

compra de su vivienda o de su automóvil, sus relaciones bancarias, los seguros, las compras en los grandes almacenes, la contratación de servicios de ocio o de turismo.

Frente a la tesis, que he calificado de optimista, se puede pensar que la idea de protección de los consumidores encuentra su fundamento en la necesidad económica de ir sustituyendo la producción masiva e indiferenciada por la calidad. Una clase empresarial poderosa concreta sus objetivos en la calidad, porque esta es la única vía posible para desplazar del mercado a aquellos agentes que no pueden proporcionarla. Se puede pensar que, cuando lo ajustado de los costos no permite la competencia en los precios, la calidad es, en efecto, la única vía de competir. La oferta de productos o de servicios de calidad acarrea, casi necesariamente la calidad de las negociaciones, es decir, la garantía de seriedad y la ausencia de fraudes, de sorpresas o de situaciones parecidas.

Sean unas u otras las causas, o, lo que es más probable es, que exista una confluencia de unas y de otras, lo cierto es que en los últimos veinte años han venido apareciendo los llamados estatutos de consumidores, que se ocupan de la protección de los ciudadanos en cuanto adquirentes o aspirantes a la adquisición y al disfrute de bienes y de servicios. Con estos estatutos se cubre una gran parte de la contratación privada, y se hace evidente que estos estatutos de consumidores y sus directrices influyen decisivamente en la consideración que nos debe merecer el actual Derecho de contratos.

En nuestro país, por influjo de la Constitución portuguesa probablemente, el art. 51 de la nuestra establece que «los poderes públicos aseguran la defensa de consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». Es verdad que este precepto no se encuentra situado en el capítulo que la Constitución dedica a los derechos fundamentales, de manera que, en mi opinión, es erróneo considerar que existe un derecho constitucional a la protección de los consumidores. La Constitución ha colocado el precepto al que me he referido entre los preceptos dedicados a los principios rectores de la política económica y social, lo que significa que sólo aquellas reglas deben inspirar la legislación y la acción de los poderes públicos pero sin otorgar por sí solos especiales medidas de protección a los ciudadanos. En todo caso, es cierto que el art. 51 de la Constitución ha facilitado la aparición de esa legislación, que se encuentra constituida por la Ley de 19 de julio de 1984.

Debe señalarse que también la Comunidad Económica Europea ha ido creando un acervo de reglas que pertenecen, rigurosamente, a un Derecho de consumo o consumidores. Formalmente, la Comunidad ha fundado su competencia para regular estas materias sobre la idea de que la igualdad de concurrencia en el Mercado Común exige una igualdad jurídica en este punto, porque, en efecto, regulaciones jurídicas distintas pueden dar lugar a costos distintos para los empresarios que

desequilibran la igualdad en la concurrencia. Sin embargo, más allá de los problemas competenciales de la Comunidad, lo cierto es que este acervo de Derecho del consumo europeo ha ido poco a poco apareciendo.

La existencia de este conjunto de normas de protección de consumidores ha abierto una polémica en punto a si, en estos momentos, es posible pensar una categoría jurídica que se configure como un Derecho especial, del mismo tipo del que en su día fueron el Derecho Mercantil o el Derecho Laboral. No es mi intención -sería además impertinente- terciar ahora en esa polémica, aunque debo decir, de pasada, que mi vieja enemistad por los Derechos especiales me induce a colocarme en la banda de los que niegan que existan principios que permitan construir un Derecho de Consumo. Sin embargo, no puede discutirse, que, en materia de contratos, la figura de los contratos de consumidores o contratos con consumidores posee hoy unos perfiles muy acusados que obligan a estudiarla separadamente.

¿Cuáles son las características, que, de acuerdo con los preceptos legales dibujan, esta nueva especie de contrato? Sin pretender alcanzar la exhaustividad, cren que pueden establecerse las siguientes:

1.^a- En algunos casos, se considera no justa la vinculación contractual, producida por un acuerdo de voluntades, y se otorga al consumidor una excepcional facultad de arrepentimiento siempre que se ejercite en un plazo perentorio. Este es el sistema aplicado por la directiva de la Comunidad Económica Europea y por la Ley española, en relación con los contratos con consumidores, llevados a cabo fuera de los establecimientos mercantiles, Las prácticas comerciales, existentes en estos campos, especialmente agresivas, colocan a los consumidores ante presiones de las que les resulta muy difícil escapar y es frecuente que para poner término a la presión concluyan un contrato que en realidad no deseaban. La verdad es que estas presiones no llegan constituir genuinos vicios de la voluntad con el significado tradicional de esta categoría, pero el buen sentido aconseja estimar justa la corrección de las mencionadas prácticas y favorecer la situación de los consumidores.

No resulta fácil si lo que se puede llamar «facultad de arrepentimiento» constituye una especial facultad de determinar la ineficacia, por libre voluntad, de un contrato que había llegado a tener existencia o si, por el contrario, como parece más probable, la ley otorga un espacio para deliberar y adoptar una decisión más libre, de manera que las declaraciones emitidas habrían quedado sujetas a la condición suspensiva de su posterior corroboración, aún cuando ésta pueda hacerse mediante el puro silencio.

2.^o- En el momento actual, forman parte, entre nosotros, del sistema de protección de los consumidores, la regulación de los requisitos de inclusión de condiciones generales y la regulación de las cláusulas abusivas, con la solución de nulidad parcial. De esta regulación forma

parte también la regla de interpretación *contra proferentem*, la regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y la de la condición más beneficiosa.

Es también discutible si esta regulación de las condiciones generales debe pertenecer o no al sistema de protección de los consumidores. Este sería también el sistema seguido por la Comunidad en la directiva de principios de este año, aunque en el Derecho Comunitario la cuestión se encuentre muy determinada por la idea de que la emanación de estas normas forman parte de la igualación de las condiciones de concurrencia en el Mercado Común.

La tesis contraria propende a la elaboración de una normativa de condiciones generales, con independencia de que el contrato en que se inserten sea o no un contrato de consumidores. En el fondo, las razones que aconsejan regular el fenómeno y proscribir las cláusulas abusivas hacen aconsejable una regulación general. No se ve razón especial para que no puedan resultar protegidos los pequeños empresarios, comerciantes o industriales, y aún los grandes, cuando no han podido discutir el contenido contractual.

El problema de las condiciones generales de la contratación era hasta hace poco una aporía en relación con una idea de contrato basada en la autonomía de la voluntad. Es muy antigua la observación de que en los llamados contratos de adhesión, la autonomía falta, ya que las posibilidades del cliente son sólo aceptar y rechazar. Y esta idea falta muchísimas veces por la necesidad absoluta del producto o servicio y por el hecho de que, aun cuando haya concurrencia en el momento, la mayor parte de las condiciones serán muy similares.

La vieja polémica entre civilistas y mercantilistas tenía que resolverse, en el sentido de que las condiciones generales o son contenido contractual o no son nada, aunque, para reconocerlas como contenido contractual, el hilo de sutura tradicional con la noción del contrato fue siempre extraordinariamente sutil y corría siempre el riesgo de romperse.

En mi opinión, las regulaciones legales que en esta materia se han ido produciendo, significan que la Ley reconoce a las condiciones legales el carácter de una fuente de integración del contrato, siempre que expresen reglas de conducta que estén en consonancia con la buena fe y con el justo equilibrio de las prestaciones contractuales. A cambio de ello, el legislador y los jueces proscriben las cláusulas abusivas. Parece existir, una vez más, una producción de la confianza y un control de la interna justicia del contrato.

3.º- La Ley española regula (art. 8 LGCU) regula lo que ella misma llama la «oferta, promoción y publicidad de productos o servicios».

La regla primera señala que estas actividades, que, en rigor, técnicamente se denominan «invitaciones *ad offerendum*» deben —dice el precepto— ajustarse a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad». El párrafo es especialmente prólijo, pero parece in-

dicar que en las ofertas y actividades de promoción deben cumplirse la regla de la veracidad y la completa información. El desajuste no aparece especialmente sancionado en la ley, pero, dada la existencia de la norma, parece posible detectar especiales deberes precontractuales de información, que, de no ser cumplidos, podrán determinar la anulación del contrato si han recaído sobre elementos esenciales o, en los demás casos, una especial responsabilidad precontractual.

El precepto continúa diciendo, aunque lo dice con otras palabras, que las prestaciones contenidas en la publicidad y en las actividades de promoción forman parte del contrato y determinan derechos de los consumidores, aún cuando no hayan recibido expresión o no hayan sido mencionadas en el documento contractual, salvo que en este aparezcan cláusulas o condiciones más beneficiosas.

Esta solución legal tiene algunos antecedentes en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el caso que decidió la Sentencia de 14 de junio de 1976, una sociedad había vendido al demandado una máquina separadora y centrifugadora para que el demandado la utilizara en su fábrica de salazones y harina de pescado. No se trataba por ello, en puridad, de un contrato de consumidor, sino de un contrato entre empresarios. Frente a la demanda de la empresa suministradora, que reclamaba el precio, el demandado formuló reconvencción pidiendo que se retirara de su fábrica la máquina remitida y se le remitiera otra de la misma marca, que tuviera determinadas características y que, además, proporcionara un determinado rendimiento. El Juez de Primera Instancia había estimado la demanda y desestimado la reconvencción. En cambio, la Audiencia de Madrid confirmó la estimación de la demanda, pero estimó también la reconvencción y condenó al demandante en los términos solicitados. El recurso de casación lo había interpuesto el demandante y se fundaba en la inaplicación del art. 1271 del CC. Sin embargo, el Tribunal Supremo desestimó el recurso, sobre la base de que, aunque la máquina servida era del modelo contratado, existía incumplimiento al no dar la máquina:

«... el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica unida a los autos, que cumple la función de una oferta, que vincula al vendedor, en la que se afirmaba un rendimiento de dos mil a tres mil litros, oferta por la que se guió el comprador: sin que afecte al caso lo que diga en cuanto a su rendimiento la placa unida a la máquina, que era desconocida por completo por su adquirente hasta el momento de llegar a su poder: ya que aquél se atuvo exclusivamente, como ocurre siempre en estos casos, a los datos consignados públicamente en la oferta, sin duda con ánimo de captación a través de la propaganda; oferta que no ha sido cumplida.

En la Sentencia de 27 de enero de 1977 el demandante era el comprador de un piso en el que había observado determinados defectos y, además, la falta de determinadas instalaciones, como era en particular el aire acondicionado.

El Juzgado había desestimado la demanda íntegramente, pero la Audiencia rechazó las peticiones relativas a las instalaciones complementarias. Interpusieron recurso de casación las dos partes y el Tribunal Supremo rechazó el recurso de la sociedad demandada y, en cambio, estimó el del demandante.

El demandado alegaba la aplicación indebida de los artículos 1.256 y 1.258 y la violación de los artículos 1.255, 1.281 y 1.282. La argumentación básica del recurrente era que había cumplido el contrato concertado con el actor, atendidos los términos del mismo y que no era vinculante para ella la propaganda, por lo que no le incumbía responsabilidad en este punto. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación.

«Siendo muy parco el contrato privado suscrito por las partes en elementos descriptivos, es lógico que el adquirente del piso se atenga a lo prometido en los folletos de propaganda, de acuerdo con el principio de buena fe proclamado en el art. 1.258 del Código Civil, al creerlos con todo fundamento vinculantes para la empresa.

Significa todo ello, por consiguiente, que la integración del contrato, según la buena fe, obliga a entender incluidas en él las promesas vertidas en la publicidad, aunque no hayan sido incorporadas en el texto contractual, cuando razonablemente guiaron el ánimo del otro contratante y éste podía esperar su cumplimiento».

En este sentido, debe hacerse una lectura reductora del art. 8 de la LGCU. En este precepto se declara exigible la oferta, lo que es algo que no hay necesidad de decir cuando la oferta ha sido aceptada y que resulta falso en el caso contrario, por lo menos entendido absolutamente. Lo que el precepto quiere decir es que las promesas contenidas en las declaraciones de promoción y publicidad, aunque no se hayan incorporado a un documento contractual, quedan integradas en el contrato, en aplicación del principio de buena fe, siempre que razonablemente los consumidores debieran esperar su cumplimiento.

Mas si esto es así, de nuevo nos encontramos situados en un terreno muy próximo a aquél en que nos colocaba en el régimen de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores. La buena fe es un criterio de primer orden para determinar el contenido contractual.

4.º.- Para concluir el examen de las novedades que, en materia contractual introduce la Ley de Consumidores no es posible dejar de mencionar lo que puede llamarse la garantía del producto o servicio. La Ley lo configura como un documento contractual «entregar una garantía») facilitado por el empresario al consumidor. Sin embargo, se puede entender como un derecho legal e imperativo, que determina también un nuevo contenido contractual. El empresario asegura la naturaleza, las características, condiciones, utilidad o finalidad, calidad o nivel de prestación del producto y responde en el caso de que tales requisitos no concurren en las cosas entregadas.

La garantía del producto otorga al consumidor como mínimo dos facultades: la de obtener una reparación gratuita de los defectos y la de obtener la sustitución del objeto por otro de idénticas características.

Para concluir el examen que hemos tratado de ir realizando y para tratar de ir extrayendo alguna conclusión, conviene todavía hacer referencia a la evolución moderna de algunas materias que guardan relación con la válida formación de un contrato, pero que influyen también en su contenido.

Se encuentran, en primer lugar las reglas que el Convenio de las Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías adoptado en Viena en 1990 (Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, publicado en el BOE el 30 de enero de 1991) dedica a la formación del contrato. Estas reglas son herederas de las que contenía la Ley Uniforme sobre la formación del contrato de venta internacional de bienes inmuebles corporales, aprobado por un Convenio de La Haya del año 1964, aunque en el Convenio de Viena, tras los trabajos de la Uncitral, se han introducido algunas novedades, que parecen importantes y a las cuales paso a referirme brevemente.

a) Era una regla consolidada en el Derecho Europeo Continental la del carácter completo de la oferta de contrato, que significa que en ella deben encontrarse establecidos todos los elementos del futuro contrato que se propone. Sin embargo, el art. 14 del Convenio sustituye ese principio tradicional del carácter completo de la oferta por el que se puede llamar de una suficiente precisión. El problema tiene especial importancia por lo que se refiere a los llamados «precios implícitos», que, tras una especial discusión en los trabajos preparatorios y algún compromiso en cuanto a la redacción, fue recogido en el art. 14. Es verdad que esta solución había sido ya acogida en el art. 212 del Código Suizo de las obligaciones, según la cual el comprador puede hacer un pedido formal sin indicación del precio, en cuyo caso se presume que la venta se concerta por el precio medio del día y lugar de ejecución. En el Código de Comercio Uniforme de los EE.UU., se permite que las partes pueden concluir un contrato de venta sin determinar el precio y que éste pueda ser formado por el vendedor o el comprador

siempre que esta determinación sea hecha de buena fe. El art. 14 del Convenio de Viena considera suficientemente precisa una oferta de contrato si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad o el precio o prevé un medio para determinarlos.

b) En segundo lugar, el Convenio consagra para todas las declaraciones emitidas en la fase de formación del contrato (oferta, revocación de la oferta, aceptación, etc.) los que entre nosotros se conoce con el nombre de «teoría de recepción», de manera que las declaraciones son eficaces y el contrato se entiende celebrado con tal que lleguen al destinatario, aunque sin exigir ningún especial conocimiento de éste.

c) Era también principio generalmente aceptado por la doctrina del Derecho Contractual que una respuesta a una oferta de contrato que contuviera modificaciones, significa una falta de aceptación de la oferta y se convierte en contraoferta. Se trataba de lo que se pudo llamar el principio de la total coincidencia de la aceptación con la oferta, que era denominada por los anglosajones como la «*mirror image rule*».

Alguna fisura en esta regla tradicional había supuesto algún caso dedido en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán, que interpretó el parágrafo 150, II del BGB en clave de buena fe. En un caso en que la contraoferta no había sido aceptada expresamente, pero había sido parcialmente ejecutada, se llega a la conclusión de que, aunque las partes habían puesto de manifiesto con sus conductas que existían un parcial desacuerdo entre ellas respecto de los términos del contrato, este hecho no debía impedir considerar formado el contrato.

En esta materia han sido de especial relevancia las reglas establecidas por el Derecho Norteamericano, especialmente en el llamado *Restatement of Contracts* y en el Código de Comercio Unificado, que ha estudiado con especial brillantez Durany y Pich (Anuario de Derecho Civil 1992).

En el Código Comercio Unificado se preceptúa que, aunque en la aceptación de una oferta existan términos adicionales o diferentes de los establecidos en la oferta, se considera que hay aceptación, salvo que la propia oferta condicione expresamente el asentimiento a los términos de ésta. Los elementos adicionales que, deben estar concebidos como propuestas de adición al contrato, pasan a formar parte del contrato, a menos que modifiquen la oferta de forma sustancial o que el oferente formule de inmediato una objeción. Esta es la solución acogida en el párrafo segundo del art. 19 del Convenio de Viena, según el cual, la propuesta a una oferta, que pretenda ser aceptación, pero que contenga elementos adicionales diferentes, que no alteren sustancialmente los de la oferta, constituirá aceptación, a menos que el oferente, sin demora justificada objete verbalmente la discrepancia no envíe una comunicación en tal sentido.

El Convenio no ha resuelto algunos problemas similares a los que se enfrenta el art. 19, aunque surgieron en los trabajos preparatorios. Me refiero a la llamada batalla de los formularios (*battle of the forms*). La cuestión surge cuando la oferta se ha hecho con el envío de un formulario del oferente y la aceptación se lleva a cabo con otro formulario parcialmente distinto del destinatario de la oferta. Si la contradicción entre los formularios recae sobre los elementos sustanciales y el rechazo se produce antes de haber dado comienzo a la ejecución del contrato, la solución debe encontrarse en la llamada regla de la última declaración, de manera que el formulario del destinatario constituye contraoferta. La cuestión no puede ser resuelta igual cuando las variaciones no son sustanciales y cuando, no obstante ser sustanciales tales variaciones, ha existido comienzo de ejecución. En tales casos, resulta muy difícil entender que no se ha formado un contrato. El problema no es de formación de contrato, sino de determinación del contenido. Una solución puede ser considerar formado un contrato cuyo contenido quede constituido por aquella parte en que las condiciones generales de ambos contratantes coincidan y, en la otra, por el Derecho dispositivo, los criterios generales de integración de los contratos y, en particular, los usos de los negocios y la buena fe.

d) El último de los puntos sobre los que conviene hacer alguna referencia es el de la aceptación tardía, que regula el art. 21 del Convenio. Por aceptación tardía se entiende aquella que llega al oferente después de la conclusión del plazo marcado para tal aceptación por el oferente en la oferta. El principio tradicional derivado de la concordancia de las voluntades, es que una aceptación tardía resulta ineficaz para formar un contrato y que, por consiguiente, sólo hay contrato si se produce una aprobación del oferente. Sin embargo, la regla se invierte, cuando se trata de aceptación tardía que tiene este carácter por un retraso no imputable al aceptante sino a los medios de comunicación empleados y cuando no eran reconocibles para el emitente las eventuales causas del retraso. En este supuesto, según el art. 21 del Convenio, si es reconocible para el oferente que la comunicación del aceptante fue enviada en circunstancias tales que, si su transmisión hubiera sido normal, hubiera llegado el oferente en el plazo debido, la aceptación, a pesar de ser tardía, surte sus efectos como aceptación, a menos que de inmediato y sin demora, el oferente formule un rechazo o una oposición.

De todas estas reglas parecen deducirse dos principios cardinales, que nos alejan mucho del dogma de la voluntad y de la idea de una concurrencia perfecta de voluntades. El principio es que un contrato puede quedar formado cuando, dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado. El segundo principio es que, por lo menos en muchas ocasiones, el contenido contractual se forma con crite-

rios distintos de aquellos sobre que las partes quisieron vincularse, de manera que, en este punto, el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: un contrato debe presentar aquel contenido que las partes, según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera.

