

CARLOS BALLUGERA GÓMEZ

Doctor en Derecho
Registrador de la Propiedad de Bilbao

EL CONTRATO NO-CONTRATO

*Enigma desvelado de las condiciones generales
de la contratación*

PRÓLOGO
ALBERTO BERCOVITZ



CENTRO DE ESTUDIOS

DERECHO PRIVADO SOCIAL

ABREVIATURAS	23
PRÓLOGO	25
INTRODUCCIÓN	29

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	35
I. EL CONCEPTO DEL CONTRATO POR ADHESIÓN	36
1. Desigualdad contractual e imposición	36
1.1. Tratos preliminares, negociación y contrato por negociación: coincidencia de términos contractuales e intención común	38
1.2. Tratos preliminares, imposición y contrato por adhesión: la anfibología como resultado de la imposición ..	39
1.2.1. Aumento insoportable de costes de transacción para el adherente	40
1.2.2. Falta de lectura o de comprensión, forzosa e irracional, del formulario	41
1.2.3. Cambio de significado de la firma	44
2. La posibilidad real de disenso o disociación y su impacto en el contrato por adhesión: la anfibología y el acuerdo nuclear	46

SUMARIO

2.1. La incierta confluencia de voluntades de los contratantes tras la conclusión del contrato por adhesión ...	48
2.2. La distribución de la claridad y la ambigüedad en el contrato por adhesión: el acuerdo nuclear	51
2.3. La anfibología	52
2.4. El reverso de la disociación: condición general vs. formulación del equilibrio	55
3. La existencia cierta del contrato: el acuerdo nuclear y su valor ..	56
3.1. Significado de la contradicción entre acuerdo nuclear y términos contractuales del contrato por adhesión	59
3.2. Paradoja de la aplicación de la norma de equilibrio en la revisión del contenido contractual del contrato por adhesión	63
3.3. Acuerdo nuclear y justificación del contrato: el art. 10.1.b) LGDCU	64
II. EL CONCEPTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	67
1. Reenfoque del problema de las condiciones generales: el trastorno especial	67
2. Breve exposición del concepto legal de las condiciones generales de la contratación: art. 1 LCGC	69
3. Contractualidad	71
3.1. El contenido de la norma que sujeta a las condiciones generales: pancontractualidad	73
4. Predisposición y predisposición especial	75
5. Imposición y negociación	77
5.1. Incorporación por imposición o por negociación	78
5.2. Identidad entre lo incorporado y lo predispuesto	79

CAPÍTULO II

EL VALOR DEL CONCEPTO LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	81
I. EL VALOR DEL CONCEPTO LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	82
1. Predisposición <i>especial</i> del contrato por adhesión: unilateral y “para una pluralidad de contratos”	83

SUMARIO

1.1. La unilateralidad de la predisposición	84
1.2. La generalidad	86
1.2.1. El contenido de la garantía de igualdad de la generalidad: posibilidad de consenso	91
1.2.2. La generalidad como imposición reiterada y constante	92
1.3. El tercer elemento de la predisposición especial	94
1.3.1. La predisposición en sí en el Derecho pri- vado codificado y en el social: antecedente social	94
1.3.2. La jurisprudencia sobre el valor de los antecede- ntes y su paralelismo en el concepto legal de las condiciones generales	97
1.3.3. Antecedente social a favor del adherente: identidad y diferencia	99
1.3.4. El “status” de la negociación y de los acuer- dos singulares en el contrato por adhesión	101
1.3.5. La <i>violación</i> del art. 1.1 LCGC y el art. 6.1 LCGC	103
II. NEGOCIACIÓN E IMPOSICIÓN DE <i>CONDICIONES PAR-</i> <i>TICULARES EN EL CONTRATO POR ADHESIÓN</i>	103
1. El punto de partida de negociación e imposición	103
2. Condiciones generales y particulares	104
2.1. Predisposición unilateral para ese contrato	105
2.2. Las unilateralidades de la incorporación de condicio- nes particulares por imposición	106
2.2.1. Análisis del contenido contractual y beneficio pro adherente como muestra de su consenti- miento	108
2.2.2. Ineficacia de la condición particular menos beneficiosa y prevalencia de la mera predis- posición	114
2.3. El silencio como contenido de la “predisposición es- pecial comunicada”	116
3. Contrato de adhesión particular	119
4. Las condiciones particulares negociadas: acuerdos singu- lares	121

SUMARIO

4.1. Negociación y acuerdo singular	122
4.2. Deber de información en la condición particular, cláusulas sorprendentes y buena fe del profesional	123
III. COMUNICACIÓN DE LA PREDISPOSICIÓN ESPECIAL DEL CONTRATO POR ADHESIÓN	125
1. Comunicación de la predisposición especial del contrato por adhesión y gestión de negocios ajenos sin mandato	126
2. Adherente medio	127
3. La sujeción del predisponente	128
4. Las modalidades de la comunicación de la predisposición especial del contrato por adhesión	130
5. Las dificultades para concebir la predisposición “para una pluralidad de contratos” como acto de comunicación	137
6. Efectos de la comunicación: sujeción del predisponente vs. expectativas del adherente	142
6.1. La determinación de la sujeción del predisponente por la comunicación de la predisposición especial ...	142
7. Efectos de la mera predisposición especial del contrato por adhesión y doctrina de las expectativas razonables	147
7.1. Semejanzas	147
7.2. Diferencias	148
7.3. Predisposición especial del contrato por adhesión y norma de Derecho privado social	149
IV. LA APLICACIÓN DEL CONCEPTO LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN	151
1. Prueba de la negociación y presupuesto del Derecho privado social	155
2. La posibilidad de identificar o determinar objetivamente la predisposición: el Registro de Condiciones Generales de la Contratación	156
2.1. Efecto legitimador y Registro jurídico	158
2.2. Valor jurídico de la información: cognoscibilidad	160
2.3. Cognoscibilidad genérica y abstracta	161
2.4. Consentimiento para la inscripción de las condiciones generales y acción declarativa	161

V. PROHIBICIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DEL ADHERENTE POR LA NEGOCIACIÓN	163
1. Prohibición de la discriminación del adherente por la negociación	163
2. Reglas sociales a las que se sujeta la negociación de condiciones particulares	165

CAPÍTULO III

LA NORMA <i>MATERIAL</i> DE EQUILIBRIO	167
INTRODUCCIÓN	168
1. Las dos posibilidades de eliminación de la anfibología	169
I. LA REGLA “CONTRA PROFERENTEM” COMO ANTECEDENTE DE LA NORMA DE EQUILIBRIO	170
1. Introducción: peculiaridades de la duda que afronta la regla ..	170
2. El esquema de juego de la regla “contra proferentem”	171
2.1. La ambigüedad como posibilidad de disenso: su tratamiento	171
2.2. Cuando la oscuridad no es ambigüedad: invenciones judiciales	175
2.2.1. Crítica y contracrítica	177
2.2.2. La génesis de la norma de equilibrio a partir de las invenciones judiciales	178
II. ESTRUCTURA DE LA NORMA DE EQUILIBRIO	182
1. La forma de la norma de equilibrio	186
1.1. La nulidad parcial	190
1.2. Regulación positiva en España	192
2. La aplicación de la norma de equilibrio y la lista de cláusulas abusivas: formulación legal del equilibrio	195
2.1. El papel simplificador de las formulaciones legales del equilibrio en la lista de cláusulas abusivas	200
3. La determinación del equilibrio por el intérprete	203
3.1. La obtención de la formulación del equilibrio por medio de las fuentes del art. 1258 CC	205
3.2. Las fuentes de la formulación concreta del equilibrio ...	207

SUMARIO

3.2.1. El Derecho dispositivo	207
3.2.2. La buena fe y la doctrina de las expectativas razonables	210
3.2.3. El valor de la formulación del equilibrio no plasmada como formulación legal	213
III. FORMULACIÓN CONCRETA DEL EQUILIBRIO, INTER- VENCIÓN JUDICIAL Y NEGOCIACIÓN	214
1. El papel del juez según la legislación española vigente	215
1.1. La intervención judicial en el Código civil: regla y excepción	215
1.2. El juez ante la nulidad de una condición general	220
2. La aplicación de la norma de equilibrio por los jueces	222
2.1. Vacilaciones de la jurisprudencia	224
3. Significado de la imperatividad de la norma de equilibrio	225
3.1. La necesidad de la intervención de oficio	225
3.2. El fundamento de la intervención de oficio en la na- turaleza del contrato por adhesión: anfibología y cog- noscibilidad	226
3.2.1. La naturaleza del contrato por adhesión y la in- tervención de oficio según el funcionario	228
3.2.2. Especial necesidad del examen de oficio del título en el despacho de la ejecución	230
IV. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN AL AMPARO DE LA NORMA DE EQUILIBRIO	232
1. Los intentos del Derecho social	232
2. El decepcionante resultado	234
3. La esperanza	235
4. Un ejemplo del nuevo poder del adherente	236
4.1. Situación legal: contraoferta legal y social	237
4.2. Las alternativas del adherente	239
4.3. El fruto de una contradicción irreconciliable: los lan- ces de la negociación	240
4.4. Las enseñanzas del ejemplo	241
4.4.1. Las bases del poder negociador del adherente ...	241
4.4.2. Peculiaridades de la contraoferta legal: el sig- nificado de un alto nivel de protección	243
5. La nueva negociación: contraoferta social	244

SUMARIO

5.1. La interacción entre los procedimientos coactivos y la negociación	245
5.2. Vuelta al zoco: el amigo de la parte más débil	246

CAPÍTULO IV

LA NORMA <i>FORMAL</i> DE EQUILIBRIO Y LAS REGLAS LEGALES DE INTERPRETACIÓN	247
I. LOS REQUISITOS DE INCLUSIÓN	248
1. El significado de los requisitos de inclusión: disociación y cognoscibilidad	250
1.1. Significado de los requisitos de inclusión según la doctrina	250
1.2. El art. 7. I. b) de la LCGC y la irrelevancia del consentimiento	253
1.3. El efecto y valor de los requisitos de inclusión	254
1.4. El efecto de los requisitos de inclusión respecto al contenido negociado	258
2. Efectos de la contravención de la regla de la transparencia ...	261
2.1. Deber de hablar claro y efectos de la oscuridad	261
2.2. Efectos de la contravención de la regla de la transparencia	263
3. El Derecho dispositivo sobre la gestión de negocios ajenos sin mandato	265
3.1. La aplicabilidad de la regulación de la gestión de negocios ajenos al contrato por adhesión	266
3.1.1. No hay mandato	267
3.1.2. Arrogación voluntaria y excluyente: la rigidez de la predisposición	267
3.1.3. Asunto también ajeno	268
3.2. La regulación codificada de la gestión de negocios ajenos sin mandato como incipiente forma del equilibrio típico en el contrato por adhesión	269
3.3. Equilibrio en sí: sus elementos: naturaleza de la gestión y adherente medio	270

SUMARIO

3.3.1. El fundamento de las obligaciones del predisponente	272
3.3.2. El fundamento de las obligaciones del adherente	273
3.3.3. Estatuto del predisponente	273
3.3.3.1. La responsabilidad del predisponente por la gestión de formulación se especializa y agrava	276
3.3.3.2. Rendición de cuentas	277
II. ART. 6.1 LCGC: LA REGLA DE LA PREVALENCIA <i>SUBORDINADA</i> A LA DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA	278
1. Génesis de la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales	278
2. Naturaleza de la regla de la prevalencia: regla de jerarquía o de interpretación	282
3. El camino de la interpretación para distinguir entre condiciones generales y particulares	284
3.1. La aplicación del concepto legal de las condiciones generales de la contratación	284
3.2. Las condiciones de la negociación en medio de la imposición: peculiaridades del art. 6.1 LCGC	285
3.3. La elección según el concepto legal	289
3.4. La elección según el art. 6.1 LCGC	290
4. La relación entre los arts. 1.1 y 6.1 LCGC	291
5. Condición más beneficiosa y principio de protección de los consumidores	294
5.1. Parentesco con el principio de protección de los consumidores y con el principio pro adherente	294
III. LA NORMA DE EQUILIBRIO VISTA DESDE LAS REGLAS LEGALES DE INTERPRETACIÓN	295
1. El camino común de la interpretación	296
2. La interpretación del contenido negociado	297
3. La interpretación de las condiciones generales	298
4. La aplicación de la regla “contra proferentem” en el contrato por negociación y en el por adhesión	299
4.1. Contrato por negociación	301
4.2. Contrato por adhesión	304

SUMARIO

4.2.1. Relaciones entre el sentido más favorable al adherente de la ambigüedad y la formulación del equilibrio	305
4.2.2. La regla que rige la anterior concurrencia	310
IV. DIFERENCIA ENTRE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA DE EQUILIBRIO	310
1. La jurisprudencia sobre la aplicación del art. 1288 CC al contrato por adhesión	312
1.1. STS de 13 de diciembre de 1934	319
1.2. STS de 27 de febrero de 1942	322
1.3. STS de 23 de enero de 2003	323

CAPÍTULO V

LA NORMA DE EQUILIBRIO VISTA EN GENERAL	329
I. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA DE EQUILIBRIO	330
1. La revisión de la recepción española de la doctrina alemana sobre las condiciones generales	334
2. Concurrencia de normas protectoras de la parte más débil del contrato por adhesión	340
2.1. Concurrencia de diversas modalidades de la norma de equilibrio	345
2.1.1. Antinomia entre interpretación e incorporación	345
2.1.2. Reglas sobre el equilibrio del contenido vs. reglas de interpretación	348
2.1.3. Reglas sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación vs. reglas de interpretación	349
2.1.4. Reglas sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación vs. reglas sobre el equilibrio de la forma o de incorporación formal	350

SUMARIO

2.1.5.	Reglas sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación vs. reglas sobre el equilibrio del contenido o de incorporación material	351
2.1.6.	Reglas sobre el equilibrio de la forma o de incorporación formal vs. reglas sobre la incorporación material	352
3.	Las reglas generales reguladoras de la conciliación entre las distintas modalidades de la norma de equilibrio	353
3.1.	Interpretación pro adherente y norma más favorable ...	353
3.2.	Casos especiales en la dialéctica o conflicto entre la norma general y la especial: LCC y LGDCU	354
3.3.	La LCGC	356
3.4.	Generalización del principio pro adherente a la resolución de conflictos entre normas reguladoras del contrato por adhesión	359
3.5.	La jerarquía normativa y la posterioridad temporal frente a la interpretación pro adherente	362
II.	SEMIIMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE EQUILIBRIO ..	363
1.	Apariencia y realidad de la aplicación de la norma de equilibrio: semiimperatividad	363
1.1.	Semiimperatividad: la subordinación del privilegio de regulación del profesional al beneficio del adherente	368
1.2.	Los límites de la semiimperatividad: interés y orden público, estructura del contrato	369
2.	La semiimperatividad en el contrato por adhesión: expresiones positivas	369
2.1.	Supuestos legales de semiimperatividad: formulación negativa	372
2.2.	Supuestos legales de semiimperatividad: formulación afirmativa	378
2.3.	Supuestos legales de semiimperatividad: medida mínima de equilibrio subjetiva	383
2.4.	Supuestos legales de semiimperatividad: su asiento en la prohibición de la abusividad	386
2.5.	Otros supuestos legales de semiimperatividad: ventas especiales	389

SUMARIO

3. Confluencia de técnicas y diferencia de límites en la derogación del Derecho dispositivo y el imperativo 390

CAPÍTULO VI

EL NUEVO DERECHO PRIVADO SOCIAL 393

INTRODUCCIÓN AL DERECHO PRIVADO SOCIAL, PARA Y PANCONTRACTUAL, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL IUSPRIVATISMO 394

I. DE LA ANFIBOLOGÍA AL CONFLICTO SOCIAL INSTITUCIONALIZADO 398

1. Desarrollo económico y aumento del poder de la empresa .. 398

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA 403

1. El cambio en la realidad social y en el Estado 403

2. Necesidad del Derecho social: las dudas de la doctrina 405

3. La formulación de su programa: el “deber ser” del Derecho social 406

4. Los obstáculos que impiden la emergencia del Derecho social 407

5. Institucionalización del conflicto 412

III. CARACTERES DEL DERECHO PRIVADO SOCIAL: PARA Y PANCONTRACTUALIDAD 414

1. Limitación de la libertad de empresa y función social del contrato 414

2. Los caracteres del Derecho social 415

2.1. Pancontractualidad 415

2.2. Paracontractualidad: el momento de la disociación legal 416

2.2.1. Rasgos de la paracontractualidad 418

2.2.2. El perfil perturbador de la paracontractualidad 421

3. Pancontractualidad 423

3.1. La conciliación de la dispersión normativa en la doctrina: pancontractualidad 423

3.2. La conciliación de la dispersión normativa: la construcción del Derecho privado social 425

SUMARIO

3.3. Modos adicionales de conciliación	426
3.4. Las tareas pendientes del Derecho privado social	427
4. La necesidad de revisión del Derecho contractual	429
IV. EL CONTENIDO DEL DERECHO PRIVADO SOCIAL	430
1. Actos paralelos en lugar del contrato	430
2. Límites al poder de la empresa predisponente	431
3. Medidas legislativas de fortalecimiento del poder del adherente	432
CONCLUSIONES	439
BIBLIOGRAFÍA	453
JURISPRUDENCIA	477