

Nuestra autora ha trazado con precisión el cuadro de la más reciente historia, en la que debemos incluir, como es lógico, dada la convicción de que aquella es universal, el derecho comparado, con una descripción de las reformas operadas, en el mismo sentido que en España, en Escandinavia y naciones hispano-americanas (en la misma tradición española, respecto de la cual a veces se adelanta), República Federal Alemana, Francia, Holanda y Luxemburgo, todo puesto al día. Para España, para sus territorios de derecho común, nos permite asistir al proceso legislativo, en el que ha tenido un papel decisivo el mencionado Díez Picazo con sus ideas (1975) para una reforma del régimen de bienes del matrimonio (ahora en sus *Estudios* 1980), los trabajos de 1976, a raíz de la ley de 2 mayo 1975, en la Sección primera de la Comisión de Códigos (con ponencia del mismo profesor) y las inmediatas Jornadas de profesores de Civil en Valencia más un Seminario en la Facultad de Oviedo. Registra la doctora mutaciones experimentadas por el proyecto en manos del Gobierno (1979) y la reelaboración en las Cortes, donde destaca la actuación Félix Pau Irazábal, diputado por Palma de Mallorca, a pesar de no haber sido admitida su enmienda que intentaba insertar en la norma el efecto de «transformaciones de la realidad», con motivo de la cual fue recogida la observación de Figa Faura, notario en Barcelona (activo en la VI Semana) acerca del vaciamiento experimentado por el régimen legal de gananciales: «la fuerza de los hechos había transformado aquella sociedad (de gananciales) en una comunidad universal». Por su parte, la gentil doctora adopta una actitud crítica que convierte su tesis, principio y germen de una carrera científica que auguramos feliz, en singular libro de derecho, a poner en la serie de los que constituyen la historia del derecho privado en nuestra patria.

R. GIBERT

LEHMANN, Michael: «Vertragsanbahnung durch Werbung. Eine juristische und ökonomische Analyse der bürgerlich-rechtlichen Haftung für Werbeanzeigen gegenüber dem Letzrverbraucher». C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1981, 403 págs.

1. La denominada *Vertragsanbahnung durch Werbung* (que traduciré por «preparación publicitaria del contrato») tiene en nuestro país una historia reciente, pero decidida a no desaparecer de escena. Comienza con la importante STS/27-I-1977 (v. C. Lasarte, RDP (1980) 50-78), en la que el Tribunal Supremo procede a integrar el mensaje publicitario en el contenido del contrato apelando al principio de la buena fe *in executivis* que consagra el artículo 1.258 CC. El vendedor —señala la resolución— no queda obligado al cumplimiento de lo que expresamente se encuentre consignado en el documento contractual, sino también a cuanto haya ofrecido por vía publicitaria (y no entro ahora a discutir la corrección del expediente utilizado: el artículo 1.258 CC). Siete años más tarde aparece la Ley 26/1984 de 19 de julio («B.O.E.»/24-VII-84) General para la defensa de Consumidores y usuarios en cuyo artículo 8,1 se consagran los principios que habían inspirado aquella sentencia:

«La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido —agrega el precepto—, las prestaciones propias de cada producto o servicio y las garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado en el documento o comprobante recibido.»

Con esta norma podemos decir que el ciclo queda cerrado en nuestro país. Ahora sólo nos queda estudiarlo.

2. Los tiempos parecen, pues, maduros para trasladar el estudio del fenómeno de la información publicitaria desde la doctrina de la competencia desleal, donde tradicionalmente ha estado confinada, al ámbito de la teoría general del contrato. Un síntoma óptimo de esa madurez y una indagación penetrante del fenómeno nos los suministra el escrito de habilitación de Lehmann, cuya lectura nos habrá de ser de un gran provecho a la hora de estudiar el ciclo anteriormente reseñado.

Esta excelente monografía sobre la *preparación publicitaria del contrato* aparece dividida en cuatro partes muy perfiladas. Las dos primeras revisten un carácter netamente introductorio y tienen por objeto, respectivamente, la descripción de todo el fenómeno económico del *marketing* de la *Vertragsanbahnung* y el examen panorámico de la tutela reforzada que el derecho privado alemán proporciona a las partes económicamente débiles y sin experiencia de las relaciones típicas de mercado. Los capítulos siguientes se adentran en el corazón del asunto y desarrollan de lleno la investigación. Así, en el tercero se pasa revista a los mecanismos a los que se puede acudir dentro de todo el instrumento del derecho privado para controlar la divergencia entre la publicidad que incita a la conclusión del contrato y la realidad de las prestaciones contractuales satisfechas. En el cuarto y último capítulo el autor se esfuerza por establecer su tesis, para lo que procede a construir la publicidad preparativa del contrato como un supuesto de hecho de responsabilidad precontractual que se funda en la doctrina de la *culpa in contrahendo*.

3. Las informaciones publicitarias imprecisas, incompletas o falsas pueden conducir al consumidor a la conclusión de un contrato, del que más tarde —a la hora de la verdad— puede arrepentirse. Tales comunicaciones son susceptibles, por tanto, de defraudar las expectativas de los consumidores y en esa medida deben de ser censuradas por el ordenamiento jurídico. Mas ¿cómo puede instrumentarse o encauzarse la tutela frente a tan extendidísima praxis de *marketing*?

Lehmann nos lo va a desvelar. Pera ello y como primera piedra de su construcción procede a la calificación de la preparación publicitaria del contrato como una verdadera *invitación ad offerendum* en sentido jurídico; lo que equivale a definirla como un momento específico del proceso formativo del contrato. Esta calificación —por supuesto— no se opera sin más, sino como consecuencia de un detenido estudio de la realidad empírica.

Tal calificación —como es obvio— no carece de importancia; antes al contrario: constituye la premisa que va a hacer posible la instrumentación del

control, siempre y cuando, naturalmente, se aprecien divergencias entre lo *ofrecido* (lo anunciado por la propaganda) y lo *prestado* (lo realmente cumplido).

Pero ¿qué control?, Lehmann estudia todos los posibles:

a) El control por medio de la impugnación del contrato anulable en los supuestos de dolo y error;

b) el control por medio de la declaración de nulidad del negocio cuando se haya registrado en algún momento de todo el proceso una violación de la ley (por ejemplo: una contravención de las normas en materia de competencia desleal que disciplinan la publicidad); o de las buenas costumbres; etcétera;

c) el control por medio de la exigencia de un saneamiento por vicios ocultos, ya que se ha ofrecido publicitariamente —y, en cierto modo, garantizado— una determinada calidad.

4. Estos sistemas de control, sin embargo, resultan descartados por el autor, ya que a su juicio o bien son muy artificiales; o bien son poco operativos (ya que para que prosperen deben concurrir una serie de requisitos muy estrictos que no siempre comparecen en las preparaciones publicitarias del contrato divergentes); y en todo caso no son racionales desde el punto de vista económico.

El autor desarrolla un interesante análisis económico de estos expedientes de control, al hilo del cual demuestra suficientemente su déficit funcional, en cuanto que conducen a una distribución subóptima de los recursos. Los resultados que arroja este análisis son muy esclarecedores de cara al rumbo que se le va a dar a la investigación: *el único remedio eficiente desde el punto de vista económico porque sólo él puede crear incentivos apropiados para modificar las conductas publicitarias incorrectas es el establecimiento de una indemnización de daños y perjuicios*. Los costes de transacción que genera la información incorrecta —dice— no se asignan a quien está en mejores condiciones de dominarlo (*elcheapest cost avoider*), que es la parte de la oferta, sino que se cargan sobre la demanda. La rectificación de esta asignación ineficiente sólo puede llevarse a efecto a través del desarrollo y atribución de una responsabilidad a quien sea el mejor *Kostenträger*, a quien esté en mejores condiciones de dominar los costes, que sin duda alguna es el oferente.

5. Sobre la base de estas conclusiones examina el autor la posibilidad de tramitar el control por la vía de la responsabilidad extracontractual, que, en principio, podría ofrecer un resultado adecuado desde el punto de vista económico. Sin embargo esta vía también resulta descartada porque el control sólo puede prosperar si se dan unos presupuestos muy estrictos que es muy difícil de verificar en todos los casos y de probar. Por esta vía —dice Lehmann— sólo podría controlarse la punta de *iceberg* escandalosa de todo un fenómeno mucho más extenso.

6. Sólo queda una vía que explorar y es la que Lehmann estima más ajustada. En el último capítulo estudia la responsabilidad por declaraciones publicitarias preparadoras del contrato en base a la doctrina de la *culpa in contrahendo*. A tales efectos parte Lehmann de la consideración de la publi-

cidad como un fenómeno que necesariamente ha de tener en cuenta los intereses de la demanda y que en el terreno jurídico ha de reputarse como un servicio a los clientes precontractual (*vorvertraglicher Kundendienst*). Al fin y al cabo —señala certeramente— se trata de un servicio pagado por el consumidor, toda vez que el precio de venta de la mercancía se calcula integrando diversas partidas, entre las que se incluye el coste de la publicidad.

Es verdad —añade Lehmann— que el derecho de libertad de expresión sancionado por la Constitución y el principio de autonomía privada dejan al oferente una esfera o ámbito de libertad para realizar las manifestaciones publicitarias que estime oportunas; pero no es menos cierto —concluye— que tal libertad debe necesariamente acompañarse de una responsabilidad.

Tal responsabilidad se construye sobre la *culpa in contrahendo*. Y tendrá lugar siempre y cuando concurren estos tres presupuestos que resultan minuciosamente analizados por el autor:

- a) Creación de un supuesto de hecho de confianza respecto de una relación negocial, en el cual se confía la demanda para concluir el contrato.
- b) Violación por parte de quien participa en el proceso publicitario del deber de cuidado. Este deber de cuidado afecta a la forma y contenidos que deben tener la publicidad informativa.
- c) Provocación de un daño en la demanda.

De esta manera y sólo de esta manera, al establecerse un control que opera *directamente* como penalización de la violación de los deberes de cuidado se introducen los incentivos más apropiados para que se corrija y rectifique el proceso publicitario dentro del ámbito de la oferta. Se imponen los costes a aquellos que están en mejores condiciones de dominar los riesgos que se trata de evitar.

7. Es cierto que la investigación se conduce por los senderos específicos del derecho privado alemán y que, dada la diversidad de presupuestos, no resulta fácil trasplantar sus resultados al suelo institucional de nuestro Código Civil (sobre todo en lo relativo a la *culpa in contrahendo* escasamente desarrollada en nuestro ordenamiento). Con todo —y conectamos así con lo que señalábamos al principio— el trabajo puede sernos muy útil para entender ese artículo 8 I Ley General del Consumidor y encaminar por sendas seguras y económicamente razonables la construcción y aplicación de su contenido normativo.

C. P. A.

«LIBER AMICORUM»: «Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Doctor Antonio Rodríguez Sastre». Madrid, 1985. International Law Association (Sección española). Un volumen de XVII + 598 páginas.

Todos los ilustres juristas españoles, y también los extranjeros, conocen al eminente jurisconsulto que es Don Antonio Rodríguez Sastre, gran polifacético en sus saberes del arte del Derecho. Los que tuvimos el honor de estar junto a él durante una década colaborando, día a día, en las tareas jurídicas de alcance internacional, pudimos comprender su ingente capacidad de trabajo, su fina perspicacia en el planteamiento y resolución de las cues-