

TRASCENDENCIA DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN EL DERECHO DE OBLIGACIONES ¹

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.—2. LAS NUEVAS COORDINADAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES: EL TRÁFICO PATRIMONIAL EN MASA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. A. Las nuevas circunstancias socioeconómicas: el tráfico patrimonial en masa. B. La protección de los consumidores. a) Sobre la situación de inferioridad de los consumidores. b) Sobre la necesidad, características e inconvenientes de una política jurídico-privada de protección a los consumidores. C. Plan de la exposición.—3. LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO.—4. JUSTICIA CONTRACTUAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES. A. Planteamiento. B. Autonomía de la voluntad y justicia contractual. C. Conmutatividad, equilibrio de las prestaciones y justicia contractual sustantiva.—5. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN ASPECTOS CONCRETOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO. A. Planteamiento. B. Fase precontractual: la formación del contrato. C. Contenido y cumplimiento del contrato.

¹ Versión original, y más extensa, de la ponencia redactada para su exposición en el «Congreso Internacional sobre la reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores», celebrado en Zaragoza los días 15 a 18 de noviembre de 1993. La limitación de espacio impuesta por la organización a los ponentes motivó una segunda versión, descargada de aparato crítico, que fue la que vio la luz en el volumen de ponencias que se entregó a los congresistas.

1. PLANTEAMIENTO

1. Como es sabido, el Derecho de obligaciones no es inmune frente a los cambios de diverso tipo que experimenta la sociedad cuyas relaciones patrimoniales (en sentido amplio) está llamado a regir. Antes bien, la consistencia y configuración del Derecho de obligaciones en un momento y lugar determinados, dependen estrechamente de su substrato socio-económico e ideológico. El mito de la permanencia e inmutabilidad histórica de las reglas establecidas por los jurisconsultos romanos —afirmación usual en tiempos de las primeras codificaciones, ligada directamente a sus fundamentos ideológicos y iusfilosóficos—², al igual que el de su neutralidad ideológica, hace ya tiempo que ha caído. En palabras de Mazeaud-Chabas, «el Derecho de obligaciones, como todas las instituciones, varía bajo la influencia de las ideas morales, de las condiciones sociales y del medio económico. Ninguna gran codificación, ni la de Justiniano, ni la de Bonaparte, han podido detener la evolución del Derecho. La afirmación según la cual el *Derecho romano* ha establecido, de una vez por todas, los principios del Derecho de obligaciones, no es del todo falsa; pero no es válida —con serias reservas, además— más que para las *reglas técnicas que se refieren al mecanismo jurídico de la obligación*: si bien el razonamiento lógico abstracto sobre el que reposa esta construcción se ha conservado en parte, *el espíritu del Derecho de obligaciones ha cambiado completamente tanto en el transcurso de la evolución del Derecho romano, como durante la Edad Media por influencia de los canonistas, como, en fin, tras el Código civil*, por el legislador, a quien empujan las necesidades sociales y económicas, y por los Tribunales, comprometidos en hacer penetrar más profundamente la moral en esta parte del Derecho» (las cursivas son de los autores)³. Desde esta perspectiva, la sola consideración de las profundas alteraciones experimentadas desde la etapa codificadora, tanto por la realidad económico-social como por los planteamientos ideológicos socialmente dominantes,

² Así, BIGOT DE PREAMENEU, en la Presentación al Cuerpo Legislativo del Título de los Contratos, o de las Obligaciones convencionales en general, decía: «pero es tal el orden admirable de la Providencia, que no es preciso, para regular todas estas relaciones (contractuales y obligacionales), sino conformarse con los principios que se encuentran en la razón y el corazón de todos los hombres. Es aquí, en la equidad y en la conciencia, donde los romanos han encontrado este cuerpo de doctrina que hará inmortal su legislación... Sería difícil esperar que se puedan hacer progresos en esta parte de la ciencia legislativa.»: *cit.* por MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, t. II-1.º (8.ª ed., Paris, Montchrestien, 1991), pp. 17 y s.

³ MAZEAUD-CHABAS, *op. cit.*, p. 23; consideraciones paralelas entre nosotros, por ejemplo, en LACRUZ BERDEJO, LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, t. II-1.º (Barcelona, Librería Bosch, 1985), p. 15; o DÍEZ-PICAZO, *El Derecho de obligaciones en la codificación civil española*, en «Centenario del Código civil», t. I (Madrid, Centro de Estudios «Ramón Areces», 1990), pp. 713 y s.

permitiría concluir, sin más, que el Derecho de obligaciones codificado —*i.e.*, liberal-individualista— (que merece el calificativo de «tradicional», en cuanto que es el recibido de quienes nos precedieron, transmitido por ellos)⁴ por un lado no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico, y por otro responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su ineptia funcional⁵. Sobre todo lo cual vale la pena detenerse brevemente.

2. LAS NUEVAS COORDENADAS DEL DERECHO DE OBLIGACIONES: EL TRÁFICO PATRIMONIAL EN MASA Y LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A. Las nuevas circunstancias socioeconómicas: el tráfico patrimonial en masa

2. En palabras de Díez-Picazo⁶ «toda la teoría general de las obligaciones vigente hasta ahora estaba pensada sobre los esquemas de una economía agraria y de una economía de pequeños comerciantes. Las obligaciones son siempre obligaciones de dar cosas específicas y obligaciones pecuniarias; por excepción, existen las llamadas obligaciones genéricas, pero con referencia a géneros muy poco diferenciados»⁷. A su vez, sobre este panorama socio-económico incide decisivamente el planteamiento ideológico del liberalismo individualista, lo que produce la que cabría

⁴ Con mayor perspectiva histórica, se ha dudado de que el calificativo de «tradicional» sea el más adecuado para calificar el Derecho nacido al calor de los planteamientos liberales: cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, p. 1068, para quien el Derecho del consumidor «ha sido un movimiento renovador del Derecho, o mejor dicho de un retorno al atender la naturaleza propia, tradicional, del contrato, desconocida por la concepción liberal prevalente hasta ahora». Consideraciones paralelas, para el Derecho anglosajón (no codificado, pero también con fuerte inspiración liberal a partir de fechas muy similares), en ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract* (3.^a ed., Oxford, Clarendon, 1981), p. 13.

⁵ Aunque, como veremos más adelante, los planteamientos neoliberales que ya denunciara DE CASTRO (cfr. su, como siempre, magistral, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 988 y ss.) intenten —en parte con razón— reivindicar ese fundamento ideológico por la vía, fundamentalmente, del análisis económico del Derecho (pero *vid.* las interesantes observaciones de COOTER acerca de la neutralidad del mencionado análisis económico del Derecho: *Le migliori leggi giuste: I valori fondamentali nella analisi economica del Diritto*, «Cuadrimestre», 1991, pp. 534 y s.).

⁶ *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II (Madrid, Civitas, 1993), p. 56.

⁷ Para el Código de comercio, *vid.* también las consideraciones de FONT GALÁN, en *La protección de los consumidores en el Derecho Privado: del viejo Derecho de los comerciantes al nuevo Derecho de los consumidores*, «Curso sobre el nuevo Derecho del consumidor» (Madrid, 1990), pp. 19 y s.

denominar concepción «clásica» (liberal) del contrato, que aparece como la fuente de obligaciones por excelencia. En palabras ahora de Lacruz, «se trata de una visión del contrato fundada en, a") la igualdad de las partes, situadas ambas en un mismo rango, con iguales posibilidades de exigir y prestar; y b") la libertad plena de ambas, que concurren espontáneamente a pactar lo más acorde con sus intereses»⁸. La combinación de estos factores con el principio (elevado a la categoría de «dogma jurídico» en esta época) de autonomía de la voluntad, se traduce en el postulado de respeto absoluto y casi incondicionado de la voluntad contractual, que no puede verse modificada legal ni judicialmente por consideraciones de justicia material (el ejemplo más típico es la desconfianza hacia la rescisión por lesión en numerosos códigos decimonónicos: típicamente, el C.c. español): si las partes son iguales y libres (es decir, ninguna tiene una posición superior a la otra que permita imponerle sus criterios o intereses), lo acordado por ellas —fruto de la negociación previa en la que se han ido equilibrando los respectivos intereses— debe ser cumplido en sus propios términos. Por decirlo brevemente, la que cabría denominar justicia contractual objetiva (cuya manifestación más clara es el principio de equivalencia objetiva de las prestaciones pactadas) es sustituida por la justicia contractual subjetiva (las prestaciones se consideran equivalentes porque las partes las han estimado como tales, con independencia de la proporcionalidad que pueda existir objetivamente entre ellas); de cuyas consideraciones procede, a su vez, la conocida expresión de Fouillé, «qui dit contractuel dit juste». Sobre lo cual, volveremos de nuevo *infra*.

El principio es, pues, la autorregulación y la autotutela⁹: si todos los ciudadanos son libres e iguales, y cada uno es el mejor defensor de los propios intereses y aspiraciones, el equilibrio de prestaciones y contraprestaciones a que se llega trabajosamente mediante la negociación contractual —por hipótesis, equilibrada— es la más fuerte garantía de protección de los intereses individuales. Lo cual presupone, naturalmente, un concepto determinado tanto del contrato como de su *iter* formativo, estrechamente unido a los condicionantes socioeconómicos e ideológicos de que vengo hablando. En expresión de Ghestin, referida al *Code* francés, «los redactores del Código civil han legislado tomando

⁸ LACRUZ, *Elementos...* t. II-2.º (Barcelona, Librería Bosch, 1987), p. 19. Como el mismo autor advierte, la evolución en los países anglosajones fue paralela, en estos aspectos: cfr. ATIYAH, *op. cit.*, pp. 4 y ss.; con mayor detalle en *Contract, promises and the Law of Obligations*, «Essays on Contract» (Oxford, Clarendon, 1986), pp. 10 y ss.; *vid.*, también, COOKE y OUGHTON, *The Common Law of Obligations* (2.ª ed., London-Dublin-Edinburgh, 1993), pp. 17 y ss.

⁹ Cfr. CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, RJC 1992-1, p. 96.

en consideración las relaciones contractuales existentes en los comienzos del siglo XIX. La industria y el comercio se practicaban entonces de manera artesanal o familiar. Las relaciones entre empleados o asalariados, o entre productores y consumidores, tenían carácter personal. Ya se tratase de la compra de un caballo en el mercado, o de un inmueble en la notaría, el contrato se concluía tras una discusión relativa a sus elementos esenciales»¹⁰. Similarmente, habla Díez-Picazo como paradigma de contrato, del «que se puede denominar «contrato por negociación» (que) es el resultado de una serie de tratos preliminares, conversaciones, discusiones y forcejeos que plasman definitivamente en declaraciones concordes. Este modelo ideal de contrato se aviene con personas que sólo contratan esporádicamente o con empresarios con un modo de producción artesanal que sólo operan sobre pedidos; o cuando se trata de prestaciones sumamente diferenciadas y particularizadas»¹¹.

En esta perspectiva, el último elemento que completa el panorama obligacional clásico, es el relativo a su fundamento económico (si se quiere, macroeconómico): me refiero al sistema (puro) de economía de mercado, y al principio de la libre competencia. En la teoría liberal a la que (nuevamente) responde este planteamiento, el ganador era el que hoy llamaríamos consumidor¹². En efecto, la libre competencia entre las empresas debería desembocar en la multiplicación de los bienes ofrecidos en el mercado, el aumento en su calidad y la disminución en su precio; de esta manera, el consumidor podría elegir entre más bienes, de mejor calidad y a menor precio. De ahí que no se considerara necesario proteger al consumidor más allá de en ciertos casos muy determinados, y mediante ciertas reglas también muy concretas, destinadas a reprimir algunas prácticas abusivas, conocidas desde antiguo¹³.

3. Nada de lo anterior, sin embargo, es ya como era (o como se creía que era): ni la realidad socioeconómica, ni su percepción ideológica, ni las consecuencias jurídicas que derivan de todo ello.

¹⁰ GHESTIN, *Traité de Droit civil. Les Obligations. Le contrat: formation* (2.^a ed., Paris, LGDJ, 1988), p. 37.

¹¹ Díez-PICAZO, *Fundamentos... cit.*, t. I (Madrid, Civitas, 1993), p. 130.

¹² En adelante, mientras no advierta otra cosa, voy a emplear el término consumidor en su acepción más amplia, de destinatario final de un bien para su empleo con fines personales, familiares o profesionales (es decir, en función de su uso, y no de su cambio, o transformación para el cambio). Entran aquí, por tanto, el consumo personal y familiar y el llamado consumo empresarial.

¹³ Cfr. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation* (3.^a ed., Paris, Dalloz, 1992), p. 1; similarmente, BOURGOIGNIE, DELVAX, DOMONT-NAERT y PANIER, *L'aide juridique au consommateur* (Bruxelles-Louvain la Neuve, 1981), pp. 3 y ss.; BOURGOIGNIE, *Eléments pour une théorie du Droit de la Consommation* (Bruxelles-Louvain la Neuve, Story-Scientia, 1988), pp. 34 y ss.

Desde el punto de vista socioeconómico, la alteración más importante (de la que las demás son consecuencia) es la aparición y progresiva consolidación de la llamada «sociedad de consumo», a partir de la Revolución Industrial, y de la introducción de los sistemas de producción en masa, principalmente, a los efectos que aquí interesan, de los bienes de consumo. De ahí deriva la comercialización y distribución en masa de dichos bienes, y el consumo (también masivo) de los mismos por la generalidad de los componentes de esa sociedad de consumo; por tanto, masas de bienes producidos, consumidos por masas de personas¹⁴. A la vez, «se produce una entrada en el tráfico económico de nuevas masas de servicios técnicos que determinan lo que se viene llamando el paso del sector industrial al sector terciario de servicios» (Díez-Picazo)¹⁵. Las consecuencias de todo ello, a diversos niveles, no son nada desdeñables.

En primer lugar, adoptando una perspectiva estructural, resulta que «en la economía moderna se ha producido una inversión de la relación existente entre la producción y el mercado. La gran empresa capitalista, de proporciones mastodónticas, con necesidades de programación a largo plazo, no permite que la producción se adapte al mercado, sino que deba ser al revés. En la famosa sociedad de consumo es el mercado quien tiene que adaptarse a las exigencias de la producción a través de la captación de los consumidores» (Díez-Picazo)¹⁶. Como dice Bourgoignie, «producción, distribución, cambio y consumo aparecen como los elementos de un todo orgánico cuyas estructuras y funcionamiento son determinadas por la producción, polo dominante del ciclo»¹⁷. Dicho con otras palabras, la producción en masa obliga a dar salida en el mercado a los bienes así producidos, cuya adquisición es impuesta al consumidor a través de técnicas muy diversas (¡y eficaces!). Es habitual citar entre ellas la publicidad y los diversos métodos de *marketing*¹⁸, la «diversificación «artificial» de los productos, la reducción deliberada de su vida útil»¹⁹ o, por fin,

¹⁴ Resaltan la importancia de este aspecto, entre otros, TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, «Directiva» I (1990), p. 6; FONT GALÁN, *La protección de los consumidores... cit.*, p. 17; o DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... II, cit.*, pp. 56 y s. Fuera de nuestras fronteras, por ejemplo, CRANSTON, *Consumers and the Law* (2.ª ed., London, Weidenfeld and Nicolson, 1984), pp. I y ss.; y L'HEUREUX, *Droit de la consommation* (3.ª ed., Montreal, Wilson & Lafleur Itée, 1986), pp. I y s. Por lo demás, el fenómeno de la masificación y sus repercusiones sobre el Derecho privado es de alcance más amplio: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El Derecho civil a finales del siglo XX* (Madrid, Tecnos, 1991), pp. 145 y ss.

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 56.

¹⁶ DÍEZ-PICAZO, *op. ult. cit.*, p. 57.

¹⁷ BOURGOIGNIE, *Elements... cit.*, p. 36. Parecidamente, L'HEUREUX, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; FONT GALÁN, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ GONDRA, *Derecho Mercantil*, t. I (Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1992), p. 98.

la difusión y generalización de nuevos mecanismos de financiación²⁰: al consumidor se le «convence» de la necesidad o conveniencia de adquirir un nuevo bien o servicio, y después se le facilitan los medios económicos para hacerlo (naturalmente, los problemas vienen más tarde, cuando hay que pagarlo...).

Las nuevas técnicas y métodos de producción, comercialización y distribución, provocan, a su vez, un mayor distanciamiento entre el productor y el consumidor, separados económicamente por una cadena relativamente larga de intermediarios²¹, y físicamente por la lejanía entre el centro de producción y el lugar de consumo; lejanía que repercute muchas veces, por otro lado, en un creciente desconocimiento de las características reales de los productos puestos en el mercado por parte del distribuidor o comerciante más cercano al consumidor final, que es con quien éste se relaciona directamente²². Por último, en este aspecto, debe ser destacada también la creciente complejidad y sofisticación de los productos, y la rapidez con que se producen cambios e innovaciones (¿reales? ¿puramente cosméticos?) en los mismos²³. Todo lo cual repercute, como veremos inmediatamente, en una más que notable opacidad del mercado frente al consumidor, que carece de fuentes de información fiables y de conocimientos propios suficientes para tomar decisiones razonables.

Queda por resaltar, en este apretado resumen, lo relativo a los mayores riesgos personales y patrimoniales que supone la producción y distribución en masa: la posibilidad de que se produzcan daños como consecuencia de la adquisición o empleo de bienes defectuosos es cualitativa y cuantitativamente muy superior en este nuevo panorama socioeconómico. Eso quiere decir tanto que los daños pueden afectar a un número muy importante de personas (intoxicaciones masivas, defectos de diseño que afectan a todos los productos fabricados conforme al mismo, etc.), como que la intensidad de esos daños puede alcanzar niveles hasta hace poco tiempo desconocidos (los ejemplos de la talidomida o de la intoxicación masiva por consumo de aceite de colza desnaturalizado son tristemente célebres). De estos daños, los más importantes, que han actuado como motor de la adopción de sistemas específicos de protección, son los personales —relativos a la salud y

²⁰ Cfr. L'HEUREUX, *op. cit.*, pp. 1 y s.

²¹ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; L'HEUREUX, *op. cit.*, p. 2.

²² En otros casos, sin embargo, se produce una integración del comerciante o distribuidor en la red comercial del fabricante, de manera que la información de que dispone es precisamente la que facilita el propio fabricante: cfr. GONDRA, *op. cit.*, p. 97.

²³ Cfr. GONDRA, *op. cit.*, p. 98; CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 1 y ss.

seguridad de las personas—²⁴, pero no puede desdeñarse la importancia de los puramente patrimoniales.

4. Todas estas nuevas realidades, consideradas en sí mismas (por tanto, sin incluir de momento elemento valorativo alguno fundamentado en la peculiar posición de cualquiera de los sujetos implicados) supone una alteración radical de los presupuestos socioeconómicos del Derecho de obligaciones tradicional, y determina la falta de aptitud del mismo para hacerles frente. Lo cual quiere decir, en un primer sentido, de carácter si se quiere más técnico —o menos valorativo—, que los instrumentos jurídicos tradicionales no son aptos para servir de cauce al nuevo tráfico patrimonial en masa. La realidad misma se ha encargado, por tanto, de forjar nuevos mecanismos que lo permitieran.

De entre ellos destacan por su importancia los que permiten la contratación en masa (que no es sino la traducción jurídica de la producción, distribución y consumo masivos): me refiero a la contratación estandarizada y, básicamente, a las condiciones generales de los contratos²⁵. El empleo de estos mecanismos aparece como una exigencia de racionalización de la actividad empresarial, que presenta, en síntesis de Alfaro Águila-Real, los siguientes efectos ventajosos (las cursivas son del autor): «las condiciones generales provocan una *reducción de los costes de celebración y regulación de los contratos (...)*; favorecen la *división de tareas* entre los miembros de la organización empresarial (...); facilitan la *coordinación* entre éstos (...) y hacen posible el *cálculo anticipado del coste de producción de los bienes y servicios* que ofrece la empresa»²⁶. El contrato mediante negociación previa que determina el equilibrio contractual de intereses, aunque pervive en determinados ámbitos²⁷, ha perdido buena parte de su importancia, y desde luego, no puede ser considerado ya como el paradigma del contrato. Pero entonces el papel de la voluntad de los intervinientes en un contrato celebrado conforme a condiciones generales ha variado sustancialmente, lo que provoca (en los términos a que me referiré, siempre brevemente, más adelante) un replanteamiento del papel de la autonomía de la voluntad en esta

²⁴ Cfr. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor* (Barcelona, J. M. Bosch Editor, S.A., 1990, p. 27)

²⁵ Pero se podrían mencionar también, como hace DIEZ-PICAZO (*Fundamentos...*, II, *cit.*, p. 56) los llamados contratos con máquinas automáticas y la facturación con ordenadores. Pero también los nuevos mecanismos de contratación a través de medios informáticos, a los que me referiré brevemente *infra*.

²⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación* (Madrid, Civitas, 1991), p. 28; en las páginas siguientes desarrolla cada uno de esos aspectos con mayor detalle. *Vid.* también LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, EC 16, pp. 58 y s.

²⁷ Cfr. DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* I, *cit.*, p. 130; GHESTIN, *Traité de Droit Civil, cit.*, p. 37.

fuerza de las obligaciones. El cambio afecta, pues, no sólo a la introducción de una nueva modalidad de contratar, sino a la teoría general del contrato y a la de las obligaciones (y, más radicalmente, a la misma determinación del concepto y efectos de la autonomía de la voluntad).

En esta misma línea, escribe Torres Lana que «el clásico principio *res inter alios acta* se revela insuficiente en cuanto que dirige la fuerza obligatoria del contrato —con todos sus efectos— hacia quien es parte —el minorista que ya no controla el proceso productivo— y deja fuera por ser tercero al fabricante o productor»²⁸.

Sirvan estas dos consideraciones como botón de muestra de lo acertado de la conclusión obtenida por Díez-Picazo: «todos estos datos provocan ... una erosión en la teoría tradicional de las obligaciones y la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos».

B. La protección de los consumidores

a) SOBRE LA SITUACIÓN DE INFERIORIDAD DE LOS CONSUMIDORES

5. Deliberadamente he evitado hasta este momento hacer referencia —salvo breves y necesarias alusiones— a las consecuencias perjudiciales que este estado de cosas puede tener en relación con quienes aparecen como la parte más débil en esa cadena de producción-distribución-cambio (adquisición) y consumo a que he aludido más arriba. Me refiero más concretamente al consumidor final, para un uso personal o familiar (de quien hablaré a partir de ahora)²⁹. Con razón se ha dicho que el consumidor ha pasado de ser soberano a súbdito, en la actual configuración del mercado³⁰, y se ha hablado del «mito absurdo» de la igualdad entre los contratantes³¹.

²⁸ TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., p. 6.

²⁹ Eso no quiere decir que los profesionales o empresarios no puedan verse también perjudicados, en cuanto tales (es decir, cuando intervienen actuando en su condición de profesionales), por dichas nuevas realidades. No cabe duda que también dentro de la genérica y heterogénea categoría de los profesionales pueden producirse situaciones específicas de desigualdad: cfr. GHESTIN, *op. últ. cit.*, pp. 39 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones*, RJN 13 (1992), p. 48; desde otra perspectiva, BOUGOIGNIE, *Elements... cit.*, pp. 52 y ss.

³⁰ Cfr. GONDRA, *Derecho Mercantil*, cit., pp. 98 y s.

³¹ Cfr. MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit Civil*, cit., p. 29.

Esa situación de inferioridad viene determinada por las propias características de la configuración actual del mercado, tal y como ha quedado descrita más arriba, que implica, por un lado «una constante reducción de la esfera de decisión autónoma y racional del consumidor»³², y por otro, una más que notable reducción de la capacidad de reacción del mismo frente a los perjuicios sufridos.

Si tomamos, a efectos expositivos, la celebración de un contrato de adquisición de un producto como paradigma de la actuación típica del consumidor en el mercado, se podrá apreciar fácilmente cómo concurre esa situación de inferioridad en sus diferentes fases:

1) En la fase precontractual, la demanda viene inducida muy habitualmente por el empleo de técnicas publicitarias y de *marketing* cada vez más agresivas, sofisticadas y tecnificadas, a cuya eficacia difícilmente puede sustraerse el consumidor medio; técnicas éstas que influyen decisivamente en la misma estructura de las necesidades del consumidor³³, llegando a configurarlas. De esta manera, la voluntad del consumidor aparece afectada ya desde el mismo momento en el que toma la decisión de adquirir. Naturalmente, la publicidad cumple también una función informativa, que es la que la legitima originariamente; pero sobre esa función informativa ha acabado dominando la función suasoria³⁴, que se dirige más a determinar la voluntad del consumidor que a enriquecer su conocimiento. Del mismo modo, las técnicas de *marketing* pueden tener un cierto sentido en cuanto facilitan la adquisición de determinados productos a quienes de otra forma tendrían difícil acceso a ellos, pero presentan también más que notables aspectos de influencia sobre la voluntad del consumidor³⁵.

En esta misma fase la elección del consumidor se ve seriamente afectada por su falta de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos cambiantes y crecientemente sofisticados³⁶, y por la inexistencia real de canales de información eficaces, debido bien a la integración del suministrador inmediato en la red comercial del fabricante, bien a la falta de conocimientos por parte de dicho suministrador, bien a la impersonalidad de las grandes organizaciones de distribución³⁷.

³² GONDRA, *op. et loc. cit.*

³³ Cfr. GONDRA, *op. et loc. cit.*

³⁴ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit., p. 58.

³⁵ Cfr. la exposición de conjunto que realiza BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles y la protección del consumidor*, tesis doctoral inédita, pp. 28 y ss.

³⁶ Cfr. GONDRA, *op. cit.*, pp. 97 y s.; similarmente, CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*, cit., p. 6; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit., pp. 2 y s.

³⁷ Cfr. GONDRA, *op. et loc. cit.*

2) Ya en fase de determinación del contenido del contrato, la unilateralización del mercado³⁸ se acentúa a través de la utilización de condiciones generales de la contratación predispuestas por la contraparte profesional (y justificada teóricamente, según hemos visto, por exigencias de racionalización). La intervención de la voluntad del consumidor se limita a su adhesión a la reglamentación contractual establecida por el empresario o profesional: es, entonces, un consentimiento formal; el acuerdo efectivo recae, habitualmente, sobre la prestación y el precio y, en su caso, sobre determinados aspectos de la entrega o el pago³⁹. Nuevamente, se produce una unilateralización del instrumento contractual⁴⁰, cuya relevancia no es puramente formal (reglamentación contractual unilateralmente predispuesta, prescindiendo de la intervención de la voluntad de uno de los contratantes a la hora de formularla pero no a la de incorporarla al contrato, de acuerdo con la doctrina mayoritaria⁴¹), sino que provoca habitualmente un acusado desequilibrio en el contenido de esa reglamentación, en favor del predisponente, que puede ser calificado justamente como abusivo⁴².

Factores de índole material (formato del documento y tamaño del texto impreso), técnico (difícil inteligibilidad del contenido de las condiciones al profano —y en ocasiones a quien no lo es!—), cultural (hábito de contratar sin leer el clausulado), psicológico («utilización de textos impresos, que parecen por ello intangibles; y sensación de igualdad de trato, fácilmente confundida con la justicia»: Ghestin)⁴³, unidos al convencimiento —basado en la experiencia— de la práctica imposibilidad de encontrar condiciones predispuestas más favorables al consumidor en la «competencia», y de la inutilidad de intentar la negociación, determinan la especial debilidad de la posición del consumidor frente a la utilización de este mecanismo.

3) En la etapa de cumplimiento del contrato (post-contratual, si se quiere), la situación del consumidor tampoco es mejor, como consecuencia, fundamentalmente, de lo expuesto hasta ahora. En efecto, la falta de información y de conocimientos sobre las verdaderas características de los productos ofrecidos le inducen con frecuencia a basar su elección en caracteres secundarios (quizás, los resaltados por la publicidad), lo que genera un notable desconocimiento acerca de las características técnicas y prestacio-

³⁸ Tomo la acertada expresión de LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*

³⁹ Cfr. ALFARO, *Las condiciones generales... cit.*, p. 29.

⁴⁰ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 58.

⁴¹ Y ni siquiera a tal efecto, en opinión de ALFARO: *Las condiciones generales... cit.*, pp. 52 y ss.

⁴² Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 59; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 70 y s.

⁴³ GHESTIN, *op. cit.*, p. 70.

nes reales del bien adquirido. Ello dificulta el éxito de las reclamaciones en la misma medida en que supone una posición más sólida por parte del profesional (quien sí conoce lo que ha vendido); éxito que se ve comprometido también por la lejanía material entre el consumidor y el fabricante (responsable del eventual defecto), y la negativa del suministrador inmediato ser él quien haga frente a la reclamación. En este mismo sentido, las previsiones contractuales relativas a las reclamaciones, predispuestas por el profesional en las condiciones generales del contrato acordado, pueden convertir los derechos que teóricamente concede el Ordenamiento al consumidor en papel mojado: es lo que ocurre tanto con las cláusulas de limitación o exoneración de responsabilidad, como con las de garantía (que en más de una ocasión parecen estar dirigidas a limitarla, por el plazo o requisitos, más que a concederla)⁴⁴. Todo lo cual se ve agravado por la dificultad que suele presentar al consumidor el conocimiento de los propios derechos (muchas veces mejor conocidos por el profesional, precisamente para precaverse de ellos)⁴⁵, y por la carencia de mecanismos rápidos y eficaces de acceso a la justicia⁴⁶. Por lo demás, los resultados de una tal reclamación, llevada conforme a los mecanismos clásicos (vicios ocultos, incumplimiento contractual, vicios del consentimiento) no siempre resulta satisfactoria, desde el punto de vista de las aspiraciones del consumidor⁴⁷.

En cuanto a los eventuales perjuicios personales o patrimoniales que pueda experimentar el consumidor como consecuencia del empleo correcto de un bien defectuoso, ni la responsabilidad contractual ni la extracontractual en su concepción más tradicional (culpabilística) resultan ser mecanismo aptos para dar solución adecuada al problema. Respecto a lo primero, cabe aducir, con Parra Lucán, tanto los problemas derivados de la brevedad de algunos plazos (acción de saneamiento por vicios ocultos), como los relativos a la prueba y al propio concepto de defecto, así como el limitado ámbito personal de la protección así ofrecida⁴⁸. Por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual —que presenta la ventaja fundamental de prescindir de la eventual existencia de una relación previa entre dañante y dañado—⁴⁹, los obstáculos principales al éxito de la reclamación del consumidor deri-

⁴⁴ Sobre el tema en general, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía*, EC 16, pp. 97 y ss.

⁴⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁶ Sobre lo cual, *vid.* BONET NAVARRO, *Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores*, EC 16, pp. 25 y, ss.

⁴⁷ *Id.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

⁴⁸ Cfr. PARRA LUCÁN, *Daños por productos y protección del consumidor*, *cit.*, p. 240 (con mayor extensión, en pp. 188 y ss.).

⁴⁹ Cfr. PARRA LUCÁN, *op. cit.*, p. 242.

van fundamentalmente de algunos aspectos de hecho ya conocidos: la falta de conocimientos técnicos suficientes por parte del consumidor, el desconocimiento por el mismo de sus propios derechos y posibilidades de actuación, el alejamiento material entre el consumidor y el causante del daño (fabricante, normalmente) y la ausencia de mecanismos rápidos y eficaces de acceso a la justicia. En efecto, a la hora de justificar su reclamación el consumidor topa, en primer lugar, con problemas de prueba; en palabras de Parra Lucán, de acuerdo con los presupuestos de la responsabilidad extracontractual en nuestro Derecho «la víctima deberá probar para lograr la reparación que el demandado llevó a cabo una acción (u omisión) culpable que le causó un daño. Pues bien —continúa la citada autora—, la prueba de todos estos elementos en relación con los daños de productos resulta en la práctica imposible. El consumidor dañado por un artículo de consumo no puede, en primer lugar, identificar acciones u omisiones (y menos aún probar que eran culposas) del fabricante, distribuidor o vendedor en relación al proceso de producción y distribución porque éste es un mundo que le es totalmente desconocido. Mucho menos podrá, por tanto, demostrar que tales acciones u omisiones culpables fueron la causa del daño que experimentó»⁵⁰.

En resumen, puede decirse que la situación del consumidor no es tan idílica como pretendía ingenua, cuando no interesadamente el paleoliberalismo⁵¹. Paralelamente, el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos, y de libertad de regulación de la propia esfera, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas, precisamente porque la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, pero aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención —meramente adhesiva— de la voluntad del consumidor en el establecimiento de la reglamentación contractual, y por el mayor poder de que goza su contraparte profesional, que se traduce no sólo en la desigualdad negocial (imposición de las condiciones generales por el profesional), sino en la contractual (desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en favor del profesional).

6. En las páginas anteriores creo haber justificado suficientemente la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor frente a los empresarios o profesionales (fabricantes, distribuidores, suministradores de bienes o servicios). Esta situación de inferioridad del consumidor viene determinada por la propia estructura (o configuración, si se prefiere un término algo más neutro, desde el punto de vista al que aludiré en seguida) de un

⁵⁰ PARRA LUCÁN, *op. cit.*, pp. 244 y s.

⁵¹ Tomo la expresión de LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor, cit.*, p. 57.

mercado dominado por la ley de la oferta —por tanto, unilateralizado—; y también por el carácter «amateur» de la participación del consumidor en el mismo mercado (con consecuencias importantes: falta de conocimientos y de experiencia, así como carencia del tiempo y dedicación necesarios para adquirirlos, y para desarrollar el papel que le es propio: el consumidor por definición es un «aficionado» en el mercado; no hay consumidores «profesionales»), frente al carácter «profesional» que incumbe a la participación en el mercado del comerciante o empresario (con las correspondientes consecuencias respecto a la información, los conocimientos, la experiencia y la dedicación de quienes sí son «profesionales del mercado») ⁵².

Desde esta perspectiva, puede afirmarse que se trata de una situación de inferioridad típica o estructural ⁵³, agudizada por el

⁵² Aquí radica, en mi opinión, el acierto fundamental de la terminología empleada habitualmente por la doctrina francesa que, como es sabido, contrapone al consumidor el profesional: cfr., por todos, PIZZIO, voz «Consummation (Droit de la)» (1987), en *Encyclopedie Dalloz (commercial)*, núms. 409 y ss.; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, p. 38; MALAURIE-AYNES, *Droit civil. Les obligations* (2.^a ed., Paris, Cujas, 1990), p. 184; CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation, cit.*, pp. 5 y s.

⁵³ La subalternidad estructural del consumidor frente al profesional ha sido defendida, entre otros, por REICH, *Mercado y Derecho* (trad. de A. FONT, Barcelona, Ariel, 1985), pp. 158 y ss. [hay, del mismo autor, una «Introducción» a la edición española del libro, RDM 178 (1985), especialmente pp. 751 y ss.] —sobre la discusión en Alemania, que ha tenido una carga ideológica muy fuerte, y probablemente decisiva en la configuración de la opinión mayoritaria, y se ha centrado en la necesidad o conveniencia de configurar las normas de protección a los consumidores como un «Sonderprivatrecht», vid. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, AcP 183 (1983), especialmente pp. 349 y ss.; JOERGES, *Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts*, AG 3/1983, pp. 57 y ss.; y PFLUG, *Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (München, Beck, 1986), pp. 19 y ss.—. Este planteamiento ha sido recibido en España (a lo que entiendo, sin esas connotaciones ideológicas ni finalidades que lo caracterizaron en Alemania), entre otros, por FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado, cit.*, pp. 15 y ss.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 57 y ss.; o MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los consumidores y usuarios* (R. BERCOVITZ-J. SALAS, coord., Madrid, Civitas, 1992), sub. art. 7, pp. 123 y ss.

Por sus connotaciones ideológicas, la radicalidad de sus planteamientos y las finalidades de reforma global del sistema dentro de un modelo de Derecho social, la afirmación fue inmediatamente contestada en Alemania: cfr., por ejemplo, LIEB, *op. cit.*, pp. 361 y ss. (en la p. 363 afirma que el consumidor no se encuentra, como tal en una situación de inferioridad, sino que las desigualdades se dan en los casos concretos, como consecuencia de la posición contractual del consumidor o de las especialidades del contrato de que se trate); ZÖLNER, *Die politische Rolle des Privatrechts*, JuS 1988-5, especialmente pp. 332 y ss. Entre nosotros, reciben este planteamiento GONDRA, *Derecho Mercantil, cit.*, pp. 108 y ss.; y, más radicalmente, ALFARO ÁGUILA-REAL, en ADC 1993, pp. 300 y ss.

Con todo, creo cierta, y suficientemente justificada, la afirmación realizada en el texto, que carece (al menos en mi planteamiento) de la carga político-ideológica que lo caracterizó en Alemania. Autores nada sospechosos la comparten, en sus líneas más generales. Así, DE CASTRO se refiere al carácter de parte presumiblemente más débil que incumbe al consumidor (*Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*,

empleo de los mecanismos e instrumentos jurídicos característicos del tráfico en masa, frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse adecuadamente, precisamente como consecuencia de esa situación de inferioridad⁵⁴.

Conforme a todo lo anterior, resulta que a la ya aludida necesidad de proveer al ordenamiento de un conjunto de normas apto para regular adecuadamente los nuevos mecanismos e instrumentos del tráfico en masa, para evitar los riesgos que su utilización implica en cualquier caso⁵⁵, se une ahora la de predisponer un conjunto normativo destinado específicamente a la defensa de los intereses de los consumidores.

Desde otro punto de vista, la toma en consideración de la situación e intereses de los consumidores tiene una función adicional de primera magnitud, en relación precisamente con la regulación del tráfico en masa, según he tenido ocasión de poner de relieve en otras ocasiones: «el llamado Derecho de los consumidores puede desempeñar un papel de primer orden en la evolución (del Derecho Privado patrimonial)... ya que precisamente en las relaciones entre consumidores y profesionales se pueden apreciar con mayor nitidez los problemas y consecuencias poco deseables del tráfico en masa. Porque los problemas que tan agudamente se plantean respecto a los consumidores no encuentran su única causa en la situación de inferioridad en la que éstos se hallan. Tal

p. 1062), y a la situación de inferioridad social del consumidor final (*ibid.* p. 1082); GONDRA, como hemos visto, señala que el consumidor ha pasado de ser soberano a súbdito: es decir, que ha pasado a encontrarse en la situación típica de subordinación que caracteriza a los súbditos (*op. cit.*, pp. 98 y s.: pero *vid.* también p. 108, donde pone en duda que la situación de desigualdad pueda darse por típica y generalizable a todos los consumidores, a efectos de configuración de un Derecho especial de los consumidores); y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ califica al consumidor como «parte débil en las relaciones típicas de mercado» [*La competencia desleal* (Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1988), p. 128]. Lo cual no prejuzga, a mi entender, la creación de un nuevo Derecho especial del Consumo o de los Consumidores —cuestión que, al decir de BOURGOIGNIE (*Elementos... cit.*, p. 202) no presenta sino un interés teórico y relativo—; sobre lo cual, me remito a (y me reafirmo en) mi comentario al art. 7 LCU (*Comentarios LCU, cit.*, especialmente pp. 133 y ss.).

Por lo demás, la afirmación de que el consumidor se encuentra en situación de desigualdad o inferioridad —sin ulteriores calificativos— frente al profesional es moneda corriente en la doctrina española y extranjera. Su misma abundancia me exime de una cita que alargue excesiva e innecesariamente esta ya demasiado extensa nota.

⁵⁴ Ya he indicado más arriba cómo no es ésta la única situación de inferioridad que puede darse en el mercado. De hecho, también entre los profesionales pueden producirse desigualdades notables, que beneficien a unos y perjudiquen a otros. Pero la que afecta al consumidor es, probablemente, la única que presenta ese carácter típico al que me he referido más arriba.

⁵⁵ Lo cual se refiere fundamentalmente a los mecanismos relacionados de forma más directa con el contrato, en su fase *in fieri* (la publicidad y las condiciones generales de la contratación); quedan, sin embargo, en la penumbra lo relativo al cumplimiento (conformidad y garantía) y la responsabilidad (contractual y extracontractual).

cosa sirve para hacerlos más acuciantes. Su origen está también en las propias características del tráfico en masa, que se da no sólo entre profesionales y consumidores, sino también entre los propios profesionales... Pues bien, precisamente la situación estructural de inferioridad de que adolecen los consumidores propicia el nacimiento y extensión de esos problemas y consecuencias con mayor rapidez y evidencia que en otros supuestos. El Derecho de los consumidores no es sólo un excelente campo de cultivo de los gérmenes patógenos del tráfico y consumo en masa; puede servir también como laboratorio de experimentación y banco de pruebas de los remedios más eficaces. Una vez comprobadas su bondad y eficacia cabría generalizarlos a todo el Derecho Privado patrimonial, permitiendo así su evolución, y, con ella, que sean las normas generales las que regulen un campo cuya generalidad, desde el punto de vista sociológico, no necesita mayores ponderaciones»⁵⁶. Con razón se ha dicho, en este sentido, que la necesidad de proteger a los consumidores pone en evidencia la insuficiencia de la teoría clásica del contrato⁵⁷.

Por lo demás, esa misma necesidad de proteger jurídicamente a los consumidores ha determinado también un giro espectacular en la concepción genérica del Derecho de la Competencia, entre cuyas funciones básicas se señala ahora la defensa de los intereses del consumidor (aunque sea desde la perspectiva, algo sesgada e insuficiente en mi opinión, de la obtención de un funcionamiento eficiente del mercado)⁵⁸.

b) SOBRE LA NECESIDAD, CARACTERÍSTICAS E INCONVENIENTES DE UNA POLÍTICA JURÍDICO-PRIVADA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES

7. Hasta la fecha, el mercado se ha mostrado incapaz de solventar por sí mismo los problemas creados por su configuración actual en relación con los consumidores, del mismo modo que la teoría jurídica tradicional ha resultado ser insuficiente para dar respuesta jurídica a esas mismas cuestiones, en su vertiente jurí-

⁵⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Prólogo» al vol. de *Legislación Básica de Consumo* a cargo de MARTÍNEZ DE AGUIRRE y PARRA LUCÁN (Madrid, Tecnos, 1992), pp. 19 y s.

⁵⁷ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, cit., pp. 116 y ss.

⁵⁸ Cfr. *ad rem*, recientemente, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, cit., especialmente pp. 89 y ss.; y VIRGOS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo Derecho español de la competencia desleal* (Madrid, Civitas, 1993), especialmente pp. 17 y ss. y 61 y ss. Pero *vid.* también las consideraciones críticas de CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 17 y ss; o BOURGOIGNIE, *Eléments...* cit., pp. 159 y ss.

dica⁵⁹. Ha sido preciso, por tanto, adoptar medidas de carácter jurídico, cuya finalidad específica es la protección de los intereses del consumidor, como parte más débil⁶⁰.

Un primer conjunto de medidas son aquellas dirigidas más directamente a restaurar (o, quizás mejor, instaurar) la competencia y facilitar el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, sobre la base de entender que de ahí deriva la mejor protección del consumidor⁶¹ (lo cual está en consonancia con lo expuesto *supra* sobre las funciones ahora asignadas al Derecho de la Competencia). En esta perspectiva la propia política jurídica de protección de los consumidores puede llegar a ser apreciada como un mecanismo complementario y corrector del funcionamiento del mercado⁶². No cabe duda de que, en cierto sentido, ambas cosas son verdad: por un lado, un funcionamiento eficaz del mercado redundaría en beneficio de los consumidores (sobre todo si se entiende, además, que el beneficio de los consumidores es una de las finalidades del mercado); y por otro, las medidas de protección del consumidor, en cuanto corrigen algunas de las disfunciones producidas por un incorrecto funcionamiento del mercado, actúan como correctoras o complementarias del mismo.

⁵⁹ Naturalmente, el Derecho nunca ha estado inerte frente a los abusos en la contratación, que son tan antiguos como la misma contratación: baste recordar, por ejemplo, en momentos temporalmente alejados, lo relativo al saneamiento en la compraventa, o las legislaciones protectoras de determinados contratantes débiles (arrendatarios, mutuarios, trabajadores); o, incluso, lo que DE CASTRO denomina como «antecedentes remotos de la protección del consumidor frente a las prácticas restrictivas de la competencia» (cfr. sus *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 1009 y ss.). Lo que ocurre, como escribí en otra ocasión, «es que dichos mecanismos (tradicionales): 1) no están pensados para su aplicación al tráfico en masa, por lo que los resultados a los que conducen no son siempre por completo satisfactorios, desde el punto de vista de la protección del consumidor; 2) proceden de una tradición muchas veces milenaria, que hunde sus raíces en el Derecho romano, y por tanto presentan un lastre histórico en su interpretación que provoca resistencias más que notables en los operadores jurídicos a aplicarlos en la forma que sería más adecuada para proteger a los consumidores; 3) o, en fin, son instrumentos demasiado generales (conceptos-válvula, como los de buena fe, abuso de derecho, etc.) cuya aplicación puede variar notablemente de uno a otro caso, dependiendo de la mayor o menor sensibilidad de quien tenga que hacerlo. De forma que los objetivos que teóricamente son alcanzables a través de una interpretación progresiva del Código civil o del de Comercio, no siempre han sido alcanzados; y no sólo por consideraciones de mayor o menor proclividad del juzgador a favorecer los intereses de los consumidores, sino también por otras dogmáticas, relacionadas con cuanto se acaba de exponer» (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Prólogo» *cit.* pp. 17 y s.).

⁶⁰ De esta manera, las reglas jurídico-privadas de protección de los consumidores entroncan «con una tradición constante del Derecho civil de los contratos: la protección del débil contra los abusos» (MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 186).

⁶¹ Cfr. ALFARO, en *ADC* 1993-1, p. 301. *Vid.*, también, las ilustrativas consideraciones de GHESTIN acerca del paso del intervencionismo neoliberal al neoliberalismo, en su *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 112 y ss.

⁶² Cfr. GONDRA, *Derecho mercantil, cit.*, pp. 100 y s.; FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado... cit.*, p. 22.

Sin embargo, la aproximación precedente resulta también insuficiente, en varios niveles:

1) Desde el punto de vista más teórico y abstracto, dicha aproximación opera lo que cabría denominar como «reduccionismo economicista», a partir de la contemplación del mercado como concepto económico extendido después a otros campos (singularmente el jurídico), que resulta peligroso. Como advierte Rittner ⁶³, de la economía se pueden esperar únicamente respuestas económicas; el riesgo es, por tanto, el de prescindir de otras consideraciones distintas de las económicas que, sin embargo, tienen un peso específico importante en la formulación y aplicación de las reglas de Derecho ⁶⁴: me refiero a la justicia, el bien común y la utilidad pública, la protección de los más débiles y, en el fondo, la primacía de la persona sobre las cosas.

2) En segundo lugar, se trata de un planteamiento claramente macroeconómico, y como tal (prescindiendo de su mayor o menor eficacia teórica), poco apto para solucionar con rapidez y eficacia los problemas concretos y actuales del consumidor individual, que se mueven en el terreno de la microeconomía, y son los que el Derecho debe afrontar (y resolver), con independencia de cuáles sean (*i.e.*, a qué modelo teórico respondan, o pretendan responder) las estructuras económicas de un país. Dicho con otras palabras: la actuación legislativa sobre el mercado para conseguir un sistema de competencia perfecta que proteja adecuada y eficazmente los intereses de los consumidores (mediante el funcionamiento eficiente del propio mercado) aparece como excesivamente teórica y demasiado alejada de los problemas concretos que hay que resolver en relación con concretos consumidores. En esta perspectiva, cabe preguntarse con Cranston, si hay que preferir los indirectos e intangibles beneficios de la competencia a las medidas dirigidas directamente a proteger a los consumidores ⁶⁵. Más aún cuando la experiencia constante demuestra que el llamado «modelo de competencia perfecta» no pasa de ser un modelo, al que conviene tender, pero que no ha llegado nunca a realizarse (ni siquiera, si se me apura, nos hemos aproximado demasiado a él): en la realidad, hay que reconocer, ahora con Atiyah, que el mer-

⁶³ RITTNER, *Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb*, AcP 188/2, p. 110.

⁶⁴ Cfr., en este sentido, las advertencias de DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, pp. 988 y 1009 y ss. (quien califica de «prejuicio» la consideración de que las medidas resultantes en una protección del consumidor son sólo resultado de la moderna buscada ordenación del mercado; más bien, añade, la protección del consumidor se explica por razones de política jurídica, antes que de política económica); *vid.* también CRANSTON, *Consumers and the Law*, *cit.*, pp. 20 y ss., quien señala (entre otras consideraciones) que el análisis económico del Derecho que sustenta esa visión olvida los valores de justicia y equidad.

⁶⁵ Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, p. 19.

cado está plagado de imperfecciones⁶⁶. Y todavía más si se piensa que —esta vez tomo el texto de Cranston— «en un mundo de competencia imperfecta hay una clara distinción, en términos económicos, entre las políticas relativas a la competencia, que se dirigen a mejorar la eficiencia distributiva, y las que procuran reforzar la posición de los consumidores»⁶⁷. De suerte que, al menos en tanto no se eliminen esas imperfecciones (lo cual es algo que en la práctica nunca se ha conseguido, y es difícil que se consiga, por más que teóricamente sea posible), parece más razonable tomar medidas jurídicas directas de protección a los consumidores; las cuales, por su parte, podrán contribuir sin duda a un más eficiente funcionamiento del mercado⁶⁸, en la medida en que contribuyan a permitir que el consumidor desempeñe la función de árbitro del mismo que le es atribuida por la teoría económica⁶⁹.

Lo cual no quiere decir, por otro lado, que no deban tomarse también medidas dirigidas a permitir un funcionamiento eficiente del mercado, y a obtener la máxima aproximación posible al modelo de competencia perfecta; pero sí que es peligroso confiar únicamente a esas medidas, y a sus benéficos (y muchas veces indirectos) efectos sobre el mercado, toda la protección que debe ser dispensada a los consumidores. Entre otras razones porque, como he apuntado antes, tales medidas se centran en la fase precontractual (publicidad) y contractual (condiciones generales), y dejan en la penumbra algunos aspectos bien relevantes de la fase postcontractual (conformidad y garantía, cumplimiento en general y responsabilidad).

8. De manera que, al menos en tanto se alcanza en la práctica ese (utópico) modelo de competencia perfecta en el mercado, es preciso desarrollar una política jurídica dirigida específicamente a la protección de los consumidores, como parte típicamente más débil en las relaciones de mercado (y también en sus correspondientes traducciones jurídicas), y en el marco más amplio (de deseable generalización) del nuevo Derecho del tráfico y consumo en masa⁷⁰. Esta política jurídica no se constriñe al Derecho Pri-

⁶⁶ ATIYAH, *Contract and Fair exchange*, en «Essays on Contract» *cit.*, p. 350.

⁶⁷ CRANSTON, *op. cit.* p. 20 (y *vid.* también la cita de SHARPE que el propio CRANSTON recoge a continuación).

⁶⁸ Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, p. 21; BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.*, p. 190.

⁶⁹ Cfr. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La competencia desleal, cit.*, p. 120; VIRGOS, *El comercio internacional... cit.*, p. 61.

⁷⁰ Por las razones indicadas más arriba, bien puede ocurrir que la regulación de la producción, tráfico y consumo en masa dé comienzo por un conjunto de normas destinadas a defender los intereses de los consumidores. Lo ideal, en mi opinión, es que se reglamente adecuadamente, con carácter general, lo relativo a ese tráfico masificado (para lo cual, como he indicado, la atención al campo de los consumidores puede resultar de especial utilidad); pero dentro del mismo, entiendo también que

vado ⁷¹, pero sí afecta directamente al mismo, y dentro de él a la regulación (civil y mercantil) de las obligaciones y los contratos. Esta regulación proporciona a su vez los puntos de anclaje conceptuales ⁷² y los materiales necesarios para construir parte fundamental de la política jurídica de protección a los consumidores ⁷³.

La puesta en práctica de una tal política, llevada a cabo tanto a nivel de Estados —e inmediatamente me referiré brevemente al caso español—, como comunitario europeo e internacional, ha determinado la aparición de un cuerpo de normas de Derecho privado referidas, bien a la regulación de determinados contratos (algunos tipos de venta especialmente agresivos, crédito al consumo, contratos de servicios turísticos, etc.), bien a la de técnicas contractuales de alcance más general (contratos celebrados conforme a condiciones generales, contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales), bien, por último, a la de la respon-

siempre será necesaria una normativa destinada a proteger, más específicamente, los intereses de los consumidores (aunque, eso sí, será de menor extensión que en caso de que no se produzca esa regulación genérica del tráfico patrimonial en masa): cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, pp. 133 y ss.

⁷¹ Es más, en opinión de algunos autores el enfoque privatista no es correcto, y la consideración del Derecho de contratos como punto de partida de la legislación de protección de los consumidores es errónea: cfr. GOLDRING, *Consumer Law and Legal Theory: Reflections of a Common Lawyer*, «Journal of Consumer Policy» 13-2 (1990), pp. 121 y ss. (pero vid. también las más matizadas observaciones de CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. xxxix y s., y BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.* p. 187; y, entre nosotros, la opinión radicalmente contraria de TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., pp. 5 y s.). Desde otro punto de vista, no cabe duda de que existen normas de protección de los consumidores de naturaleza administrativa, procesal y penal, en número e importancia considerables. Como escribe R. BERCOVITZ (*La defensa contractual del consumidor y el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en A. y R. BERCOVITZ, «Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores» —Madrid, Tecnos, 1987—, p. 75), «una vez asumida social, económica y políticamente la oportunidad de atender directamente a la defensa de los consumidores, una vez elevada esa defensa al rango de principio constitucional, resulta evidente que directa o indirectamente, esa defensa deriva de todo o de casi todo el Ordenamiento jurídico» De hecho, es habitual referirse a la interdisciplinariedad como una de las características más notables del llamado Derecho de los consumidores: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentarios LCU* cit., sub art. 7, pp. 119 y ss.; y *Derecho comunitario y protección de los consumidores* (Madrid, Actualidad Editorial, 1990), pp. 2 y ss.

⁷² Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 5.

⁷³ Cfr. R. BERCOVITZ, *La defensa contractual... cit.*, p. 77; TORRES LANA, *op. cit.*, p. 6; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., pp. 84 y s. En cuanto a si la preeminencia debe corresponder al Derecho civil o al mercantil, no es cuestión en que deba entrar aquí, aunque entiendo que a ambos afecta y de ambos se sirve la política jurídica de protección de los consumidores. Con todo, cfr. entre nosotros las opiniones de A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en «Estudios...» cit., pp. 33 y ss.; y GONDRA, *Derecho mercantil*, cit., pp. 102 y ss., por un lado; y R. BERCOVITZ, *op. cit.*, pp. 80 y ss., y CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pp. 84 y ss., por otro.

sabilidad por daños a los consumidores. Normas todas ellas que inciden directamente sobre la construcción de la teoría general de las obligaciones y de los contratos, hasta el punto de poderse hablar de la aparición de «un nuevo Derecho de la contratación, caracterizado por la consideración de una de las partes como destinatario final del bien o servicio, que determina una protección más enérgica de los intereses de tal parte contratante» (Díez-Picazo)⁷⁴. Lo cual da lugar, a su vez, a la existencia *de facto* (con independencia de las consecuencias teóricas que quieran obtenerse de ello) de tres tipos de normas diferentes, en sede de obligaciones y contratos (y, fundamentalmente, en sede de contratación privada): las destinadas a regular las relaciones entre consumidores, las destinadas a regular las relaciones entre profesionales, y las destinadas a regular las relaciones entre profesionales y consumidores (estas últimas, caracterizadas teleológicamente por su finalidad de proteger a éstos frente a los eventuales abusos que puedan provenir de su situación de inferioridad)⁷⁵.

9. En este panorama, tan resumidamente descrito, no puede faltar una alusión a los posibles inconvenientes que puede presentar el desarrollo de una tal política jurídica de protección a los consumidores:

1) Desde el punto de vista técnico jurídico, se ha reprochado a las normas de protección de los consumidores su en ocasiones difícil inteligibilidad, y la rigidez (formalismo, burocratización) de las reglas que establecen⁷⁶. Por otro lado, su misma abundancia tiene como consecuencia un considerable aumento de la complejidad jurídica, que se perfila como un nuevo motivo de inferioridad de un consumidor no experto en Derecho, y con serios inconvenientes para conocer los derechos que le asisten en cada caso concreto, y para elegir los medios jurídicos más adecuados conforme a sus intereses⁷⁷.

2) Por otro lado, se ha señalado con razón que la excesiva protección puede tener consecuencias perjudiciales para el propio protegido, en relación con la misma cuestión respecto a la que se

⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, p. 137.

⁷⁵ Cfr. *ad rem*, respecto a diferentes ordenamientos, las reflexiones de REICH, *Mercado y Derecho*, cit., pp. 173 y ss. (que incluye una propuesta teórica bien conocida sobre la cuestión); CARBONNIER, *Droit civil*, T. 4 (15.ª ed., Paris, PUF, 1991), p. 37; ATIYAH, *The Modern Role of Contract Law*, en «Essays on Contract» cit., p. 7; A. BERCOVITZ, *Reflexiones críticas sobre la protección de los consumidores en el Derecho español*, en «Estudios...» cit., p. 21.

⁷⁶ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil*, cit., p. 186.

⁷⁷ Sobre la complejidad normativa en general, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, sub art. 7, pp. 131 y ss.; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones*, cit., p. 46. En relación con un aspecto particular, MEZQUITA DEL CACHO, *Libertad y equilibrio en el contrato*, EC 24 (1992), p. 25.

intentaba protegerle: se citan así, como ejemplos ilustrativos, entre otros, los de la legislación protectora de los arrendatarios (que paraliza el mercado de alquiler de viviendas)⁷⁸, la protectora de la maternidad (que dificulta el acceso de la mujer a los puestos de trabajo)⁷⁹ o la relativa a seguridad de los productos (que puede tanto determinar un mayor descuido por parte de los usuarios —con lo que aumenta el número de accidentes—, como desincentivar las inversiones de los empresarios en seguridad, ante la perspectiva de tener que hacer frente en todo caso a las indemnizaciones)⁸⁰. Todo lo cual podrá repercutir en un aumento efectivo del coste de los productos⁸¹, cuyas consecuencias negativas recaerían básicamente sobre el sector de consumidores económicamente más débiles⁸². Pero también, ya con un carácter más amplio, esas repercusiones negativas de la sobreprotección podrían llegar a afectar la propia competitividad de las empresas y, con ello, al entero sector productivo⁸³. Y tampoco cabe desconocer que en ocasiones la normativa de protección de los consumidores puede ser empleada (e incluso puesta en vigor) con la sesgada finalidad de limitar la competencia interna o externa —con el consiguiente perjuicio para el propio consumidor—⁸⁴.

3) Por último, se ha puesto también de relieve cómo la excesiva protección puede conducir a considerar (si no en la teoría, al menos sí en la práctica) al consumidor como una suerte de incapaz⁸⁵, y cómo de este modo lo que se hace es resucitar un Derecho de clases⁸⁶. Profundizando en esta misma dirección, se ha afirmado que un sistema excesivamente amplio de protección tendría consecuencias negativas respecto a la capacidad de los ciudadanos tanto para realizar decisiones conscientes, a partir de una reflexión sobre riesgos y beneficios, como para asumir res-

⁷⁸ Cfr. ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*, cit., p. 24; ZÖLNNER, *Die politische Rolle...* cit., pp. 335 y ss.

⁷⁹ Cfr. ZÖLNNER, *op. y loc. cit.*

⁸⁰ Cfr. CRANSTON, *Consumers and the Law*, cit., pp. 22 y s.; sobre la responsabilidad, LACRUZ, *Elementos...* II-1.º cit., pp. 480 y s.; COOTER (quien se remite a BROWN en esta materia), *Le migliori leggi giuste...* cit., pp. 532 y s.

⁸¹ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*

⁸² Cfr. CRANSTON, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; CAVANILLAS MÚGICA, *La protección del subconsumidor en la normativa sobre responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos*, EC 18 (1990), pp. 48 y ss.

⁸³ Cfr., desde una perspectiva concreta, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit., pp. 79 y ss.

⁸⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. ult. cit.*, pp. 95 y ss.; BENJAMÍN, *El Derecho del consumidor*, EC 24 (1992), p. 14.

⁸⁵ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*; MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de Droit civil*, cit., p. 29; lo refleja DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1077, pero con la advertencia de que hay en este planteamiento un error de enfoque, en la medida en que prescinde de la situación práctica de necesidad en que se encuentra el consumidor.

⁸⁶ MAZEAUD-CHABAS, *op. y loc. cit.*

ponsablemente las consecuencias de tales decisiones, destacadamente en el campo de la contratación⁸⁷; y, por otro lado, desvirtuaría los principios de autodeterminación y autorresponsabilidad, fundamentales para la existencia de una sociedad verdaderamente libre⁸⁸.

10. A lo que entiendo, los anteriores inconvenientes, que reflejan problemas reales, derivan no de la protección al consumidor, sino del exceso en la misma; es decir, de la sobreprotección. Su consideración no debe servir, por tanto, para negar la necesidad de desarrollar una política jurídica de defensa de los consumidores, o para llevarla a un nivel insuficiente. Resultaría chocante, por ejemplo, que en aras de un mayor respeto al principio de autonomía de la voluntad, entendida como derecho constitucionalmente amparado, corolario de la dignidad de la persona, y condición de existencia de una sociedad verdaderamente libre, se toleraran situaciones en las que la voluntad del consumidor, insuficientemente formada e informada, desempeñara un papel meramente formal, con grave perjuicio para su posición jurídica: aquí, propiamente, no puede hablarse de autorregulación de los propios intereses por parte del consumidor (quien sólo puede adherirse a la reglamentación contractual unilateralmente predispuesta por el profesional), mientras que el principio de responsabilidad sirve únicamente para agravar esa situación, dando respaldo jurídico coercitivo a la reglamentación de intereses unilateralmente establecida. Del mismo modo, sería llamativo negar o disminuir la necesaria protección directa al consumidor alegando los eventuales perjuicios para el propio consumidor en que ello podría resolverse: a cuenta de protegerle, se le deja desprotegido. De otra parte, tal y como advierte García Cantero, «si hubiera riesgo de protección excesiva, no es éste el momento de alertar contra ella cuando apenas si están poniéndose lentamente en marcha los mecanismos de protección»⁸⁹.

En conclusión, de lo que se trata —como casi siempre— es de encontrar el equilibrio adecuado para esa política de protección, que sitúe al consumidor en una posición de igualdad frente al profesional, pero no de superioridad. Lo cual es, como es sabido, cuestión de prudencia jurídica⁹⁰.

⁸⁷ Cfr. LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, cit., p. 364.

⁸⁸ ZÖLLNER, *Die politische Rolle...* cit., p. 336.

⁸⁹ GARCÍA CANTERO, Informe General, EC 16, p. 17.

⁹⁰ En el breve y apretado resumen realizado en las páginas anteriores han quedado en el tintero, por falta de tiempo, algunas cuestiones interesantes, cuya consideración habrá que dejar para otra ocasión: así la ya aludida en algunas ocasiones de la heterogeneidad de los consumidores como grupo; la del papel (y eficacia) de la intervención pública y la iniciativa privada colectiva —incluyendo la autorregulación— en la protección de los consumidores; la de la (dudosa) autonomía del llamado Derecho del consumo y sus integración sistemática en el Ordenamiento; etc.

C. Plan de la exposición

11. La política de protección a los consumidores, en su plasmación jurídico privada, ha afectado a las dos principales fuentes de las obligaciones: el contrato y la responsabilidad por daños. En este segundo aspecto, la influencia del principio de protección a los consumidores se sitúa en el ámbito más genérico de la evolución que ha experimentado la responsabilidad civil en los últimos decenios, apareciendo como uno más de los factores que han propiciado dicha evolución. Me remito, por tanto, a cuanto se exponga en la ponencia dedicada específicamente al Derecho de daños. Dedicaré, por tanto, mi atención, a la incidencia del principio indicado sobre el Derecho de la Contratación; ello, dadas las lógicas limitaciones de extensión y tiempo, en relación con el contrato *in genere*, tanto en sus fundamentos dogmáticos (con especial referencia a los principios de autonomía de la voluntad y de equivalencia de las prestaciones), como respecto a algunas cuestiones concretas (formación del contrato, forma, contenido, cumplimiento).

Pero antes, parece oportuno aludir a la consideración de la protección a los consumidores como principio general del Ordenamiento español.

3. LA PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

12. Nuestra Constitución consagra, en su art. 51, la defensa de los consumidores como uno de los principios rectores de la política económica y social. A su vez, el art. 53.3 CE dispone que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo tercero (entre los que se encuentra el citado *supra*) informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». En esta misma línea, el art. 1 de la Ley 20/1984, de 18 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, remitiéndose a los anteriores, establece que la defensa de los consumidores y usuarios «tiene el carácter de principio general informador del ordenamiento jurídico». La terminología empleada por este último evoca inmediatamente la dicción literal del art. 1.4 Cc (conforme al cual «los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico»), y permite reconducir la cuestión, en la perspectiva jurídico-privada, a la categoría bien conocida para los cultivadores del Derecho Privado —por más que dotada de un alto grado de inaprehensibilidad, necesario para que pueda cumplir la

función que tiene asignada por el ordenamiento—⁹¹, de los principios generales del Derecho⁹². Falta, sin embargo, como bien ha recordado Torres Lana, el desarrollo técnico de este principio en clave de fuentes del Derecho⁹³. Naturalmente, no es éste el lugar más oportuno para hacerlo, pero quizás sí el de sentar las bases que permitan comprender mejor las características de la incidencia de este principio sobre el Derecho de la Contratación.

Lo cual exige, en mi opinión, poner en conexión este principio con las dos funciones que incumben a la categoría, de acuerdo con el art. 1 Cc: la función informadora, y la función de fuente supletoria de segundo grado.

13. En cuanto al primer aspecto, el principio de protección a los consumidores puede incluirse entre los que, desde De Castro, reciben la denominación de principios políticos⁹⁴; estos principios, al decir del eximio civilista, «son los principios operantes, impulsores de toda la maquinaria del Estado y fuerza renovadora de la vida social... como expresión de la voluntad rectora del Estado, son los más enérgicos»⁹⁵. En la medida en que aparece recogido en la Constitución, con la eficacia que le atribuye el art. 53; merece el calificativo de principio constitucional⁹⁶. En ambos conceptos, le corresponde la función de informar la totalidad del Ordenamiento jurídico⁹⁷. Lo

⁹¹ Cfr. las ilustrativas consideraciones de LACRUZ, *Elementos...* I-1.º (Barcelona, J. M. Bosch Editor, 1988), pp. 198 y s.; o GORDILLO CAÑAS, *Ley, principios generales y Constitución* (Madrid, Editorial Centro de Estudios «Ramón Areces», 1990), pp. 41 y ss.

⁹² Así ha sido considerado, entre otros, por A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores, la Constitución española y el Derecho mercantil*, en «Estudios...» cit. pp. 29 y s.; LÓPEZ SÁNCHEZ, *La tutela del consumatore in Spagna*, RTDPC, 1986, pp. 961 y s.; TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit., pp. 8 y ss.; o GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de obligaciones*, cit., p. 41. Existen también enfoques más iuspublicistas de la cuestión, que obvian la consideración del principio de protección a los consumidores como principio general del Derecho, en su sentido técnico más estricto: cfr., por ejemplo, el comentario (por otra parte muy ilustrativo) de J. J. RUIZ RICO al art. 51 de la Constitución, en los *Comentarios a las Leyes políticas* (dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL), t. IV (Madrid, Edersa, 1984), pp. 405 y ss.; o el trabajo (de título engañoso, en la perspectiva adoptada en el texto) de Adolfo MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *La defensa del consumidor: un principio general del Derecho*, en «Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al prof. GARCÍA DE ENTERRÍA), t. II (Madrid, Civitas, 1991), pp. 1901 y ss.

⁹³ Cfr. TORRES LANA, *op. cit.*, p. 9: este autor, por lo demás, ha dedicado su atención al tema en esa misma sede, con agudas observaciones que se revelan de gran utilidad.

⁹⁴ Así lo considera expresamente TORRES LANA, *op. et loc. cit.*

⁹⁵ DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T. I (reimpr. conjunta de los dos tomos, Madrid, Civitas, 1984), p. 424.

⁹⁶ Sobre los cuales, por todos, cfr. GORDILLO, *Ley, principios generales y Constitución*, cit., pp. 63 y ss.; LACRUZ, *Elementos...* I-1.º cit., p. 205.

⁹⁷ Función informadora que, tratándose de principios constitucionales, como es

cual quiere decir, a su vez, que la interpretación de las normas aplicables a los consumidores debe efectuarse conforme a ese principio de protección (conclusión que se fundamenta, además, directamente en la dicción literal del art. 53.3 CE) —ahí radica el apoyo constitucional y técnico del llamado principio *pro consumatore*^{98—99}.

Ésta es, pues, la primera consecuencia, sencilla en su formulación teórica pero que puede tener importantes consecuencias tanto teóricas como prácticas, de la puesta en relación del principio de protección a los consumidores con el Derecho de obligaciones: tratándose de relaciones entre un consumidor y un profesional, la normativa aplicable habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses (es decir, siempre dentro de los criterios de razonabilidad apuntados *supra*, a fin de evitar los riesgos de la sobreprotección); de esta manera, toda la normativa existente sobre obligaciones y contratos adquiere nuevas tonalidades, un significado cualitativamente distinto, y puede llegar a tener unas virtualidades tuitivas insospechadas. En palabras de A. Bercovitz, «la existencia de este nuevo principio general de nuestro Derecho obliga, por tanto, a contemplar desde una nueva perspectiva la normativa ya existente, lo cual implicará a menudo... que habrá de variarse sustancialmente la interpretación de determinados preceptos, los cuales adquieren a la luz del nuevo principio un contenido en el que el legislador no pudo pensar al promulgarlos»¹⁰⁰.

¿*Quid* en relación con una eventual *reformatio in peius* de nuestro Ordenamiento? Teóricamente, no habría obstáculos a considerar vedada tal posibilidad por el art. 51 CE, e inconstitucio-

el que ahora nos ocupa, puede desarrollarse con una fundamentación técnica (y política) de la que hasta ese momento carecía. De ahí que con razón haya podido afirmar FUENMAYOR que «la Constitución española ha venido a continuar, perfeccionándola —o si se quiere, dándole acabamiento congruente—, la labor iniciada con la reforma, sancionada en 1974, del Título Preliminar del Código civil, por lo que mira al valor atribuido a los *principios jurídicos*» (la cursiva es del autor): *Alcance del principio constitucional de igualdad*, ADC 1983, p. 127. Sobre lo cual, *vid.* también la fundamental aportación de GORDILLO, *op. cit.*, pp. 63 y ss., en quien me inspiro.

⁹⁸ Cuya existencia me parece indudable, y sus resultados por lo general correctos y satisfactorios, pese al carácter mixto (ALFARO, ADC 1993-1, p. 300, nota 1) —o italiano, si se quiere— de la expresión.

⁹⁹ Por lo demás, es habitual en la doctrina francesa incluir el principio de protección de los consumidores entre los principios del orden público económico, y más concretamente en el denominado «orden público económico de protección», del que es considerado como una de las manifestaciones más destacadas: cfr. CARBONNIER, *Droit civil, cit.*, p. 142; MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 287; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 106 y ss., y 114 y ss.; WEILL-TERRÉ, *Droit civil. Les obligations* (4.ª ed, Paris, Dalloz, 1986), pp. 256 y ss. Entre nosotros, puede verse sobre el orden público económico, DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, pp. 1046 y ss., y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 42 y ss.

¹⁰⁰ A. BERCOVITZ, *La protección de los consumidores... cit.*, pp. 29 y s.

nales las normas en que se estableciera ¹⁰¹. En la práctica, tal posibilidad se plantea como lejana, por las diferentes finalidades legítimas a las que puede responder la adopción de una norma que suponga, al menos desde un cierto punto de vista, efectiva disminución del nivel de protección de los consumidores. Piénsese, por ejemplo, que en cierta medida el R.D.-L. 2/1985, de 30 de abril, cuyo art. 9 suprime la prórroga forzosa en los arrendamientos urbanos, podría ser considerado como determinante de una reducción del nivel de protección de los arrendatarios de viviendas ¹⁰². Sería preciso, por tanto, hacer un juicio acerca de las finalidades a que se dirige esa reforma normativa, a fin de determinar si el sacrificio que suponen desde el punto de vista de la protección de los consumidores se encuentra compensado por la importancia de dichas finalidades, desde el punto de vista de la satisfacción del interés general. Lo cual no quiere decir que en tal caso el principio informador carezca de cualquier eficacia; como señala Díez-Picazo, tales principios permiten «distinguir según su conformidad o disconformidad con los principios, un Derecho normal y un Derecho excepcional, extrayendo de esta distinción, sin grave dificultad, la que, en sede interpretativa, se produce entre la interpretación restrictiva y la interpretación extensiva. Se interpreta extensivamente, la regla de Derecho que está en consonancia con los principios, y, por el contrario, se interpreta restrictivamente aquella que pertenece a un sector del ordenamiento que por su disonancia con los principios debe considerarse Derecho excepcional» ¹⁰³; en el mismo sentido, aunque más concisamente, Torres Lana afirmará que el principio lesionado «impondrá la interpretación restrictiva de tal norma» ¹⁰⁴.

14. En cuanto al segundo de los aspectos anunciados *sub* 12, no creo que quepa duda razonable acerca del carácter de fuente del Derecho, supletoria en segundo grado, que incumbe al principio general de protección de los consumidores. Se trata en efecto, de un principio no sólo político y constitucional, informador del ordenamiento; sino que aparece también como principio de

¹⁰¹ Para LÓPEZ SÁNCHEZ (*La tutela del consumatore in Spagna, cit.* p. 962), el principio constitucional, operando como principio general del Derecho «habrá de funcionar como obstáculo frente a intentos de modificación *in peius* del ordenamiento ya en vigor; podrá ser invocado por el Tribunal Constitucional a la hora de declarar contraria a la norma fundamental una determinada ley».

¹⁰² Cfr. FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado... cit.*, p. 33. Sobre las relaciones entre arrendamientos urbanos y protección a los consumidores, con especial atención, también al polémico art. 9 R.D.-L. citado, *vid.* GARCÍA CANTERO, *El contrato de arrendamiento urbano y la Ley del consumidor*, AC 1987, pp. 2431 y ss.

¹⁰³ Díez-PICAZO, en AA.VV., *Comentario del Código civil* (Madrid, Ministerio de Justicia, 1991), *sub* art. 1, p. 10.

¹⁰⁴ TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores, cit.*, p. 10.

carácter técnico, inducible —e inducido— de las normas legales, en el que se concreta técnicamente ese principio informador para actuar como fuente del Derecho de la forma fijada por el art. 1.4 Cc. Lo cual no supone, a mi entender, una reduplicación de lo anteriormente señalado, puesto que precisamente la recepción por diversas normas legales del principio (informador) de protección de los consumidores, a través de técnicas y planteamientos concretos, permite también una mayor concreción de ese mismo principio cuando opera como fuente del Derecho: piénsese, por ejemplo, en su plasmación como el principio de condición más beneficiosa para el consumidor, inducible a partir —entre otros— de los arts. 8.2, 10.2 o 27.1 LCU, o 9 de la Ley de Contratos celebrados Fuera de Establecimientos Mercantiles —en adelante, LCCFEM— que puede tener repercusiones prácticas importantes ¹⁰⁵.

4. JUSTICIA CONTRACTUAL, AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EQUILIBRIO DE LAS PRESTACIONES A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

A. Planteamiento

15. La consideración, entre otras, de la situación de inferioridad de los consumidores, y de la falta de aptitud del Derecho codificado para impedir las consecuencias perjudiciales de dicha situación, ha tenido también como consecuencia notable un replanteamiento del tema de la justicia contractual, tal y como ésta es contemplada en los ordenamientos de origen liberal-individualista.

El papel de la justicia en las relaciones contractuales de carácter oneroso (a las que limitaré en adelante mi análisis) ¹⁰⁶ es, sin duda, una de las cuestiones fundamentales de la teoría general del contrato, con abundantes manifestaciones en la configuración técnica de la institución, y por tanto, en su desenvolvimiento práctico. Aparecen implicados en ella tanto la eficacia que el ordenamiento deba reconocer a la voluntad de los contratantes (es decir, el alcance efectivo del principio de autonomía de la voluntad), como la influencia que sobre lo acordado por las partes deba tener el principio de equivalencia de las prestaciones (o si se quiere, en formulación más genérica, la justicia conmutativa). Lo cual depende de las concepciones dominantes en cada momento (y,

¹⁰⁵ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., pp. 130 y s.

¹⁰⁶ Sobre la excepcionalidad de los actos gratuitos en la economía moderna, cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 47 y ss.

por eso mismo, del propio cambio en dichas concepciones). En palabras de De Castro, «en la regulación de la autonomía de la voluntad, juegan dos opuestos polos de atracción. El del respecto a la palabra dada y el de la justicia conmutativa. El de la libertad para obligarse y el del control estatal para decidir si debe cooperar con lo querido o declarado por los contratantes. En cada momento de la Historia, la balanza se puede inclinar hacia el uno o hacia el otro polo»¹⁰⁷.

En todo caso, sí parece claro que la obtención de lo que genéricamente vengo denominando «justicia contractual» aparece en cualquier época como un objetivo a conseguir por medio de la regulación jurídica del contrato. Lo que varía es el mismo contenido del concepto de justicia contractual, y, en consecuencia los mecanismos técnico-jurídicos empleados para conseguirla y, al final, el resultado práctico obtenido. Sobre lo cual, la consideración tanto del planteamiento liberal-individualista propio de la Codificación, como de la situación actual (en la que el principio de protección a los consumidores, y la percepción de su situación de inferioridad juegan un papel de primera magnitud), con sus respectivas consecuencias en el plano positivo, resulta especialmente aleccionador.

B. Autonomía de la voluntad y justicia contractual

16. Como acabo de señalar, el punto de partida, para entender mejor tanto la situación actual como los problemas que plantea, es el de la Codificación (que, a su vez, es punto de llegada de una evolución anterior muy extensa y bien conocida, en lo que se refiere al concepto y eficacia del contrato). También en esta época la obtención de la justicia contractual aparece como objetivo deseable: las mismas palabras de Fouillé («qui dit contractuel, dit juste»), demuestran paladinamente que el contrato es considerado como el mecanismo óptimo para conseguir la justicia en las relaciones patrimoniales de intercambio, hasta tal punto que llega a identificarse con ella; no se trata tanto de una suerte de reduccionismo voluntarista, sino de la manifestación de una convicción profunda en la verdad de dicha expresión, como consecuencia de la adopción de unas premisas filosóficas, políticas y económicas bien definidas. Su consideración permitirá, a lo que entiendo, comprender mejor esta afirmación.

Dichas premisas son, básicamente, las siguientes¹⁰⁸:

¹⁰⁷ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, p. 1063.

¹⁰⁸ Seguiré aquí, fundamentalmente, las exposiciones de DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... 1 cit.*, pp. 121 y s.; y GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.* pp. 20 y ss.

1) En el plano filosófico, por un lado las ideas de igualdad y libertad esencial de los hombres, consideradas «de forma absolutamente abstracta, con independencia de las coacciones y de las desigualdades que, de hecho, puedan afectar de forma concreta a los individuos» (Ghestin); y por otro lado, la consideración de la libertad individual como única fuente de las obligaciones jurídicas y de justicia ¹⁰⁹. En esta perspectiva, «el contrato es el mejor arreglo de los intereses privados porque es una obra común de dos contratantes, que se encuentran en igual situación y en un mismo plano económico» (Díez-Picazo) ¹¹⁰.

2) En el plano económico, la doctrina de *laissez faire*, *laissez passer*, cuya manifestación más característica en este caso es la de *laissez contracter* ¹¹¹, basada en «la idea de que las leyes del mercado y el egoísmo individual actuando en el propio interés son ... los mejores motores de la felicidad y de la prosperidad de las naciones» (Díez-Picazo) ¹¹². De acuerdo con ello, en palabras ahora de Ghestin, «la justicia contractual, que expresaba antes la búsqueda del precio justo, no puede ser determinada desde el exterior en forma objetiva. Son las mismas convenciones las que, por el libre juego de la oferta y la demanda, crean lo justo» ¹¹³.

En esta perspectiva, por tanto, la justicia contractual se obtiene como consecuencia de la negociación entre dos personas libres e iguales, obrando cada una de ellas en defensa de sus propios intereses, y de la voluntad de obligarse en la forma acordada por ellas, manifestada en el contrato. A partir de ahí, el papel del Estado debe limitarse a respaldar tanto la eficacia de dicho contrato, como su cumplimiento, si fuera preciso. De donde se deriva, a su vez, la contemplación del principio *pacta sunt servanda* como la clave de bóveda del sistema contractual, y la atribución al mismo de carácter absoluto ¹¹⁴. Esto quiere decir, a su vez, que se da preeminencia radical al principio de autonomía de la voluntad, y de lo que cabría denominar «justicia contractual subjetiva», que depende y se identifica con lo acordado por los contratantes. El principio de equivalencia de las prestaciones no desaparece —al menos en una aproximación teórica— sino que es absorbido por el de autonomía de la voluntad: las prestaciones acordadas son, por hipótesis, equivalentes, porque la relación de equivalencia adecuada (*i.e.*, justa) es precisamente la establecida por los contratantes. No cabe, por tanto, un control externo relativo, ni a la

¹⁰⁹ GHESTIN, *op. cit.* p. 21

¹¹⁰ Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 122.

¹¹¹ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, p. 23.

¹¹² Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 122.

¹¹³ GHESTIN, *op. cit.* p. 23.

¹¹⁴ Cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas... cit.*, p. 988.

concreta situación de los contratantes, y su poder relativo de negociación, ni a la objetiva adecuación de las prestaciones pactadas.

Las consecuencias técnicas de este planteamiento son bien conocidas: por un lado, la práctica desaparición del mecanismo de la rescisión por lesión (la lesión no pasaría de ser un mal negocio ¹¹⁵); por otro, la importancia fundamental —también desde el punto de vista normativo— del proceso de formación del consentimiento de los contratantes, garante de la libertad contractual y con ella, indirectamente, de la justicia contractual: en efecto, dadas las premisas más arriba asentadas, bastará con proteger la voluntad de ambos intervinientes frente a los vicios que puedan afectarla (y, por tanto, distorsionar su eficacia), para que el resultado perseguido —un contrato fruto de dos voluntades libres e iguales, que realiza perfectamente la justicia contractual por esa misma razón— se consiga. El modo de obtener la justicia contractual es indirecto —mediante la protección de la voluntad de los contratantes—, y se subsume por completo en el sistema de protección de la libertad contractual; se instrumenta, por tanto mediante el régimen positivo de los vicios del consentimiento, y de determinadas situaciones de lo que cabría denominar «voluntad débil», o de déficit de voluntad (y conocimiento) en determinadas personas: típicamente, menores e incapaces. En tales aspectos se concentra, por tanto, la atención el Derecho ¹¹⁶. A su vez, el equilibrio objetivo de las prestaciones acordadas no desempeña papel alguno; porque o bien existe, y entonces no hay cuestión; o no existe, pero el desequilibrio ha sido libremente asumido por los contratantes, de forma que el Derecho ha de asumirlo igualmente ¹¹⁷; o no ha existido esa voluntad libre, por alguno de los motivos indicados (vicios de la voluntad, situaciones típicas de déficit de la voluntad ya aludidas), y entonces el Derecho considera el contrato como inválido o ineficaz. De ahí a pensar que lo único que interesa al Derecho, en sede contractual, es la integridad de los consentimientos, prescindiendo del papel que tal cosa juega (en la teoría liberal) respecto a la obtención de la justicia contractual, no hay más que un paso ¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 236.

¹¹⁶ Lo cual explica, a su vez, la difícil relación entre rescisión por lesión y vicios (no necesariamente típicos) de la voluntad (cfr. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I, cit.* p. 485; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 197 y 647), reconduciendo aquella precisamente al campo de la autonomía de la voluntad.

¹¹⁷ Recuérdese, por un lado, que los actos gratuitos, y los mixtos, forman categorías conocidas y admitidas desde antiguo. Y, por otro lado, que los límites genéricos impuestos por el ordenamiento a la libertad individual en sede patrimonial son los que resulten, en su caso, de la eventual regulación de la prodigalidad: dentro de esos límites, muy amplios en la configuración que hace de ellos el Derecho de corte liberal, cada uno puede hacer con sus bienes lo que tenga por conveniente.

¹¹⁸ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, p. 197.

Esto supone, por otro lado, emplear un instrumento dirigido a garantizar la libertad del consentimiento, como (único) mecanismo de obtención de la justicia contractual. El problema reside no tanto en dicho empleo, razonable en el sentido que ahora veremos, sino en que se trate del único instrumento previsto a tal fin. Y es que de los dos polos que mencionaba De Castro, según hemos visto, lo propio de este planteamiento es centrarse en la autonomía de la voluntad —libertad contractual— y en los medios técnicos dirigidos a garantizarla: la primera absorbe el principio de equivalencia de las prestaciones, y los segundos agotan —en congruencia con lo anterior— los mecanismos jurídicos dirigidos a garantizarla. El resultado práctico, como he advertido, es la difundida consideración de que lo único importante es la integridad del consentimiento, y que la equivalencia objetiva de las prestaciones no debe ser tenida en cuenta, con carácter genérico, en la regulación positiva del contrato.

17. Esta suerte de unilateralización jurídica del problema de la justicia contractual, centrada casi únicamente en el juego de la autonomía de la voluntad, se ha demostrado como claramente insuficiente a la luz de las nuevas realidades económicas y jurídicas, y de los cambios políticos, sociales e ideológicos de las últimas décadas. Uno de los campos en los que dicha insuficiencia se ha hecho notar con particular fuerza (especialmente en sede de obligaciones y contratos) ha sido el de las relaciones entre consumidores y profesionales —que es el que aquí interesa— como consecuencia de la inferioridad de aquéllos, según hemos visto *supra*. En consecuencia, han sido cuestionadas tanto las premisas sobre las que se fundaba la visión liberal-individualista de la justicia contractual, como su traducción técnico-jurídica.

Ya he aludido más arriba a la desigualdad entre el consumidor y su contraparte profesional, que permite calificar el postulado de la igualdad contractual como un mito actualmente insostenible; no vale la pena, pues, insistir en ello (pero sí recordarlo).

Se ha relativizado también el verdadero papel de la voluntad en los contratos de consumo, distinguiendo entre la voluntad de cada una de las partes contratantes (consumidor y profesional), y reconduciéndolo al poder de negociación que compete a cada una de ellas. En esta perspectiva, es correcta la afirmación de que el contrato de consumo (típicamente, conforme a condiciones generales predisuestas por el profesional, al que el consumidor se adhiere tras consentir fundamentalmente sobre la cosa, el precio, y en su caso determinadas condiciones de cumplimiento) encuentra en su base la voluntad contractual de ambas partes; pero es una voluntad desigualmente formada, puesto que la intervención de las dos voluntades que le dan nacimiento es de intensidad bien distinta: la del profesional interviene a través de la predisposición de la reglamentación contractual, y el consentimiento para la crea-

ción del contrato; la del consumidor, sólo mediante este último. De ahí que se haya llegado a afirmar que la idea de que los contratos se basan en el acuerdo de voluntades es verdad sólo en un sentido muy restringido: «mientras sigue siendo verdad que, en numerosas ocasiones, la creación actual de un contrato (y, por tanto, sus términos esenciales) requiere el acuerdo de las partes, no lo es ya, en muchas circunstancias, que el detalle de los términos del contrato dependa del acuerdo de las partes» (Atiyah)¹¹⁹; en esta misma línea, califica dicho autor la libertad de negociación como una ficción, puesto que esa libertad se basa en la igualdad entre las partes, cuestión que resulta actualmente más que dudosa¹²⁰. De ahí que también se haya considerado necesario distinguir, en el análisis de lo relativo a la justicia contractual, entre los contratos unilateralmente predispuestos y los bilateralmente negociados¹²¹.

Lo que esto implica es, por tanto, que la voluntad no puede cumplir el papel de aseguramiento de la justicia contractual, en la forma indicada más arriba, puesto que no puede ser calificada (al menos sin ulteriores matizaciones) como voluntad enteramente libre; —antes bien, aparece determinada decisivamente por la situación de inferioridad del consumidor es decir, por la desigualdad entre los contratantes—. Pero esto implica también que los mecanismos técnicos derivados de los presupuestos que ahora se revelan incorrectos (régimen de los vicios del consentimiento, situaciones de déficit de voluntad), son ellos mismos insuficientes¹²², no sólo para garantizar la justicia contractual objetiva, sino incluso para proteger eficazmente la libertad del consentimiento. Provocan así la indefensión del consumidor, y acentúan su inferioridad.

Una primera consecuencia de cuanto llevo expuesto es la consideración de que el Derecho ha de ocuparse no sólo de lo que cabría denominar «justicia contractual negocial» (entendiendo por tal, la corrección legal —formal— del proceso de negociación y celebración del contrato), sino también de la «justicia contractual sustantiva», relativa al contenido del contrato¹²³. En esta consideración, el centro de gravedad de la atención jurídica pasa de los requerimientos de corrección formal en la negociación (ausencia

¹¹⁹ ATIYAH, *An introduction to the Law of Contract*, cit., p. 14.

¹²⁰ Cfr. ATIYAH, *op. cit.*, p. 21.

¹²¹ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, cap. I del vol. VII («Contracts in General») de la «International Encyclopedia of Comparative Law» (Tubingen/The Hague-Boston-London, 1982), pp. 64 y ss.

¹²² Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil*, cit. p. 237; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit., p. 37.

¹²³ En la doctrina anglosajona se ha distinguido entre la «procedural contractual justice» y la «substantive contractual justice», de donde tomo la apuntada en el texto: cfr. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, cit. pp. 333 y ss.; VON MEHREN, *op. cit.* pp. 64 y ss.

de vicios en la voluntad, plena capacidad), a la contemplación del contenido de ese contrato (es decir, del resultado de la negociación)¹²⁴; y la misma regulación de la fase precontractual (en el aspecto que ahora estamos considerando) es entendida de nuevo no como un fin —la integridad de la voluntad— buscado únicamente por sí mismo (aunque también lo sea, en lo que se refiere a la libertad contractual), sino como un mecanismo dirigido así mismo a obtener la justicia contractual sustantiva¹²⁵ —aunque, añadiría yo, dotado de una más que notable autonomía dogmática y funcional, derivada de la finalidad de defensa de la libertad contractual que le es característica—.

Corolario de lo anterior es la afirmación según la cual no se puede ya sostener la idea de que el Derecho ha de preocuparse únicamente de los procedimientos de negociación, o de la formación correcta de la voluntad contractual, y no del contenido del contrato¹²⁶: ambos deben constituir objeto de su atención, por razones en parte peculiares, en parte coincidentes. Sobre todo lo cual volveremos inmediatamente.

18. Lo visto se ha traducido también en el redescubrimiento del principio de equivalencia (objetiva) de las prestaciones, al que me referiré en seguida. Pero también en la aparición de algunas propuestas teóricas y nuevos datos normativos que conviene tomar en consideración.

Se puede hablar, en general, de un redimensionamiento del papel de la voluntad contractual respecto al contrato, tanto en lo referido a su eficacia vinculante, como en cuanto a la determinación de su contenido. En esta dirección, se ha considerado que dicha voluntad contractual se encuentra en muchas ocasiones (destacadamente, cuando se trata de la expresada por un consumidor) notablemente debilitada, por lo que tiene un carácter antes presuntivo que concluyente o decisivo, desde el punto de vista de su obligatoriedad¹²⁷; a ello contribuye su puesta en relación con el resultado de dicha voluntad, manifestado en la reglamentación contractual: un desequilibrio notable entre las respectivas situaciones contractuales de cada uno de los intervinientes permite presumir la existencia de un desequilibrio paralelo en cuanto a su respectivo poder de negociación¹²⁸, sobre todo si hay una previa

¹²⁴ Cfr. VON MEHREN, *op. cit.*, p. 64.

¹²⁵ Cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.* pp. 333 y ss.; parecidamente, GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, p. 390.

¹²⁶ Cfr. ATIYAH, *op. ult. cit.* p. 346.

¹²⁷ Cfr. ATIYAH, *The Liberal Theory of Contract*, en «Essays...» *cit.* p. 148, y *Contract and Fair Exchange, cit.*, p. 353.

¹²⁸ ATIYAH (*Contract and Fair Exchange, cit.* p. 334) habla en este caso de una presunción de irregularidades en la fase de negociación; por su parte, L'HEUREUX (*Droit de la consommation, cit.*, p. 35) se refiere a la existencia de una presunción de abuso de superioridad, para tal supuesto.

situación de desigualdad típica, como ocurre en el caso de los consumidores. No falta, por otro lado, quien opta por prescindir casi por completo de la relevancia de la voluntad contractual en determinados casos, en orden (por ejemplo) a fundamentar la validez de las condiciones generales de los contratos ¹²⁹.

En esta misma línea, De Castro ha propuesto un reforzamiento de la eficacia de determinadas normas dispositivas, que ya no serían desplazables, sin más, por la simple voluntad de las partes (nueva manifestación del debilitamiento de la eficacia jurídica de la voluntad): «las reglas dispositivas no han sido puestas en las leyes a modo de modelo o ejemplo, que se deja al arbitrio de los contratantes el seguirlos o no seguirlos. En general, han sido recogidas como consecuencias naturales o típicas de cada clase de contrato. Responden a lo que se ha estimado normal según los intereses en juego, de acuerdo con el buen sentido, de lo tradicional y los dictados de la equidad respecto a la debida equivalencia de las respectivas obligaciones. Lo indicado no quiere decir que los que contratan estén constreñidos a seguir el modelo legal; señala que los pactos, cláusulas y condiciones que se desvíen del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces. Ineficacia que habrá de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato» ¹³⁰. Lo característico de este planteamiento es que admite el desplazamiento de las normas dispositivas, bien cuando tienen carácter secundario, bien cuando el pacto en contra está suficientemente justificado.

En esta misma línea, pero ya con alcance más general, cabría situar las siguientes palabras de Lacruz: «si bien fue afirmación corriente el pasado siglo la de la libertad de configurar el contenido del contrato sin más límites que los de la ley y la moral, es más raro que se afirme que el contenido de voluntad puesto por las partes constituye todo el contrato. Nunca ha sido así, y el contrato nunca ha sido eso. Al contrario, del principio de autonomía de la voluntad no se sigue que las estipulaciones contractuales hayan de valer exactamente conforme al querer de cada una de las partes, o que sólo valga lo que las partes expresamente quieren. ... ni la falta de voluntad del contratante o la voluntad diversa de lo que se deduce de sus palabras anulan siempre la declaración, de la que el declarante es *responsable*; ni todo el contenido de

¹²⁹ Cfr. las por otro lado discutibles afirmaciones de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 100 y ss.

¹³⁰ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones...* cit., p. 1061; su planteamiento ha tenido abundantes seguidores: cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, p. 128, y los allí citados.

derechos y deberes que nacen del contrato, y sobre todo de un contrato típico, es querido, ni aun imaginado, por las partes; las normas supletorias, derogables por ellas pero eficaces mientras no resulten expresamente eliminadas, configuran muchas veces todos los aspectos accesorios del contenido contractual. En su virtud, las partes se ven sometidas acaso a obligaciones que, de haber conocido, habrían rechazado»¹³¹.

En cuanto al Derecho positivo, el debilitamiento del papel que corresponde a la voluntad en el contrato se manifiesta en el establecimiento de diversas previsiones legales, que traducen la idea de ese carácter no absoluto o concluyente de la voluntad. Así, las que permiten revocar el consentimiento contractual en un plazo determinado (típicamente, art. 5 LCCFEM; también, art. 8 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles —LVP—); las dirigidas a integrar la regulación contractual con un contenido formalmente ajeno a la voluntad contractual, manifestada en el contrato —pero presumiblemente no a la voluntad del consumidor— (art. 8 LCU), o derivado de la naturaleza del producto o servicio pactado como prestación (nuevamente, art. 8 LCU)¹³². Sobre todo lo cual volveré *infra*.

Con este redimensionamiento del papel de la voluntad en el contrato del que vengo hablando se trata, en resumen, de lograr una correspondencia lo más aproximada posible entre el papel que desempeña *realmente* cada una de las dos voluntades que sustentan el contrato (la del consumidor y la del profesional) —voluntad real—, y su plasmación *jurídica* (es decir, el papel que jurídicamente es atribuido a cada una de ellas) —voluntad jurídica—. Se intenta corregir, de esta forma, la falta de correspondencia actualmente existente entre la realidad (una voluntad que pre-dispone el contrato, y otra que se adhiere al mismo, con unos márgenes muchas veces bien estrechos de libertad para contratar) y su contemplación jurídica (dos voluntades libres e iguales, que participan al 50 % en el nacimiento del contrato y la determinación de su contenido). Esa aproximación entre lo que he denominado la voluntad real y la jurídica se logra, por un lado, a través de mecanismos de reforzamiento cualitativo de la voluntad real (por ejemplo, a través de la concreción del derecho de los consumidores a la información); y por otro, mediante mecanismos dirigidos a debilitar el papel atribuido jurídicamente a la voluntad (vgr., establecimiento de plazos de reflexión o de desistimiento,

¹³¹ LACRUZ BERDEJO, *Elementos...* II-2.º *cit.*, pp. 25 y s.

¹³² Sobre este último aspecto, *vid.* las interesantes consideraciones de CAVANILLAS MÚGICA, «Las prestaciones propias de cada producto o servicio» (art. 8.1 de la *ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*), *Aranzadi Civil* 1993-2, pp. 7 y ss.

o control de las condiciones generales de los contratos «aceptadas» por el consumidor).

19. Lo anterior no quiere decir, en mi intención, que el principio de autonomía de la voluntad no desempeñe papel alguno: no se trata de provocar un nuevo golpe de péndulo que unilateralice otra vez la contemplación de la justicia contractual, pero ahora en sentido inverso. Se trata únicamente de redimensionar tal principio, para que realice la función que le es propia: es decir, lo relativo a la libertad contractual.

El respeto a la autonomía de la voluntad de las personas tiene una dimensión ética y un fundamento constitucional innegables ¹³³, como traducción de los principios de libertad y dignidad de la persona en la esfera jurídico-patrimonial, e instrumento del principio de libre desarrollo de la personalidad. El problema se sitúa más bien en la crisis de una concepción de las relaciones jurídicas y económicas que ha sido determinante para atribuir a la autonomía de la voluntad el papel preponderante, casi exclusivo, que ha desempeñado en el contrato hasta fechas bien recientes ¹³⁴. Se trata, entonces, de saber, por un lado, qué limitaciones a la autonomía de la voluntad son legítimas por no concurrir los presupuestos de funcionamiento del contrato, de manera que quepa esperar una reglamentación no equitativa del contenido contractual ¹³⁵; pero también de reconducirla a su verdadero papel, en relación con las circunstancias socioeconómicas actuales, y con sus manifestaciones jurídicas. Hago mías, en este sentido, las siguientes palabras de De Castro: «de lo expuesto no se infiere, ni cabe deducir una devaluación del principio de autonomía de la voluntad; su valor sigue siendo indiscutible, como unido íntimamente al respeto debido de la libertad de la persona, y consecuentemente tampoco debería hablarse de una decadencia o muerte del contrato. Ni siquiera puede decirse con exactitud que se trate de una nueva concepción de la autonomía de la voluntad. El cambio que se advierte en la doctrina no es más que el resultado del relativo abandono de ciertos modernos prejuicios, del propio in-

¹³³ Cfr., entre nosotros, DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1066; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, cit. pp. 126 y ss.; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit. p. 98. Sobre estos aspectos de la autonomía de la voluntad se ha hecho especial énfasis en la doctrina alemana, precisamente por autores que se han ocupado de cuestiones similares a las aquí abordadas: cfr. ZÖLLNER, *Die politische Rolle des Privatrechts*, cit. p. 336; LIEB, *Grundfragen einer Schuldrechtsreform*, cit. pp. 361 y ss.

¹³⁴ Buena prueba de ello es que las limitaciones al principio de autonomía de la voluntad en relación con los contratos van unidas a las limitaciones relativas al Derecho de propiedad, que es el otro pilar de la concepción liberal-individualista de las relaciones jurídico-patrimoniales: cfr. DORAL, *Orientaciones actuales sobre el futuro del contrato*, cit. p. 97.

¹³⁵ Cfr. ZÖLLNER, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit. p. 99.

dividualismo exaltado que inspiró al liberalismo del siglo XIX y del más reciente neoliberalismo que abanderó la nueva *lex mercatoria*. El vacío así producido ha permitido advertir que la autonomía de la voluntad tiene límites inmanentes, los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común»¹³⁶.

C. Conmutatividad, equilibrio de las prestaciones y justicia contractual sustantiva

20. La insuficiencia práctica y teórica del planteamiento tradicional (*i.e.*, liberal-individualista), que hace bascular la justicia contractual únicamente sobre la autonomía de la voluntad y los mecanismos dispuestos para protegerla, ha servido para redescubrir las exigencias de la llamada justicia contractual sustantiva: es decir, la necesidad de establecer mecanismos de control del contenido de los contratos, a fin de evitar los abusos que puedan derivar de la situación de inferioridad de uno de los contratantes (por lo que aquí interesa, el consumidor), y del déficit de libertad que ello comporta¹³⁷. Ello ha conducido a la doctrina a plantearse algunas cuestiones preteridas en la situación anterior (hubieran sido consideradas como atentados contra la libertad de contratación), relacionadas todas ellas, en uno u otro sentido, con la obtención de un mayor grado de justicia contractual objetiva: se ha hablado, por ejemplo, de la moralización de las relaciones contractuales —y económicas en general—¹³⁸; se ha enfatizado el papel que corresponde a la buena fe y la lealtad en el correcto desarrollo de dichas relaciones¹³⁹; de las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad¹⁴⁰; se ha replanteado, sobre estas

¹³⁶ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, p. 1066.

¹³⁷ Porque del mismo modo que las previsiones legales destinadas a proteger la libertad del consentimiento repercuten beneficiosamente en la obtención de la justicia contractual sustantiva (aunque sean insuficientes para garantizarla absolutamente: me remito a todo lo expuesto), los mecanismos enderezados a conseguir esa justicia contractual sustantiva muchas veces actúan como remedio al déficit de voluntad del contratante más débil; es decir, como técnicas de protección indirecta del consentimiento contractual, en situaciones de desigualdad. Pero ambos aspectos no se solapan: como advierte VON MEHREN (*A General View of Contract, cit.* p. 64), un contrato puede ser perfectamente correcto desde el punto de vista de la formación de la voluntad y ser injusto como intercambio; e, inversamente, un intercambio justo puede proceder de un proceso de contratación incorrecto. De ahí que convenga realizar una aproximación diferenciada a ambos aspectos, sin descuidar, eso sí, las evidentes conexiones que existen entre ambos.

¹³⁸ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 48 y s.

¹³⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones, cit.* p. 49; Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, pp. 48 y s.; GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*, pp. 200 y ss.

¹⁴⁰ DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones... cit.*, *passim*.

bases, la cuestión del fundamento de la fuerza obligatoria, y de toda la teoría general del contrato ¹⁴¹; y, sobre todo, se ha redescubierto (y reformulado) el principio de conmutatividad de los intercambios, y de equilibrio de las contraprestaciones. Me detendré a continuación en este último aspecto, por ser el que más directamente afecta a la protección de los consumidores ¹⁴².

21. Puede servir de introducción a esta cuestión la pregunta que se hace Atiyah en su ensayo sobre la misma: ¿la idea de equidad en los intercambios es en sí misma teóricamente defendible? ¹⁴³. La respuesta liberal (o neoliberal, advierte el propio Atiyah) sería que no ¹⁴⁴. Sin embargo, en los últimos decenios se ha ido abriendo paso la idea de que, tratándose de contratos onerosos, destinados a operar un intercambio, rige la regla de la conmutatividad ¹⁴⁵; o, dicho con otras palabras que nos sitúan más directamente en el ámbito de la justicia, las relaciones contractuales de intercambio se encuentran gobernadas por la justicia conmutativa, de la que la justicia contractual no sería sino una aplicación ¹⁴⁶. Lo cual quiere decir, en esta consideración, que esa regla, ese estándar de justicia, es inherente al mismo concepto de contrato de intercambio ¹⁴⁷.

La conmutatividad en las relaciones de intercambio se manifiesta, al decir de Díez-Picazo, en dos reglas: la primera, de índole más genérica ¹⁴⁸ («ningún desplazamiento de bienes de un patrimonio a otro, ningún enriquecimiento y ninguna atribución patrimonial puede producirse de una manera válida y eficaz sin que concurra para ello una razón o una causa que el ordenamiento jurídico considere como suficiente para justificarlo o para servirle de fundamento» ¹⁴⁹) desemboca en la proscripción del enriquecimiento sin causa. La segunda se plasma en el principio de equivalencia de las prestaciones, conforme al cual «en el cambio de bienes y de servicios debe guardarse el mayor equilibrio posible

¹⁴¹ Cfr. las sugerentes ideas de GHESTIN, *op. cit.* pp. 178 y ss., para quien «la búsqueda por el Derecho objetivo de lo útil y lo justo justifica la fuerza obligatoria del contrato, y fija sus condiciones y límites, es decir, el régimen del contrato en su conjunto» (p. 180)

¹⁴² Con la advertencia, ya apuntada, de que muchas veces, en las propuestas recogidas en el texto, se está hablando de una misma realidad genérica, considerada desde diversas perspectivas, todas ellas dirigidas a un objetivo muy similar: la consecución de lo que aquí vengo denominando la justicia contractual sustantiva.

¹⁴³ Cfr. ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, *cit.* p. 347.

¹⁴⁴ Cfr. ATIYAH, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁴⁵ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I *cit.*, pp. 46 y s.

¹⁴⁶ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, *cit.* pp. 194 y s.

¹⁴⁷ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, *cit.* p. 64.

¹⁴⁸ En efecto, se aplica también a las atribuciones patrimoniales con causa gratuita, que no operan intercambio alguno, pero no carecen de causa suficiente que las justifique.

¹⁴⁹ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I *cit.*, p. 47.

entre los bienes y los servicios que son objeto de trueque»¹⁵⁰; o, en palabras de Ghestin, «en el intercambio cada una de las partes debe recibir el equivalente de lo que ella entrega»¹⁵¹.

En la teoría liberal, la equivalencia de las prestaciones no tiene carácter objetivo, sino subjetivo: las prestaciones efectivamente acordadas son por hipótesis equivalentes, puesto que cada una de las partes así lo ha estimado al consentir sobre su prestación y sobre la contraprestación que va a recibir a cambio; el valor que tiene las respectivas prestaciones es, por tanto, el que les es asignado por cada uno de los contratantes, que es el mismo que refleja el contrato: no existen otros criterios (objetivos) conforme a los que determinar el valor de las prestaciones. El único problema derivaría, entonces, de una incorrecta formación de la voluntad, frente a lo cual se reacciona por la vía conocida de los vicios (típicos) del consentimiento.

Ya hemos visto *supra* como este planteamiento resulta insuficiente. Pero sigue teniendo alguna virtualidad práctica, que Ghestin expresa de la siguiente forma (incluyendo, también, los límites de dicha virtualidad): «los principios de justicia y de buena fe deben ser conciliados con la libertad y la responsabilidad individuales. Por ello, hay que *presumir que el contrato, concluido por individuos libres y responsables, es de hecho conforme a la justicia*. Pero no se trata más que de una *simple presunción*. La constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones, o la prueba de que una de las partes no ha estado en situación de apreciar o de defender normalmente sus intereses justifica la intervención de los poderes públicos»¹⁵² (las cursivas son del autor). Y precisamente los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad que permite presumir, en caso de falta de equilibrio entre las prestaciones, que ha existido abuso de superioridad —incluso inconsciente, o no intencionado— en su contraparte profesional¹⁵³.

Más allá de este aspecto, en el que la voluntad desempeña todavía un papel relevante, la equivalencia de las prestaciones cobra progresivamente un carácter más objetivo. La determinación concreta de la equivalencia entre las prestaciones puede revestir dificultades, pero no faltan parámetros para obtenerla¹⁵⁴.

¹⁵⁰ DÍEZ-PICAZO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁵¹ GHESTIN, *op. cit.* p. 19.

¹⁵² GHESTIN, *op. cit.* p. 205.

¹⁵³ Cfr. L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, cit. p. 35.; parecidamente, ATIYAH, *Contract and Fair Exchange*, cit. p. 334.

¹⁵⁴ Cfr. VON MEHREN, *A General View of Contract*, cit. p. 65; *vid.*, también, las sugerencias de ATIYAH, *op. últ. cit.* pp. 348 y ss. Por lo demás, la cuestión se plantea (y resuelve razonablemente) en los ordenamientos que disponen del mecanismo de la rescisión por lesión, a efectos de la misma.

El instrumento empleado tradicionalmente para resolver los problemas relacionados con la falta de equivalencia de las prestaciones es la rescisión por lesión. Nuestro Cc no cuenta con él porque, como explica Díez-Picazo, «en un sistema de economía liberal se considera que no existe un precio que sea objetivamente justo, porque los precios los determina la dinámica del mercado. Por esta razón, nuestro Código civil ha desterrado el antiguo mecanismo de la rescisión por lesión como vía por la cual el perjudicado por un desequilibrio en la equivalencia de las prestaciones podría reaccionar (art. 1.293 Cc). La tradición liberal impuso el principio *pacta sunt servanda* y el cumplimiento de los contratos de acuerdo con su tenor literal»¹⁵⁵. De la ausencia de dicho mecanismo cabe deducir que en el Derecho del Cc no rige el principio de equivalencia de las prestaciones, con carácter general¹⁵⁶ (a diferencia de lo que ocurre en los Derechos catalán y navarro, como es sabido). Sin embargo, datos normativos, empezando por el principio constitucional de protección de los consumidores (del que cabe derivar el principio técnico de equivalencia de las prestaciones, tratándose de contratos de consumo), y siguiendo por algunas de las disposiciones que lo desarrollan, permiten poner en duda que las cosas sigan siendo así, al menos en la sede de defensa de los consumidores¹⁵⁷; baste citar aquí el art. 10.1.c) LCU, conforme al cual entre los requisitos a que deben atenerse las condiciones generales de los contratos se encuentra la buena fe y el justo equilibrio de las contraprestaciones, cuya consecución es presentada así como un objetivo de política jurídica.

Con todo, nuestro ordenamiento sigue sin disponer de un mecanismo de alcance general dirigido a remediar la falta de equivalencia de las prestaciones, como lo fue en su momento la rescisión por lesión. En Francia, Ghestin ha sugerido la oportunidad de *lege ferenda* de establecer dicho mecanismo (como rescisión o revisión) con carácter general, con vistas a proteger a ciertas categorías de personas en situación de inferioridad, entre las que menciona específicamente a los consumidores¹⁵⁸. La propuesta merece ser considerada, siempre con la advertencia de que sería preciso adaptar el mecanismo jurídico a las nuevas circunstancias: por ejemplo, en cuanto al monto de la lesión (el perjuicio en más de la mitad puede ser excesivo, en esta perspectiva)¹⁵⁹; en cuanto

¹⁵⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 47.

¹⁵⁶ Por más que pudieran encontrarse algunos vestigios del mismo, por ejemplo, en el art. 1.289; cfr. Díez-PICAZO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁵⁷ Y también en alguna otra: cfr. art. 115 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

¹⁵⁸ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, cit. pp. 654 y ss.

¹⁵⁹ Puede indicar el camino, quizás, el mencionado art. 115 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, que permite la revisión del contrato cuando haya «lesión superior al 15 % de lo que debe corresponder a cada parte con arreglo a sus respectivas aportaciones».

a sus consecuencias (me parece preferible la revisión del contrato, que su rescisión, tanto para el consumidor como para el profesional —pero sobre todo para aquél—) y también en cuanto a los procedimientos (rápidos, baratos y eficaces) para llevarlo a efecto. Por lo demás, parece razonable actuar, también aquí, prudentemente, tomando en consideración otros principios en juego; es el propio Ghestin quien advierte que «es preciso igualmente tener en cuenta las necesidades de la seguridad jurídica. Siendo el contrato «ante todo un acto de previsión... perdería su razón de ser si la incertidumbre debiera planear sin cesar sobre su realización y si el juez pudiera, en nombre de la utilidad general o de la justicia, transformar arbitrariamente sus cláusulas» [Gounot]. El deseo de hacer respetar la justicia y la buena fe no debe suponer una traba a los intercambios que son indispensables en las relaciones sociales. Es preciso encontrar el equilibrio entre lo útil y lo justo»¹⁶⁰. La adopción de medidas en tal sentido (por ejemplo, señalamiento de un plazo relativamente breve de ejercicio de la acción en revisión o rescisión) puede ser también altamente aconsejable.

22. Hasta ahora nos hemos detenido en el aspecto más clásico y discutido de la justicia contractual sustantiva, que es el referido a la equivalencia objetiva de las prestaciones que constituyen objeto (principal) del contrato. Pero hay otro, que es precisamente el contemplado expresamente por el art. 10 LCU, y por otras reglas legales dirigidas a la protección del consumidor (vgr., arts. 8, 11 ó 12 LCU), que merece también nuestra atención. Me refiero al desequilibrio en las respectivas posiciones jurídicas de las partes, tal y como resultan del contrato acordado; es decir, a la desigualdad en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de ellas como consecuencia del contrato. No es difícil pensar en un contrato cuyas prestaciones sean objetivamente equivalentes, pero que merezca la consideración de contrario a la justicia contractual como consecuencia de su contenido, y de la posición jurídica en que deja al consumidor: por ejemplo, en lo relativo a condiciones de pago y consecuencias del impago por el consumidor (cláusulas penales, pactos comisorios u otro tipo de penalizaciones), condiciones de cumplimiento de la prestación debida por el profesional, requisitos y consecuencias de la reclamación, garantías, responsabilidad (o irresponsabilidad) del profesional, etc. La justicia contractual exige equivalencia en las prestaciones, e igualdad en las respectivas posiciones jurídicas; es decir, proporcionalidad en los derechos y obligaciones que incumben a cada una de las partes. Lo recuerda, expresamente, el

¹⁶⁰ GHESTIN, *op. ult. cit.* p. 205; vid., también, las advertencias de ZÖLLNER, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, cit. p. 98.

art. 10.1.c) 3 LCU, que considera contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones, con carácter general, «las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores y usuarios»¹⁶¹. A evitar esta situación de inferioridad contractual del consumidor (reflejo, recordémoslo otra vez, de su inferioridad económica, social y jurídica) se dirigen buena parte de los mecanismos establecidos en Derecho privado para proporcionar protección a los consumidores en sus relaciones contractuales.

Sobre parecidas bases, se han producido propuestas en favor de la inclusión de una suerte de fórmula general que declare la nulidad de los pactos abusivos o leoninos¹⁶²; o, incluso, de una norma general de honestidad con respecto a los consumidores¹⁶³, cuyo tenor literal («está prohibido todo acto por el cual un profesional perjudique o pueda perjudicar los intereses de uno o varios consumidores») parece excesivamente ambiguo y difuso, con los consiguientes riesgos para la seguridad jurídica (y para la propia eficacia de la norma, que bien podría acabar constituyendo un buen ejemplo de sobreprotección formal, sin eficacia práctica alguna).

5. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN ASPECTOS CONCRETOS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

A. Planteamiento

23. El principio constitucional de protección a los consumidores ha sido desarrollado en nuestro ordenamiento por diversas normas, de rango, procedencia y naturaleza bien distintos, a las que hay que sumar las de origen comunitario que

¹⁶¹ Por su parte, el mismo art. 10 LCU, en su número 4, párr. 2.º, tras establecer la nulidad parcial de las cláusulas abusivas, dispone (esta vez, más bien, en defensa de los intereses del profesional: cfr., al respecto, las agudas observaciones de CLAVERRÍA GOSÁLBEZ, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 10.4, pp. 342 y ss.): «no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo». Luego, la situación no equitativa de las posiciones de las partes en un contrato desemboca en la ineficacia del contrato mismo —claro está, en este caso...—.

¹⁶² Cfr. DE CASTRO, *Notas sobre las limitaciones intrínsecas...* cit., p. 1084.

¹⁶³ Cfr. BOURGOIGNIE, *Deslealtad y control abstracto de los abusos en las relaciones comerciante-consumidor*, EC 24 (1992), p. 30.

tienen esa misma finalidad tuitiva ¹⁶⁴. Algunas de estas normas inciden directamente o indirectamente en el Derecho civil, afectando con mayor o menor intensidad, según los casos, a diferentes aspectos de la teoría general del contrato ¹⁶⁵. Casas Vallés enumera los siguientes: «la juridificación de la fase preliminar, con la imposición a la empresa de extensos deberes de información; el creciente formalismo; la imposición legal de obligaciones; la integración de la publicidad en el contrato; la objetivación de la responsabilidad contractual; un cierto control de las condiciones generales; la exigencia de equilibrio en la relación; la admisión —como regla general— de la nulidad parcial; y, por último, la posibilidad, en ciertos casos, del desistimiento unilateral del consumidor» ¹⁶⁶.

La normativa a que he hecho referencia tiene como una de sus características más acusadas la complejidad ¹⁶⁷, derivada, como he apuntado, de sus distintas procedencias (comunitaria, estatal, autonómica), de su diferente naturaleza (administrativa, civil, mercantil), de sus diversos rangos (legal, reglamentario) y, por fin de las peculiaridades de su eficacia en algún caso. Así: 1) las reglas de procedencia comunitaria que más directamente inciden en el Derecho privado se encuentran recogidas en Directivas ¹⁶⁸, caracterizadas por carecer de efecto directo horizontal (es decir, por no producir efectos directos entre los particulares) ¹⁶⁹: es preciso, pues, que sean traspuestas al Ordenamiento interno para que sean directamente aplicables: en adelante no me referiré específicamente a ellas, salvo excepcionalmente ¹⁷⁰; 2) existe también una reglamentación de carácter administrativo, y en ocasiones rango reglamentario, pero con incidencia sobre cuestiones de Derecho privado: es preciso, en tales casos (pero tampoco es éste el lugar adecuado para hacerlo), determinar cuál es la eficacia civil, directa o indirecta, de dichas normas ¹⁷¹; 3) por último, coexisten una normativa estatal y otra autonómica, con los inevitables problemas de reparto (*i.e.*, solapamiento y consiguiente conflicto) de com-

¹⁶⁴ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit. pp. 1 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo...* cit. p. 49; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 99.

¹⁶⁶ CASAS VALLÉS, *op. cit.*, pp. 99 y ss.

¹⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 7, pp. 131 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho comunitario y protección de los consumidores*, cit. pp. 56 y ss.

¹⁶⁹ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.* pp. 59 y ss.

¹⁷⁰ A menos que hayan sido ya implementadas (son las menos), pero entonces el centro de atención debe ser la norma implementadora.

¹⁷¹ *Ad rem* pueden verse las observaciones de CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit. pp. 116 y ss.; y CAVANILLAS MÚGICA, *Las prestaciones propias de cada producto o servicio...* cit., pp. 9 y 16 y ss.

petencias ¹⁷², que han provocado reiteradas intervenciones del tribunal Constitucional ¹⁷³; por razones evidentes de espacio (y de finalidad de esta ponencia), me limitaré fundamentalmente al Derecho estatal ¹⁷⁴.

En la exposición que sigue me centraré en los aspectos de la misma que pueden tener relevancia respecto a la teoría general del contrato, estructurándola de acuerdo con las principales fases de su desarrollo. En todo caso, debo desde ahora advertir que se trata simplemente de apuntar cuáles pueden ser esas eventuales repercusiones: muchos de los aspectos que voy a mencionar han merecido o merecerían un tratamiento monográfico extenso, y en algún caso (piénsese, por ejemplo, en lo relativo a las condiciones generales de la contratación) existe una bibliografía española y comparada excepcionalmente extensa, y de calidad más que apreciable. No se trata —insisto— de exponer el régimen jurídico completo de cada una de las cuestiones a las que voy a aludir, sino de poner de relieve cómo afectan a la construcción de la teoría general del contrato: el empeño es, por un lado, mucho más modesto, pero por otro, de considerable alcance y proyección ¹⁷⁵.

24. Además, la regulación de ciertos contratos en particular se ha visto afectada también por dicha normativa de protección de los consumidores, aunque no va a ser objeto de nuestra atención. García Cantero menciona, con referencia únicamente a la LCU, los siguientes casos: «prohibición general de la venta a domicilio de bebidas y alimentos (art. 5.2.d); venta por correo, a domicilio (en los casos permitidos) y por muestrario

¹⁷² Lo cual ha motivado una más que notable inseguridad en lo relativo a la aplicación de las leyes autonómicas, frente a las que en muchos casos han sido interpuestos recursos de inconstitucionalidad, varios de los cuales sólo en fechas muy recientes se han resuelto. A alguno de estos aspectos haré referencia más adelante.

¹⁷³ Así, destacan las STC 71/1982, de 30 de noviembre, sobre el Estatuto del Consumidor del País Vasco; 88/1986, de 1 de julio, sobre la Ley catalana de regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales; 15/1989, de 26 de enero, sobre la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios; 62/1991, de 22 de marzo, sobre el Estatuto gallego del consumidor y usuario, y el Decreto 31/1985, de creación de la Comisión Consultiva de Consumo; 225/1993, de 8 de julio, sobre la Ley valenciana de ordenación del comercio y superficies comerciales; 228/1993, de 9 de julio, sobre la Ley gallega de ordenación del comercio interior; y 264/1993, de 22 de julio, sobre la Ley aragonesa de ordenación de la actividad comercial.

¹⁷⁴ Respecto al autonómico, desde el punto de vista que aquí interesa, *vid.* EGEA FERNÁNDEZ y MIRALLES GONZÁLEZ, *La protecció del consumidor i de l'usuari en la contractació civil catalana*, RJC 1992-1, pp. 23 y ss.

¹⁷⁵ La labor de integración sistemática del principio y la normativa de protección a los consumidores en el Derecho de Obligaciones y Contratos está apenas comenzando. Entre nosotros, han sido precursores GARCÍA CANTERO, en la actualización del *Derecho civil español, común y foral* del maestro CASTÁN TOBEÑAS, t. III (16.ª ed., Madrid, Reus, 1992); y DIEZ-PICAZO, *Fundamentos... I*, *cit.* Fuera de nuestras fronteras, es modélico el tratamiento realizado por GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.*

(art. 10.1.c.2); primera venta de viviendas (art. 10.1.c.11.º); contratos de crédito (art. 10.1.c.4.º); construcción de viviendas y locales de uso público (art. 5.2.j); contratos sobre bienes de naturaleza duradera (art. 11); con carácter general los contratos por los que se adquieren, utilizan, disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden (art. 1.2); los contratos otorgados por las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio»¹⁷⁶. Capítulo especial merece, en este repaso absolutamente nada exhaustivo, la regulación, fundamentalmente administrativa, de algunos tipos de ventas especiales, tanto en la legislación estatal (RD 1010/1985, de 5 de junio, sobre modalidades de venta fuera de establecimiento comercial permanente), como autonómica (contenida en las diferentes leyes de ordenación de la actividad comercial aprobadas hasta la fecha por diferentes Comunidades Autónomas¹⁷⁷: es el caso, por ejemplo, de las ventas a distancia, a domicilio, a pérdida, ambulantes, automáticas, con descuento, con prima, de saldo, en liquidación, en rebaja, no sedentarias o promocionales¹⁷⁸). También se encuentran regulados algunos contratos de prestación de servicios, como los relativos a reparación de automóviles (R.D. 1457/1986, de 18 de enero), aparatos de uso doméstico (R.D. 58/1988, de 29 de enero) o los servicios de limpieza, conservación y teñido de productos textiles, cueros, pieles y sintéticos (R.D. 1453/1987, de 27 de noviembre). En nada de ello podremos entrar a continuación. Baste, pues, su mención aquí.

B. Fase precontractual: la formación del contrato

24. El *iter* formativo del contrato, conforme a su esquema más clásico (oferta y aceptación, previa, en su caso, negociación)

¹⁷⁶ GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.*, pp. 555 y s.

¹⁷⁷ Concretamente, Andalucía (Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del comercio ambulante), Aragón (Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial), Cataluña (Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de comercio interior), Galicia (Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior), País Vasco (Ley 9/1983, de 19 de mayo, de ordenación de la actividad comercial —con sus modificaciones ulteriores— y Decreto 130/1986, de 3 de junio, sobre la venta con rebajas), y Valencia (Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de ordenación del comercio y superficies comerciales y Decreto 50/1988, de 12 de abril, sobre venta domiciliaria).

¹⁷⁸ Para la regulación concreta de esas ventas en la legislación estatal y autonómica, *vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE y PARRA LUCÁN, *Legislación básica de consumo*, *cit.* pp. 870 y s.

se ha visto afectado, como consecuencia de la masificación del tráfico patrimonial y del predominio de la ley de la oferta a que más arriba me he referido, por la irrupción de la publicidad comercial que, al decir de Font Galán, «ha sustituido a los *tratos previos* de los que se ocupa el Derecho civil clásico, y ha alterado profundamente el proceso de formación del contrato»¹⁷⁹. La publicidad, en efecto, tiene dos funciones básicas: la de informar a los consumidores, permitiendo así encontrar un modelo de comunicación entre éstos y los profesionales que sustituya, en el nuevo panorama determinado por la masificación del tráfico, al hasta entonces vigente, basado en el contacto directo y personalizado entre ambos¹⁸⁰; y otra de carácter suasorio «encaminada a ejercer una resuelta influencia psicológica sobre los destinatarios de sus mensajes con la intención de determinarles a elegir económicamente en un sentido conveniente a las expectativas de ganancia de empresarios y profesionales, pero derechamente contrario en muchas ocasiones a los auténticos intereses del agente-consumidor» (López Sánchez)¹⁸¹. La publicidad tiene, además, dos dimensiones diferentes, ambas con trascendencia en lo que se refiere a la protección de los consumidores: la concurrencial y la negocial¹⁸²; de la primera se ocupa, fundamentalmente, la Ley General de Publicidad —aunque no faltan alusiones en la LCU: así, en su art. 8.—; la segunda es la que aquí nos interesa: como escribe, de nuevo, López Sánchez, «si el mensaje publicitario va dirigido a influir en la decisión económica del consumidor, y ésta encuentra su formalización jurídica a través de la celebración del correspondiente contrato, es necesario comenzar por reconocer eventuales efectos negociales al acto de publicidad»¹⁸³. Es habitual reconducir la eficacia de la publicidad comercial al concepto de *invitatio ad offerendum*¹⁸⁴, por lo que su relevancia en el *iter* formativo del contrato sería muy limitada (sin perjuicio de que, en ocasiones, pudiera entenderse que estamos ante una verdadera oferta¹⁸⁵), y más todavía respecto al contenido del contrato. Y es que la consideración de la publicidad como oferta desde el punto de vista de la protección de los consumidores, sin embargo, tiene

¹⁷⁹ FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho privado...* cit. p. 31.

¹⁸⁰ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit. pp. 57 y s.

¹⁸¹ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* p. 58.

¹⁸² Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* pp. 59 y ss.

¹⁸³ LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. ult. cit.* p. 70; similarmente, TORRES LANA, *Derecho civil y protección de los consumidores*, cit. pp. 14 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I cit., p. 303; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios LCU*, cit., sub art. 8.1, pp. 155 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *op. et loc. ult. cit.*; Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*; PASQUAU LIAÑO, *op. et loc. cit.*

¹⁸⁵ Lo señala expresamente Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*

relevancia no sólo a efectos de formación del contrato ¹⁸⁶, sino también a los de determinación de su contenido: de lo que se trata fundamentalmente, en este segundo aspecto, es de saber si el anunciante queda vinculado por el contenido del anuncio cuando contrata con el consumidor, aunque en el contrato se silencien los aspectos anunciados. Cuestión que aparece decidida ahora, positivamente, por el art. 8.1 LCU, cuando dispone que el contenido de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios *serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*.

La cuestión de la oferta de contrato es abordada también en la LCCFEM (veáanse los arts. 1.2, 2.2, 3.1, ó 4); pero en este caso la oferta considerada es la del consumidor, a fin de proporcionar a la posición jurídica del mismo, cuando merece el calificativo jurídico de oferta (por ejemplo, si el comerciante le hace firmar un documento que es calificado expresamente como *oferta contractual* del consumidor), los mismos medios de protección que se conceden al contrato: así, por ejemplo, el derecho de revocación (que lo es de la declaración de voluntad del consumidor, merezca ésta el calificativo de oferta o de aceptación: art. 5.1) se concede tanto respecto al contrato aceptado por el consumidor, como respecto a la oferta realizada por el mismo. Lo cual puede tener repercusiones en la configuración teórica de la oferta (por ejemplo: si se concede aquí la revocación, ¿es porque hay que entender que en otro caso la oferta sería irrevocable?).

25. En relación con el proceso de formación del contrato, se ha hablado de una «temporización» del mismo ¹⁸⁷. La expresión se refiere fundamentalmente a la concesión de un plazo de refle-

¹⁸⁶ Muchas veces es difícilmente sostenible que baste con el mero consentimiento del consumidor para dar nacimiento al contrato, por faltar en el anuncio publicitario los elementos esenciales del contrato ofrecido. Si están presentes, tampoco habría graves problemas en entender que se trata de una oferta en sentido estricto. Conviene, por tanto, atender a las circunstancias concretas del caso, como aconsejan Díez-PICAZO, *op. et loc. ult. cit.*; y GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir., ALBALADEJO y DÍAZ ALABART), t. XVIII, vol. 1-B (Madrid, Ederesa, 1993), *sub art.* 1.262. A cuya resolución prudencial no deberá ser ajeno, en mi opinión, el principio de protección a los consumidores, a partir de la valoración de las razonables expectativas suscitadas por el anuncio en el consumidor, y de la mejor protección de los intereses de éste: por ejemplo, tratándose de los anuncios de venta al público de determinados bienes por precio también determinado, parece lógico considerar al comerciante vinculado por su publicidad, de manera que no podrá negarse a vender ese bien al precio anunciado (menos si ha incluido en el anuncio algunas salvedades, como es, por otra parte, habitual); otra cosa sería la consagración de una publicidad engañosa, mediante la que se logra atraer unos potenciales clientes con el señuelo de esa publicidad, que luego el comerciante se encarga de matizar al recibir la «oferta» del consumidor.

¹⁸⁷ MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.* p. 238; GARCÍA CANTERO, *Integración del Derecho del consumo... cit.* p. 50.

xión a partir de la oferta, durante el que no cabe la aceptación; o uno de revocación¹⁸⁸, desde la fecha de celebración del contrato, durante el que el consumidor puede revocar su consentimiento *ad nutum*: nuestra legislación de protección de los consumidores ha optado claramente por este último (cfr. arts. 10.1.c.2 LCU y 5 LCCFEM). Este derecho de revocación supone, al decir de García Cantero, una importante derogación al principio de la fuerza obligatoria del contrato¹⁸⁹, dirigida a permitir que el consumidor realice una decisión más reflexiva, principalmente en relación con determinados métodos comerciales especialmente agresivos¹⁹⁰. El derecho de revocación se sitúa así dentro de esa línea de debilitamiento (*rectius*, redimensionamiento) del exagerado papel que la teoría liberal-individualista atribuía a la voluntad en el contrato, hasta hacer de ella un elemento de naturaleza casi mística¹⁹¹; pero actúa también como un mecanismo de reafirmación de la importancia de la voluntad correctamente formada (libre y reflexiva), puesto que se dirige precisamente a permitir al consumidor bien que reflexione sobre la conveniencia o no de vincularse definitivamente a ese contrato, bien que se aconseje sobre el mismo¹⁹². Por lo demás, el derecho de revocación no supone una novedad absoluta en nuestro Ordenamiento: algo parecido (pero de eficacia mucho menor, por requerir pacto expreso, y por los requisitos fijados para su ejercicio)¹⁹³ dispone el art. 8 de la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles; y las arras penitenciales —necesitadas también de pacto expreso, y gravosas para quien decide hacer uso de la facultad que le conceden— constituyen también un mecanismo de desistimiento, en la forma conocida. Lo novedoso aquí es su carácter imperativo, y el principio, contemplado en el art. 6.2 de la Ley citada, de que *el ejercicio del derecho de revocación no implicará gasto alguno para el consumidor*.

26. De acuerdo con la teoría tradicional, corresponde a cada uno de los contratantes adquirir la información precisa sobre las prestaciones objeto del contrato y el alcance tanto de su compromiso como del de su contraparte (*caveat emptor, emptor debet esse curiosus*)¹⁹⁴. Los eventuales problemas se resuelven —fundamentalmente— bien por la vía de los vicios del consentimiento,

¹⁸⁸ Empleo intencionadamente el mismo término que nuestra Ley de Contratos celebrados Fuera de los Establecimientos Comerciales, sin prejuzgar la naturaleza y configuración teórica de dicho derecho.

¹⁸⁹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁹⁰ Sobre lo cual, *vid.* BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles... cit.*, especialmente pp. 28 y ss., y 71 y ss.

¹⁹¹ Cfr. GHESTIN, *Traité de Droit civil, cit.* p. 147.

¹⁹² Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

¹⁹³ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles* (Madrid, Tecnos, 1988), pp. 76 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. MALAURIE-AYNES, *Droit civil, cit.*, p. 345.

que pone el acento en los aspectos psicológicos del consentimiento¹⁹⁵, bien por la de los vicios ocultos (para un supuesto concreto).

Este principio, y estos mecanismos jurídicos se revelan insuficientes cuando existe, como ocurre actualmente en relación con los consumidores, una situación de déficit de información a cargo del consumidor, que puede afectar notablemente a la calidad de su consentimiento contractual¹⁹⁶; déficit cuya superación tiene costes excesivos para el consumidor, pero que podría ser fácilmente suplido mediante la información facilitada por el profesional. En esta perspectiva, como advierten Malaurie y Aynes, «la teoría de los vicios del consentimiento se ha revelado de un rendimiento social mediocre»: basta comprobar el escasísimo número de contratos anulados por tal causa, de entre los cientos de millones concluidos anualmente; ello se debe tanto a la necesidad de iniciar un procedimiento judicial a tal fin, como a los requisitos sustantivos y procesales (carga de la prueba) que caracterizan este mecanismo¹⁹⁷; por su parte, el recurso a los vicios ocultos resulta también insatisfactorio, por parecidas razones¹⁹⁸. De ahí que se haya invertido la regla tradicional, imponiendo a los profesionales un genérico deber de información respecto al consumidor, que supla el déficit informativo del que he hablado, y garantice así que se trata de un consentimiento suficientemente ilustrado, apto para fundamentar una decisión razonable¹⁹⁹.

¹⁹⁵ Cfr. GHESTIN, *op. cit.* p. 502.

¹⁹⁶ Cfr. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 536 y s.

¹⁹⁷ MALAURIE-AYNES, *op. cit.* p. 237; GARCÍA CANTERO, en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, *cit.* pp. 628 y ss. Sobre los problemas derivados de los requisitos sustantivos para apreciar la concurrencia de vicios del consentimiento, cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores... cit.* pp. 101 y s.; y FONT GALÁN, *La protección de los consumidores en el Derecho Privado... cit.* pp. 31 y s.

¹⁹⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.*, pp. 102 y ss.; FONT GALÁN, *op. últ. cit.*, pp. 32 y s.

¹⁹⁹ Sobre ese deber de información, *vid.* ampliamente GHESTIN, *op. cit.* pp. 502 y ss.; también, MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, pp. 238 y 345 y ss. Entre nosotros, *vid.* PÉREZ GARCÍA, *La información en la contratación privada* (Madrid, Instituto Nacional del Consumo, 1990); GARCÍA CANTERO, en CASTÁN-GARCÍA CANTERO, *Derecho civil español, común y foral*, III, *cit.* pp. 628 y ss.; y, respecto al Derecho catalán, EGEA FERNÁNDEZ, en *La protección del consumidor... cit.*, pp. 24 y ss.

Desde otro punto de vista, se ha puesto en duda el fundamento y necesidad de la imposición de un tal deber de información a los profesionales, a partir de la consideración de dicho deber desde el punto de vista del análisis coste-beneficios: RUDDEN, *Le juste et l'inefficace; pour un non-devoir de renseignements*, «RTDC», 1985, pp. 91 y ss. De acuerdo con ello, y a partir de la consideración de la información a la vez como elemento esencial de cualquier elección razonable, y como un bien costoso (p. 95), se concluye que la imposición de ese deber de información puede hacer preferible la ignorancia al particular que no puede obtener provecho de su información profesional, y puede tener así un efecto disuasorio en relación con las inversiones destinadas a obtener información —es decir, en investigación, etc.— (pp. 92 y s.). Probablemente a partir de estas o parecidas consideraciones, se ha matizado el con-

Indican Malaurie y Aynes que caben tres sistemas de información: 1) la derivada de la publicidad comercial: ya me he referido *supra* a la función informativa de la publicidad; 2) la que versa sobre el producto, y se manifiesta normalmente en la imposición al fabricante del deber de proporcionarla a través de diferentes medios: etiquetado, menciones informativas, entrega de documentación, etc.; 3) y, por último, la información personalizada, puesta a cargo de un profesional o un intermediario²⁰⁰. Se puede distinguir, por lo demás, una información precontractual, relativa al contrato todavía no celebrado, y a las prestaciones que van a ser objeto del mismo; y otra contractual, relativa a los derechos y obligaciones asumidos por cada una de las partes en el contrato (y que se manifiesta habitualmente por medio del formalismo informativo, a que luego me referiré)²⁰¹.

La legislación española contempla ahora el deber de información, en normas de rango y alcance bien distinto. Debe ser destacado, como más general, el art. 13 LCU (que desarrolla el derecho a la información consagrado por el art. 51 de la Constitución, y recogido en el art. 2.1.d LCU), en el que se contempla detalladamente la información que deben *incorporar, llevar consigo o permitir* los bienes, productos o servicios. A su vez, otros preceptos relativos a contratos en particular, o a determinadas modalidades contractuales, contemplan también específicos deberes de información: así ocurre, por ejemplo (tratándose en ambos casos del que he denominado formalismo informativo), en la LVP (arts. 5 y 6), Ley del Contrato de Seguro —LCS— (art. 5, en relación con el 8) o en la LCCFEM (art. 3); o, descendiendo ya a normas de carácter reglamentario, en materia de reparación de automóviles (art. 12 RD 1457/1986, de 18 de enero) o de aparatos de uso doméstico (arts. 8 y ss. RD 58/1988, de 29 de enero); de tintorerías (arts. 4 y 5 RD 1453/1987, de 27 de noviembre); o de venta o alquiler de viviendas (RD 515/1989, de 21 de abril). Tiene también finalidad informativa la exigencia de forma escrita no del contrato, sino de determinadas operaciones relacionadas directamente con el mismo (típicamente, presupuestos y facturas: veáanse, por ejemplo, los arts. 14 y 15 RD 1457/1986, 3 y 5 RD 58/1988, y 6 RD 1453/1987).

De las normas antes citadas, y aun de otras de carácter autonómico o comunitario, cabe inducir la existencia de un deber de

tenido y alcance de ese deber de información, señalándose la necesidad de remunerar el coste de la información: GHESTIN, *op. cit.*, p. 541; parecidamente, MALAURIE-AYNES, *op. cit.* pp. 345 y 230.

²⁰⁰ Cfr. MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, p. 238.

²⁰¹ Sobre la diferencia entre la obligación precontractual, y la contractual, cfr. PERÉZ GARCÍA, *op. cit.* pp. 105 y s.; en sentido no del todo coincidente, cfr. GHESTIN, *op. cit.* pp. 504 y s.

información contractual de alcance más amplio. En opinión de García Cantero, «parece razonable pensar que dicho subprincipio (de información) ha de informar no sólo la específica legislación protectora de consumidores y usuarios, sino la doctrina general del contrato... Cabe establecer que, en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo. Este deber contractual de informar lleva consigo el deber previo de informarse para así poder informar; aquél puede infringirse por dolo o culpa. La información precontractual integra el contenido del contrato posterior aun cuando no haya sido recogida en el mismo»²⁰². Con todo, conviene tomar en consideración también la necesidad de remunerar, en su caso, el coste de esa información obtenida por el profesional, a fin de no desincentivar su obtención²⁰³: como siempre, se trata de conseguir el equilibrio entre las partes, y no un nuevo desequilibrio, esta vez en favor del consumidor.

27. Otro de los aspectos afectados (ya en la frontera con lo que cabría denominar la fase contractual, o el contrato *in facto esse*) es el relativo a la forma y documentación del contrato. Es habitual que las normas de protección de los consumidores contengan requisitos relativos a la forma del contrato, exigiendo habitualmente que se realicen por escrito, y que el consumidor reciba un ejemplar del mismo: así ocurre, por ejemplo, en los arts. 5 LVP, 5 LCS o 3 LCCFEM; más ambiguamente, el art. 10.1.b LCU se refiere a *recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación, o, en su caso, de presupuesto debidamente explicado*²⁰⁴. En otras ocasiones, la documentación se refiere sólo a determinados aspectos (depósito, presupuesto, factura, etc.), y tiene carácter preferentemente informativo, como hemos visto *supra*.

A partir de estos datos normativos (o de otros similares), se habla de un renacimiento del formalismo²⁰⁵, «que cuadra muy poco con las tópicas exigencias del comercio y mucho, en cambio, con los tradicionales esquemas civiles» (Casas Vallés)²⁰⁶. Las finalidades de este retorno al formalismo son variadas: por un lado,

²⁰² GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* pp. 630 y s.

²⁰³ Cfr. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace; pour un non-devoir de renseignements*, *cit.*; GHESTIN, *op. cit.*, p. 541; MALAURIE-AYNES, *op. cit.* pp. 345 y 230.

²⁰⁴ Con todo, la necesidad de documento contractual cuando se empleen condiciones generales de los contratos podría ser deducida del precepto reproducido, y de lo dispuesto en el mismo art. 10.1.a.

²⁰⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo... cit.* p. 50; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y derecho civil*, *cit.* p. 100; GHESTIN, *op. cit.* pp. 118 y s.; MALAURIE-AYNES, *op. cit.*, p. 345; BOURGOIGNIE, *Eléments... cit.* p. 211; L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, *cit.*, p. 16.

²⁰⁶ CASAS VALLÉS, *op. cit.* p. 100, nota 48.

inducir al consumidor a la reflexión, en virtud de su efecto psicológico (mayor cuanto más solemne es la forma)²⁰⁷; además, proporcionar al consumidor una información adecuada sobre sus derechos y obligaciones contractuales²⁰⁸; y, por último, «proporcionarle medios de prueba en previsión de eventuales conflictos» (Casas Vallés)²⁰⁹.

Esta vuelta al formalismo, sin embargo, no carece de algunas dificultades. La primera se refiere a la excesiva formalización (casi burocratización) del proceso comercial, si esas exigencias de documentación se llevan demasiado lejos²¹⁰; lo cual puede traducirse en su encarecimiento y ralentización, o en la ineficacia práctica de esas previsiones, por su carácter poco funcional. La segunda, de índole dogmática, es la relativa a las consecuencias del incumplimiento de la forma o documentación legalmente previstas: como señala García Cantero «no siempre es posible saber si el documento privado que habitualmente exige el legislador es requisito *ad substantiam*»²¹¹. La LCCFEM en su art. 4 dispone la anulabilidad del contrato celebrado con infracción de los requisitos de forma establecidos en su art. 3, a instancia únicamente del consumidor —salvo si dicho incumplimiento es exclusivo del propio consumidor—, pero es dudoso que esta sanción sea la más adecuada²¹², porque coloca al consumidor en la alternativa de anular el contrato (y quedarse así sin el bien que quizás precise), o conformarse con el incumplimiento de tales requisitos de forma. Por esta misma razón no me parece que se trate de forma *ad substantiam* en el sentido clásico, sin la que el contrato no es válido. La solución estaría más bien en la línea del art. 1.280 Cc, de forma que el consumidor pudiera compeler al profesional al cumplimiento de los requisitos de forma o documentación; pero entonces sería preciso disponer tanto sistemas rápidos, baratos y eficaces para que ello pudiera ser llevado a efecto, como, en su caso, bien alguna sanción civil (o administrativa) que pudiera servir como presión frente al profesional (así ocurre, por ejemplo, en los Decretos reguladores de la prestación de diversos servicios, a los que vengo refiriéndome —veáanse, por ejemplo, los arts. 19

²⁰⁷ Cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos...* I, pp. 249 y s.; CARBONNIER, *Droit civil*, cit. p. 177.

²⁰⁸ Cfr. CASAS VALLÉS, *op. et loc. cit.*; MALAURIE-AYNES, *op. et loc. cit.*; y L'HEUREUX, *op. et loc. cit.*

²⁰⁹ CASAS VALLÉS, *op. et loc. cit.*

²¹⁰ CASAS VALLÉS, por ejemplo, ha contado hasta doce documentos distintos en relación con la reparación de automóviles: *op. et loc. cit.*

²¹¹ GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo...* cit. p. 50.

²¹² Menos aún, a mi modo de ver, la de nulidad absoluta propuesta por BOTANA GARCÍA, *Los contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles*, cit., pp. 309 y ss.

y ss. RD 1457/1986, 10 RD 58/1988, y 9 RD 1453/1987—), bien algún incentivo de la misma naturaleza que le mueva a hacerlo.

C. Contenido y cumplimiento del contrato

28. El contenido de la mayor parte de los contratos de consumo aparece determinado por la reglamentación predispuesta por el profesional. De ahí la especial importancia que reviste la normativa reguladora de las condiciones generales de los contratos, que constituye uno de los tópicos emblemáticos no sólo de la protección de los consumidores, sino del nuevo Derecho de la contratación en masa. Dicha regulación está constituida, en nuestro Derecho, por los arts. 3 LCS y 10 LCU; y, con su eficacia característica, por la Directiva 91/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que debe ser implementada, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994 (art. 10). El principio rector es la consecución del justo equilibrio contractual, tanto entre las prestaciones como entre los derechos y obligaciones de las partes (arts. 10.1.c LCU y 3 Directiva), de forma que la predisposición del contenido contractual no desemboque en la imposición de cláusulas abusivas para el consumidor, provocando el desequilibrio que se trata de evitar (desequilibrio objetivamente favorecido por la unilateralización del mecanismo contractual operado por el empleo de condiciones generales)²¹³. A tal efecto, el art. 10 contempla una lista de condiciones generales contrarias a la buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones (art. 10.1.c), entre las que incluye la prohibición general de cláusulas abusivas (entendiendo por tales, aclara el precepto, *las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en perjuicio de los consumidores*). El mecanismo empleado para obtener esa finalidad es el de la nulidad parcial de las cláusulas excluidas (art. 10.4, párr. 1.º), que puede demorar en la nulidad del contrato entero *cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las partes en la relación contractual* (art. 10.4, párr. 2.º)²¹⁴. La aportación más importante, desde el punto de vista teórico, del art. 3 LCS es, por

²¹³ Cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, *Publicidad comercial, contratación estandarizada y protección del consumidor*, cit., p. 58.

²¹⁴ La Directiva, por su parte, dispone que *los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas* (art. 6.1).

su parte, la contenida en su párrafo 3.º: *declarada por el Tribunal Supremo la nulidad de alguna de las cláusulas de las condiciones generales de un contrato, la Administración pública competente obligará a los aseguradores a modificar las cláusulas idénticas contenidas en sus pólizas.*

Como hemos visto *supra*, las condiciones generales son una consecuencia del tráfico patrimonial en masa, respecto al que se presentan como una exigencia de racionalización (incluso posibilitación) del mismo. En la medida en que extienden su eficacia más allá del campo de las relaciones entre profesionales y consumidores, y se aplican también en las relaciones de los profesionales entre sí (aunque entonces no necesariamente con las mismas características)²¹⁵, la relevancia de su correcto tratamiento y regulación respecto a la Teoría General del Contrato es más evidente. Aparecen así como uno de los puntos capitales del nuevo Derecho de la contratación en masa (o del tráfico patrimonial en masa)²¹⁶. Desde este punto de vista puede entenderse, con García Cantero, que la regulación actual «posee indudable vocación a servir de base para una eventual reforma de la doctrina general del contrato»²¹⁷. También, porque se sitúa en la línea ideal de esa regulación, tal y como la expresa Díez-Picazo: «sujeción del fenómeno a un control riguroso, que impida las situaciones de abuso en la contratación, respecto de la parte contractual económicamente más débil»²¹⁸.

De otra parte, la normativa actual —destacadamente, la contenida en el art. 10 LCU— es técnicamente defectuosa²¹⁹, y su trascendencia práctica ha sido más que dudosa²²⁰; sin que, por otro lado, se haya establecido la provechosa relación que cabía esperar entre el art. 3 LCS y el art. 10 LCU²²¹. En palabras de García Cantero, referidas a la regulación de la LCU, «*son más las desventajas que las ventajas producidas por la vigencia del*

²¹⁵ Piénsese, por ejemplo, en el problema del conflicto de formularios, que puede producirse (y se produce) con relativa facilidad en las relaciones entre profesionales: cfr. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 275 y ss.

²¹⁶ Con todo, parece aconsejable el mantenimiento de una cierta especificidad en el tratamiento y regulación del fenómeno, cuando se trata de relaciones entre profesionales y consumidores, por las razones expuestas más arriba; lo que es, por otro lado, práctica usual en el Derecho Comparado: cfr. ALFARO, *op. últ. cit.* pp. 174 y ss.

²¹⁷ GARCÍA CANTERO, *Integración del derecho del consumo... cit.* p. 50.

²¹⁸ Díez-PICAZO, *Fundamentos... I cit.*, p. 344.

²¹⁹ Cfr., por todos, R. BERCOVITZ, *La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, en A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ, «Estudios...» cit., p. 188; LÓPEZ SÁNCHEZ, *Las condiciones generales de los contratos en el derecho español*, RGLJ 1987-4, p. 650; GARCÍA CANTERO, *Venturas y desventajas del artículo 10 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios*, AC 1991, p. 289; DÍAZ ALABART, *Comentarios LCU cit.*, sub art. 10.1.c, p. 249.

²²⁰ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. et loc. últ. cit.*

²²¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* pp. 294 y s.

*art. 10 en el texto de la Ley General de defensa de los Consumidores y Usuarios. Si de esta última se ha dicho que el mayor beneficio logrado ha sido su «eficacia publicitaria», pero que no ha podido, porque no era posible, servir de base a la construcción de lo que podríamos denominar Derecho del consumo, ni siquiera aquél puede atribuirse al art. 10 dado el generalizado escepticismo con que la doctrina lo ha acogido y su nula incidencia práctica» (las cursivas son del autor)*²²². Estas consideraciones, unidas a la necesidad de implementar la Directiva sobre cláusulas abusivas en la fecha señalada, hace que el Derecho español disponga de una segunda oportunidad para formular una regulación de las condiciones generales de los contratos que sea apta para hacer frente a los problemas que dicho sistema de contratación plantea, y se constituya a la vez como uno de los pilares para la construcción del nuevo Derecho de la contratación en masa.

29. La legislación de defensa de los consumidores incide, también, sobre los mecanismos de integración e interpretación del contrato. Ya he aludido más arriba a la integración de su contenido con el de la publicidad, la oferta o la promoción de los productos o servicios (art. 8 LCU). El mismo precepto dispone que serán exigibles también *las prestaciones propias de cada producto o servicio*, cuyas consecuencias para la contratación civil han sido agudamente puestas de relieve por Cavanillas Múgica: «se reconoce, con ello, la existencia de algo propio o connatural a cada producto o servicio, un contenido natural de cada contrato que no se deriva ni de la actuación de los contratantes (publicidad, por ejemplo) ni del pacto ni de la ley, sino de la propia naturaleza de cada producto o servicio»²²³; para cuya determinación, a partir de la pregunta acerca de «qué puede legítimamente esperar un consumidor de dicho producto o servicio aun cuando no figure en el texto del contrato (ni en la publicidad, ni en el etiquetado, ni en la presentación del producto)», acude a tres criterios: la *lex artis*, los reglamentos y la normalidad social²²⁴.

En sede de interpretación de los contratos (usualmente concluidos mediante condiciones generales), merece ser resaltado el art. 10.2, párr. 2.º, que dispone que *las dudas en la interpretación se resolverán en contra de quien las haya redactado* (es decir, el profesional), *prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas sean más beneficiosas que ésta*; en la misma línea se sitúan los arts. 8.2 y 27.1 LCU). Por su parte, la LCCFEM, en su art. 9, dispone que *los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irre-*

²²² GARCÍA CANTERO, *op. ult. cit.* p. 296.

²²³ CAVANILLAS MÚGICA, *Las prestaciones propias de cada producto o servicio... cit.*, p. 8.

²²⁴ Cfr. CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.* p. 9.

nunciables. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor. De ambos se inducen, al menos, dos principios de interpretación: el de interpretación más favorable para el consumidor (reforzado ahora por el art. 5 de la Directiva sobre cláusulas abusivas: *en caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor*), y el de preferencia de la cláusula contractual más favorable para el consumidor —que bien podría ser considerado como una subespecie del anterior, en lo relativo a la determinación de las cláusulas aplicables—²²⁵. Vuelve a aparecer, por tanto, el principio *pro consumatore* como rector de la interpretación de los contratos de consumo (y manifestación del principio constitucional establecido en el art. 51 CE)

30. Debe también ser destacada la incidencia de la legislación protectora de los consumidores en las reglas de cumplimiento del contrato, y de responsabilidad por el incumplimiento, fundamentalmente en lo referido a la comprobación y conformidad del bien objeto del contrato, y a la garantía de buen funcionamiento del mismo. El punto de partida ha sido aquí también la insuficiencia funcional de los sistemas tradicionales de protección, tal y como resultan del Cc: típicamente, el recurso a las acciones de saneamiento por vicios ocultos, vicios del consentimiento, cumplimiento y resolución²²⁶.

Así, se establecen las que cabría denominar como obligaciones legales de garantía tanto en la LCU (art. 11), como en algunas normas reglamentarias —así, art. 16 RD 1547/1986, relativo a reparación de automóviles, y art. 6 RD 58/1988, sobre reparación de aparatos de uso doméstico—. Quizás lo más destacado de estos preceptos, desde la perspectiva que nos ocupa, sea la fijación de unos contenidos legales mínimos de la misma, que le dan un matiz marcadamente objetivo, alejándose así de los parámetros más clásicos²²⁷, así como su carácter imperativo, que impide pactos depresivos de dicho contenido legal mínimo.

²²⁵ Sobre lo cual cfr., en relación con la interpretación de las condiciones generales, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 312 y s. y 325 y s.

²²⁶ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz...* cit., pp. 101 y ss.

²²⁷ Cfr. CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 101, nota 51. Así, por ejemplo, el citado art. 16 RD 1457/1986, en su n.º 4, dispone que *producida una avería durante el periodo de garantía en la parte o partes reparadas, el taller garante, previa comunicación del usuario, deberá reparar gratuitamente dicha avería*; similarmente, cabe citar el art. 6.6 RD 58/1988. Llama también la atención el régimen de prueba que establece el art. 6.5 de este mismo RD: *no se podrá reclamar nueva reparación con cargo a la garantía, cuando la avería se produzca como consecuencia de un uso inadecuado del aparato, o por causas de fuerza mayor. Esta circunstancia habrá de ser probada por el servicio de asistencia técnica que otorgó la garantía.*

Desde otro punto de vista, la garantía se independiza en cierta medida del contrato del que trae causa. Ello ocurre, por un lado, formalmente, ya que es lo normal que figure en un documento diferente al contractual. Ello porque el garante no es necesariamente parte en dicho contrato, sino que puede ser absolutamente ajeno al mismo: se trata, pues, de una respuesta jurídica en sede de cumplimiento del contrato al problema del alejamiento material entre productores y consumidores. Del mismo modo, tampoco el titular de la garantía es necesariamente el otro contratante: puede serlo cualquier titular del bien, mientras la garantía sigue en vigor. Los límites personales del contrato quedan así claramente desbordados²²⁸, provocando así, también en el ámbito personal, esa independización de que he hablado.

Por otro lado, el art. 11.5 LCU (exigencia de la existencia de repuestos, y de un servicio técnico adecuado) impone una suerte de carga accesoria tanto al fabricante como al distribuidor, con la intención «de prolongar la protección del consumidor, más allá de las consecuencias inmediatas del contrato adquisitivo, poniendo freno a los abusos que se producen en el servicio de reparaciones y en el de venta de repuestos y accesorios» (García Cantero)²²⁹. Quedan desbordados así los límites temporales de eficacia del contrato, tal y como los contemplaba la doctrina clásica.

Llama también la atención, por último, la determinación de las consecuencias de la falta de conformidad o del incorrecto funcionamiento del bien objeto del contrato (reparación, sustitución o resolución), que se separan notablemente de las establecidas por el Cc para el saneamiento por vicios ocultos (el cual, por su parte, no se ve afectado en su vigencia ni eficacia por estas reglas — art. 7 LCU—: el consumidor podría acudir a tales acciones si lo estima preferible)²³⁰. Dichas consecuencias son, por lo general, más ajustadas a los intereses del consumidor, a quien más que una disminución del precio (quedándose él con la cosa defectuosa) o la redhibición o resolución del contrato, interesa su exacto cumplimiento, concretado bien en la reparación de la avería o defecto, o en la sustitución del bien objeto del contrato por otro que se encuentre en perfectas condiciones.

Por lo demás, la incidencia podría ser todavía superior si se considerara que el art. 11.1 LCU no es una simple declaración de objetivos²³¹, sino que tiene carácter preceptivo²³².

²²⁸ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las condiciones de la protección eficaz... cit.*, p. 107; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios LCU cit.*, sub art. 11, pp. 37s y 379.

²²⁹ GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.*, p. 389.

²³⁰ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.* p. 108.

²³¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* p. 368.

²³² Como ocurriría, por ejemplo, de aceptarse la interpretación propuesta por R. BERCOVITZ, *La defensa contractual del consumidor en la Ley General para la De-*

Como puede apreciarse, estamos ante un sistema de responsabilidad contractual (pero sólo en el sentido de que trae causa de un contrato), adaptado a las características del tráfico en masa, adecuado desde el punto de vista de los intereses de los consumidores, dotado de un marcado carácter objetivo que facilite la satisfacción del interés del consumidor, y suficientemente determinado como para evitar la inseguridad que podría derivar de reglas demasiado generales o ambiguas. Naturalmente, resulta perfectible²³³; pero es más adecuado a las necesidades de la producción y tráfico en masa que los tradicionales regímenes de responsabilidad contractual. En este sentido, puede afirmarse que constituye una notable aportación a la modernización del sistema codificado de responsabilidad por defectos de la cosa, y su adecuación las circunstancias actuales²³⁴.

30. Para terminar, una brevísimas alusión a los regímenes de invalidez e ineficacia. Por un lado, es claro que la LCU consagra la técnica de la nulidad parcial (art. 10.4), en la forma indicada más arriba²³⁵. Por otro, el mismo precepto, en su párrafo 2.º, dispone la ineficacia del contrato *cuando las cláusulas subsistentes determine una situación no equitativa de las partes en la relación contractual*: nos encontramos, pues, ante una llamativa rescisión²³⁶, por desequilibrio no en las prestaciones, sino en la posición contractual de cada uno de los contratantes. Lo cual reafirma lo indicado más arriba acerca del renacimiento del principio de justicia contractual sustantiva (que actúa también, como se ve, en beneficio del profesional, y en relación con el equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes)²³⁷.

Zaragoza, septiembre de 1993.

fensa de los Consumidores y Usuarios, cit. pp. 213 y ss.; similarmente, A. BERCOVITZ, *La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores*, en «Estudios...» cit., pp. 155 y s.

²³³ Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *op. últ. cit.*, p. 109.

²³⁴ Acierta, por eso, en lo fundamental, RUBIO GARRIDO (*La «garantía» del artículo 11 LCU*, «ADC», 1990, p. 917), cuando señala que «el artículo 11 LCU no viene sino a subsanar la insuficiencia patente de una obligación de saneamiento, configurada en los Códigos a la luz de los principios liberales propios de la época». Aunque probablemente la novedad es mayor que lo que el propio autor admite, en su por otro lado excelente trabajo.

²³⁵ Cfr. GARCÍA CANTERO, *op. últ. cit.* p. 777; CASAS VALLÉS, *Defensa de los consumidores y Derecho civil*, cit., p. 101. Sobre la cuestión, monográficamente, RUIZ MUÑOZ, *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores* (Valladolid, Lex Nova, 1993).

²³⁶ Tal es la calificación que hace, en mi opinión correctamente, ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, cit., pp. 459 y ss.

²³⁷ *Vid.*, con todo, la aguda crítica a esta previsión realizada por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, en *Comentarios LCU*, cit., sub art. 10.4, pp. 342 y s.

