que se describen en el mismo contrato, que pueden ser tachadas de Nulas o Abusivas, dependiendo del delito que se pretenda comprender.

El objetivo que se persigue es una mejor comprensión de la Ley que establece los requisitos de actuación de aquellas personas que contraen un acuerdo en forma de contrato de bienes o servicios que enumeraremos expresamente y que pueden originar un conflicto de intereses fraudulentos para alguna de las partes, corrigiendo las intenciones de la parte abusiva del contrato que puede llegar a su anulación y pérdida de derechos y deberes a los que el mismo le obligaba, quedando liberado de la contratación de la cual era objeto de intereses para alguna de las partes.

El tema elegido, cuenta con una especial importancia, ya que la sociedad de la que formamos parte somos consumidores de bienes y servicios en la que nos encontramos vinculados a una serie de requisitos y obligaciones de los

contratos que hemos adquirido, sin saber si esas obligaciones son lícitas por parte del redactor del contrato que nos vincula.

Ciertas condiciones nos son impuestas de forma mecánica en la que nunca nos paramos a pensar la trascendencia de las mismas, ya que al parecer no somos los únicos que las hemos firmado, sino que familia y amigos e incluso vecinos tiene las mismas condiciones que a priori aceptamos y vemos con buenos ojos esas obligaciones a las cuales nos obligan en contrato.

Todos somos consumidores voraces de servicios tales como una cuenta bancaria, servicio de electricidad, servicio de teléfono,... que tienen contratos tipo que nos afectan por igual a todos los consumidores, no existiendo diferencias entre los contratos de los demás contratantes, aún pudiendo tener necesidades distintas en el servicio contratado, y no pudiendo negociar las distintas cláusulas de las que se compone el contrato, bien por que se trate de un sector que obtenga el monopolio de un determinado servicio a nivel nacional, internacional, o local, o bien por que solo pueden ofrecer ese tipo determinado de contratación.

En los últimos tiempos los servicios últimamente se realiza por vía telefónica en vez de personal, y a través de contratos grabados por voz, en bienes y servicio que son de primera necesidad, tales como el servicio de electricidad o el servicio de agua en una vivienda o negocio.

Por todo ello, hemos de explicar la importancia vital que tiene la regulación los distintos contratos que realizamos para la obtención de un bien o servicio, ya que todos podemos recordar varias ocasiones en las que han sido reclamadas judicialmente alguna de las cláusulas que componen un contrato y nos hemos visto beneficiados todos por esa acción ejercitada.

Otra de las cuestiones que abordaremos en el trabajo, y dentro del apartado de opinión perdonas, es si nos encontramos ante una Ley que se encuentre bien redactada¹, o ante una Ley que nos protege perfectamente nuestros derechos

de las grandes empresas las cuales son la mayor parte de los contratos que realizamos y que pueden contener cláusulas abusivas nos restan derechos y nos generan obligaciones con diversas entidades o empresas².

Somos actores dentro de una realidad social cambiante, y como tal veremos si esta Ley se está adaptando a los tiempos que estamos viviendo o incluso si la misma es demasiado genérica en los asuntos a los que hace referencia o debe de regular³.

Para todo ello, nuestro método de análisis será examinar cuidadosamente los artículos en los que se divide y que tipo de contratos regula, observando si regula contratos vinculantes telefónicos, o aquellos que se realizan por la red.⁴

¹ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 30.

² DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luís *Los llamados contratos forzosos*. ADC, 1956. Edición Madrid 1986. pp. 88

³ DURÁN RICOBA, Ramón, Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. RDP, febrero 2000. pp. 99-132.

⁴ ESPERANZA, Alberto, La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. RDM, 1994, n.º 213, pp. 489 ss.

2.- HISTORIA: ADAPTACIÓN DE UNA DIRECTIVA EUROPEA

Nos remontamos al origen del texto refundido perteneciente al año 2007, y vemos como la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, viene a través de una transposición de una directiva europea, que obliga a los países miembros de la Unión Europea, o al país destinatario, que se adapte en la Ley en materia de protección a las partes integrantes en materia de contratación sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, y se hace en base a la Constitución Española y afectando a los ordenes de derecho Civil y derecho Mercantil.⁵

La directiva comunitaria de la cual hacemos referencia y que vincula al estado Español, en cuanto a los fines y no a los medios que ha de emplear para la transposición de la citada directiva, se trata de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, la cual se hace necesario adoptar unas medidas que establezcan un mercado entre los países miembros, ya que existe una supresión de las fronteras y un mercado comunitario de mercancías, personas, servicios y capitales, en esta Ley sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación.

Todo ello se hace a través de la incorporación de la Directiva mediante una Ley de Condiciones Generales de Contratación, que modifica y sustituye a la Ley existente por aquel entonces, que se trata de Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, donde por medio de su disposición adicional primera modifica el marco jurídico de la citada Ley existente

⁵ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC, t. 32, 1979, pp. 619-725.

Se cita textualmente la disposición adicional primera que deroga la Ley existente en España por la nueva Directiva de obligado cumplimiento, a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

“ En la línea de incremento de protección respecto de los mínimos establecidos en la Directiva, la Ley mantiene el concepto amplio de consumidor hasta ahora existente, abarcando tanto a la persona física como a la jurídica que sea destinataria final de los bienes y servicios, si bien debe entenderse incluida también —según el criterio de la Directiva— a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes o servicios objeto del contrato.⁶

A diferencia de las condiciones generales, se estima procedente que también las Administraciones públicas queden incluidas, como estaban hasta ahora, en el régimen de protección de consumidores y usuarios frente a la utilización de cláusulas abusivas.⁷

La Ley introduce una definición de cláusula abusiva añadiendo un artículo 10 bis a la Ley 26/1984, considerando como tal la que en contra de las exigencias de la buena fe cause, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones contractuales.⁸

⁶ BARCELLONA, Pietro, *Un dilema falso: libertad o coacción*. En “La formación del jurista”. Cuadernos Civitas, Madrid, 1988. pp. 36- 68

⁷ REPERTORIO ARANZADI DE JURISPRUDENCIA, N°8435/1997, de 28 de noviembre de, 13482

⁸ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC,t. 32, 1979, pp. 619-725.

Al mismo tiempo se añade una disposición adicional primera a la citada Ley 26/1984, haciendo una enumeración enunciativa de las cláusulas abusivas, extraídas en sus líneas generales de la Directiva, pero añade también aquellas otras que aún sin estar previstas ella se estima necesario que estén incluidas en el Derecho español por su carácter claramente abusivo.⁹

La regulación específica de las cláusulas contractuales en el ámbito de los consumidores, cuando no se han negociado individualmente (por tanto también contratos de adhesión particulares), no impide que cuando tengan el carácter de condiciones generales se rijan también por los preceptos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.”

De ello extraemos que la nueva Ley establece unos mínimos que son marcados por la Directiva comunitaria, ampliando la protección existente hasta el momento e incluyendo a toda aquella persona física o jurídica que sea destinatario final de los bienes, así como la Administración Pública, ya que esta última no estaba recogida en la anterior Ley derogada.

Otro de los cambios que también apreciamos es la enumeración de las cláusulas abusivas que vienen enumeradas por la Directiva comunitaria a la cual hemos de aplicar en el ordenamiento Jurídico Español, permaneciendo las ya existentes en el Marco Jurídico Español.¹⁰

⁹LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, “Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido”. Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 30.

¹⁰DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC,t. 32, 1979, pp. 619-725.

Desde el momento en el que la Directiva comunitaria se adapta al Marco Jurídico Español, nace una regulación de las condiciones de contratación pertenecientes a los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera de establecimiento comercial.

Asimismo, se incorpora a la refundición la regulación sobre viajes combinados, regulación sobre la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos,...

Una de las particularidades, es que posteriormente nacen ramificaciones de la adaptación de esta Directiva para casos particulares que son las Leyes que regulan los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, las normas sobre radiodifusión televisiva y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

La Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, aún cuando contiene una regulación específica de los contratos con consumidores, no se incorpora a la refundición en consideración a su incidencia específica, también, en el ámbito financiero.¹¹

Otra de las referencias históricas que apreciamos, es la que se refleja en la Constitución Española, en su artículo 51, en sus apartados 1 y 2 de la Constitución española, dispone lo siguiente: los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a estas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

¹¹ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Contratos*. T.III.3ª edic., Trivium,

La importancia de esta norma se halla en que es la primera que en Derecho español proclama la protección del consumidor, dentro de la cual se incardina la regulación de las condiciones generales de los contratos y de las cláusulas abusivas. Y además, porque es norma constitucional, por lo que inspira los principios de la normativa ordinaria y la propia aparición de estas.

3.- LEY 7/1998, DE 13 DE ABRIL, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación Así como la Constitución, en su artículo 51, se refiere a los consumidores y la Ley de protección de consumidores y usuarios también se aplica a los mismos e incluye la normativa sobre condiciones generales y cláusulas abusivas en su artículo 10 y la Directiva comunitaria se refiere asimismo a los consumidores respecto a las que contempla las cláusulas abusivas, la Ley 7/1998, de 13 de abril va mas allá: regula, por una parte, las condiciones generales de los contratos, sean o no consumidores los contratantes, y por otra, contempla y sanciona con nulidad las cláusulas abusivas, sean o no condiciones generales, siempre que el contratante sea consumidor. Por lo que, en una parte regula las condiciones generales de los contratos y en otra, traspone la Directiva comunitaria.¹² Es una ley que, como tal, contiene la normativa de las condiciones generales y, en su disposición adicional primera, regula y sanciona con nulidad las cláusulas abusivas, al modificar la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios y redactar de nuevo su artículo 10.

¹² COCA PAYERAS, Miguel, *comentario al artículo 10 LGDCU* "Comentarios a la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios". Coordinado por BERCOVITZ y SALAS. Civitas, Madrid, 1992.

2.1 Condiciones Generales de la contratación o Derecho objetivo

En su artículo primero, nos define las Condiciones Generales de La Contratación como:

Artículo 1

“Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.”

Se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren, y cuya aplicación no pueda evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.¹³

Lo que trata de decirnos la presente Ley , es que las condiciones generales de la Contratación, lo que se refieren es a las propias condiciones o cláusulas que componen un contrato entre partes, y que se encuentra redactado por una de las partes firmantes del mismo, en este caso por medio de un escrito que no permite la modificación de las condiciones o cláusulas, y que al tener el poder de redacción a través de un contrato genérico y tipo para todos los contratos que realice la empresa firmante, se beneficia en tener la balanza de su favor, puesto que la capacidad de redacción y no modificación del propio contrato hace que se tenga que crear una ley para su compensación, ya que una de las partes firmantes, en este cado el usuario final, está desprotegido por el mero hecho de no tener la capacidad de redacción de las condiciones generales.

¹³ CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y derechos privado*. RJC, 1992-1, pp. 86.

Estas condiciones debieran de estar pactadas ante las partes y con un libre acuerdo, pero el problema radica en que la parte actora, aquella que ofrece los servicios y que los usuarios finales contratan, tiene unos contratos genéricos, que son aquellos que ha redactado el mismo como parte actora, y que es independiente de las distintas condiciones de las personas o destinatarios finales.¹⁴

Uno de los motivos por lo que las empresas realizan en sus contratos condiciones generales de contratación, es por el ahorro de costes que supone, ya que de otra forma tendrían que negociarse cada contrato y puede que eso conlleve gastos jurídicos o incluso mayor tiempo y personal formado debidamente.

Para todo ello las cláusulas generales de contratación ahorran tiempo y costes a las empresas, englobando en una misma saca a todos los adherentes independientemente de sus condiciones económicas.¹⁵

La protección del consumidor frente a la otra parte redactora de las cláusulas del contrato, radica en la escasa o nula libertad para la modificación de las mismas y poder expresar libremente en el contrato sus voluntades condicionadas por un hecho económico, social, político que le afecte en particular a la hora de efectuar una contratación.¹⁶

¹⁴ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 60.

¹⁵ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC, t. 32, 1979, pp. 619-725.

¹⁶ CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y derechos privado*. RJC, 1992-1, pp. 79-120.

La generalidad de las condiciones generales, ya que su misma palabra lo indica, radica en la generalidad, ya que se trata del mismo modo a todos los contratantes sin importar aspectos intrínsecos a la persona que le pueden perjudicar a la hora de realizar la contratación.¹⁷

3.2.- Igualdad jurídica de las partes

Una de las particularidades es que el ordenamiento jurídico español, tiene en consideración la desigualdad económica de las partes creando protección Jurídica mediante esta Ley, pero no afectando a la validez del contrato.

Una de las principales bases por la que se rige el Derecho, es el obrar de buena fe, en las que se presupone a ambas partes contratantes, pero que sin embargo se crean Leyes para la protección de la parte más débil económicamente hablando.¹⁸

Podemos decir que la desigualdad económica de los sujetos no afecta a la realización del contrato, ya que lo que se pretende es que exista una igualdad jurídica para el mantenimiento de la relación contractual permitiendo realizar con buen fin la contratación de bienes y servicio.¹⁹

¹⁷ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 72.

¹⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil. Contratos*. T.III.3ª edic., Trivium, Madrid, 1995. pp. 72-84.

¹⁹ DUQUE DOMINGUEZ, Justino F. . *La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU*. EC, nº 3, 1984, pp. 51-81

Una de las cláusulas que existen en los contrato que presuponen igualdad Jurídica a las partes es la de “Ha sido informado”, siendo una coletilla incluida en contrato que presupone por informado de las condiciones que requiere el presente contrato para su realización, y que requiere firma y presupone la aceptación e información de las cláusulas integrantes, con el consiguiente efecto, pudiendo darse que el contratante no sea una persona con la formación adecuada para poder distinguir si se trata de unas condiciones duras o exageradas respecto a la buena fe que se le presupone al que ha redactado las condiciones generales del contrato.

Decimos que se trata de Derecho objetivo ya que para algunos juristas las cláusulas que se establecen en el contrato son basadas como Derecho, o fuente del Derecho, haciéndolas participes del derecho Jurídico preestablecido, y originando una obligación para los contratantes o adherentes al contrato.²⁰

Hemos de decir que esta teoría llamada normativista y que muchos autores afirmaban, ha sido abandonada, pues los Tribunales no pueden dar valor objetivo a las condiciones generales de la contratación, puesto que solo se tratan de un elemento integrante de los contratos, y que por tanto se encuentran sometidas a las leyes y al control Judicial.²¹

Obviamente se entiende que las condiciones generales de la contratación no tienen valor normativo ni contractual antes de ser aceptadas, ya que solo obligan cuando se celebran los contratos.²¹

²⁰ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, “Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido”. Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 74.

²¹ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC, t. 32, 1979, pp. 619-725.

3.3.- Artículo 1255 Cc.

Podemos decir que el artículo 1255 Cc establece los límites de autonomía excluyendo aquellas cláusulas que sobrepasen dichos límites e impugnando aquellas que sean contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres, por constituir un abuso de derecho o por implicar una renuncia de ciertas leyes dispositivas.

Una de las consecuencias es que los adherentes al contrato tienen la capacidad de decisión, pero no tienen la capacidad de negociación, con lo que no nos encontramos que puede darse una nulidad parcial de las cláusulas que no se adecuen al artículo 1255 Cc.

3.4.- Características de las condiciones generales

En los contratos celebrados con consumidores, las condiciones generales de contratación, deben de presentarse en el momento previo al momento de realización del contrato, no pudiendo ser presentadas en el mismo momento de celebración del contrato, ni posterior al mismo, ya que de esta manera, el consumidor puede contratar sin tener que renunciar al bien o servicio y tener que aceptar las nuevas cláusulas no expuestas con anterioridad.²²

Analizando el artículo número 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, mencionado anteriormente en este documento, podemos decir que las cláusulas generales de contratación deben de cumplir unas determinadas características para ser calificadas legalmente como condiciones generales, siendo estas características predisposición, imposición y generalidad.

²² LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 78.

También podemos decir que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente, no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.²²

3.4.1.- Predisposición

En el artículo primero de la Ley 7/1998, de 13 de abril, vemos como define a las cláusulas como “el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente”, haciendo referencia a que deben de ser cláusulas predispuestas manifestándose a través de creación de las mismas, previa y unilateralmente por parte del predisponente.²³

Podemos decir que no solo se exige que las cláusulas sean redactadas antes de la celebración del contrato, sino antes de la negociación del mismo.

Cuando hablamos de unilateralmente, nos referimos a la incorporación al contrato de las cláusulas, por su puesto no hacemos referencia a la creación o redacción de las mismas, ya que nos dice la Ley “con independencia de la autoría material de las mismas”.²³

También se menciona en el artículo primero, que se encuentren redactadas, lo que no significa que las cláusulas generales de contratación tengan forma escrita obligatoriamente, sino solamente que se encuentren predeterminadas, sin tener en cuenta su apariencia externa, haciendo referencia a la idea de formuladas sin que tenga que ser necesariamente redactadas por escrito.

²³ PICATOSTE BOBILLO, Victoria, *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y defensa de los consumidores*. Profesora de la Universidad de Vigo.

Según el artículo 5.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, se distingue entre contratos celebrados por escrito y contratos bajo condiciones generales de contratación que no deben formalizarse por escrito, donde podemos ver que se prevé la celebración de contratos con condiciones generales de contratación que no tengan ningún documento por escrito, pudiendo entenderse la contratación verbal, la contratación telefónica, contratación electrónica,...

El hecho de que no exista ningún documento escrito, no hace que se siga manifestando la obligación de que las cláusulas deban de estar previamente determinadas, se necesitan que estén recogidas de algún modo.

3.4.2.- Imposición

Este hace referencia a la ausencia de negociación contractual que impone una de las partes ya que si se quiere contratar con el será bajo unas determinadas condiciones generales de contratación, no admitiendo la negociación individual, entendiendo que no ha existido una negociación de los intereses propios del contratante o no ha podido intervenir en la elaboración de las condiciones generales del contrato.²⁴

Podemos decir que la imposición no se refiere a que el adherente tenga obligación de contratar, sino que no ha intervenido en la elaboración de las condiciones generales de contratación.

²⁴ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 108.

También podemos decir que el adherente se puede oponer a la contratación, a no ser que exista una situación de monopolio con la empresa que presta o vende los bienes y servicios, con lo que al adherente siempre puede rechazar las condiciones generales de contratación de una determinada empresa.

Encontrándonos en una situación de monopolio es cuando cabe hablar de imposición o inevitabilidad, pero también debe de ampliarse ese concepto, aunque no lo reconoce la materia que lo regula, cuando aún existiendo varias empresas de competencia y pudiendo contratar con diversidad de ellas, tenga el adherente que contratar con una de ellas aceptado las condiciones generales de contratación.²⁵

3.4.3.- Generalidad

Como referencia a lo dictado en la Ley 7/1998, de 13 de abril, la cual nos dice textualmente “Con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”, de lo cual sustraemos que se trata de la característica de mayor relevancia de las condiciones generales de contratación, ya que no especifica a que número en concreto de contratos han de incluirse.

3.5.- Sujeto creador de las condiciones generales

El sujeto creador de las condiciones generales de contratación de bienes o servicios, puede ser incluso una persona física o Jurídica que de manera autónoma participa en el tráfico jurídico económico.²⁶

²⁵ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, “Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido”. Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 96.

²⁶ COCA PAYERAS, Miguel, Aproximación a un concepto técnico del Ordenamiento civil. “Cuadernos de la Facultad de Derecho”, Universidad Palma de Mayorca, nº5, 1983, pp. 16

Realmente no se refiere a redactar las condiciones generales de contratación, sino a quien las impone, ya que puede ser la propia empresa vendedora de los bienes y servicios que los adherentes van a contratar, o incluso una empresa subcontrata para tal fin que no tenga relación directa con los bienes y servicios que se establecen en el contrato objeto de los mismos.²⁷

3.6.- Contratos excluidos de la aplicación de la Ley

Según el artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, nos establece los tipos de contratos excluidos de la presente Ley y que no caben bajo la protección de la misma, citándonos la ley textualmente en su artículo 4 “La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios. Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes.” Donde dicho artículo se encuentra integrado por la Directiva 93/13 CEE donde lo cita en su artículo 10, que ha sido incorporado al artículo 4 de la Ley 7/1998, de 13 de abril.²⁸

²⁷ COCA PAYERAS, Miguel, Aproximación a un concepto técnico del Ordenamiento civil. “Cuadernos de la Facultad de Derecho”, Universidad Palma de Mallorca, nº5, 1983, pp. 16.

²⁸ RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En “Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril”, coordinado por ESPIAU. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 51-92.

La exclusión de este tipo de contratos viene dado por razón del ámbito objetivo de la aplicación de la Ley que estamos tratando, por la misma razón que esta Ley protege o regula los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor, no siendo claramente esta circunstancia en los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

3.6.1 Contratos Administrativos

Dichos contratos se regulan en la Ley de Contratos de Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de Mayo) la cual no recoge los contratos privados de las Administraciones Públicas entre un adherente no consumidor y una Administración o Empresa pública deben regirse por la Ley 7/1998, de 13 de abril.²⁹

3.6.2 Contratos Sucesorios

Una de las razones que encontramos para la exclusión de los contratos sucesorios dentro de las condiciones generales de contratación, es que se tratan de contratos que tienen un carácter unilateral donde solo existe una única declaración de voluntad.

En los contratos familiares, tenemos la misma razón, ya que podemos ampliarla a esta variedad de contratos, donde las relaciones familiares constituyen aspectos personales e íntimos de la persona y no se conciben como contratos celebrados en masa.³⁰

²⁹ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 133.

³⁰ COCA PAYERAS, Miguel, Aproximación a un concepto técnico del Ordenamiento civil. "Cuadernos de la Facultad de Derecho", Universidad Palma de Mayorca, nº5, 1983, pp. 16

3.7.- Ámbito subjetivo Ley 7/1998, de 13 de abril

La Ley establece en su artículo número 2 quienes deben ser partes de los contratos celebrados bajo las condiciones generales de contratación.

Artículo 2 “La presente Ley será de aplicación a los contratos que contengan condiciones generales celebrados entre un profesional —predisponente— y cualquier persona física o jurídica —adherente.³¹

Este artículo, nos hace referencia a las personas ostentan protección frente al predisponente que es la persona física o jurídica que realiza el contrato vinculante, frente al adherente que es la persona física o jurídica que se acoge a las cláusulas del contrato a celebrar.

Aquí podemos distinguir que la persona o empresa que vende el bien o servicio del que es objeto el contrato, ya que como hemos visto anteriormente el que redacta las cláusulas puede ser una empresa subcontratada, se le llama predisponente, y es el que esta en una posición no negociadora y en una mejor posición que la parte contraria que es el adherente al contrato del bien o servicio determinado.

3.7.1.- Adherente

Es aquella persona la cual va adquirir a través de un contrato bajo las condiciones generales de contratación, un bien o servicio , señalando el artículo 2 de la Ley que ha de ser una persona física o jurídica, como destinatario final, o incluso un profesional.

³¹RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En “Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril”, coordinado por ESPIAU. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 51-92.

Para ello se pueden dar tres supuestos;

- 1.- en este primer caso, el predisponente es un profesional que actúa en el marco de su actividad profesional y el adherente es un consumidor que actúa fuera de su ámbito de actividad profesional. Para el concepto de consumidor se dan tres notas definitorias del mismo, que son personas físicas o jurídicas, destinatarias finales de los bienes o servicios que contratan y que actúan de forma ajena a su actividad profesional
- 2.- Contrato realizado bajo las condiciones generales de contratación, y celebrado por dos profesionales, que siendo personas físicas o jurídicas, están actuando dentro de su marco profesional, donde además de regirse por la Ley 7/1998, de 13 de abril, también se rigen por el Código de Comercio.
- 3.- Este último caso se refiere a un profesional que actúa como predisponente y a un adherente que no actúa dentro de su marco profesional, pero puede no ser el destinatario final de los bienes o servicios, ya que si fuese el destinatario final, estaría dentro del primer supuesto.

En este supuesto, el adherente está excluido del carácter de consumidor, por que no es destinatario final, pero considerado consumidor en sentido amplio a efectos de la Ley, ya que designa como adherente a toda aquella persona física o jurídica.

Según el criterio de la Directiva de la cual se adapta dicha Ley “a toda aquella persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional aunque no fuera destinataria final de los bienes y servicios objeto del contrato”

Podemos decir que todo consumidor es un adherente, pero no todo adherente es un consumidor.

Para este supuesto, también puede darse la nulidad parcial o total de las cláusulas, ya que también puede darse que no sean cláusulas de buena fe, o incluso abusivas

3.7.2.- Predisponente

“Es la persona física o Jurídica que en sus relaciones con terceros se sirve de cláusulas prerredactadas que han sido redactadas con la finalidad de ser incluidas en una pluralidad de contratos”

Según el Artículo 2.2 de la Ley, el predisponente ha de ser un profesional “toda persona física o jurídica que actúe dentro del marco de su actividad profesional o empresarial, ya sea pública o privada”

De aquí se desprende que el predisponente debe de ser una persona que se dedique en el ejercicio de su actividad habitual que para llevar a cabo este tipo de transacciones a que las condiciones contractuales se refieren bajo las condiciones generales de contratación.³²

3.8.- Cláusulas Abusivas

Como podemos ver, en el artículo 8 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, dice

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.³³

³²DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Fundación BBV, Civitas, Madrid, 1996.

³³RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En “Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril”, coordinado por ESPIAU. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 51-92.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

Podemos decir que la definición por algunos autores de cláusula abusiva es: “todas aquéllas estipulaciones no negociadas individualmente y prácticas no consentidas expresamente que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor o usuarios un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

Las condiciones generales de contratación, están compuestas por una serie de cláusulas, las cuales pueden considerarse que no actúan de buena fe, o que pueden perjudicar al adherente, con lo que las mismas pueden ser declaradas nulas o parcialmente nulas.³⁴

No solo podemos decir que las cláusulas pueden declararse nulas, sino que puede ocurrir que sea nulo el contrato que se encuentra en conflicto entre las partes.

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. La determinación de abusividad de una cláusula no impedirá la validez del resto del contrato. El juez que declare la nulidad integrará el contrato.³⁵

³⁴ DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, Luis, Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. Fundación BBV, Civitas, Madrid, 1996.

³⁵ RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En “Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril”, coordinado por ESPIAU. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 51-92.

Se consideran cláusulas abusivas:

La determinación de abusividad de una cláusula puede basarse en:

1.- El incumplimiento de los requisitos mínimos que se imponen normativamente con respecto a los contratos no negociados individualmente.

2.- Que la cláusula esté contemplada en el listado de cláusulas abusivas previsto normativamente.

1.- Requisitos exigibles a los contratos no negociados individualmente:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción sin remisión a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del contrato.

b) Accesibilidad y legibilidad de forma que permita al consumidor el conocimiento previo.

Deberá enviarse al consumidor justificación escrita o en soporte duradero de la contratación efectuada así como la información relativa al derecho de desistimiento en el caso de que esté previsto.

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

2.- En todo caso son cláusulas abusivas que se incluyen en alguno de los siguientes apartados:

a) Las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario

b) Limiten los derechos del consumidor y usuario.

c) Determinan la falta de reciprocidad en el contrato

d) Impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba

e) Resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato

f) Contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.³⁶

3.9 Control de Incorporación

A lo que nos vamos a referir en este apartado, es la incorporación de las condiciones generales de contratación a un contrato determinado, donde para ello serán necesarias unas reglas que la Ley articula para que exista buena fe entre las partes contratantes y el contrato llegue a buen fin.

A lo que nos referiremos es a las condiciones necesarias que dicta la Ley para garantizar los efectos de la adhesión a un contrato, donde se regulan en los artículos 5 y 7 de la Ley.

1.No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

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. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan

³⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación. Civitas, Madrid, 1992, pp. 60-64

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.

4. En los casos de contratación telefónica o electrónica será necesario que conste en los términos que reglamentariamente se establezcan la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”

Como podemos ver en el mismo, deja claro cuando no existe adhesión al contrato bajo las condiciones generales de contratación, para que no exista la pretensión de coartar a la parte adherente, o incluso se elimine la libre voluntad del adherente, evitando un abuso de autonomía por parte del predisponente, ya que el adherente por mucho que lea las cláusulas, las entienda y le parezcan abusivas no puede modificar ni negociar ninguna de ellas, para lo que éste artículo determina unos requisitos que reestablecen la igualdad entre las partes firmantes de un contrato bajo las condiciones generales de contratación.

Bajo este artículo, podemos definir dos fases diferenciadas, ya que en su apartado final, número 5, nos dice las cláusulas deben de contener una clara, concreta y sencilla redacción, a la vez que transparente, cosa que hemos analizado anteriormente en este trabajo, donde nos referíamos a la fase de redacción de las condiciones generales, y que en el momento de la adhesión sigue siendo uno de los caracteres predominantes para tal fin.

La segunda fase a la cual referenciamos en este artículo, es la fase perfeccionamiento, donde el predisponente y el adherente visualizan el contrato para su posterior adhesión.

Otra de las características es que el adherente ha de poseer una copia de las condiciones generales a las cuales pretende adherirse a través de un contrato, y que es importante que este informado sobre ellas, ya que deducimos que la falta de información y el hecho de tener la información al alcance de las manos del adherente en el momento deseado, hace que sea una pieza clave para que exista un equilibrio jurídico entre las partes, ya que de otro modo se estaría ocultando información y ello denota la falta de transparencia y buena fe en las acciones por parte del predisponente.³⁷

También se establecen en este artículo las contrataciones por vía telefónica, donde debe el adherente estar informado en todo momento de las condiciones generales de contratación, enviando un ejemplar de las mismas, y haciendo constar todas las cláusulas en la contratación.

³⁷ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación. Civitas, Madrid, 1992, pp. 60-64

También hace referencia en su **artículo 7** “No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

- a) Las que el adherente no haya tenido 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 artículo 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.

En este artículo, vemos como se hace imprescindible la necesidad de conocimiento de las cláusulas del contrato al adherente, y como han de ser clara y transparentes, actuando de buena fe los contrayentes del contrato del que se es objeto de un determinado bien o servicio.¹²

De este artículo deducimos que los requisitos de incorporación han de cumplirse en el momento celebración del contrato, ya que de no conocer las cláusulas el adherente en este último momento, el adherente no se dará por incorporado al contrato, por incumplimiento de una de los artículos de esta Ley.

En los artículos 5 y 7 de la Ley, vemos como es imprescindible la información al adherente, ya que se obliga a que aquellos artículos que pudiesen tener una forma farragosa de entendimiento, sean claros y concisos y no induzcan al error de interpretación para lo cual la Ley es tajante, y se acepte por el adherente la propia incorporación al contrato mediante la firma del mismo.

³⁸ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación. Civitas, Madrid, 1992, pp. 60-64

También podemos deducir que del artículo 5, aunque exista consentimiento del adherente, o se auto incorpore a través de firma al contrato, si este no ha recibido la información de las cláusulas generales de contratación, así como un ejemplar, no se aceptará la incorporación del adherente al contrato que se esté celebrando.

Otra de las deducciones que sacamos del artículo, es la del derecho de ser informado, donde el predisponente debe de informar, ya que el tienen la carga de informar, sobre las cláusulas incorporadas en el contrato, ya que de otro modo, no se entendería la buena fe del mismo, no originando la incorporación del adherente en el contrato.

La información, uno de los mejores cauces que existe, antes de la celebración del contrato, es la de dar al adherente una copia de las condiciones generales, donde exprese las cláusulas que forman parte de la misma, y así poderlas visualizar por parte del adherente sin necesidad de que el predisponente esté delante de el mismo, ofreciéndole tiempo de estudio y pudiendo generarle algún tipo de duda que posteriormente o a la firma del contrato pueda expresarse o explicarse.³⁹

De esta forma escrita podemos decir que se daría una información con transparencia y veracidad, donde se da la buena fe y buen hacer de las cosas.

También hace una especial mención, aunque breve y poco concisa de los contratos realizados telefónicamente o electrónicamente, en donde no hace falta la firma convencional, y hemos de referirnos a estos como contratos verbales, en donde no se reflejan por escrito y tienen aún un mayor aspecto de contrato en masa o realizados a un mayor número de clientes.

³⁹ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación. Civitas, Madrid, 1992, pp. 60-64.

Otra característica que poseen, es que no se puede entregar la documentación, hasta ya celebrada la contratación, aunque la ley obliga en su artículo 5 a que deben de estar las cláusulas generales de contratación en un lugar visible dentro de la empresa.

3.10 Control de Contenido

Este se regula en la Ley 7/1998, de 13 de abril a través de su **artículo número 8**, el cual dice textualmente:

1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.⁴⁰
2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁴⁰

Habla de nulidad, que no es otra cosa que ineficacia estructural, que viene originada por una falta de forma o irregularidad existente en la formación del contrato, que se realiza automáticamente sin necesidad de que actúe ninguna de las partes, puesto que se encuentra regulado no respetando las normas imperativas o prohibitivas.⁴¹

⁴⁰ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 346

⁴¹BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Edit. Aranzadi, 2000. pp. 267.

Lo más característico de este artículo es que considera nulas las condiciones generales que contraigan perjuicio del adherente, lo que nos hace suponer que se trata de una reiteración de las normas reguladoras de la nulidad contractual.

Una de las cosas que nos llama poderosamente la atención, es que la ley imperativa o prohibitiva, no puede ir en perjuicio ni en beneficio de ninguna de las partes, con lo que no da mucho sentido a que se establezca un caso de contravención, ya que parece que se reduce todo a tal efecto.⁴²

Hemos de decir que ello nos lleva a pensar que puede ser una excepción de las reglas generales de la nulidad contractual, ya que solo si se produce una contravención en perjuicio del adherente, no se daría la legitimación para ejercitar la nulidad contractual.

En definitiva podemos decir que la declaración de nulidad que nos indica el artículo 8.1, no establece ninguna novedad respecto a la declaración de nulidad establecida en el Código Civil.

Otro de los artículos relacionados es el **artículo 9**, el cual dice textualmente:

1. La declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas generales reguladoras de la nulidad contractual.⁴³

⁴² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Edit. Aranzadi, 2000. pp. 267.

⁴³ LLODRÁ GRIMALT, Francisca, *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, "Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido". Tirant lo blanch, Valencia, 2002. pp. 346

2. La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.
3. El Juez competente será el del domicilio del demandante.

Respecto a dicho artículo, debemos decir que las declaraciones de ineficacia contractual se refieren a ineficacias estructurales por defecto de forma o contenido, y que deben de ser automáticamente nulas, no necesitando autoridad judicial que lo promulgue.

También podemos decir que solo ostenta la legitimación activa para ejercitar la acción de nulidad, solo le corresponde al adherente y no cualquier persona que tenga interés legítimo en tal declaración.

4.- ARBITRAJE DEL CONSUMO

En los últimos años han proliferado dentro como vía extrajudicial a la resolución de conflictos, y como instrumento de tutela ofrecido dentro de nuestro ordenamiento jurídico la mediación o el arbitraje, que ofrece una solución posible a un conflicto con un menor coste y tiempo al proceso ordinario de vía judicial.

Es un sistema de sobra conocido, ya que se instaura dentro de nuestro ordenamiento por el año 1986, y es ahora cuando este sistema que ha encajado sobradamente bien, se crea el sistema arbitral de consumo, diseñado para resolver los conflictos derivados de los consumidores y usuarios.

Todo ello viene derivada de una nueva forma económica, emergente en nuestro país, donde surgen nuevas formas de contratación de bienes y servicios, que hacen que se realicen nuevos cambios dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Todo ello nace para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios tanto a nivel individual como colectivo, donde apreciamos su carácter voluntario y gratuito, dentro de una dualidad que existe a la hora de afrontar un conflicto derivado de las relaciones de consumo.

Si ambas partes aceptan someterse al arbitraje de consumo, también deben aceptar el laudo que emita el Colegio Arbitral (una especie de tribunal) y cuya resolución es vinculante y ejecutiva, constituyendo uno de los títulos ejecutivos de la L.E.C. (art. 517.2.2)1.

El Arbitraje de Consumo, es un arbitraje de carácter institucional, impartido por la Administración Pública y cuya nota característica es la gratuidad.

Este sistema depende de las distintas administraciones públicas, según su ámbito sea nacional, autonómico provincial, de mancomunidad o municipal.

En este mecanismo intervienen reclamante y reclamado, que generalmente son el empresario o compañía y una consumidor o consumidores, donde se generan características propias como son el desequilibrio entre las partes y la existencia de contratos de pequeña o mínima cuantía que, en caso de remisión a la jurisdicción ordinaria, convertirían al consumidor en la parte débil y desprotegida.⁴⁴

⁴⁴ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia, *El apogeo del arbitraje de consumo*, Apuntes del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

Los problemas en consumo son generalmente de poca cantidad económica por lo tanto el propio coste judicial superaría el daño ocasionado.

Una de las características del sistema arbitrario de consumo, es que las partes deben de ser por un lado el empresario o vendedor de productos o servicios, y de otra parte el consumidor, existiendo como nota connotación la unireccionalidad, en el que se refiere a que solo el reclamante o consumidor puede poner en marcha el sistema aunque si puede el reclamado hacer alegaciones que estime pertinentes y sean vinculadas a la reclamación existente.

Otra de las notas características que encontramos en el sistema de arbitraje, es que en determinados supuestos no pueden ser aplicado dicho sistema, teniendo que efectuar demanda ante un proceso judicial. Podemos citar varios casos en donde es necesaria la interposición de demanda en los juzgados, siendo estos en los casos como intoxicaciones, lesiones y muerte, o los casos en los que se constaten indicios racionales de delito, además de aquellos en los que ya hay sentencia firme, no se pueden solucionar mediante arbitraje. Tampoco se podrá utilizar en asuntos sobre los que las partes que no tengan poder de disposición o en los que la empresa sea declarada en suspensión de pagos o en quiebra.

4.1.- Características del sistema arbitrario.

Este sistema se caracteriza por unas ciertas circunstancias que hacen que exista una buena predisposición al uso del servicio, descartando así en un principio el llegar a la vía judicial.

-*RAPIDEZ*, el tiempo máximo desde que es designado el órgano arbitral es de cuatro meses, mientras que el proceso judicial se dilata ampliamente en el tiempo respecto de esta vía arbitral.

-*EFICACIA*, esta se deriva de la no existencia de cuantía mínima reclamada, así como la resolución mediante un laudo arbitral.

-*VOLUNTARIEDAD*, existe un sometimiento libre y voluntario por las partes, mediante la solicitud por parte del reclamante y la aceptación por parte del reclamado.

-*EJECUTIVIDAD*, tienen la misma eficacia que una sentencia, son de obligado cumplimiento la resolución final.

-*ECONOMÍA*, porque es gratuito para las partes, que deben costear sólo en determinados supuestos la práctica de peritajes.

-*COMPRENSIÓN*, podemos decir que estos procesos extrajudiciales existe una mayor capacidad de interlocución entre el reclamante y el reclamado, con un lenguaje cotidiano, que a diferencia de la vía judicial el protocolo existente en el orden de interlocución y el lenguaje específico, hacen que sea de mayor dificultad la comprensión para alguna de las partes.

Es decir: existe una mayor libertad protocolaria, a la hora de exposición de motivos, de negociación y resolución flexible del conflicto que es casi inexistente en la vía judicial.

4.2.- EL ARBITRAJE

Estos conflictos son de pequeña cuantía por lo que no compensa la vía judicial, ya que la contratación de abogado y procurador puede ser superior al importe reclamado.

La principal objeción la marca su carácter voluntario, en donde no se puede exigir ni obligar al reclamado a someterse a un arbitraje.

El consumidor solicita el arbitraje rellenando un formulario en las Juntas Arbitrales -órgano que los gestiona.

En este momento pueden ocurrir dos circunstancias una vez notificado al vendedor bienes o servicios,

- a) que sea aceptada, en cuyo caso se formaliza un convenio arbitral y se nombran los miembros del colegio arbitral, que consta de un presidente, licenciado en Derecho al servicio de la Administración y dos árbitros uno para cada una de las partes. Las partes se citarán en audiencia, donde se establece fecha y hora, para que hagan sus alegaciones y contesten a las preguntas del colegio arbitral, incluso existiendo la posibilidad de petición de pruebas o periciales que puedan ayudar a la resolución del conflicto ocasionado.
- b) Si lo rechaza, la vía queda cerrada.

La resolución de las Juntas se denomina laudo, pero a efectos prácticos tiene el mismo valor y consecuencias que una sentencia., que obliga a las dos partes a su cumplimiento y es ejecutivo desde su notificación, donde el reclamante y reclamado deben cumplirla en el plazo que se indique, de lo contrario, la parte perjudicada puede pedir al juez que se ejecute, igual que las sentencias. Dicha cuestión ya ha quedado "juzgada" y no pueden acudir a los Juzgados para intentar obtener una solución distinta.

⁴⁵ SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia, *El apogeo del arbitraje de consumo*,
Apuntes del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid.

5.- CONCLUSIONES

Podemos terminar concluyendo que la Ley 7/1998, de 13 de abril, que regula las condiciones generales de contratación, viene de la Directiva Europea que adapta a la normativa española, para la protección de los adherentes o contratantes de un contrato bajo las condiciones generales de contratación.

Decimos que la presente Ley regula los aspectos fundamentales que se establecen en la contratación, desde la formulación de las cláusulas que serán preestablecidas en los contratos, hasta incluso la protección en el momento de la firma del contrato.

Para ello la Ley regula fundamentalmente la parte más débil de las que constituyen el contrato, siendo ésta la parte del adherente, ya que se puede encontrar gracias a la Ley en una situación de igualdad Jurídica, pero no de igualdad económica respecto al predisponente que es el que formula las cláusulas que surtirán efectos en el contrato bajo las condiciones generales de contratación.

Como bien hemos dicho en este trabajo, se trata de la regulación de las condiciones generales de contratación que no son modificables para los adherentes, ya que no se posee una capacidad negociadora sobre las mismas, adhiriéndose al contrato preestablecido de antemano y que posee una regulación reglamentaria y con medidas de control exhaustivas que puede hacer que se declare nulo por actuaciones que contravienen a la Ley o que no han actuado de mala fe.

Cualquier tipo de condición general de la contratación que contraiga perjuicio al adherente y por tanto la parte más débil del contrato, será declarada nula y no surtirá los efectos oportunos.

Hemos de decir, que en definitiva, esta Ley protege los intereses legítimos de las partes que intervienen en el contrato bajo las condiciones generales de contratación.

6.- OPINIÓN PERSONAL

Bajo mi punto de vista, es una Ley que tiene sus raíces en la directiva comunitaria que obliga a transponerla a la legislación española, ya que aunque existía normativa anterior en el Estado español que regulaba los aspectos de la contratación, no era tan completa como puede ser la que hoy contemplamos.

En la misma existe varias irregularidades, partiendo de que no se encuentra una normativa que cada vez está más difundida sobre la contratación electrónica o telefónica, ya que el legislador no promueve medidas efectivas que protejan los intereses de los adherentes, ya que en su mayor parte, esta regulación se transmiten aspectos muy genéricos y en mi punto de vista poco aceptables o inviables que nada tienen que ver con el aspecto real que presenta la contratación bajo las condiciones generales que se aplican telefónicamente.

Otro de los puntos de vista que hago referencia, es que se apoya demasiado en el Código Civil, al cual hace referencia en su articulado pero que no puntualiza sobre la determinación exclusiva de esta Ley, siendo una ambigüedad que podemos encontrar de igual modo en el Código Civil que es genérico a las Leyes posteriores y que se muestra como base de muchas de ellas.

Otro de los casos que comento es que la Ley no referencia ni determina concreción en las cláusulas, ya que muchas pueden ser abusivas generalizadas y que constituyen por el mero hecho de la costumbre de

interponerlas en los contratos, donde ningún adherente ha considerado que es contraria a sus derecho legítimo.

Hacemos referencia a cláusulas que en comparación con otros países son determinantemente abusivas, pero que nos parecen normales, por que siempre han formado parte de nuestra contratación y que no son el reflejo de las normativas vigentes en otros países.

Puedo concluir diciendo que es una Ley que deja entrecomillado algunos aspectos que trata como genéricos y poco concretos en cuanto a la protección de los cliente o consumidores, tratando desde la ambigüedad aspectos tan relevantes actualmente que deja pasar de largo para no profundizar en ellos.

7.- BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, Las condiciones generales de la contratación. Civitas, Madrid, 1⁹92, pp. 60-66

BARCELLONA, Pietro, *Un dilema falso: libertad o coacción*. En "La formación del jurista". Cuadernos Civitas, Madrid, 1988. pp. 36- 68

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Edit. Aranzadi, 2000. pp. 267

CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y derechos privado*. RJC, 1992-1, pp. 79-120.

COCA PAYERAS, Miguel, *comentario al artículo 10 LGDCU* "Comentarios a la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios". Coordinado por BERCOVITZ y SALAS. Civitas, Madrid, 1992.

^ Aproximación a un concepto técnico del Ordenamiento civil. "Cuadernos de la Facultad de Derecho", Universidad Palma de Mayorca, nº5, 1983, pp. 16

⁵ DE CASTRO y BRAVO, Federico, *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. ADC, t. 32, 1979, pp. 619-725.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luís *Los llamados contratos forzosos*. ADC, 1956. Edición Madrid 1986. pp. 88

DUQUE DOMINGUEZ, Justino F. . *La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU*. EC, nº 3, 1984, pp. 51-81

DURÁN RICOBA, Ramón, Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas. RDP, febrero 2000. pp. 99-132.

ESPERANZA, Alberto, La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. RDM, 1994, n.º 213, pp. 489 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil*. Contratos. T.III.3ª edic., Trivium, Madrid, 1995. pp. 72-84.

REPERTORIO ARANZADI DE JURISPRUDENCIA, Nº8435/1997, de 28 de noviembre de, 13482

RODRIGUEZ ARTIGAS, Fernando, El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. En "Las

condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril”, coordinado por ESPIAU. Marcial Pons, Barcelona, 1999, pp. 51-92.

PICATOSTE BOBILLO, Victoria, *Condiciones generales de la contratación, cláusulas abusivas y defensa de los consumidores*. Profesora de la Universidad de Vigo.

SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia, *El apogeo del arbitraje de consumo*, Apuntes del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid