

PRESENTACIÓN

SUMARIO. I- INTRODUCCIÓN. II- IMPOSICIÓN Y POSIBILIDAD DE DISENSO. NOTAS DEL CONCEPTO LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 1- Imposición. 2- Contractualidad. 3- Predisposición y predisposición especial. LA PREDISPOSICIÓN ESPECIAL. 1- Unilateralidad de la predisposición. 2- Generalidad de la predisposición. 3- El tercer elemento de la predisposición especial. 4- Comunicación y efectos de la comunicación de la predisposición especial. I- Comunicación de la predisposición especial. II- Efectos de la comunicación. III- NORMA DE EQUILIBRIO MATERIAL. EL REVERSO DE LA DISOCIACIÓN: IGUALACIÓN. DIFERENCIACIÓN. NORMA DE EQUILIBRIO: VALOR NORMATIVO DEL CONCEPTO DE CONTRATO. IV- INTERVENCIÓN JUDICIAL Y NEGOCIACIÓN. 1- Vigencia del Derecho privado social. 2- Reconocimiento de un alto nivel de protección del adherente. 3- Que el adherente conozca la contraoferta social. RECAPITULACIÓN

I- INTRODUCCIÓN

La *primera pregunta* que hay que responder, en atención al estado actual de la doctrina, es si procede una revisión más, como la que ahora se acomete, de la regulación española del contrato por adhesión y de las condiciones generales de la contratación.

Un amplio sector ha criticado que los jueces inventen oscuridades frente a cláusulas que en realidad son claras y abusivas, con el objeto de aplicar la regla “contra proferentem” en funciones de revisión de la justicia contractual.

En efecto, los jueces para hacer frente a los abusos en la contratación masiva, oponen frente a términos literales claros pero abusivos, un sentido más beneficioso para el adherente, pretextando una oscuridad en el contrato y aplicando la regla “contra proferentem” para obtener la prevalencia de ese sentido, que se dice inventado, más favorable al adherente.

En mi opinión, calificar como característico de esa tendencia jurisprudencial la invención de oscuridades, denota en quien lo hace una falta de conceptos con los que explicar el sentido de la mencionada corriente jurisprudencial contra los abusos en la contratación masiva.

Si una obra con un contenido como la presente se justifica se debe precisamente a la necesidad de remediar esa carencia de conceptos del intérprete dotándole de un repertorio suficiente de ellos.

A esos efectos y para explicar el sentido profundo de esa situación, en este trabajo se introducen conceptos como el de la posibilidad de disenso del contenido contractual, el de la disociación de las condiciones generales, el de la anfibología del contrato por adhesión, el de acuerdo nuclear, norma de equilibrio, etc.

Esa introducción de conceptos no habría sido posible, sin embargo, sin realizar también una revisión crítica de la recepción española de la doctrina alemana de las condiciones generales y de conceptos tales como los de procedimientos de control, control del contenido y control de inclusión.

Nosotros, por esa revisión, no sólo hablamos (1) de procedimientos de control sino también y preferiblemente de aplicación de la norma de equilibrio, la que se realiza por medio de la revisión del contenido contractual conforme a las diversas modalidades de la norma.

(2) Además, consideramos que lo característico del control del contenido no sólo es el ser control, es decir, revisión del contenido contractual, sino que lo característico es que en esa revisión se aplica la norma de equilibrio material.

(3) Por esa peculiaridad desaparece la barrera entre las reglas legales de interpretación y la aplicación de la norma de equilibrio, ya que ambas son revisión del contenido a la luz de normas legales, aplicación de normas.

Ese punto de vista encierra la innovación de la postmodernidad frente a la tradicional santidad del contrato y explica el por qué la aplicación de la norma de

equilibrio se halla tan vinculada a las reglas legales de interpretación, pese a la filiación alemana de la teoría española sobre las condiciones generales y a la carencia en el BGB de tales reglas.

(4) Por otra parte, desde ese punto de vista, el control de inclusión es revisión del contenido contractual a la luz de la norma de equilibrio formal. Lo característico del mismo no es el que el cumplimiento de los requisitos de inclusión determine la incorporación de las condiciones generales, sino que tal cumplimiento sólo determina una incorporación meramente *preliminar*.

Corresponde al control del contenido, es decir, a la revisión del contenido a la luz de la norma de equilibrio material, la determinación de esa incorporación con carácter firme y definitivo.

(5) También se consideran como modalidades de la norma de equilibrio alguna de las reglas legales de interpretación, como la de la prevalencia de la condición más beneficiosa y la regla sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

Finalmente, se quiere poner de manifiesto que también en la Comisión Europea alienta la preocupación por la clarificación terminológica y por la necesidad de un repertorio común de conceptos en el ámbito contractual europeo. Así se pone de manifiesto en su *Primer Informe Anual sobre desarrollo en materia de Derecho contractual europeo y revisión del acervo sobre protección de los consumidores* de 23 de setiembre de 2005.

Por todo ello, se considera que, pese al desarrollo de la doctrina española contemporánea, resulta pertinente una revisión de la regulación del contrato por adhesión.

La *segunda* tarea que es preciso realizar en esta introducción enfrenta la explicación de la paradoja del título de la obra. Si esta obra aparece con ese título es porque se

considera ineludible afrontar la contradicción constitutiva del contrato por adhesión y de las condiciones generales.

En efecto, resulta inevitable afrontar el hecho de que el contrato por adhesión es, al mismo tiempo contrato y no-contrato, el hecho de que la falta de negociación, característica de esta modalidad contractual, impide superar la divergencia de intereses y voluntades de las partes de la que arranca la formación del contrato, por lo que el contenido contractual conserva en su entraña, junto a una posibilidad de consenso una posibilidad indeterminada de disenso.

Es por eso que se ha definido el contrato por adhesión como “aquél propio del intercambio masivo, en el que el contenido contractual, formado en todo o en parte por condiciones generales de la contratación, presenta junto al consenso una posibilidad *indeterminada* de disenso contraria al concepto de contrato, que debe ser eliminada”.

II- IMPOSICIÓN Y POSIBILIDAD DE DISENSO

La posibilidad de disenso arranca de la desigualdad de poder contractual de las partes del intercambio masivo. Por esa desigualdad el predisponente excluye al adherente de la formulación del contenido contractual.

El predisponente puede hacerle al adherente algo que éste no puede hacerle al primero. No se trata de que el predisponente se arrogue la facultad de imponer lo justo al adherente sino que lo que el predisponente hace es excluir al adherente de la formulación, que asume en exclusiva el profesional.

Paralelamente, se suprimen, en todo o en parte, los tratos preliminares y la negociación y se sustituyen por la *imposición*.

Pero esa supresión de los tratos preliminares y de la negociación, (1) aunque disminuye los costes de transacción para el predisponente, los aumenta de modo

El contrato no-contrato

insostenible para el adherente; (2) cambia la conducta contractual del mismo, que deja de leer el formulario para concentrarse en los aspectos esenciales de la relación, como el precio y la contraprestación. Además, (3) cambia el sentido de la firma que se vuelve ambigua: de signo inequívoco del consentimiento pasa a ser mera garantía de cognoscibilidad.

Hasta aquí nos ha conducido la doctrina, pero es necesario ir un paso, sólo un paso más allá. Ese paso puede parecer pequeño pero es esencial. Vamos a verlo.

La posibilidad de conocer unida a la firma del adherente puede ser también posibilidad de no conocer... y también posibilidad de no querer: posibilidad de disenso.

La negociación iguala las voluntades inicialmente divergentes de las partes en un cuerpo único, los términos literales cuyo valor queda de manifiesto en el art. 1281.I en relación con el 1091, ambos del CC. Es decir, los términos claros se erigen en el tenor de la ley que liga a las partes.

Sin embargo, la imposición impide dar por superada la divergencia de intereses y voluntades de las partes, de la que arranca la formación del contrato. Por el contrario, con la cognoscibilidad penetra en el contrato una posibilidad real de no querer, una posibilidad de disenso.

Hemos llamado a esa posibilidad disociación, pero sólo en cuanto hace presa en las condiciones generales. Por la indivisibilidad del contrato, la posibilidad de disenso alcanza a todo el contrato, cuyo contenido aparece entonces lleno de ambigüedad, como anfibológico. No sabemos qué parte del mismo ha sido consentido ni cuál no.

Esa duda no es caprichosa, sino necesaria, ya que por la imposición, la única determinación del contenido contractual arranca de la predisposición *unilateral*. Con ello, se acoge en el contenido contractual de manera simple la violenta contradicción entre su presupuesta naturaleza como intención común y su determinación unilateral.

La duda en que la anfibología consiste, no versa, ni sobre la existencia del contrato –esa conciencia es clara para las partes, hemos llamado a la conciencia sobre esa existencia acuerdo nuclear-, ni versa sobre la claridad de los términos contractuales, que deben ser claros por imperativo legal.

La duda en que la anfibología consiste, (1) atañe al acuerdo nuclear, porque el mismo es indeterminado en cuanto a su contenido y (2) afecta, como disociación, a las condiciones generales, ya que su concreción no es presunción de consentimiento contra el art. 1283 CC, y por ella queda bloqueada la aplicación del art. 1181.I CC.

Ahora bien, la posibilidad de disenso no destruye de raíz el contrato por adhesión porque junto a la anfibología del contenido contractual hallamos el acuerdo nuclear, por medio del que se manifiesta la certeza de las partes y del intérprete sobre la existencia del contrato.

En efecto, hemos definido el acuerdo nuclear como la evidencia o creencia indeterminada de las partes sobre la existencia del contrato: no es posibilidad de consenso sino consenso efectivo pero indeterminado, incluso en lo que concierne a los acuerdos singulares.

Hemos señalado en la regulación del justificante de la operación del art. 10.1.b) LGDCU, una muestra, entre otras muchas, de la conciencia del legislador sobre la existencia del acuerdo nuclear.

La evidencia en que el acuerdo nuclear consiste (1) no puede revisarse al revisar el contenido contractual según la norma de equilibrio en un momento en que no sabemos todavía cuales son los elementos esenciales del contrato.

Esa revisión sólo es posible *tras* la aplicación de la norma de equilibrio, sólo después de ello nos aparecerá con claridad el contenido contractual, acuerdos singulares incluidos, que sin embargo, ya no podrán distinguirse, en cuanto al consentimiento cierto de las partes, del resto del contenido contractual.

El contrato no-contrato

Por otro lado, la conciencia sobre esa indeterminación hace inmediatamente necesaria la determinación del contenido obligatorio, con lo que el concepto de contrato se hace normativo tanto para las condiciones generales como para los acuerdos singulares.

(A) Para las condiciones generales ese valor imperativo del concepto de contrato se expresa en la nota de la contractualidad de su concepto legal, que se estudia más adelante. (B) Para los acuerdos singulares ese efecto se plasma en un conjunto de reglas sociales respecto de la negociación de tales acuerdos.

Esas reglas indicadas sumariamente, como una intuición preliminar, son (1) que la carga de la prueba de la negociación corresponde al predisponente, (2) que el mismo debe informar al adherente de que la cláusula es una condición particular objeto de negociación, y (3) que el predisponente no puede discriminar al adherente por medio de la negociación, es decir, mediante la introducción por ese medio de condiciones particulares menos beneficiosas que la mera “predisposición especial comunicada”.

En conclusión, la conciencia sobre la presencia de una posibilidad de disenso en el seno del contrato por adhesión conduce a un reenfoque de la disciplina. Desde ese nuevo punto de vista, el problema de las condiciones generales no es el de su naturaleza normativa o contractual, sino el de su disociación genética y la posibilidad de disenso que encierran.

Con ello se abre esta materia a una temática nueva, cuyo primer movimiento pasa por plasmar de modo expreso la disociación en el concepto de las condiciones generales de la contratación.

Por ello, hemos definido las “condiciones generales de la contratación como las cláusulas del contrato por adhesión que encierran una posibilidad de disenso por haber sido incorporadas al mismo mediante la imposición de un contenido predispuesto unilateralmente para una pluralidad de contratos”.

Así, presentamos un concepto que se halla en sustancial coincidencia con el concepto legal, pero que abre la disciplina a nuevos temas, al introducir en la definición de las condiciones generales la disociación como posibilidad de disenso. Surge entonces la cuestión sobre el valor o los efectos del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

Presentaremos dichos efectos por medio del estudio de las notas del concepto legal de las condiciones generales de la contratación, sobre cuya concurrencia existe un amplio consenso doctrinal. Tales notas no son sino la imposición, la contractualidad, la unilateralidad y la generalidad.

Ahora bien, antes de seguir adelante, es preciso reparar que la mera introducción por el legislador de un concepto para las condiciones generales de la contratación nos presenta inmediatamente el *primer efecto* de tal concepto legal.

Con el mismo el legislador consagra su conciencia normativa sobre la divisibilidad del contenido contractual frente a la tradicional indivisibilidad del contrato, con lo que se hace posible la nulidad parcial del mismo.

Unas condiciones generales pueden ser nulas otras no, una parte del contrato, esta o aquella condición general puede ser nula, pero el resto del contrato se conserva.

NOTAS DEL CONCEPTO LEGAL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1- Imposición

Ya hemos estudiado la imposición en el marco del concepto de contrato por adhesión y sus secuelas de anfibología del contenido contractual y disociación de las condiciones generales.

Por la imposición se incorpora al contrato por adhesión la predisposición especial, es decir, unilateral y “para una pluralidad de contratos”, aunque su fundamental

caracterización es negativa, en cuanto, como hemos visto, por ella pasa al contrato por adhesión una posibilidad de disenso.

2- Contractualidad

La nota de la contractualidad tiene un significado doble. (1) De un lado, por ella se nos indica que el acuerdo nuclear no puede ser revisado, cuando hablamos de condiciones generales se presupone un contrato existente.

No es que los elementos esenciales no puedan ser alcanzados por la aplicación de la norma de equilibrio sino que la misma no puede revisar el presupuesto del que arranca, el acuerdo nuclear, y la existencia cierta del contrato para las partes que expresa.

(2) Por otro lado, por la nota de la contractualidad, el concepto de contrato resulta normativo para las condiciones generales: las condiciones generales como contenido contractual deben ser verdadero contrato, intención común.

De ese modo, por la nota de la contractualidad, las condiciones generales reciben una determinación normativa: como contenido contractual *deben* responder a la esencia del contrato, deben ser verdadera intención común. Hemos señalado éste como el *segundo efecto* del concepto legal.

En esta formulación abstracta se halla el umbral de ingreso de la norma de equilibrio. Dicha norma va a determinar la abstracta exigencia de contractualidad, de modo, que en su aspecto afirmativo exigirá que las condiciones generales sean equilibradas, mientras que en su aspecto negativo, prohibirá las cláusulas abusivas.

Dicha norma ha sido recibida en España de modo expreso para los contratos con consumidores en el art. 10.1.c LGDCU, sin embargo, su comprensión preliminar en la nota de la contractualidad nos indica que su ámbito no se agota en esos contratos

sino que su naturaleza la proyecta, en general, a la contratación masiva y al contrato por adhesión.

3- Predisposición y predisposición especial

Se ha señalado la predisposición, en cuanto mero antecedente del contenido contractual, como un requisito descolante de las condiciones generales. Sin embargo, la predisposición en sí o en general, es ante todo un antes, un antecedente, respecto de la celebración del contrato.

Su valor primordial, en mi opinión, es el de bloquear las fuentes de integración contractual del art. 1258 CC: el corolario es que para aplicar el art. 1258 CC deben desplazarse primero las condiciones generales abusivas.

Pero en el contrato por adhesión la predisposición vale no sólo como “en sí” o como predisposición en general, no vale sólo como simple antecedente, sino sobre todo como predisposición *especial*, es decir, unilateral y “para una pluralidad de contratos”.

LA PREDISPOSICIÓN ESPECIAL

La predisposición, en lo que se refiere al concepto legal de las condiciones generales de la contratación, presenta dos aspectos inseparables pero opuestos: la unilateralidad y la generalidad.

Por su unilateralidad pasa o se incorpora al contenido contractual una posibilidad de disenso, por su generalidad una posibilidad de consenso.

1- Unilateralidad de la predisposición

Al ser la predisposición unilateral, resalta con toda claridad que la autoría del formulario para ese contrato, corresponde en exclusiva al profesional, que excluye de esa tarea al adherente. En efecto, es el profesional quien trae ese contenido al contrato, al margen de la autoría material que puede corresponder a otro.

Luego por esa circunstancia el profesional resulta responsable de la predisposición especial. Hallamos ahí el fundamento negativo –el adherente está excluido de participación- de la sujeción del predisponente por la comunicación de la predisposición especial. Hemos señalado éste como el *tercer efecto* del concepto legal.

Pero esta circunstancia, elevada al rango de parte integrante o nota del concepto legal, tiene todavía otro efecto, el *cuarto* del concepto legal. Así es, la unilateralidad de la predisposición al pasar a formar parte del concepto legal de las condiciones generales de la contratación no debe ya ser reiterada a propósito de la formulación legislativa de la regla “contra proferentem” para ese contenido contractual en el contrato por adhesión.

2- Generalidad de la predisposición

Sin su inserción en el tráfico masivo las cláusulas no alcanzan status contractual sin la negociación y el consentimiento. Es por ello que hemos caracterizado la generalidad como *identidad* de cláusulas en *múltiples contratos distintos* celebrados por el *mismo* predisponente.

Esa identidad es doble: (1) entre distintas cláusulas de múltiples contratos, es decir, comunidad de fines entre muchos, posibilidad de intención común o de consenso. (2) identidad entre esas múltiples cláusulas objeto de adhesión y la predisposición unilateral.

En esa doble identidad lo relevante es la comunidad de intención de muchos entre sí y con el predisponente, lo irrelevante es el carácter unilateral de la predisposición.

La imposición *reiterada* de la cláusula dota a la nota de la generalidad de existencia en muchos contratos, con lo que la garantía de igualdad y de identidad o comunidad de intención se objetiviza. La masa da al comercio esa garantía de igualdad, pero es una garantía social y no legal.

Ahora bien, el legislador, al recoger esa nota en el concepto legal hace que para que esa garantía inherente a la generalidad sea efectiva, basta que la misma sea meramente intencional en el predisponente, aunque el profesional no haya todavía contratado, por lo que su garantía se extiende también al contrato del profesional con su primer cliente. Hemos señalado éste como el *quinto efecto* del concepto legal.

3- El tercer elemento de la predisposición especial

Las dos notas de la predisposición especial, unilateralidad y generalidad, no privan a ésta de su condición de mero antecedente, de predisposición en sí o en general.

En el contrato por adhesión, la misma, a la vez que bloquea la aplicación de las fuentes de integración del art. 1258 CC, por razón de su imposición *reiterada* recogida de modo intencional en el concepto legal, erige a la predisposición especial en punto de partida constante y normativo de la imposición y de la negociación. Señalaremos a éste como al *sexto efecto* del concepto legal.

Por su parte, la interpretación pro adherente del estado de sujeción en que se arroja el predisponente frente al adherente medio por la comunicación de su predisposición especial y el carácter de ésta de concesión mínima al adherente, erigen a la “predisposición especial comunicada” en patrón o medida mínima y subjetivísima o unilateral de equilibrio. Se trata del *séptimo efecto* del concepto legal.

Conforme al mismo, cuando la “predisposición especial comunicada” guarda silencio sobre un punto controvertido de la relación contractual, la misma quedará regulada, en su caso, por el Derecho dispositivo, que por la comunicación se convierte en semiimperativo.

Por su parte la interpretación de las condiciones generales conforme a la doctrina jurisprudencial sobre el valor de los antecedentes nos remite a la “predisposición especial comunicada”.

No es que la misma no pueda ser modificada por el predisponente antes de contratar. Conforme a la buena fe, el predisponente conserva esa libertad de modificar su predisposición.

Pero lo que ocurre es que la concordancia de las condiciones generales con su predisposición especial nos indica que el concepto legal de las condiciones generales de la contratación se ha aplicado y que podemos distinguir ese contenido contractual, como condiciones generales, de las condiciones particulares, impuestas o negociadas. Se trata del *octavo efecto* del concepto legal.

La distinción entre condiciones generales y particulares no puede ser consumada por completo si el predisponente no informa al adherente antes de contratar de que determinadas cláusulas son condiciones particulares impuestas o negociadas. Hemos identificado éste como el *noveno efecto* del concepto legal.

Ahora bien, la comunicación de que el profesional se propone imponer al adherente una condición particular menos beneficiosa que la “predisposición especial comunicada” o que abre la negociación para un empeoramiento de la misma es una negociación que se desacredita por sí misma, es una negociación inauténtica.

Por tanto, una condición particular menos beneficiosa que la “predisposición especial comunicada” entraña una negociación inauténtica que la descalifica como contenido contractual. Se trata del *décimo efecto* del concepto legal.

4- Comunicación y efectos de la comunicación de la predisposición especial

I- Comunicación de la predisposición especial

La garantía de la generalidad encierra se hace efectiva mediante la comunicación de la predisposición especial, pero no elimina completamente la posibilidad de disenso.

La imposición reiterada del formulario es garantía en el contrato por adhesión no sólo por causa de la incorporación al contrato por adhesión del contenido contractual, sino primordialmente por razón de su comunicación al adherente medio.

Lo que el predisponente comunica al adherente es un contenido obligatorio para cualquiera de sus clientes. Por tanto, de la propia comunicación resulta la sujeción voluntaria del predisponente a su predisposición, sujeción ya impuesta por el que hemos llamado tercer efecto del concepto legal.

En segundo lugar, como decimos, de la propia comunicación resulta su vocación natural a alcanzar a todos sus clientes del profesional, es decir, al adherente medio.

II- Efectos de la comunicación

Al estudiar las distintas modalidades de comunicación de la predisposición especial hemos concluido que los efectos de la misma coinciden con los de su comunicación por medio de la publicidad, oferta o promoción de productos y servicios.

Tales efectos se centran en ordenar la prevalencia de la “predisposición especial comunicada” sobre la condición particular menos beneficiosa para el adherente. Hemos indicado este efecto como el *undécimo* del concepto legal.

Ese efecto, también resulta del juego combinado de la descalificación de la condición particular menos beneficiosa propia del efecto séptimo y de los arts. 1258 y 1282 CC, que, por tanto, concurren al mismo con el art. 1.1 LCGC, del que como decimos constituye su undécimo efecto legal.

III- NORMA DE EQUILIBRIO MATERIAL

Hemos estudiado las notas del concepto legal de las condiciones generales matizadas todas ellas por la presencia de la disociación. Pero la disociación de las condiciones generales y la anfibología del contrato por adhesión son insostenibles, ya que son contrarias al concepto de contrato.

En consecuencia, la disociación debe ser eliminada. Pero esa eliminación no puede resolverse por la regla “contra proferentem”, es necesaria la norma de equilibrio, que aparece como la determinación necesaria de la norma abstracta que ya se anticipaba bajo la nota de la contractualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

Sin embargo, hemos encontrado esa norma de equilibrio determinada al analizar la aplicación de la regla “contra proferentem” por los jueces como medio de revisión de la justicia contractual. En efecto, hemos hallado la estructura de la norma de equilibrio al estudiar la regla “contra proferentem”.

En ese estudio o, si se prefiere, en esa exégesis contemporánea de la regla “contra proferentem”, se toman como peculiaridades más destacadas de ella (1) la circunstancia de que afronta una duda ocasionada por una parte, lo que arrastra una imputación de responsabilidad de carácter legal.

(2) Por otro lado, en ese estudio se toma el caso más simple de duda o ambigüedad, aquel en el que la duda consiste en la duplicidad de sentidos para la misma cláusula.

(3) Pero lo más característico en la aplicación de la regla “contra proferentem” al contrato por adhesión se halla en la actitud del intérprete, el cual se halla forzado, por imperativo legal, a adoptar el punto de vista del interés de las partes.

Ese punto de vista (1) iguala en materia o cualidad, ambos sentidos de la duda. En efecto, el interés del adherente refiere los sentidos de la ambigüedad a la voluntad objetiva del adherente plasmada en determinada ventaja o expectativa de ella, que se toma por muestra, indicio o presunción de su voluntad.

(2) Ese mismo punto de vista, al mismo tiempo, diferencia ambos sentidos cuantitativamente, de modo que uno aparece como más beneficioso y sirve de patrón o medida mínima y subjetivísima de equilibrio o consenso y de muestra del mismo. El *otro* aparece como menos beneficioso.

Esa diferenciación permite, además, extirpar el contenido abusivo sin que sufra el resto del contenido contractual. Esa plasticidad unida a la divisibilidad del contrato, introducida por el concepto legal de las condiciones generales, conforman las dos condiciones de la nulidad parcial.

(3) Finalmente, la regla ordena la prevalencia del sentido más beneficioso y la descalificación del menos beneficioso. Para que el contenido contractual se corresponda con el que conviene al concepto de contrato.

En suma, la regla “contra proferentem”, por medio de la introducción del punto de vista del interés del adherente, iguala cualitativamente y diferencia cuantitativamente los sentidos de la cláusula, ordenando la prevalencia del más beneficioso para el adherente.

El estudio de la jurisprudencia, ha dejado de manifiesto que lo que los jueces *inventan* es un sentido más beneficioso para el adherente –igualan-. Pero, si esa invención tiene sentido se debe a que ese significado más beneficioso inventado expresa una verdad profunda de las condiciones generales.

El sentido más beneficioso inventado es en realidad la formulación concreta del equilibrio resultante de la aplicación de la norma de equilibrio.

De ahí que las invenciones judiciales aparezcan como aplicación encubierta de la norma de equilibrio, de cuyo concepto y vigencia el juez carece, pese a la presencia de abusos en la contratación masiva.

Así, ahora podemos ver que (A) la oscuridad supuesta *encubre* a la disociación de las condiciones generales y a la anfibología del contrato por adhesión. (B) La regla “contra proferentem” *encubre* a la norma de equilibrio. (C) El sentido más beneficioso inventado *encubre* a la formulación concreta del equilibrio.

Si sustituimos, en el esquema que acabamos de ver, la oscuridad por la disociación, la regla “contra proferentem” por la norma de equilibrio y el sentido más beneficioso por la formulación concreta del equilibrio, ya no nos hallamos ante la aplicación de la regla “contra proferentem” sino ante la aplicación de la norma de equilibrio, cuya estructura queda de manifiesto por ese cambio.

EL REVERSO DE LA DISOCIACIÓN: IGUALACIÓN

Ahora bien, reparemos y detengámonos en que si la formulación del equilibrio se contrapone necesariamente a los términos de la condición general, es únicamente a partir de la presencia –objetiva- de la disociación como duda especial o inventada que afecta a términos claros. Veámoslo.

(1) La disociación es posibilidad de disenso y de consenso al mismo tiempo como predicado de la misma cláusula. (2) Como disenso efectivo –unilateralidad insuperable- la cláusula es lo contrario de un contenido contractual y como tal nula – es antitética con el concepto de contrato-. Su nulidad deja una brecha o laguna en el contrato.

(3) Esa laguna se llena por medio de las fuentes de integración del art. 1258 CC. (4) La aplicación de ese precepto nos lleva a obtener una formulación del equilibrio. Dicha formulación se corresponde con el concepto de contrato y prevalece como contenido contractual.

(5) Pero si de nuevo nos atenemos a la realidad, el disenso no está en la condición general como realidad sino como una mera posibilidad. Por ello, también la formulación del equilibrio es hipotética, una mera posibilidad, aunque una posibilidad real que convive necesariamente en la condición general con la posibilidad contraria de disenso.

En esa convivencia o contraposición se halla la igualación de cualidades o materias propia de la estructura de la norma de equilibrio, que permite, de modo necesario, contraponer a los términos literales de la condición general una formulación del equilibrio.

En efecto, en la disociación convive en la misma cláusula la posibilidad doble de que el contrato se regule (1) por la condición general o (2) por las fuentes de integración del art. 1258 CC.

Luego las condiciones generales se contraponen –igualan- por naturaleza a la formulación del equilibrio, que ahora es meramente hipotética.

Esa formulación del equilibrio, deducida con necesidad, presenta las siguientes notas: (I) Es determinada, es decir, no resulta del arbitrio judicial sino de la aplicación matizada de una norma al caso. (II) Lo que se iguala o contrapone es una materia o cualidad común inteligible sólo si adoptamos el punto de vista del interés del adherente. (III) Es patrón o medida de equilibrio, lo que se revela en la diferenciación entre los términos literales y la formulación del equilibrio. Ello erige a la formulación del equilibrio en criterio decisivo de la interpretación.

DIFERENCIACIÓN

Una vez que tenemos frente a frente los términos literales de la condición general y la formulación del equilibrio, la condición general puede parecerle al intérprete equilibrada o abusiva.

Pero la determinación, integración o incorporación del contenido contractual no depende de que el mismo sea más o menos beneficioso para el adherente sino de su conformidad con el concepto de contrato, que por medio de la norma de equilibrio, alcanza valor normativo para las condiciones generales.

Ello, como ya se ha dicho, se expresa, por medio de la nota de la contractualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación, interpretada como se ha propuesto.

Por su virtud y partiendo del mismo concepto legal de las condiciones generales de la contratación, sabemos que las condiciones generales deben ser contractuales, que su contenido debe expresar una verdadera intención común.

NORMA DE EQUILIBRIO: VALOR NORMATIVO DEL CONCEPTO DE CONTRATO

El valor interpretativo de la formulación del equilibrio nos dirá si la condición general es equilibrada o abusiva, pero la prevalencia del equilibrio debe ser ordenada por la norma de tal nombre.

(1) Si la condición general es equilibrada, ésta *prevalece* como contenido contractual aunque la formulación del equilibrio sea más beneficiosa para el adherente.

Precisamente, el reconocimiento de la condición general como equilibrada muestra como el valor normativo del concepto de contrato y el de la norma de equilibrio se funden y aparecen como idénticos.

(2) Pero cuando la condición general es abusiva, la norma de equilibrio presenta un movimiento doble: (I) Desplazamiento del abuso e (II) Integración de la eventual laguna con la formulación legal o concreta del equilibrio que finalmente, prevalece incorporándose al contrato.

IV- INTERVENCIÓN JUDICIAL Y NEGOCIACIÓN

El enorme aparato que proporciona al contratante más débil el Derecho privado social para garantizar su protección sitúa al mismo ante la perspectiva de un pleito ante un tribunal independiente como vía para librarse de los abusos en la contratación masiva.

Pero si esa fuera la única alternativa del adherente frente a los abusos, no dejaría de ser una perspectiva frustrante por sus costes e incertidumbre.

En efecto, el pleito no puede ser el frustrante final de la protección del adherente. El adherente ha de tener a la mano una solución mejor. La hemos puesto de manifiesto en esta obra por la vía de ejemplo, al final del capítulo III.

Esa vía también se la brinda el Derecho privado social y consiste en lo que se ha llamado la re-negociación del contenido contractual tras la perfección del contrato.

Sus condiciones son: (1) La vigencia del Derecho privado social, (2) el reconocimiento de un alto nivel de protección al adherente y (3) conocimiento por el adherente de la solución del Derecho privado social.

1- Vigencia del Derecho privado social

Es preciso que el Derecho privado social se halle vigente. Sólo así podrá obtener el adherente, mediante su aplicación al caso concreto, su contraoferta social cuyo contenido, precisamente, habrá de coincidir con la determinación explícita del Derecho aplicable al caso, con la formulación concreta del equilibrio.

2- Reconocimiento de un alto nivel de protección del adherente

La solución normativa del Derecho privado social frente al predisponente tras un pleito –la formulación concreta del equilibrio- es el límite de onerosidad de la relación contractual a la que éste queda obligado en Derecho. Es también, el riesgo de su negativa a negociar.

Sólo si esa formulación concreta del equilibrio, basada en un alto nivel de protección del adherente recoge un nivel del equilibrio más alto que el equilibrio del mercado o, al menos, la posibilidad *incierto* de que así sea, tendrá el predisponente un acicate para negociar fiado en llegar por vía de la transacción a un resultado aceptable y equilibrado.

3- Que el adherente conozca la contraoferta social

Ese esencial para que el Derecho privado social pueda ser usado por el adherente en su beneficio que este tenga un conocimiento, aunque sea incompleto, del mismo. Ello pone de relieve no sólo la necesidad de educación del adherente, la importancia de la divulgación de su protección, sino también la necesidad de asesoramiento que tiene el mismo y que le debe ser prestada por entidades públicas, pero también por corporaciones dedicadas específicamente a su defensa.

En definitiva, consideramos que el adherente tiene en la formulación concreta del equilibrio, resultante de la aplicación al caso del Derecho privado social, la contraoferta social que, por medio del reconocimiento a su favor, de un elevado nivel de protección, le devuelve su poder negociador o re-negociador.

Poder que le da la posibilidad de lograr por medio de la re-negociación del contenido contractual una solución equilibrada para su caso, que le libre de los abusos de los más fuertes.

Consideramos que esta vía es aconsejable, porque la negociación tiene menos costes que el pleito y permite librarse de las incertidumbres del mismo. En punto a la

contratación masiva, esa negociación, aparece bajo la forma renovada de re-negociación tras la conclusión del contrato.

De ese modo, al depender la misma de la vigencia del Derecho privado social, éste aparece como constitutivo del mercado contemporáneo, creándolo donde se daba por perdido en aras de la eficiencia económica.

Por tanto, este movimiento aparece como un regreso al mercado del adherente del que previamente había sido expulsado por el desarrollo del poder de la empresa.

RECAPITULACIÓN

En resumen, (1) El contrato por adhesión conserva en su contenido una posibilidad de disenso pese a su perfección. (2) Esa posibilidad debe ser eliminada. (3) La eliminación se realiza por medio de la norma de equilibrio.

La norma de equilibrio es semiimperativa, es decir, que puede ser derogada por un contenido contractual más favorable al adherente; y puede ser formal o material, aspectos que determinan sus dos modalidades principales.

También son modalidades de la norma de equilibrio alguna regla legal de interpretación como la regla de la prevalencia de la condición más beneficiosa y la regla sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

(4) El Derecho privado social es para y pancontractual. Es decir, en el primer aspecto, se encuentra, como Derecho especial, al lado del Derecho de los códigos, en el segundo, su valor estriba en servir a la eficacia de los postulados del Derecho contractual codificado.

Además, el Derecho privado social requiere el desarrollo de un aparato público especial y demanda soluciones coherentes con el mercado interior europeo.

El contrato no-contrato

En definitiva, el fin último de las soluciones adoptadas y el hilo conductor de su significación es el aumento del poder contractual de los adherentes como condición para llegar a un verdadero contrato en el intercambio masivo.

Esto se obtiene, sin embargo, no sólo del modo tradicional, por medio de la negociación, sino también por la vía especial (1) o de la integración judicial tras un pleito (2) o de la re-negociación del contenido contractual tras la perfección del contrato.

CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

SUMARIO. I- EL CONCEPTO DEL CONTRATO POR ADHESIÓN. 1-Desigualdad contractual e imposición. 1.1- Tratos preliminares, negociación y contrato por negociación: coincidencia de términos contractuales e intención común. 1.2- Tratos preliminares, imposición y contrato por adhesión: la anfibología como resultado de la imposición. 1.2.1- Aumento insoportable de costes de transacción para el adherente. 1.2.2- Falta de lectura o de comprensión, forzosa e irracional, del formulario. 1.2.3- Cambio de significado de la firma. 2- La posibilidad real de disenso o disociación y su impacto en el contrato por adhesión: la anfibología y el acuerdo nuclear. 2.1- La incierta confluencia de voluntades de los contratantes tras la conclusión del contrato por adhesión. 2.2- La distribución de la claridad y la ambigüedad en el contrato por adhesión: el acuerdo nuclear. 2.3- La anfibología. 2.4- El reverso de la disociación: condición general vs. formulación del equilibrio. 3- La existencia cierta del contrato: el acuerdo nuclear y su valor. 3.1- Significado de la contradicción entre acuerdo nuclear y términos contractuales del contrato por adhesión. 3.2- Paradoja de la aplicación de la norma de equilibrio en la revisión del contenido contractual del contrato por adhesión. 3.3- Acuerdo nuclear y justificación del contrato: el art. 10.1.b) LGDCU. II- EL CONCEPTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN. 1- Reenfoque del problema de las condiciones generales: el trastorno especial. 2- Breve exposición del concepto legal de las condiciones generales de la contratación: art. 1 LCGC. 3- Contractualidad. 3.1- El contenido de la norma que sujeta a las condiciones generales: pancontractualidad. 4- Predisposición y predisposición especial. 5- Imposición y negociación. 5.1- Incorporación por imposición o por negociación. 5.2- Identidad entre lo incorporado y lo predispuesto.

I- EL CONCEPTO DEL CONTRATO POR ADHESIÓN

Centrándonos exclusivamente en las especialidades que presenta, definiremos el contrato por adhesión como aquél propio del intercambio masivo, en el que el contenido contractual, formado en todo o en parte por condiciones generales de la contratación, presenta junto al consenso una posibilidad *indeterminada* de disenso contraria al concepto de contrato que debe ser eliminada.

Mostraremos a continuación de dónde surge y cuáles son las peculiaridades de un tal contrato.

1-Desigualdad contractual e imposición

La desigualdad de poder contractual de las partes en la que se desenvuelve el intercambio masivo es el hecho social característico y punto de partida del estudio de la disciplina del mismo, hacia el que orientamos nuestra atención¹.

Pero la desigualdad de la que se parte, no es una simple diferencia de intereses y puntos de vista entre las partes, presupuesto de toda negociación. Como inferioridad, subordinación o indefensión del adherente, es, no sólo, el fundamento de la necesidad de protección de la parte más débil², sino que, como diferencia de poder contractual en el mercado, permite al profesional prescindir, en todo o en parte, de los tratos preliminares y sustituir la negociación por la imposición.

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “La protección de los consumidores en la Constitución Española y el Derecho mercantil”, y “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 37 y 134-135 respectivamente; “La competencia desleal”, en *Derecho de los Negocios*, nº 20, (1992), p. 2; GARCÍA AMIGO, M., “Las condiciones generales de los contratos (Civiles y mercantiles)”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1969, p. 92; PAZ-ARES, C., “La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del derecho)”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIV, (1981), pp. 680-681; CALZADA CONDE, M. A., “Protección del asegurado, protección de los consumidores y legislación de control de la actividad aseguradora”, AA. VV. en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Seguro Privado*, tomo II, coordinador E. Verdura y Tuells, CUNEF/CSB, Madrid, 1988, p. 153; CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., “La Ley de Condiciones Generales de la Contratación”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 1998, p. 15; ORDUÑA MORENO, F. J., “Contratos concluidos mediante condiciones generales de la contratación”, en *Contratación y consumo*, dirigida por el mismo, tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 262; RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “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*, editada por S. Espiau Espiau, Marcial Pons, 1999, p. 52; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Disposición Adicional 1ª.Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU”, en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por el mismo, Aranzadi, 2000, p. 762; y ÁLVAREZ LATA, N., “Invalidez e Ineficacia en el Derecho Contractual de Consumo Español. Análisis de los Supuestos Típicos de Ineficacia en los Contratos con Consumidor”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 24.

PEINADO GRACIA, J. I., “El pretendido <<Derecho de los consumidores>> y el sistema”, en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 224, (1997), Madrid, p. 832, rechaza que la mera desigualdad económica o fáctica de los consumidores sea base suficiente para un sistema especial al margen de las normas del Derecho común. Por su parte, GÓMEZ POMAR, F., “La relación entre normativa sobre protección de consumidores y normativa sobre defensa de la competencia. Una visión desde el análisis económico del derecho”, en *InDret*, Working Paper nº 113, (2003), www.indret.com, p. 9, no consigue demostrar que el Derecho de la competencia se baste frente a todos los problemas que resultan de la diferencia de poder contractual de las partes en la contratación masiva. Esa diferencia sigue siendo clave para FIN-USE FORUM, “Financial Services, Consumers and Small Businesses. A User Perspective on the Reports on Banking, Asset Management, Securities and Insurance of the Post FSAP Stocktaking Groups to the European Commission DG Internal Market”, Brussels, 4 October 2004, p. 7. En http://europa.eu.int/comm/internal_market/finservices-retail/docs/finuse/2004-10-04-report-stocktaking_en.pdf

² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., “Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General...”, p. 139; y GOBIERNO DE ESPAÑA, “Memoria justificativa del Proyecto de Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales”, en *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, nº 1-10, (2004), p. 32.

La forma en que aparece esa desigualdad es, entonces, que el profesional puede hacerle al adherente, algo que éste no puede imponerle al primero, a saber, la formulación unilateral del contenido contractual.

Lo característico de este privilegio de regulación del profesional no es el derecho a formular lo justo en el contrato, ese es un derecho de cualquiera, lo peculiar del privilegio es que *puede* excluir a su contraparte de la formulación del contenido contractual e introducir cláusulas abusivas o unilaterales³.

1.1- Tratos preliminares, negociación y contrato por negociación: coincidencia de términos contractuales e intención común

El intercambio sucesivo entre las partes de propuestas y contrapropuestas en la formación del contrato, fruto de la negociación, en que se plasman los tratos preliminares, hace que las voluntades unilaterales de las partes, inicialmente paralelas y divergentes, se vayan diluyendo en un fondo común, que acabará convirtiéndose en contrato, y en el que la voluntad de cada contratante será difícilmente identificable⁴.

La única diferencia que, en cierto modo y en algunas ocasiones, se conserva es la meramente cronológica, pero tras el filtro de la negociación, es respecto de la voluntad común, una mera forma vacía, que no expresa una diferencia real.

³ Consideran que el predisponente goza de autorización para concretar la regla contractual ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las condiciones generales de la contratación", Civitas, Madrid, 1991, p. 104, quien ha matizado su opinión negando que haya delegación en "Función económica y naturaleza jurídica de las condiciones generales de la contratación", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, p. 89; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., "Condiciones generales y cláusulas abusivas en los contratos bancarios", EDICIP, Puerto Real, 2002, p. 95.

⁴ VIGURI PEREA, A., "La protección del consumidor y usuario en el marco de los contratos de adhesión. Análisis comparado del Derecho Angloamericano (Tratamiento especial del Derecho Norteamericano)", Comares, Granada, 1995, p. 44. Sobre las fases de formación del contrato y el concepto de tratos preliminares vid. MORENO QUESADA, B., "La oferta de contrato cuarenta años después", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Menéndez*, tomo IV, Madrid, 1996, pp. 4980-4981; y LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales. Un estudio sobre sus controles de incorporación y contenido", Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 54 a 57. Véase también KANT, I., "La metafísica de las costumbres", Tecnos, Madrid, 1989, 2ª edición, 1994, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho del original "*Metaphysik der Sitten (1797)*", pp. 90-91.

El intercambio de pretensiones informa a uno de lo que quiere el otro, pero al circular y refundirse en una pretensión única, se reúnen y ajustan en la misma las voluntades internas, inicialmente divergentes, de ambas partes, de suerte que se forma un cuerpo expresivo de su voluntad común: los términos literales del contrato, cuando la contratación, como ocurre en gran medida en la masiva, adopta forma escrita.

Del trasiego del que resulta esa formulación, en el que se filtra el arbitrio de cada parte, se cobra la conciencia de que los términos literales recogen los intereses, caprichos, motivos, expectativas y puntos de vista, la verdadera voluntad interna o intención de ambas partes en forma de una voluntad común.

El resultado de la negociación, entonces, no es sólo una formulación contractual determinada, sino también el ser la misma expresión evidente de la intención común de partes separadas inicialmente por sus intereses divergentes.

Resulta así característico del contrato como resultado de la negociación el que términos contractuales e intención común coinciden. El corolario es que es esa voluntad coincidente, precisamente, la que se erige en ley entre las partes conforme a los arts. 1091 y 1281.I CC⁵.

En resumen, atendiendo al proceso de formación del contrato por negociación, tomamos como punto de partida las voluntades paralelas y divergentes de las partes, que por medio del proceso de la negociación, alcanzan el acuerdo.

La divergencia o separación de voluntades antes de la negociación es la tesis de la que se parte⁶, la negociación la antítesis que niega tal divergencia o separación y el contrato la síntesis de ese proceso de formación de la intención común como ley privada.

⁵ Art. 1091 CC: Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Art. 1281.I 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.

⁶ La nada jurídica a la que alude LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", p. 44.

1.2- Tratos preliminares, imposición y contrato por adhesión: la anfibología como resultado de la imposición

Sin embargo, a diferencia del contrato por negociación, el hecho más característico del contrato por adhesión y primer efecto de la desigualdad de poder contractual de las partes, es, como hemos dicho, la sustitución, total o parcial, de la negociación por la imposición de un formulario⁷.

La cadena de consecuencias de esa falta de negociación arranca con la desigualdad contractual y conduce (1) al aumento insoportable de los costes de transacción para el adherente, (2) luego a la consecuente falta de lectura del formulario, (2.1) con pérdida de la seguridad jurídica del adherente, (2.2) y cambio del sentido de la firma.

(3) Además, pese a la perfección indiscutible del contrato y a la claridad de las condiciones generales, no es posible la certeza de que las mismas sean intención común. Veámoslo con detenimiento.

1.2.1- Aumento insoportable de costes de transacción para el adherente

Al parecer, la supresión total o parcial de los tratos preliminares es imprescindible para asegurar la reducción de los costes de transacción del predisponente. Esa reducción se alega, además, como justificación de la introducción de las condiciones generales⁸.

Pero estas afirmaciones, originarias de la escuela "New Law and Economics", sin ser inexactas, pecan, sin embargo, de un alto grado de unilateralidad. Es cierto que la supresión de los tratos preliminares reduce los costes de transacción del

⁷ GARCÍA AMIGO, M., "Las condiciones generales de los contratos...", p. 94; VIGURI PEREA, A., "La protección...", p. 38; y LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", pp. 54-55.

⁸ PAZ-ARES, C., "La economía política...", pp. 677-678; BALLESTEROS GARRIDO, J. A., "Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad", José María Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 222-223; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Función económica y naturaleza jurídica...", pp. 76-77.

predisponente, pero si se repara mínimamente, sobre el adherente, el efecto es el contrario⁹.

El formulario que el predisponente somete al adherente es unilateral, complejo y se aparta del Derecho dispositivo, caracteres todos que ponen de manifiesto, de manera vehemente y renovada, la necesidad de lectura y consejo del mismo desde el punto de vista de un contratante racional.

Paralelamente, la complejidad del formulario, pone en evidencia el aumento de costes que esta técnica de contratación, introducida por y en beneficio del profesional, implican para el adherente.

Tales costes se cifran en la mayor dedicación y esfuerzo que debe realizar el mismo para la comprensión del significado de las condiciones generales y en la conveniencia de que en esa ilustración intervenga un consejero legal.

El adherente, pese a la comodidad que para el mismo implica situarse ante una reglamentación exhaustiva de su relación, no puede hacer frente a los mayores costes de esta técnica contractual¹⁰. Hay diversas razones que así lo indican.

De un lado, su propio interés, la escasa cuantía del contrato, la inverosimilitud de los supuestos o contingencias contractuales que recogen las condiciones generales pensadas en beneficio del predisponente¹¹.

⁹ Se refiere a este aumento PAZ-ARES, C., "La economía política...", pp. 681-682, al denunciar los ingentes costes terciarios que produce para el adherente la alteración del Derecho dispositivo. MORALES MORENO, A. M., voz "Derecho imperativo" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo II, dirigida por A. Montoya Melgar, Civitas, Madrid, 1995, p. 2279. Indirectamente, pone de relieve ese aumento de costes de ilustración ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Función económica y naturaleza jurídica...", pp. 86-87 y 88 nota 20, si bien nosotros no creemos que la importancia de los costes de ilustración haga racional el no soportarlos, su efecto cabal es destruir la seguridad jurídica respecto de la obligatoriedad del contrato por adhesión. También PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia", Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 35 y 91. Junto a su función racionalizadora del tráfico ve desventajas para el adherente en la contratación bajo condiciones generales PARDO GATO, J. R., "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)", Djusa, Madrid, 2004, p. 31.

¹⁰ El mayor *tiempo* necesario para la lectura y comprensión del formulario para el adherente es expresivo de este aumento de costes de transacción para el mismo.

¹¹ BAÑEGIL ESPINOSA, F., "Cláusulas abusivas en los contratos bancarios. Análisis de las mismas en el nuevo art. 10 bis de la Ley de Defensa de los Consumidores", en *Actualidad Civil*, nº 19, (2000), pp. 717-718; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Las Cláusulas Abusivas...", p. 90.

De otro lado, el interés del profesional, que impone al acto de la firma un ritmo frenético presidido por las prisas y por las dificultades a la ilustración del adherente que el propio profesional, deliberadamente y guiado por su interés, introduce¹².

Así, el profesional no entrega el formulario al adherente con una antelación razonable, sino que se lo presenta inmediatamente antes de la firma. Y es que el interés del predisponente se cifra en recoger la firma de su contraparte, título de su derecho, y no en ilustrarle sobre aspectos que en ocasiones pueden llevar al cliente a desistir del contrato.

1.2.2- Falta de lectura o de comprensión, forzosa e irracional, del formulario

En esas condiciones, el adherente aparta su atención de las condiciones generales y se concentra sobre la relación de equivalencia de las contraprestaciones, sobre el precio y la calidad del producto o servicio, en suma, sobre los acuerdos singulares más frecuentes, únicos aspectos que, en ocasiones negocia, de modo que firma sin leer o *sin poder comprender*, pese a su lectura, el resto del formulario¹³.

¹² GARCÍA AMIGO, M., "Las condiciones generales de los contratos...", pp. 31 y 173; y BALLESTEROS GARRIDO, J. A., "Las condiciones...", p. 39.

¹³ La doctrina recoge ampliamente este hecho y su significado: POLO, A., "MERCANTIL (Comentario a la sentencia de 27 de febrero de 1942)" en *Revista de Derecho Privado*, nº 308, (1942), pp. 713 y 714; GARCÍA AMIGO, M., "Las condiciones generales de los contratos...", p. 29; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Reflexiones sobre las condiciones generales", en *Estudios en homenaje a Aurelio Menéndez*, tomo IV, Civitas, (1996), pp. 4943 y 4948-4950; PETIT LAVALL, M. V., "La protección del consumidor de crédito: las condiciones abusivas de crédito", Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 116 y 118; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., "Artículo 5. Requisitos de incorporación", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, p. 149; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las condiciones...", p. 194 y "Función económica y naturaleza jurídica...", p. 86; EMPARANZA, A., "La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento jurídico español", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 213, (1994), p. 486; MARÍN LÓPEZ, A., "La protección de la parte débil en la contratación internacional", en *Actualidad Civil*, nº 20, (1999), p. 501; DURANY PICH, S., "Artículos 5 y 7. Requisitos de incorporación y no incorporación", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pp. 274 y 290; BADENAS CARPIO, J. M., "Artículo 2. Ámbito subjetivo", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, p. 57; DÍAZ ALABART, S., "Artículo 10.1.c) de la LGDCU", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid, 1992, p. 249; TENREIRO, M., "Conclusion" en "THE 'UNFAIR TERMS' DIRECTIVE, FIVE YEARS ON. Evaluation and future perspectives", Conferencia de Bruselas, 1-3.7.1999, p. 215. En http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf; BAÑEGIL ESPINOSA, F., "Cláusulas abusivas...", pp. 717-718; VIGURI PEREA, A., "La protección...", pp. 40 y 41; PAGADOR LÓPEZ, J., "Requisitos de incorporación de las condiciones generales y consecuencias negociales", Lex Nova, Valladolid,

Al firmar sin leer o sin comprender, pese a la lectura, el adherente no sigue una conducta racional sino una forzada por su contraparte¹⁴. No es una conducta racional porque firmar sin leer o consentir sin conocer no lo es, sino que por el contrario, además de imposible, atenta contra la libertad contractual del adherente que se ve reducida a una mera elección entre contratar y no contratar¹⁵.

Y esa conducta es forzosa e impuesta, de un lado, porque el adherente no atiende o atiende sin éxito a las necesidades que le impone la lógica de su situación, a saber, el consejo y la lectura detenida, dirigida a la intelección de las condiciones generales, sino que atiende a la necesidad contraria, dictada por los intereses del predisponente y, de otro lado, porque esa conducta en interés del predisponente aparece ante el adherente como condición, impuesta por el profesional, para alcanzar el bien o servicio.

En esa situación, el adherente pierde la seguridad jurídica, ya que no puede confiar en que su contrato se rijan de un modo razonable según las previsiones del *viejo* Derecho dispositivo, por lo que se ve obligado a confiar ciegamente en el buen hacer del profesional¹⁶.

2000, p. 256; MARTÍN BRICEÑO, M. R., “La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato”, en *Aranzadi Civil*, nº 6, (2001), p. 20; y BELLO JANEIRO, D., “Prólogo”, en *Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión (Análisis legislativo y jurisprudencial)*, de J. R. Pardo Gato, Dijusa, Madrid, 2004, p. 21.

¹⁴ Sobre la racionalidad de la conducta del adherente puede verse ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones...”, p. 71; voz “Condiciones generales de la contratación” en *Enciclopedia Seix*, Madrid, 1995, vol. I, p. 1380; y “Función económica y naturaleza jurídica...”, p. 88; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Las Cláusulas Abusivas...”, pp. 35 y 89.

¹⁵ Sobre la crisis de la libertad de contratación en su doble aspecto de libertad de conclusión y de fijación de contenido vid. POLO, A., “Del contrato a la relación de trabajo”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 288, (1941), pp. 3-4 y 5 y POLO, E., “La protección del consumidor en el Derecho privado”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981, pp. 824-825. Sobre esa distinción, también SANTOS BRIZ, J., “La contratación privada”, Montecorvo, Madrid, 1966, p. 57; GARCÍA AMIGO, M., “Integración del contrato de seguro”, AA. VV. en *Comentarios a la Ley de Contrato de seguro*, vol. I, coordinador E. Verdura y Tuells, CUNEF/CSB, Madrid, 1982, p. 385; BARCELLONA, P., “Un dilema falso: libertad o coacción”, en *La formación del jurista (Capitalismo monopolístico y cultura jurídica)*, AA VV, Civitas, Madrid, 1997, traducción de Carlos Lasarte, pp. 149-150; y, entre otras, STS de 21 de marzo de 2003 (RJ 2003\2762).

¹⁶ PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de condiciones generales de la contratación de 1998”, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 493. Sin embargo, no deja de afirmarse que las condiciones generales contribuyen a la seguridad jurídica, vid. por todos ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Función económica y naturaleza jurídica...”, pp. 78-79.

El contrato no-contrato

Por otro lado, el riesgo de que las condiciones generales se utilicen para realizar traslados ocultos de los riesgos y costes del predisponente al adherente¹⁷, que la voluntad del adherente es incapaz de bloquear¹⁸, abunda en la pérdida de la seguridad jurídica del adherente y produce un demoledor efecto en la confianza en la autonomía privada, a la que ya no se la considera garante de la justicia contractual¹⁹.

1.2.3- Cambio de significado de la firma

Finalmente, sin tratos preliminares, sin lectura o con una lectura defectuosa del formulario, la prestación del consentimiento *por el adherente* se reduce al acto formal de la firma, que se burocratiza o formaliza en beneficio del predisponente.

El acto de a firma se convierte en un mero trámite o rito para acceder al bien o servicio que constituyen el objeto del contrato y que no implica, contra el sentido propio y tradicional de la misma²⁰, que el adherente haya comprendido ni haya hecho suyas las condiciones generales.

¹⁷ GONDRA, J. M., “Condiciones generales de la contratación y protección de la parte <<más débil>> en el marco del Derecho uniforme de la compraventa internacional”, en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a Rodrigo Uría*, Civitas, Madrid, 1978, p. 234.

El traslado de costes de información desemboca en la abusividad por falta de transparencia, mientras que el simple traslado de costes, en general, por medio de la oscuridad desemboca en la abusividad misma. Esa distinción se halla también en Derecho español en el apartado 20º de la disposición adicional 1ª LGDCU y en el alemán, al respecto de éste último vid. ALBIEZ DORHMANN, K. J., “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB”, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LV, (2002), p. 1150.

¹⁸ GARCÍA AMIGO, M., “Consideraciones a la buena fe contractual”, en *Actualidad Civil*, nº 1, (2000), p. 15; SÁNCHEZ-BELLA CARSWELL, A., “Las condiciones generales de la contratación en los contratos mercantiles”, en *Contratos de adhesión y derechos de los consumidores*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 230; ROYO MARTÍNEZ, M., “Contratos de Adhesión”, en *Anuario de Derecho Civil*, (1949), pp. 55-56; CASTRO Y BRAVO, F. DE, “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, (1982), pp. 1053-1054; MARTÍN-BALLESTERO HERNÁNDEZ, L., “La interpretación de los contratos de adhesión en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 581, (1987), pp. 1091-1092; COCA PAYERAS, M., “Aproximación al Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación”, Conferencia pronunciada en el Colegio Notarial de Baleares el 3 de febrero de 1998, en *Lunes Cuatro Treinta*, nº 228, (1998), p. 10; y BALLESTEROS GARRIDO, J. A., “Las condiciones...”, p. 40.

¹⁹ ULMER, P., “La protección contra cláusulas contractuales abusivas preformuladas unilateralmente. La armonización del Derecho europeo y las experiencias alemanas con la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1976”, en *Las condiciones generales de la contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, editada por S. Espiau Espiau, Marcial Pons, 1999, versión castellana de Waltraud Ball, pp. 35-36; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Las Cláusulas Abusivas...”, p. 84.

²⁰ Según las SSTs de 2 de octubre de 1980 (1980\3805) y de 5 de noviembre de 1993 (RJ 1993\8969), entre otras, la firma es la esencia de la obligación contraída por escrito y gráfica exteriorización del asentimiento a un contenido documental.

De ahí que se produzca un cambio en el sentido de la firma del formulario como signo de consentimiento²¹: de genuino signo del querer lo sabido pasa a mera garantía de cognoscibilidad o posibilidad de conocer y, por tanto, de desconocer.

En consecuencia, el legislador ya no sanciona la firma como signo de consentimiento sino que la reduce a una mera garantía de cognoscibilidad o posibilidad de conocimiento por el adherente de las condiciones generales (art. 7.a) LCGC)²².

La sólo firma del clausulado no es suficiente para considerar que la cláusula ha sido negociada individualmente²³, ni confiere un arma para iniciar un pleito, según la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1998²⁴.

Si los adherentes no leen o no comprenden el clausulado, podríamos afirmar que no lo han consentido, o lo que es lo mismo, en tanto que el adherente no lee las condiciones generales su firma al pie del documento sería una confesión ficticia de consentimiento, contraria a la disposición adicional primera, apartado 20º LGDCU²⁵.

En tanto que los adherentes no saben lo que firman puede afirmarse que “el grupo social se ha apartado del comportamiento de fundaba la <<legitimidad>> del signo y, por tanto, ésta ha desaparecido”. Ahora bien, hasta aquí, sólo se puede decir que la firma en barbecho del contrato por adhesión es una conducta que introduce ambigüedad en la comunicación²⁶.

²¹ Tradicionalmente se considera que quien firma al pie de un documento, lo haya leído o no, hace suya la declaración contenida en él, vid. al respecto VON THUR, “Derecho de obligaciones”, I. p. 118 “apud” ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones...”, p. 77; y BALLESTEROS GARRIDO, J. A., “Las condiciones...”, pp. 152-153. Vid. también SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2003 (JUR 2004\89327) según la que “la bilateralidad obligacional en los contratos de adhesión no la expresa ni representa el simple hecho de esté [sic] firmada la relación contractual creada por el receptor de la prestación convenida.”

²² Art. 7.a) LCGC: No incorporación.

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.

²³ CABANAS TREJO, R., “Comentario de urgencia a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE del 14, n.º 89) (I)”, en *Revista Periódica de Información Mercantil*, n.º 66, (1998), Praxis, Barcelona, p. 277; y DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “Las cláusulas abusivas en contratos de consumo”, en *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, dirigido por U. Nieto Carol, Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 493.

²⁴ STS de 31 de enero de 1998 (RJ 1998\121).

²⁵ Apartado 20º disposición adicional 1ª 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 la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

²⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones...”, p. 4943; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones...”, pp. 78-79.

2- La posibilidad real de disenso o disociación y su impacto en el contrato por adhesión: la anfibología y el acuerdo nuclear

Pero la doctrina y la legislación detienen ahí su análisis. Sin embargo, sólo es necesario ir un paso más allá en el mismo. Si la firma del adherente es sólo garantía de cognoscibilidad del formulario, posibilidad de conocer o de desconocer, *es también y en consecuencia, posibilidad de no querer del adherente.*

La posibilidad de desconocer del adherente puede volverse posibilidad de no querer, posibilidad del disenso, una posibilidad, por otra parte, real. Es decir, una ambigüedad que ha penetrado en la existencia del contrato mismo, una posibilidad real de disenso²⁷.

En otras palabras, la imposición de las condiciones generales impide *dar por superada*, tras la perfección del contrato, pese a la certeza sobre la existencia del mismo y a la claridad de las condiciones generales, la divergencia o distancia de voluntades de la que arranca la formación del contrato.

El *hecho* característico del concepto del contrato por adhesión tras su perfección, es, entonces, no el disenso sobre su contenido sino la posibilidad real del mismo, lo que llamaré disociación del contrato por adhesión.

Ello se traduce en una conciencia dubitativa sobre el contenido del contrato como ley privada, que a diferencia de la disociación, conviene subrayarlo, no afecta sólo a las condiciones generales, sino a todo el contenido del contrato por adhesión, esa conciencia dubitativa es la anfibología genética del contrato por adhesión²⁸.

²⁷ ¿Cuándo puede alegar el adherente esta falta de consentimiento? Cuando la condición general sea injusta por oscura o abusiva. Vid. SANTOS BRIZ, J., "La contratación...", pp. 67-68.

Aluden a la disociación PASQUAU LIAÑO, M., "Prólogo", a *Las Cláusulas Abusivas por un Defecto de Transparencia* de F. Pertíñez Vílchez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 19; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Las Cláusulas Abusivas...", p. 74.

²⁸ Prefiero el término anfibología sobre el de oscuridad para enfatizar el carácter especial de esa duda, su indeterminación: se trata de una duda insoluble al tiempo de la conclusión del contrato por adhesión, sobre si ha existido o no consentimiento del adherente sobre una u otra parte del contenido contractual.

Las dudas sobre el consentimiento de las condiciones generales se extienden por razón de la indivisibilidad del contrato, al resto del contenido contractual, que por esa razón se vuelve, en su totalidad, anfibológico.

En efecto, el contrato como tal es indivisible, de suerte que sin interpretación ni análisis, no podemos saber qué parte son acuerdos singulares y qué parte son condiciones generales.

Retengamos entonces, que las condiciones generales conservan una posibilidad de disenso que hemos llamado disociación, la cual, por la naturaleza indivisible del contrato, se traduce en la anfibología del resto del contenido contractual.

Ahora bien, la posibilidad de disenso del contenido no es una característica exclusiva del contrato por adhesión, en el contrato por negociación también puede producirse, pero para ello es necesario que el contenido contractual sea oscuro.

Sólo entonces y sólo por ello penetra en el contrato por negociación concreto una posibilidad de disenso²⁹. Para salir de ella, habremos de acudir a la aplicación de las reglas legales de interpretación.

Sin embargo, lo característico del contrato por adhesión y de sus condiciones generales es que la posibilidad de disenso se predica no sólo respecto de las cláusulas oscuras, sino ante todo, respecto de condiciones generales claras³⁰.

De ahí que ante ese tipo especial de duda, la tradición, nos permita decir de ella, de un modo todavía inteligible para el jurista, que la disociación de las condiciones generales, es en ese sentido figurado, una oscuridad inventada o supuesta.

Pero dicha oscuridad no sólo se refiere a los términos contractuales sino que se propaga al contrato en su totalidad. De ese modo, entre las brumas de la disociación, nos acercamos a un contrato (1) en el que carecemos de la seguridad de que sus

²⁹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., "Interpretación, calificación e integración del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 1652.

³⁰ Ya AMORÓS GUARDIOLA, M., "Las limitaciones...", p. 1133, había apuntado que las reglas legales de interpretación limitan su ámbito a las cláusulas oscuras.

El contrato no-contrato

términos contractuales claros, no sólo las condiciones generales, expresen la intención evidente de las partes y (2) en que ésta se reduce a una conciencia simple e *indeterminada*, cuyo único contenido es, la certeza sobre la existencia del acto mismo, a la que llamaremos acuerdo nuclear³¹.

2.1- La incierta confluencia de voluntades de los contratantes tras la conclusión del contrato por adhesión

En la formación del contrato por adhesión, la sucesión inmediata, sin solución de continuidad y sin negociación, es decir, sin admitir contrapropuestas del adherente, de la rígida predisposición unilateral “para una pluralidad de contratos” y de la adhesión, no resulta ya una mera diferencia cronológica sino que nos ilustra sobre la *distancia* en que, al menos teóricamente, *permanecen* ambas como actos dirigidos a un fin único³².

³¹ Topan con el acuerdo nuclear ORDUÑA MORENO, F. J., “Contratos concluidos mediante...”, pp. 252, 264, 266-267 y 269, que limita el valor de la adhesión a presupuesto de los mecanismos de control; SANTOS MORÓN, M. J., “Lección 6ª. Información precontractual, forma y prueba del contrato”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por G. Botana García y M. Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, pp. 138-139, que alude al mismo como acuerdo sobre los elementos esenciales; GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., “Artículo 5...”, p. 148, que lo concibe como acuerdo de las partes contrapuesto a las condiciones generales; LLODRÀ GRIMALT, F., “El contrato celebrado bajo condiciones generales...”, pp. 105-106 al que apunta como acuerdo contractual idéntico al de los contratos de creación dual; LASARTE ÁLVAREZ, C., “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”, INC-Dykinson S. L., Madrid, 2003, pp. 117 y 135-136 que parece referirse al mismo como acuerdo básico o contenido medular; y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Las Cláusulas Abusivas...”, p. 24, que lo refiere como ajuste inicial. Lo señala como contrato existente al margen de las condiciones generales y lo califica como nudo consentimiento RUIZ-RICO RUIZ, C., “El control de las cláusulas abusivas a través del Registro de Condiciones Generales de la Contratación. Apuntes críticos al Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre”, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid, 2003, pp. 26, 46 y 47. Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado”, en *Revista de Derecho Bursátil y Bancario*, nº 67, (1997), p. 882, el carácter de condiciones generales del formulario que se pretende inscribir en el RCGC resulta de la declaración del presentante, pero un formulario no se convierte en condiciones generales sin su incorporación a un contrato concreto. Por tanto, esa declaración sólo puede apoyarse en la creencia presupuesta de las partes sobre la existencia de un contrato, es decir, en el acuerdo nuclear.

Por otra parte una distinción entre las condiciones generales y el acuerdo nuclear identificado como la “contratación efectuada” se aprecia en el art. 5.4 LCGC a propósito de la incorporación de las condiciones generales en los casos de contratación electrónica o telefónica. Por otro lado, el punto de vista de la incorporación de las condiciones generales al contrato parte siempre de la existencia del mismo al margen del formulario.

³² MORENO QUESADA, B., “La oferta...”, p. 4985.

Entonces, SALANDRA se pregunta cómo, siendo teleológicamente distintas ambas declaraciones de voluntad, pueden coincidir y dar nacimiento a un contrato, es decir, a un fin común³³.

En el contrato por adhesión, se parte de la misma separación y divergencia, o si se prefiere, independencia de las voluntades de las partes, que se producía en el contrato por negociación.

Pero la ausencia o la reducción del alcance de los tratos preliminares y de la negociación en la formación del contenido contractual, determina que éste, en gran medida, sea objeto de imposición, de suerte que tras la adhesión, a diferencia de lo que ocurría en el contrato por negociación, *no aparece la certeza de una completa confluencia* de voluntades, sino que subsisten las dudas sobre que la misma se haya producido³⁴.

Subsisten las dudas sobre la intención de los contratantes y, en consecuencia, *desaparece la seguridad*, pese a la claridad de las condiciones generales y a la certeza sobre la existencia del contrato, *de que las mismas sean coincidentes* con la intención de los contratantes, que como hemos visto es anfibológica y no evidente³⁵.

Por concepto, en el contrato por adhesión, por tanto, no es aplicable el art. 1281.I CC³⁶, sino que es necesario iniciar un proceso de interpretación o de revisión del contenido contractual a fin de hallar la intención de las partes.

³³ SALANDRA, "I contratti di adesione", en Riv. Dir. Comm., 1928, I, p. 419, "apud" POLO, A., "MERCANTIL (Comentario a la sentencia de 27 de febrero...)", p. 715.

³⁴ Pone de manifiesto la falta de fusión de voluntades en el contrato por adhesión LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", p. 52. La vigencia del acuerdo nuclear se halla cercana en DURANY PICH, S., "Artículos 5 y 7. Requisitos...", pp. 327, 329 y 330, que alude al contenido nuclear del contrato, a su subsistencia pese a la nulidad de todo contenido no negociado y a la existencia del contrato pero a la indeterminación de su regulación, todo ello a propósito de las guerras de formularios.

³⁵ La STS de 12 de julio de 2001 (RJ 2001\5162) sólo da paso a la interpretación literal del art. 1281.I CC después de la realización de oficio de los procedimientos de control.

³⁶ Pero a diferencia del contrato por negociación, en el que el art. 1281.I CC puede no ser aplicable porque los términos contractuales no sean claros, en el contrato por adhesión, el precepto resulta inaplicable no porque los términos contractuales sean oscuros, que deben ser claros por virtud del art. 5.5 LCGC, sino porque la intención común de las partes no es evidente. En el contrato por adhesión el art. 1281.I CC no es aplicable aunque los términos contractuales sean claros en sí mismos, porque lleva impreso en su naturaleza la duda sobre la intención del adherente. Vid. STS de 27 de mayo de 2003, fundamento jurídico cuarto (RJ 2003\3931). LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la Sentencia del T. S. de 27 de enero de 1977)", en *Revista de Derecho Privado*, tomo LXIV, (1980), p. 64, constata el paralelismo de la

La disociación impresa en la naturaleza de las condiciones generales que padece el contrato por adhesión, impide, entonces, atribuir a ese contenido “la claridad y el carácter de manifiesta e inequívoca expresión concorde de la voluntad de las partes” necesarios para fundar su valor de ley privada³⁷.

Obsérvese que nos movemos en un terreno extremadamente complejo. Bajo la expresión “concorde” en que se concentra la esencia del contrato como intención común, se superponen dos correlaciones, correspondencias o identidades que son *debidas* para que el contenido contractual haga honor al concepto de contrato, pero la seguridad sobre su presencia falta en el contrato por adhesión.

(1) De un lado la concordancia o identidad de la forma con el contenido, es decir, la coincidencia entre los términos contractuales y la intención o voluntad interna de *ambas* partes³⁸.

(2) De otro, la concordancia o identidad del contenido en sí mismo³⁹ como coincidencia e identidad, en la voluntad interna común y determinada, de las voluntades inicialmente divergentes de las partes.

Por la imposición, la adhesión depende, en su determinación, exclusivamente de la predisposición unilateral del profesional. Por ello, aparece *necesariamente* la duda de si la adhesión, plasmada en la fugaz firma al pie del formulario, responde o coincide con la verdadera voluntad interna y determinada del adherente⁴⁰.

aplicación del criterio de la buena fe del art. 1258 CC y la inaplicación del art. 1281 CC por la STS de 27 de enero de 1977 (RJ 1977\121).

³⁷ Recoge ese especial carácter anfibológico del contrato por adhesión la STS de 20 de julio de 1994 (RJ 1994\6518) que consolida la doctrina sentada por la STS de 23 julio 1992 (RJ 1992\6450). Vid. sobre los requisitos de la claridad SANTOS BRIZ, J., “La contratación...”, p. 217.

³⁸ El contenido *supuesto* como intención común y que el concepto del contrato *exige* que se halle determinado para ese contrato. Esta nota del concepto de contrato cobra valor normativo en el contrato por adhesión bajo la forma de norma estricta de equilibrio.

³⁹ Supuesto como identidad característica del contrato concreto, la intención común determinada. Esta determinación de la intención común aparece en el contrato por adhesión como formulación del equilibrio.

⁴⁰ MORENO QUESADA, B., “La oferta...”, 4984 y 4987. Esa es una cuestión decisiva en el contrato por adhesión, vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Artículo 8. Nulidad”, en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, p. 469.

2.2- La distribución de la claridad y la ambigüedad en el contrato por adhesión: el acuerdo nuclear

En el contrato por adhesión, por tanto, falta la certeza sobre ambas identidades o concordancias. Además, pero al margen de esa duplicidad, mientras la disociación sólo puede predicarse de las condiciones generales, la anfibología o incertidumbre no sólo afecta a las condiciones generales y particulares, sino también al acuerdo nuclear, por la *indeterminación* de su contenido.

Por otra parte, en el contrato por adhesión, pese a la falta de coincidencia entre los términos contractuales y la intención *evidente* de las partes, ya que en lugar de la evidencia⁴¹ tenemos la anfibología⁴² sobre la intención común, una cosa, sin embargo, les parece clara a los contratantes, (A) y es la propia celebración del contrato, sobre la que descansan las condiciones generales.

Es decir, se parte, indudablemente, de la existencia de un contrato, por lo que esta duda especial que nace de la falta de negociación del contrato por adhesión, gravita más que en torno a la existencia, en torno al alcance del consentimiento⁴³, que resulta *indeterminado* en cuanto a su contenido.

(B) Pero la duda que nace de esa falta de concordancia tampoco se debe a la oscuridad de los términos contractuales, los cuales deben ser claros por imperativo legal, conforme al art. 5.5 LCGC⁴⁴.

Entonces, podemos decir sobre la anfibología que se trata de una duda especial que arranca, paradójicamente de unas certezas mínimas, de un lado, de la certeza indiscutida por las partes e indiscutible para el intérprete sobre la existencia del contrato, de otra, de la claridad de las condiciones generales.

⁴¹ Evidencia concreta.

⁴² Evidencia indeterminada.

⁴³ Se refiere a esa idea pero sin referirla al acuerdo nuclear LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", p. 53.

⁴⁴ Art. 5.5 LCGC: La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Pero la anfibología no puede verse sólo en una polarización extrema, según la cual toda la certeza y seguridad sobre el consentimiento y su contenido se centran en un polo, al que habremos de identificar de alguna manera, por lo que lo hemos llamado acuerdo nuclear, y todas las dudas e incertidumbres sobre el mismo consentimiento se concentran en los términos contractuales.

Al contrario, del mismo modo que esa claridad sobre la existencia del contrato, el recién bautizado acuerdo nuclear, es *indeterminada* y participa, por esa su indeterminación, pese a la evidencia que encierra, de la anfibología genética del contrato por adhesión, los términos contractuales pese a padecer de la anfibología, o mejor, gracias a ella, pueden ser no sólo unilaterales o abusivos, sino también consentidos o equilibrados.

Acuerdo nuclear y términos contractuales participan tanto de la anfibología como de la certeza. Como si de una alegoría del contenido contractual se tratara, ello indica que en el mismo conviven tanto la posibilidad de disenso como la de consenso.

2.3- La anfibología

En consecuencia, la duda atañe a ambos aspectos de esas claridades básicas, que así se vuelven anfibológicos. (1) De un lado, la certeza sobre la existencia del contrato es *indeterminada* en cuanto a su contenido, certeza abstracta o evidencia simple de la existencia del contrato, hemos llamado a ese peculiar estado de la conciencia de las partes sobre el contrato por adhesión, acuerdo nuclear⁴⁵.

⁴⁵ Parecen aludir al mismo, al considerar al contrato como hecho jurídico fruto de la libertad contractual sujeta a una ley constituyente e imperativa, GARCÍA AMIGO, M., "Integración del contrato...", pp. 382 y 392; y CUADRADO PÉREZ, C., "Oferta, aceptación y conclusión del contrato", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2003, p. 173. Contraponen los componentes del contrato al conjunto del acuerdo o contrato como un todo, expresiones éstas que pueden referirse al acuerdo nuclear, LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato...", pp. 71-72 y en la p. 72 antepone el acuerdo contractual al contenido del mismo compuesto por lo pactado y por las fuentes heterónomas de integración del contrato. La diferencia entre acuerdo nuclear limitado a la celebración del contrato y contenido contractual también se halla presente en DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., "¿Una nueva doctrina general del contrato?", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLVI, (1993), Madrid, p. 1716; PASQUAU LIAÑO, M., "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y Efectos", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000,

(2) De otro la claridad y concreción de las condiciones generales no nos permite saber si ésta o aquella cláusula contractual ha sido o no verdaderamente consentida por el adherente, contra el art. 1283 CC, como veremos⁴⁶, o por el contrario si es abusiva por unilateral e inconsentida por el adherente.

En el acuerdo nuclear el consentimiento es cierto pero su contenido indeterminado, en las condiciones generales el consentimiento es indeterminado pero el contenido es cierto⁴⁷.

En definitiva, la anfibología en cuanto problema especial del contrato por adhesión, no sólo es que pueda haber una parte consentida y otra no⁴⁸, sino también, que no sabemos, qué parte es consentida y cuál no, por tanto, la *indeterminación* de los límites del consentimiento alcanza también, al mismo acuerdo nuclear⁴⁹. Por eso tenemos una certeza equívoca: la conciencia indeterminada de la posibilidad de disenso.

De un lado, la certeza rotunda de hallarnos ante un contrato: por ejemplo, el cliente reclama a la compañía de transporte después de hacer el viaje⁵⁰. Esa certeza sobre la existencia del contrato reside en el acuerdo nuclear, último reducto de la negociación.

De otro lado, en el contrato por adhesión, tenemos la incertidumbre, también rotunda, de no saber cuál es el contenido contractual normativo, cuáles condiciones generales han sido consentidas y cuáles no.

p. 296; y CUADRADO PÉREZ, C., *ibídem*, pp. 38 y 169, quien sitúa el acuerdo nuclear en el ámbito funcional y parece concebirlo como la aptitud mínima del consentimiento en la adhesión para dar lugar a la perfección de un contrato.

⁴⁶ Vid. Capítulo IV, I, 1.3- El efecto y valor de los requisitos de inclusión.

⁴⁷ Art. 1283 CC: Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar.

⁴⁸ La posibilidad de disenso de las condiciones generales o disociación.

⁴⁹ Apunta en esa dirección LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", p. 52.

⁵⁰ Entonces decimos que hay contrato pero que no sabemos su contenido. Si hay contrato están sus elementos esenciales, luego, la doctrina dice, si hay contrato hay elementos esenciales que se presuponen, los cuales no son objeto de control. Pero no se repara que tales elementos esenciales y tal contenido del acuerdo nuclear son indeterminados.

Es decir, de un lado la existencia del contrato, lo que he llamado acuerdo nuclear, como un contenido vacío y, de otro, la existencia de un contenido cuya contractualidad es contingente⁵¹ y junto a tales incertidumbres su recíproca indeterminación, la certeza del acuerdo nuclear es indeterminada, la contractualidad de las condiciones generales y particulares es eventual.

Pero lo contrario no es cierto, si las condiciones generales claras pueden ser abusivas, la evidencia sobre el acuerdo nuclear no puede desvirtuarse mediante la revisión del contenido contractual –los llamados procedimientos de control-, pues es un presupuesto de la misma.

Por otra parte, aplicada al contrato por adhesión, la anfibiología puede ser caracterizada como una oscuridad *inventada*⁵².

Nosotros apartándonos de la crítica a ese modo de proceder presente en algunos autores consideramos que cuando los jueces inventan oscuridades proceden del modo en que la razón idea, inventa o concibe, es decir, que se trata de una oscuridad concebida por y según la ciencia y el trabajo jurídico.

De ese modo la anfibiología u oscuridad inventada es la peculiaridad que conviene al concepto del contrato por adhesión y que expresa su naturaleza. Desde esa nueva idea jurídica es dable contemplar como en el interior del contrato por adhesión *perfeccionado* conviven el consenso, plasmado en el acuerdo nuclear, con la posibilidad de disenso encerrada en el contenido contractual y lo que es más inquietante, junto a ellos, la indeterminación del alcance, tanto de la claridad como de la oscuridad.

⁵¹ Esta diversidad de contenidos se pone de relieve por LLODRÀ GRIMALT, F., “El contrato celebrado bajo condiciones generales...”, pp. 309-310.

⁵² En ese sentido CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., “La predisposición del contenido contractual”, en *Revista de Derecho Privado*, (1979), p. 676; y PAGADOR LÓPEZ, J., ob. cit., p. 474 que se hace eco de esa doctrina pero denunciando la anomalía de ese proceder. Supone la oscuridad de una cláusula previamente reconocida como clara el apartado tercero del considerando tercero de la STS de 13 de diciembre de 1934 (JC-RGLJ 1934\74), de donde podemos decir que la disociación es una oscuridad supuesta o fingida.

Lo que, por añadidura, significa que la anfibología se extiende a todo el contenido contractual, sean condiciones generales o particulares, cláusulas impuestas o negociadas.

2.4- El reverso de la disociación: condición general vs. formulación del equilibrio

Acabamos de ver que la disociación de las condiciones generales es posibilidad de consenso y disenso simultáneamente.

(1) La *realidad* de la posibilidad de disenso es el disenso efectivo, ante cuya falta el contenido contractual se integra, en su caso, por medio de las fuentes del art. 1258 CC, que pueden dar lugar a una regulación explícita en forma de formulación concreta del equilibrio, o bien, al silencio⁵³.

(2) La *realidad* de la posibilidad de consenso es el contenido contractual en sí mismo, que es también, como veremos, contenido equilibrado o consentido.

Por tanto, en la disociación, al convivir la posibilidad de disenso y la de consenso, convive la posibilidad de que el contenido contractual, la intención común, se halle plasmada en la condición general o en una formulación del equilibrio tomada analíticamente de las fuentes de integración del art. 1258 CC.

Por esa vía pese a que se trate de cláusulas claras, las mismas se contraponen, necesariamente, a una formulación resultante de dichas fuentes. Además, ambos términos de la contraposición se caracterizan por ser igualmente posibles⁵⁴.

⁵³ KÖTZ, H., "Chapter 17. Interpretation of Contracts", en *Towards a European Civil Code (Second Revised and Expanded Edition)*, Hartkamp, A., Martijn Hesselink, Edoud Hondius, Carla Joustra y Edgar du Perron (editors), Kluwer Law International, 1998, p. 276.

Art. 1258 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 a la buena fe, al uso y a la ley.

⁵⁴ Parafraseando a LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato...", pp. 66 y 78, se da un paso más allá de la interpretación, y se pone al lado de la condición general su eventual formulación del equilibrio tomada de las fuentes de integración del art. 1258 CC revestidas de valor normativo.

De ese modo, la contraposición entre la posibilidad de consenso y la de disenso que late desde su nacimiento en la condición general, se vuelve en nuestro análisis, contraposición entre la condición general y la formulación del equilibrio que le corresponde. Además, por ese tránsito la interpretación se vuelve aplicación de la norma de equilibrio⁵⁵.

3- La existencia cierta del contrato: el acuerdo nuclear y su valor

Al afrontar el problema del contrato por adhesión padecemos, junto con los contratantes, la intuición inevitable de que el contrato existe, aunque los elementos de esa certeza se nos presenten y se le presenten al intérprete, indeterminados.

En cualquier caso, de lo visto podemos definir el acuerdo nuclear, como la evidencia indeterminada de la existencia del contrato. Se trata de la *convicción* inmediata y simple *de las partes* o del intérprete sobre esa existencia.

Es en la expresión más aguda de su indeterminación como simple evidencia de la existencia del contrato, donde se hace perceptible a los sentidos el acuerdo nuclear mismo.

En efecto, tomando el caso más simple, el de un contrato por adhesión con una sola condición general, en el supuesto de que la misma no llene los requisitos de inclusión o resulte nula por cualquier otra causa, ello no querrá decir que el contrato sea nulo de pleno derecho⁵⁶, sino sólo que la condición general no se incorporará, por lo que quedará desnudo el contrato o la certeza de su existencia, hemos llamado a esa certeza acuerdo nuclear.

⁵⁵ En el contrato por adhesión la aplicación del art. 1258 CC ante el abuso no es mera integración ya que puede no haber laguna contractual, sino aplicación de la norma de equilibrio. Para LASARTE ÁLVAREZ, C., "Sobre la integración del contrato...", p. 73, las fuentes de integración del contrato y los términos contractuales componen necesariamente el contenido contractual como un *continuum* que debe ser objeto, sin embargo, de adecuación.

⁵⁶ Cree lo contrario RUBIDO DE LA TORRE, C., "La protección del consumidor: su marco legal. Especial referencia a la Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación", en *Actualidad Civil*, nº 47, (1999), p. 1550.

En efecto, al reclamar por el equipaje perdido o dañado tras el viaje, nadie, ni tampoco las partes, ponen en cuestión que exista un contrato.

Eso mismo sucede ante la negativa de la compañía de seguros a pagar por determinado siniestro, cuando le presentamos la póliza que ni siquiera está firmada o cuando pretendemos reclamar por el mal funcionamiento de la calefacción en la casa recién comprada o por la comisión indebidamente cargada en el préstamo que acabamos de gastar.

Incluso cuando el adherente se arrepiente, ejercita su derecho a desistir libremente del contrato o lo revoca se parte, como presupuesto, del acuerdo nuclear, de la existencia cierta del contrato⁵⁷.

Los contratos se perfeccionan por el *mero* consentimiento. El contrato existe, existen, *por tanto*, sus elementos esenciales, un consentimiento simple sobre un objeto y una causa (arts. 1258, 1261 y 1262.I CC)⁵⁸. Esos son los términos del acuerdo nuclear, pero son términos, valga la ironía, de una gran indeterminación⁵⁹.

La indeterminación se presenta como disociación entre la intención evidente de las partes y los términos contractuales claros⁶⁰.

⁵⁷ ARROYO APARICIO, A., “Los Contratos a Distancia en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Según la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias”, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 300, 316, 321, 326-327, 337 y 346; y ÁLVAREZ LATA, N., “Invalidez e Ineficacia...”, pp. 86 y ss. y 91, con referencias a la doctrina en ambas autoras.

⁵⁸ CASTRO Y BRAVO, F. DE, “Notas...”, p. 1053.

Art. 1261 CC: No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

1º Consentimiento de los contratantes.

2º Objeto cierto que sea materia del contrato.

3º Causa de la obligación que se establezca.

Art. 1262.I CC: El consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato.

⁵⁹ Aluden a la dificultad de identificar los elementos esenciales ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones...”, pp. 139-140; y MARTÍNEZ DE SALAZAR BASCUÑANA, L., “Condiciones generales...”, p. 92, nota 32.

⁶⁰ Es la intención evidente la que resulta anfibológica, siendo, por el contrario, claros los términos contractuales, en ese sentido para aplicar el art. 1281.I CC la claridad debe estar en la intención evidente según el párrafo segundo del fundamento jurídico segundo de la importante STS de 31 de diciembre de 2003 (RJ 2003\1358).

Cuando la intención evidente de las partes se disocia de los términos contractuales, lo que, como vemos, es una peculiaridad del contrato por adhesión, la primera cobra la forma de acuerdo nuclear.

Ahora bien esa indeterminación no desvirtúa el otro aspecto de esta evidencia. La existencia del contrato es cierta, ello quiere decir, o si se prefiere del acuerdo nuclear cabe concluir:

(1) Que no podemos reexaminar ese presupuesto cuando, al revisar el contenido contractual y tratar de conciliar los términos contractuales y la intención común, buscamos la contractualidad de las condiciones generales o particulares, negociadas o no⁶¹.

Ello es distinto a la afirmación sobre que una parte *determinada* del contrato por adhesión no se halle sujeta a control o revisión del contenido. Se ha identificado esa parte, o se ha pretendido determinarla como los elementos esenciales, el objeto principal del contrato, la relación de equivalencia de las prestaciones, etc.

Sin embargo, esa no es una determinación eficaz, pues no nos saca de la indeterminación, al menos en el momento de la tesis, es decir, inmediatamente después de la conclusión del contrato.

Por otra parte, ni siquiera puede afirmarse que el precio sea un elemento esencial para la existencia del contrato, como resulta del art. 693 CCO que lo da por existente pese a la falta de acuerdo sobre el precio⁶².

Lo único que puede afirmarse respecto a un núcleo infiscalizable del contrato por adhesión es que ese núcleo lo constituye el acuerdo nuclear, que se erige en el límite infranqueable de la revisión del contenido contractual, sean condiciones generales o

⁶¹ CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, (1983), Madrid, pp. 1193-1194. Por otra parte, el recurso a los vicios del consentimiento con su secuela de nulidad total es inadecuado para defender a la parte más débil, vid. al respecto CUESTA GARCÍA DE LEONARDO, Á., "El art. 8 LCU en la Jurisprudencia (RCL 1984\1906 y ApNDL 2943)", en *Aranzadi Civil*, vol. II, (1996), (BIB 1996\46), p. [134].

⁶² Art. 693 CCO: No habiéndose convenido el precio del pasaje, el Juez o Tribunal le fijará sumariamente, previa declaración de peritos.

acuerdos singulares, a diferencia de lo que ocurre en el contrato por negociación, donde la interpretación, en cierto modo, no es posible si los términos del contrato son claros⁶³.

(2) Pero además, significa que *el contenido expresamente pactado* y su desarrollo, conforme a los arts. 1091 y 1258 CC, como contenido contractual, es obligatorio cualquiera que sea ese contenido según la determinación que conforme a tales preceptos le corresponde y que el intérprete debe hacer, pese a que arranca de las brumas de la anfibología. En efecto, es preciso determinar tal contenido.

No es que la posibilidad de consenso del contrato por adhesión se concentre en el acuerdo nuclear, éste es la evidencia indeterminada sobre la existencia del contrato, por tanto, es ya, en el momento de la tesis, consenso efectivo y existente, aunque indeterminado⁶⁴.

Esa indeterminación no consiste, por tanto, en carecer de existencia sino, por el contrario, en que tal existencia individual es apta, por su abstracción, para tomar cualquier forma acorde con el concepto de contrato.

Por tanto, por su existencia singular, aunque sea abstracta, el acuerdo nuclear expresa, como un ideal normativo, su aptitud para recibir cualquier determinación acorde con el concepto de contrato y, a la vez y de rechazo, nos muestra ese concepto de contrato revestido de valor normativo.

Tal valor se expresa respecto de las condiciones generales en la nota de la contractualidad, por la que la norma de equilibrio penetra en el concepto legal de las condiciones generales de la contratación, y respecto del resto del contrato, la parte negociada, es decir, los acuerdos singulares, se expresa en un conjunto de reglas sociales que estudiaremos al final del apartado siguiente.

⁶³ Vid. al respecto el Fundamento jurídico primero de la STS de 20 de septiembre de 2003 (RJ 2003\6849) y la jurisprudencia que en ella se cita.

⁶⁴ La existencia del contrato, como expresión del acuerdo nuclear, coetánea a la indeterminación de su contenido aparece con claridad, entre otras, en la STS de 2 de abril de 2004 (RJ 2004\2052), a propósito de la imposibilidad de aplicar el art. 1282 a la determinación del contenido de los contratos verbales, con cita de jurisprudencia.

3.1- Significado de la contradicción entre acuerdo nuclear y términos contractuales del contrato por adhesión

Por otra parte, como contradicción real en el *momento de la tesis* de la revisión del contenido contractual, la oposición entre acuerdo nuclear y términos contractuales, tiene el siguiente significado:

(1) El acuerdo nuclear no es una evidencia arbitraria padecida por las partes, que brote en el intérprete de un modo casual, según la contingencia de una prueba eventual.

Por el contrario, el acuerdo nuclear no es sino el resultado de aplicar al contrato por adhesión, aún de modo preliminar, las reglas codificadas sobre la existencia del contrato, el art. 1261 y el 1262.I CC, según los cuales el contrato existe cuando concurre oferta y aceptación, es decir, cuando hay consentimiento, sobre un objeto y una causa, como hemos visto.

De ese modo, el acuerdo nuclear queda fuera de la aplicación del concepto normativo de contrato en la revisión del contenido contractual en el contrato por adhesión, no porque no se halle sujeto a norma alguna sino porque el mismo es ya el resultado de la aplicación, al menos de modo preliminar, de, lo que desde la perspectiva del nuevo Derecho privado social, podemos llamar la norma del consentimiento, expresada sumariamente en los dos preceptos que se acaban de citar.

(2) Sin embargo, en el contrato por adhesión, ese resultado de la aplicación de la norma es abstracto, una evidencia simple en las partes sobre la existencia del contrato que no aparece concretada sobre un contenido determinado.

Al retener, en nuestro estudio, ese momento y dotarlo de consistencia propia como acuerdo nuclear, realizamos la especificación social –pan y paracontractual- de la oposición entre palabras e intención evidente del art. 1281.II CC⁶⁵.

(3) En esa especificación el acuerdo nuclear, como evidencia irrefutable sobre la existencia del contrato por adhesión, es, además, la replica afirmativa y simultánea de la anfibología genética del contrato por adhesión que, sin embargo, hace presa en el propio acuerdo nuclear bajo la nota de su indeterminación.

(4) Sin embargo, acuerdo nuclear y anfibología expresan una oposición que es insostenible, que debe ser disuelta. En efecto, su indeterminación es insostenible y como afirmativa es *necesidad* de consenso que existe en la incertidumbre y pugna por imponerse como norma inmanente del contrato por adhesión, tal norma no es sino el concepto de contrato revestido de valor normativo, la norma de equilibrio.

Respecto de los acuerdos singulares, es decir, las condiciones particulares negociadas, el valor normativo del concepto de contrato se plasma en ciertas reglas sociales que apuntaremos enseguida pero que estudiamos en el capítulo siguiente.

Respecto de las condiciones generales, ese valor normativo toma la forma de norma de equilibrio, cuya determinación es objeto del capítulo III, pero que en su concepto legal aparece bajo la nota de la contractualidad⁶⁶.

(5) Por tanto, la oposición entre acuerdo nuclear y términos contractuales es el punto de partida de la revisión del contenido contractual a la luz del concepto de contrato dotado de valor normativo.

⁶⁵ Con otro significado habla de formas contractuales paracontractuales DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “¿Una nueva doctrina..., p. 1706.

Art. 1281.II CC: Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

⁶⁶ Alude a la necesidad de una norma que instaure expresamente el control del contenido, o en nuestra terminología, la vigencia de la norma de equilibrio material PAGADOR LÓPEZ, J., “Lección 7ª. Las condiciones generales de la contratación: introducción y régimen jurídico de los contratos celebrados mediante ellas”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por G. Botana García y M. Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, p. 179.

Ese valor, plasmado en la norma de equilibrio, pretende eliminar la oposición, lo que, como hemos visto, resulta posible al quedar bloqueada la aplicación del art. 1281.I CC por la disociación genética de las condiciones generales y su secuela de anfibología en los demás términos contractuales⁶⁷.

(A) El acuerdo nuclear, como punto de partida de la revisión del contenido contractual, en cuanto busca su determinación en las condiciones generales, lo hace mediante la aplicación de la norma de equilibrio, en sus diferentes aspectos o modalidades.

Es decir, como norma sobre el concepto legal de las condiciones generales de la contratación, como norma o conjunto de normas de incorporación del contenido predispuesto al contrato, como regla de interpretación y como aquella otra que sirve para valorar el equilibrio del contenido.

Como veremos, de ese modo, el acuerdo nuclear imprime en las condiciones generales la determinación normativa de su contractualidad.

(B) Mientras que en cuanto busca su determinación sobre los términos contractuales resultado de la negociación, es decir, en los acuerdos singulares, lo hace mediante la prueba de la negociación.

Precisamente tras la aplicación de la norma que establece el concepto legal de las condiciones generales podremos saber, en su caso, que parte del contenido contractual es impuesto.

⁶⁷ Nos referimos a la norma de equilibrio no como una ley positiva determinada de modo concreto sino como un conjunto de preceptos de Derecho privado social dirigidos a afirmar la contractualidad de las condiciones generales, eliminar el abuso y restaurar la seguridad jurídica en el contrato por adhesión. Tales preceptos pueden unirse en grupos para formar, en la jerga al uso, diversos tipos de controles: de concepto, de inclusión, de interpretación y de contenido. Pero no hay misterio tras esas palabras, se trata siempre de la aplicación de reglas de Derecho privado social.

Ahora bien, para saber cual es negociado es necesaria la prueba de la negociación, conforme al art. 1.2 LCGC, sin que baste al efecto, con la firma del formulario cuya significación se ve lastrada por la anfibología⁶⁸.

En efecto, habrán de tenerse en cuenta, algunas peculiaridades sociales, así (I) la necesidad de probar la negociación de las condiciones particulares o acuerdos singulares. (II) También que la carga de la prueba de la negociación recae en el predisponente, conforme al art. 10 bis.1.III LGDCU⁶⁹.

(III) La obligación social del predisponente de informar al adherente de la existencia de las condiciones generales, conforme al art. 5.1.II LCGC, parece llevar implícita la distinción entre condiciones generales y otro contenido contractual.

Por ello, la prueba de la negociación presupone la información de que la cláusula es condición particular y que, además, modifica la general meramente predispuesta; información que se erige, en condición necesaria, aunque no suficiente de dicha prueba⁷⁰.

Veremos que la obligación de información sobre este punto arranca, también, del que hemos indicado como noveno efecto del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

⁶⁸ Art. 1.2 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 si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

⁶⁹ Art. 10 bis.1.III LGDCU: El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba. DURÁN RIVACOBBA, R., "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas", en *Revista de Derecho Privado*, febrero, (2000), p. 115.

⁷⁰ Art. 5.1.II LCGC: 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.

Vid. sobre la necesidad de información previa sobre el contenido para que la cláusula pueda considerarse negociada PAGADOR LÓPEZ, J., "Lección 7ª. Las condiciones generales...", p. 174; PASQUAU LIAÑO, M., "Prólogo...", pp. 17 y 18 y PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "Las Cláusulas Abusivas...", pp. 38-39, 131-132, 190 y 194, para quien la comunicación del carácter de condición particular de la cláusula tiene la virtud de convertirla, sin más, en consentida.

(IV) Además, como veremos en el capítulo II⁷¹, al profesional le esta vetada la discriminación del adherente consistente en empeorar “para ese contrato”, por medio de la negociación, la “predisposición especial comunicada”.

Sólo en el caso de que la predisposición “para ese contrato” sea más beneficiosa o innove respecto a la “predisposición especial comunicada” será admisible la negociación de la misma.

Hemos recogido esta última peculiaridad social de la negociación de cláusulas en el contrato por adhesión como el décimo efecto del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

3.2- Paradoja de la aplicación de la norma de equilibrio en la revisión del contenido contractual del contrato por adhesión

La determinación del acuerdo nuclear, paradójicamente, implica no el hallazgo del acuerdo nuclear concreto sino su desaparición. Tampoco hallamos los elementos esenciales sino que únicamente desaparece la indeterminación característica del acuerdo nuclear.

Esa determinación del acuerdo nuclear sólo puede hacerse por medio de la aplicación de la norma de equilibrio en la revisión del contenido contractual, donde se disuelve la oposición existente en el interior del contrato por adhesión entre condiciones generales o particulares, de un lado, y acuerdo nuclear, de otro.

Al determinar el acuerdo nuclear lo que descubrimos no es éste como concreto sino el contenido consentido, es decir, las condiciones generales o particulares válidas. Hallamos lo mismo al disolver la anfibología propia de los términos del contrato por adhesión.

⁷¹ Vid. capítulo II, II- NEGOCIACIÓN E IMPOSICIÓN DE *CONDICIONES PARTICULARES* EN EL CONTRATO POR ADHESIÓN y III- COMUNICACIÓN DE LA PREDISPOSICIÓN ESPECIAL DEL CONTRATO POR ADHESIÓN.

Tras la aplicación de la norma de equilibrio, acuerdo nuclear y términos contractuales se funden, como si el acuerdo nuclear hubiese conferido a los términos contractuales la certeza sobre el consentimiento mientras que éstos confieren al acuerdo nuclear su determinación. Mas de esta mezcla o fusión resulta el contenido obligatorio del contrato por adhesión donde sus diferencias genéticas han desaparecido.

3.3- Acuerdo nuclear y justificación del contrato: el art. 10.1.b) LGDCU⁷²

El acuerdo nuclear se supone siempre que existan condiciones generales. Su prueba, entonces, está, por ejemplo, (1) en las condiciones generales que se traen a colación después del viaje, porque se perdió o quedó dañado el equipaje; (2) o tras el pago de las primas del seguro y realización del siniestro porque la compañía no quiere pagar; (3) o tras recibir el dinero del préstamo ya gastado al reclamar la entidad de crédito determinada comisión. (4) Finalmente, hemos visto, también, como se hace patente cuando se declara la nulidad de la única condición general que forma el contenido contractual.

Pero el contrato también puede probarse directamente mediante el justificante de la contraprestación que debe entregar el profesional conforme al art. 10.1.b) LGDCU⁷³, tras la ejecución de la misma.

Se ha criticado la ubicación sistemática de la regla de la LGDCU citada por su falta de relación con los requisitos de inclusión, sin advertir que su sentido se nos revela a

⁷² Art. 10 1.b) LGDCU: 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:
[...]

b) Entrega, salvo renuncia expresa del interesado, de recibo justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o en su caso, de presupuesto debidamente explicado.

⁷³ LLODRÀ GRIMALT, F., "El contrato celebrado bajo condiciones generales...", p. 299.

la luz de su relación con el acuerdo nuclear y la prueba sobre la existencia del contrato⁷⁴.

Por su parte, la jurisprudencia, en concordancia con la interpretación apuntada, pone de manifiesto la diferencia entre el acuerdo nuclear y las condiciones generales al señalar que no es necesario que las cláusulas no restrictivas estén firmadas, ya que la existencia del contrato puede demostrarse por otros medios de prueba⁷⁵.

La jurisprudencia, también, pone de relieve el juego del acuerdo nuclear como expresión de la convicción sobre la existencia del contrato sobre un objeto determinado al margen y en contradicción con las condiciones generales, donde la existencia del contrato resulta de un recibo anterior a la firma de las condiciones generales⁷⁶.

La justificación documental del contrato como muestra del acuerdo nuclear al margen de las condiciones generales puede apreciarse también en el art. 5.4 LCGC a propósito de la contratación telefónica o electrónica, en los arts. 1.3.II y 3 del R. D. 1906/1999, de 17 diciembre 1999 por el que se regula ese tipo de contratación con condiciones generales en desarrollo del citado art. 5.4 LCGC; y en el art. 11, apartados 2 y 3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM en adelante)⁷⁷.

⁷⁴ COCA PAYERAS, M., "Artículo 10.2 de la LGDCU", en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, Civitas, Madrid, 1992, p. 244; SANTOS MORÓN, M. J., "Lección 6ª. Información precontractual...", 1999, pp. 138 y 158-159; y MIQUEL RODRÍGUEZ, J., "Disposición adicional primera. Dos", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinadores I. Arroyo Martínez y el mismo autor, Tecnos, Madrid, 1999, p. 240.

⁷⁵ En efecto, la STS de 28 de mayo de 1999 (RJ 1999\4116) señala "No ocurre lo mismo con las cláusulas no restrictivas, porque la existencia y vigencia del contrato de seguro puede demostrarse por otros medios de prueba, como sería el giro de los recibos periódicos por parte de la compañía y el consiguiente pago de los mismos por parte del asegurado."

⁷⁶ STS de 25 de febrero de 1998 (RJ 1998\962).

⁷⁷ Art. 5.4 LCGC: 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.

Art. 1.3.II R. D. 1906/1999: No obstante, en estos supuestos, deberá quedar constancia documental de la contratación efectuada, ya sea en forma escrita o en registros magnéticos o informáticos, de acuerdo con la normativa específica aplicable en cada caso. A falta de ésta, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma.

Art. 3 R. D. 1906/1999: Confirmación documental de la contratación efectuada.

La regulación de este requisito en la LGDCU tal vez pueda explicarse por servir de punto de partida a la regulación de la protección de los consumidores en el caso de ciertas ventas especiales como la a domicilio o por correspondencia.

La LGDCU no reguló esas modalidades especiales de venta, sino que se limitó, tal vez pensando en ellas, a regular el derecho del consumidor a obtener un justificante escrito de la venta celebrada.

Sin embargo, en las ventas especiales, la inferioridad del consumidor no afecta al contenido contractual, por ello la protección del mismo no se centra en asegurar la aplicación de la norma de equilibrio en la revisión del equilibrio del contenido, el llamado control del contenido, sino, que en atención a las especialidades de estos tipos de venta determinantes de la inferioridad señalada, se cifra en la protección del consentimiento del adherente.

Dicho consentimiento ha de constar en forma escrita y, además, se reconoce al consumidor un derecho de arrepentimiento susceptible de ser ejercitado en un plazo determinado⁷⁸.

1. Celebrado el contrato, el predisponente deberá enviar al adherente inmediatamente y, a más tardar, en el momento de la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, justificación por escrito o, a propuesta del mismo, en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado y en su propio idioma o en el utilizado por el predisponente para hacer la oferta, relativa a la contratación efectuada donde deberán constar todos los términos de la misma. A los efectos de lo indicado en este apartado, el predisponente deberá indicar en la información previa a que se refiere el artículo anterior los distintos tipos de soportes entre los que podrá elegir el adherente como medio de recepción de la justificación de la contratación efectuada.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no será aplicable a los contratos relativos a servicios de tracto único que se ejecutan mediante el empleo de técnicas de comunicación a distancia y cuya facturación sea efectuada por un operador de tales técnicas de comunicación, y sin perjuicio de informar en todo caso al adherente de la dirección del establecimiento del proveedor donde pueda presentar sus reclamaciones y del coste específico y separado de la comunicación y del servicio.

3. Se entiende por soporte duradero cualquier instrumento que permita al consumidor conservar sus informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo su almacenamiento, en particular los disquetes informáticos y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico.

Apartados 2 y 3 del art. 11 LOCM: 2. Esto no obstante, cuando la perfección del contrato no sea simultánea con la entrega del objeto o cuando el comprador tenga la facultad de desistir del contrato, el comerciante deberá expedir factura, recibo u otro documento análogo en el que deberán constar los derechos o garantías especiales del comprador y la parte del precio que, en su caso, haya sido satisfecha.

3. En todo caso, el comprador podrá exigir la entrega de un documento en el que, al menos, conste el objeto, el precio y la fecha del contrato.

⁷⁸ BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ CANO, A., "Modalidades especiales de venta y protección de los consumidores", en *Estudios sobre Consumo*, nº 4, (1985), pp. 59 y 65.

Entonces, en estas ventas especiales, la evidencia contenida en el acuerdo nuclear existente puede ser desvirtuada por el consumidor al amparo del derecho de revocación que le confiere la Ley –art. 3.2 de la Ley de Protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles –LPCCCFEM en adelante-⁷⁹.

Pero cuando el contrato no se celebra por escrito la demostración de su existencia es necesaria para ejercitar los derechos del consumidor, lo que justifica la exigencia del recibo⁸⁰.

II- EL CONCEPTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN

1- Reenfoco del problema de las condiciones generales: el trastorno especial

Ante la confusión sobre la naturaleza de las condiciones generales de la contratación⁸¹, es preciso señalar la necesidad de un cambio de orientación respecto de las tradicionales posiciones en torno al estudio del contrato por adhesión.

⁷⁹ Así lo caracteriza VÉRGEZ SÁNCHEZ, M., “Régimen jurídico de los contratos realizados fuera de establecimiento (Una aproximación al Derecho Europeo)”, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea, Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 1196-1197.

Art. 3.2 LPCCCFEM: El documento contractual deberá contener, en caracteres destacados e inmediatamente encima del lugar reservado para la firma del consumidor, una referencia clara y precisa al derecho de éste a revocar el consentimiento otorgado y a los requisitos y consecuencias de su ejercicio.

⁸⁰ SANTOS MORÓN, M. J., “Lección 6ª. Información precontractual...”, pp. 138-139.

⁸¹ Pueden verse afirmaciones contradictorias en PAGADOR LÓPEZ, J., “Condiciones generales...”, p. 485. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones...”, pp. 4941 y 4955, para quien la no inclusión de una condición general en la lista de cláusulas abusivas no significa presunción de validez, ya que hay que confrontarla con la cláusula general de la buena fe, mientras que encontramos opiniones que niegan la presunción de legitimidad de las condiciones generales en SANTOS BRIZ, J., “La contratación...”, p. 62; DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F. y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., “Propuesta de anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación (segunda redacción)”, Suplemento al *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. 1.478-1.479, (1988), p. 12; y VIGURI PEREA, A., “La protección...”, p. 8. La determinación unilateral del contenido contractual por el profesional priva de legitimidad al contrato por adhesión según DUQUE DOMÍNGUEZ, J. F., “La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Estudios sobre Consumo*, nº 3, (1984), p. 64; y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones...”, p. 60; mientras que hay una sospecha de falta de consentimiento en ciertas cláusulas según SILVA SÁNCHEZ, M., “Sesión de la Comisión de Justicia e Interior de 27 de julio de 1999”, en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 737, p. 21361; por último, también niega que las condiciones generales tengan carácter consentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., “Las Cláusulas Abusivas...”, p. 73.

En mi opinión, no se trata ya de averiguar si el contrato por adhesión obliga por virtud del poder normativo del profesional o si es verdadero contrato⁸². Por el contrario, el problema de las condiciones generales es que, dada la desigualdad de poder contractual de las partes y sus consecuencias ya vistas⁸³, el intérprete *no sabe* qué parte del formulario ha sido consentida y qué parte no.

El problema no es que las condiciones generales no sean válidas por no haber sido consentidas, sino que *no sabemos*, tras la conclusión del contrato, si verdaderamente lo han sido o no, existiendo probabilidades en uno y otro sentido⁸⁴.

Por tanto, el primer problema del contrato por adhesión es el de su anfibología constitutiva y la posibilidad de disenso que encierra su contenido. Nadie hasta ahora se había detenido en esta circunstancia introducida en el contrato por las condiciones generales, para desentrañar el enigma de su régimen.

Sin embargo, a pesar de que el consentimiento se halle degradado en la adhesión opinan que el legislador parte de la validez de las condiciones generales CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L. M., "Perspectivas del Registro de la propiedad en el futuro", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, pp. 483 y ss.; y PASQUAU LIAÑO, M., "Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, p. 789. Por su parte, AMORÓS GUARDIOLA, M., "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad según el pensamiento de Federico de Castro", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI, (1983), pp. 1132-1133, al afrontar el problema del valor de las condiciones generales repara, sin determinarla, en la *anomalía* de los contratos de adhesión. Apela a una tercera vía, al margen de teorías contractuales o normativas, para fundar la legitimación jurídica de las condiciones generales, PAZ-ARES, C., "La economía política...", p. 677, nota 224. También se inclina por un cambio de orientación en el estudio del contrato de adhesión LASARTE ÁLVAREZ, C., "Manual sobre protección...", p. 135; y "Principios de Derecho civil, Contratos", Marcial Pons, Madrid, 2004, tomo III, 8ª ed., p. 88.

⁸² POLO, A., "MERCANTIL (Comentario a la sentencia de 27 de febrero...", p. 714. En España, en el s. XX esa dialéctica puede verse a través de las posiciones encontradas de GARRIGUES, J., "Contratos bancarios", Madrid, 1958, p. 21 y DE CASTRO, F., "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1997, p. 928.

⁸³ Sustitución total o parcial de los tratos preliminares y de la negociación por la imposición de las condiciones generales, dificultad de su lectura, equívoco significado de la firma del adherente y la resultante división indeterminada del contrato.

⁸⁴ Otro ejemplo de la afirmación de que las condiciones generales no son consentidas en FERRER RIBA, J., "Artículo 6.1. Reglas de interpretación", en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, A. Menéndez Menéndez y L. Díez-Picazo y Ponce de León (Directores), Civitas, Madrid, 2002, pp. 380-381.

2- Breve exposición del concepto legal de las condiciones generales de la contratación: art. 1 LCGC

El concepto legal de las condiciones generales de la contratación se halla en el art. 1 LCGC, complementado por el 10.1 LGDCU y 3.2 Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas⁸⁵.

En líneas generales asumimos el concepto legal, señalando únicamente que consideramos que el mismo es lo que nosotros llamamos el concepto del momento de la tesis, es decir, el concepto en el que se recoge la posibilidad de disenso en el contenido contractual.

De ese modo, desde nuestro punto de vista y en sustancial coincidencia con el concepto legal, pero abriéndolo a la temática nueva que introduce la imposición del contenido contractual, consideramos condiciones generales de la contratación a las cláusulas del contrato por adhesión que encierran una posibilidad de disenso por haber sido incorporadas al mismo mediante la imposición de un contenido predispuesto unilateralmente para una pluralidad de contratos⁸⁶.

Existe una amplia doctrina sobre la interpretación de las notas del concepto legal. Contractualidad, predisposición, imposición y generalidad parece ser la división

⁸⁵ Art. 1 LCGC. Ámbito objetivo. 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.

2. 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 si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión.

Art. 10 LGDCU: 1. Las cláusulas, condiciones o estipulaciones que se apliquen a la oferta o promoción de productos o servicios, y las cláusulas no negociadas individualmente [por ejemplo, una cláusula –o todas– formulada por una sola parte] relativas a tales productos o servicios, incluidos los que faciliten las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, deberán cumplir los siguientes requisitos:

Art. 3.2 Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas: Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

⁸⁶ Tal vez por encerrar esa posibilidad de disenso, las condiciones generales son miradas con desconfianza en el tráfico. Vid. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., “Reflexiones sobre las condiciones generales”, ob. cit., p. 4946; y SERRA RODRÍGUEZ, A., “Cláusulas Abusivas en la Contratación. En especial, las Cláusulas Limitativas de Responsabilidad”, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, 2ª ed., p. 195.

sobre la que existe consenso en la doctrina. También hemos visto que la incorporación de las condiciones generales se produce por la imposición. Repasaremos brevemente estas cuestiones.

Sin embargo, antes de entrar en ellas, es preciso tener en cuenta que la introducción, con rango legal, de un concepto para las condiciones generales de la contratación consagra la autonomía de una parte del contenido contractual, frente al contrato como un todo.

Por esa autonomía podemos contraponer, en el momento de la tesis, el acuerdo nuclear a las condiciones generales y en el de la síntesis el contenido equilibrado frente al abusivo.

El concepto legal de las condiciones generales de la contratación nos presenta el contenido del contrato por adhesión como si fuese divisible, en pugna con la tradicional indivisibilidad del contrato⁸⁷.

Aparece así, con la mera formulación legislativa del concepto de las condiciones generales de la contratación el *primer efecto* legal de ese concepto.

⁸⁷ ROYO MARTÍNEZ, M., "Contratos...", p. 61; SANTOS BRIZ, J., "La contratación...", p. 244, y modernamente mi trabajo, "LA INFORMACIÓN REGISTRAL, Artículos 332-334 y 355", en *La Reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil. Por R. D. 11867/1998, de 4 de septiembre*, AA VV, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1998, p. 257; PAGADOR LÓPEZ, J., "La Ley 7/1998, de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación", en *Derecho de los Negocios*, nº 97, (1998), p. 4; y "Lección 7ª. Las condiciones generales...", p. 173; quien se refiere a la indivisibilidad del contrato de adhesión "prima facie"; MARÍN LÓPEZ, A., "La protección de la parte débil...", pp. 524-525; RAMÓN CHORNET, J. C., "Las condiciones generales de la contratación: El nuevo Registro especial de condiciones generales de la contratación. Las condiciones generales de la contratación y el Registro de la Propiedad", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 661, (2000), p. 2663; DÍAZ ALABART, S., "Artículo 6. Reglas de interpretación", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, obra coordinada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, 2000, p. 198; y ÁLVAREZ LATA, N., "Invalidez e Ineficacia...", p. 44. He tratado sobre la virtualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación sobre la divisibilidad del contrato por adhesión recientemente en "Condiciones generales de la contratación y Registro de la propiedad", en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 7, (2005), pp. 47-48. En la jurisprudencia sobre la indivisibilidad del contrato SSTs de 4 de diciembre de 1989, 28 de julio de 1990, 22 de mayo de 1992, 20 de abril y 27 de mayo de 1993 y 28 de octubre de 1997 (RJ 1989\8794, 1990\6185, 1992\5320, 1993\3104, 1993\3895 y 1997\7619 respectivamente); y sobre la divisibilidad STS de 30 de abril de 1986 (RJ 1986\2043).

3- Contractualidad

Dos son los aspectos del valor de la nota de la contractualidad en el concepto legal de las condiciones generales.

(1) El de las condiciones generales aparece como un problema, sea cual sea, en el seno de un contrato *existente*⁸⁸. Es decir, para hablar de condiciones generales es necesario suponer, como hacen las partes, que el contrato existe.

Ese resultado, que aparece como consecuencia de que las partes presuponen, al menos de modo preliminar, la aplicación de la norma sobre el consentimiento ya no puede ser revisado, es decir, no resulta fiscalizable al aplicar la norma de equilibrio.

Se trata de una consecuencia práctica del concepto de acuerdo nuclear: admitida la existencia del contrato, tampoco en la discusión sobre las condiciones generales, es posible revisar este supuesto.

La existencia del contrato determinada por la concurrencia de sus elementos esenciales –creencia, que al menos de modo preliminar, expresa el acuerdo nuclear– habrá de ser enjuiciada naturalmente una vez que haya desaparecido su presuposición, inherente a la aplicación de la norma de equilibrio.

En efecto, no es que no sea posible revisar la validez del contrato en sí mismo, sino que esa revisión ha de hacerse directamente, a la luz de las reglas codificadas sobre el consentimiento, sobre la base de las peticiones de las partes, no a través de la aplicación de la norma de equilibrio a las condiciones generales, porque cuando consideramos las condiciones generales ya hemos dado por supuesta la existencia del contrato.

(2) La calificación de las condiciones generales como contractuales, expresa que el concepto de contrato es normativo para las condiciones generales, que todavía, en el

⁸⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, Civitas, Madrid, 1996, pp. 30 y 31.

momento de la tesis, no son sino esos términos contractuales oscurecidos por la disociación.

Ello significa que no pueden tenerse por contractuales condiciones generales unilaterales o abusivas, es decir, un contenido contrario al concepto del contrato como intención común en el que se conserva la independencia y propiedad de las partes⁸⁹.

No se trata de un mandato dirigido a partes libres para que hagan o dejen de hacer, sino que es más bien una exigencia de coherencia en el hacer de esos contratantes libres, una regla que brota de la naturaleza del acto mismo, según la cual dicho acto, las condiciones generales incorporadas al contrato, deben ser, lo que manifiestan ser, es decir, contrato, contenido contractual.

Entonces la coherencia exigible a las partes mediante la exigencia de contractualidad de las condiciones generales es la que deben a sus propios actos. Pero esa coherencia, al venir impuesta por el concepto legal de las condiciones generales de la contratación, la hemos identificado como el *segundo efecto* del mismo. En él se encuentra, como veremos en el capítulo III, el asiento abstracto de la norma de equilibrio.

3.1- El contenido de la norma que sujeta a las condiciones generales: pancontractualidad

Tras la conclusión del contrato, al intérprete en el momento en que toma contacto con el contrato por adhesión las condiciones generales se le presentan no sólo como ese contenido contractual oscurecido por la disociación, sino que se le aparecen también como una posibilidad, aunque sea una posibilidad indeterminada, de consenso.

⁸⁹ Considera al contrato como una provincia de la *property rule*, aunque se acoge a un fundamento que hace abstracción de ello, PAZ-ARES, C., "La economía política...", pp. 664-665 y 667.

Pero, esa posibilidad que en la codificación se halla abandonada a una *contingencia* de la que no es posible salir por las solas reglas legales de interpretación, recibe, por medio de la nota de la contractualidad del concepto *legal* de las condiciones generales de la contratación, una determinación contraria, es decir, una determinación no contingente sino necesaria, una determinación normativa.

Por medio de la misma no sólo son una posibilidad de consenso, sino que *deben ser*, y deben serlo por imperativo de su concepto legal, consenso efectivo, no sólo una posibilidad de contrato sino contrato efectivo.

La nota de la contractualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación nos indica entonces que si bien la certeza sobre que las condiciones generales sean consenso efectivo –intención común- no es algo que resulte con evidencia, inmediatamente, del contenido contractual mismo, ello no es óbice para que sólo valgan aquellas condiciones generales que sean verdadero contenido contractual.

Entonces la nota de la contractualidad de las condiciones generales en su concepto legal recoge junto a la disociación la necesidad normativa de salir de ella. Ello a su vez nos muestra que la contractualidad de las condiciones generales no es algo que resulte evidente por las condiciones generales mismas sino que esa certeza sólo deviene necesaria como resultado de la aplicación de una norma, es decir, que esa certeza no resulta del contenido contractual mismo sino que le viene de fuera, de un imperativo legal, que en el momento de la tesis, se halla en la nota de la contractualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación.

Se nos revela así que esa norma es paracontractual en cuanto resulta paralela o agregada a las reglas codificadas sobre el consentimiento. Pero esa norma, no es un “*deux ex maquina*” sino que es la regla que impone la naturaleza misma de la cosa, esa regla no es otra que la que hace imperativo para las condiciones generales el concepto de contrato. Por tanto, esa regla, es, también, pancontractual. Vamos a verlo.

Ya hemos dicho que la contractualidad encierra una determinación normativa que impone salir de la disociación o posibilidad de disenso propia de las condiciones generales, en suma, por la contractualidad, la posibilidad de disenso debe ser negada, lo que inmediatamente da lugar a la afirmación de la posibilidad contraria, la posibilidad de consenso, es decir, del contenido contractual como contrato efectivo.

Así, en la nota de la contractualidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación, la negación de la posibilidad de disenso es inmediatamente el consenso. *A su vez, el consenso como resultado o realidad de aplicación de una norma nos indica que la norma que se aplica es el concepto de contrato.* Entonces, la selección en el contenido contractual de todos aquellos aspectos que respondan a un acuerdo efectivo y real es la ley de bronce del contrato por adhesión⁹⁰.

Esa naturaleza del contenido contractual de ser acuerdo efectivo y real, es decir el concepto de contrato para las condiciones generales, como norma concreta para ellas, es la norma de equilibrio.

Ello no resulta completamente evidente de lo que se acaba de decir, por lo que en el capítulo III, como he dicho, nos ocuparemos de su determinación y desarrollo, sin embargo, con ello, queda residenciada en el art. 1.1 LCGC la norma abstracta o estricta de equilibrio⁹¹.

Sin embargo, lo que ahora resulta característico es que la norma de la que hablamos cualesquiera que sea su contenido recoge entre sus notas el ser para y pancontractual. Tal vez se trate de una regla que pudiéramos halla implícita en los códigos y que aflora, quizás, por alguna casualidad, ahora, sin embargo, su formulación es una tarea que sólo realiza y exterioriza el nuevo Derecho privado social.

⁹⁰ Aunque limitada al control de inclusión, alude a esta idea PINTO MONTEIRO, A., "El problema de las condiciones generales de los contratos y la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores", en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 219, (1996), p. 84.

⁹¹ Art. 1.1 LCGC: 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.

Pero no se trata de una norma que haga del contrato por adhesión otra cosa distinta que lo que es, contrato. Precisamente lo que hace esa norma del contrato por adhesión es reconciliarle imperativamente con su íntima naturaleza de contrato, por eso parece, otra vez, archirredundante, es decir, es para y pancontractual.

Y añadimos, de ello resulta patente la necesidad del concepto legal de las condiciones generales de la contratación y su sobresaliente importancia en el régimen del contrato por adhesión.

Finalmente, nos queda retener que mientras el acuerdo nuclear expresa la existencia del contrato y su valor normativo respecto del contenido contractual, esté o no formado por condiciones generales de la contratación, la nota de la contractualidad refiere el valor normativo del concepto de contrato, como si viniera a concretar las conclusiones preceptivas que arrancan del acuerdo nuclear, sólo a las condiciones generales pero no al resto de los términos contractuales, los cuales, quedarán determinados normativamente por el acuerdo nuclear, también, según las peculiaridades sociales que hemos visto más arriba⁹².

4- Predisposición y predisposición especial

La predisposición, tomada en general, aparece, ante todo, como *un antes* de la celebración del contrato concreto, ya se refiera a un contenido resultado de la negociación o de la imposición, sin embargo, se presenta con frecuencia no como uno más de los requisitos sino como el requisito sobresaliente del concepto legal de las condiciones generales de la contratación⁹³.

Ahora bien, la predisposición sin calificativo, la predisposición en sí o en general, como mera necesidad de formulación *previa* de lo que habrá de convertirse por el

⁹² Vid. en el capítulo I, el último párrafo de I, 3.1- Significado de la contradicción entre acuerdo nuclear y términos contractuales del contrato por adhesión.

⁹³ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "El Proyecto de Ley sobre condiciones generales...", p. 865.

consentimiento en contenido contractual, es necesaria en todo contrato, ya sea contrato por negociación o por adhesión.

Ello es cierto hasta el punto que si no media predisposición, unilateral, bilateral o de un tercero, rige la predisposición legal, el Derecho dispositivo junto con las demás fuentes de integración contractual (art. 1258 CC).

Sin embargo, la esencia de la significación o valor de la predisposición del contenido contractual como requisito del concepto de las condiciones generales de la contratación no es sólo el ser una predisposición en sí, mera formulación anticipada del contenido contractual, sino sobre todo el ser una predisposición *especial*, el ser predisposición unilateral del profesional para una pluralidad de contratos.

En el capítulo siguiente desarrollaremos este punto, pero analizaremos también las peculiaridades de la predisposición en sí o en general cuando la misma se refiere al contrato por adhesión.

No es posible en este punto pasar por alto que la predisposición en sí o en general, parafraseando a GAOS, no es sino el tercer elemento o aspecto de la predisposición especial concebida como una estructura unitaria y triple⁹⁴.

De modo que sin menoscabo de la unidad de esa estructura, se destacarán en ella tres elementos o aspectos, a saber, la predisposición en general o en sí, la unilateralidad de la predisposición y la generalidad de la misma.

No debe confundirse la predisposición en sí, en la que la misma se toma en su valor de antecedente del contenido contractual, de la generalidad de la predisposición como peculiar característica de la predisposición del contrato por adhesión, consistente en su concepción “para una pluralidad de contratos”.

Tras lo dicho la alteración del panorama dogmático del Derecho contractual es sorprendente. La predisposición fruto de la negociación no se identifica ya con la

⁹⁴ GAOS, J., “Introducción a *El ser y el tiempo* de Martin Heidegger”, FCE, Madrid, 1993, tercera reimpresión, p. 27.

predisposición en sí sino que es también predisposición especial, pero predisposición especial fruto de la negociación, es decir, (1) unilateral, bilateral o de un tercero y (2) “para ese contrato”.

Frente a las predisposiciones especiales sigue alzándose la predisposición en sí que, sin embargo, por esa particularización aparece purificada como el simple antecedente del contenido de todo contrato ya sea por adhesión o por negociación.

5- Imposición y negociación

La imposición es la incorporación al contrato, tras la adhesión, del contenido contractual prescindiendo, en todo o en parte, de la negociación, lo que sólo cabe en la contratación masiva⁹⁵.

Al excluir al adherente de la negociación el predisponente no admite contrapropuestas de su contraparte, por lo que se incorpora al contrato es el formulario del profesional⁹⁶.

Hemos visto como la sustitución de la negociación por la imposición del formulario, posible por la mayor fuerza contractual del profesional, imprime en las condiciones generales la nota de la disociación, y en el resto del contenido contractual la anfibología.

Por la imposición se incorpora al contrato por adhesión la predisposición especial, es decir, unilateral y “para una pluralidad de contratos”, aunque su fundamental caracterización es negativa, en cuanto, como hemos visto, por ella pasa al contrato por adhesión una posibilidad de disenso.

⁹⁵ WILHELMSSON, T., “Workshop 1. The scope of the directive: non-negotiated terms in consumer contracts (Article 1(1), 3(1), 4(2))” en “THE ‘UNFAIR TERMS’ DIRECTIVE, FIVE YEARS ON. Evaluation and future perspectives”, Conferencia de Bruselas, 1-3.7.1999, p. 94.

En http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/unfa_cont_term/uct04_en.pdf.

⁹⁶ La imposición impide al adherente influir en el contenido contractual, vid. PAGADOR LÓPEZ, J., “Lección 8ª. Los contratos celebrados con consumidores mediante cláusulas predispuestas e impuestas: la nueva redacción de la LGDCU”, en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coordinado por G. Botana García y M. Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, p. 187.

También hemos visto como la imposición es sucesión inmediata de la predisposición especial y de la adhesión. La negociación es de la misma manera sucesión inmediata, pero *del acuerdo* y la adhesión, por lo que a lo que se adhieren las partes en el contrato por negociación no es a lo formulado en exclusiva por una de ellas, sino al resultado de los tratos preliminares y de la negociación, que puede ser formulado por una de ellas, por ambas o por un tercero.

5.1- Incorporación por imposición o por negociación

La incorporación de la predisposición sólo puede producirse o por la negociación o por la imposición.

La negociación plasma como contenido contractual el resultado de los tratos preliminares que han culminado en un acuerdo, la predisposición especial del contrato por negociación.

La imposición plasma el resultado no de cualquier predisposición, sino únicamente de la predisposición especial del contrato por adhesión, es decir, unilateral pero para una pluralidad de contratos.

Por tanto, el secreto de la incorporación se halla en la predisposición. La incorporación de la predisposición especial del contrato por adhesión es imposición, la de la predisposición especial del contrato por negociación es fruto de la negociación misma.

La negociación, en cuanto a la incorporación se rige por la libertad de forma, la imposición, por los requisitos de inclusión, pero entonces se trata de una incorporación formal.

Si consideramos la incorporación en su aspecto material, como reunión del acuerdo nuclear con los términos contractuales, entonces la de las condiciones generales al contrato se produce sólo tras la revisión del equilibrio del contenido contractual,

donde evaluamos y apreciamos o no la contractualidad de las condiciones generales a la luz de la norma de equilibrio que resulta aplicada en esa revisión.

5.2- Identidad entre lo incorporado y lo predispuesto

Al referirnos a la incorporación de las condiciones generales al contrato se pone de manifiesto que las cláusulas predispuestas, se integran directamente, sin que la adhesión modifique su contenido, al contrato por adhesión, es decir, que lo que se incorpora es idéntico a lo predispuesto.

La identidad entre lo incorporado y lo predispuesto no es privativa de la imposición, sino que ocurre lo mismo con la incorporación por negociación⁹⁷. Ahora bien, lo predispuesto en el contrato por adhesión (1) lo es en exclusiva por el profesional en ejercicio de su privilegio de regulación –unilateralidad del contenido- y no es modificado por la adhesión, ya que el adherente queda excluido de la negociación.

Por tanto, la imposición no es sino la realidad o realización de la predisposición unilateral del profesional, que revela en la práctica la iniciativa exclusiva del mismo sobre la formulación de las condiciones generales.

Por tanto, la incorporación por imposición conserva en el contrato por adhesión o por imposición la unilateralidad de esa predisposición y, por tanto, por medio de la imposición pasa al contrato por adhesión la posibilidad de disenso.

(2) Además, lo predispuesto es para una pluralidad de contratos, por lo que por la adhesión se conserva en el contrato por adhesión una creencia contingente en que el contenido contractual responde a la verdadera intención común de las partes, creencia que descansa en el hecho de la confluencia de múltiples voluntades, del predisponente y de los adherentes, sobre un contenido idéntico.

⁹⁷ Se trata de la regla del espejo, vid. ARROYO APARICIO, A., “Los Contratos a Distancia...”, p. 238.

Por tanto, por la imposición pasa también una posibilidad de consenso. Veremos más adelante esta circunstancia.

En resumen, por la imposición pasa al contrato por adhesión, íntegramente la predisposición, pero la predisposición especial, es decir, tanto la posibilidad de disenso, como su contraria, la de consenso.