

Contratos de consumo y derecho de contratos

LUIS DíEZ-PICAZO

1. La primera premisa que quiero dejar establecida es que las operaciones de consumo, entre profesionales y consumidores, traducidas a un lenguaje jurídico, más comprensible para nosotros (que nos movemos en la órbita del Derecho privado), son contratos y que, por ello, es legítimo hablar de «contratos de consumo».

Ante todo, habrá que decir que, para dejar enfatizado el carácter contractual de las operaciones de consumo, basta la somera consideración de que una protección del consumo y de los consumidores sólo es comprensible y hacedera en mercados masivos que funcionan en régimen de libertad. Muy escaso sentido tiene, o decididamente no tiene ninguno, hablar de protección de consumidores en países o en zonas que viven en regímenes con economías intervenidas, como ocurría y en alguna medida sigue ocurriendo en los países llamados del socialismo real que se encontraron en el telón de acero. En la economía intervenida, donde los productos son casi siempre productos de primera o segunda necesidad y se obtienen por sistemas de racionamiento o cupos, repartidos por algún partido, sindicato u organización de trabajadores, no puede, en modo alguno, haber consumo, ni hay, en ellos, en puridad, protección de consumidores, como tampoco lo había en los mercados tradicionales, que prácticamente se limitaban a una producción de carácter artesanal. Por más vueltas que a las cosas se le quieran dar, operaciones realizadas en mercados que funcionan en libertad de mercado tienen que ser necesariamente contratos.

En puridad, no es fácil encontrar otra línea. Es verdad que algunos autores (a los que sin duda les gusta la literatura dramática) han hablado de profundas transformaciones en el campo del Derecho privado, de una desprivatización del Derecho privado y de un nuevo concepto de contrato. Esta línea de pensamiento, de la que fue, en cierto modo, pionero C. Martínez de Aguirre (*Tras-*

endencia del principio de protección de los consumidores en el Derecho de obligaciones, ADC, XLVII, I, 1994, p. 31), tiende a poner de manifiesto una especie de socialización que por esta vía de protección se introduce en favor de quien se considera contratante más débil y, por tanto, necesitado de tal protección. Estos autores se muestran decididamente partidarios de las limitaciones de la autonomía de la voluntad, recordando uno de los últimos trabajos de F. de Castro (*Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad*, ADC, 1982, p. 1.068), para quien el Derecho de consumidores, que era, sin duda, un movimiento renovador del Derecho, significaba más bien un retorno a la naturaleza propia y tradicional del contrato, que había sido desconocida por la concepción liberal prevalente hasta ahora. De esta manera, no se discute que nos encontramos en presencia de contratos y la única materia de debate es la alternativa entre preferir la autonomía de la voluntad y la libertad contractual o, dicho de otro modo, que lo que las partes hagan y digan (sea ello lo que fuere) tiene entre ellas fuerza de ley, como entre nosotros dice el artículo 1091 CC; o si deben ser preferidos contratos legislativamente regulados, donde el legislador imponga una mejor justicia distributiva y un mejor equilibrio.

En el fondo, lo mismo ocurre en un artículo reciente donde se llega a hablar de la «aparición de un nuevo concepto de contrato». Me refiero al trabajo de M. A. Corchero y A. Hernández Torres, publicado en dos números del diario *La Ley* los días 12 y 13 de julio de este año.

Confieso que me llamó la atención, pero que al final sentí una cierta decepción. Estos autores que no dudan en afirmar que nos encontramos ante «un profundo cambio en el concepto del contrato», se limitan después a observar que, como consecuencia de tal cambio, pasa a segundo término el nacimiento del contrato frente a la relación contractual que adquiere preponderancia y que lo vital (*sic*) no es ya la prestación del consentimiento, sino la reglamentación contractual, el régimen jurídico de la relación que nace del contrato.

Habría que volver sobre el tema, pero desde ahora se observa que las operaciones de consumo se sitúan en un marco de Derecho de contratos y que en el fondo del debate lo que se encuentra es la relación entre Derecho de consumo y Derecho civil o Derecho privado, como pone de manifiesto el título del trabajo de R. Casas Vallés («Defensa de los consumidores y Derecho civil», *Revista jurídica de Cataluña*, 1992, pp. 99-101).

En este análisis que estamos intentando realizar, habría, antes de nada, que señalar la forma en que la Ley 26/1984 fue construida y la renuencia del legislador en la susodicha Ley para utilizar la palabra contrato. Así, por ejemplo, se habla de «productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores y usuarios» (art. 3); «venta a domicilio de bebidas y alimentos» [art. 5. d)]; «oferta, promoción y publicidad de productos y servicios» (art. 8.1) y «oferta y promoción» (art. 8.3), hasta el punto de que sólo muy raramente aparece la expresión contrato y a veces casi vergonzantemente.

Con carácter general, al definir el fenómeno del consumo, el artículo 1 de la Ley 26/1984 habla de adquirir, utilizar o disfrutar bienes y servicios. Con independencia de que llama la atención el hecho de que se pueda hablar de adquirir servicios o de disfrutar de servicios (lo que en nuestra lengua resulta bastante extraño), da la impresión, por lo menos a primera vista, de que el legislador intentó ligar la idea de consumo con la adquisición, la utilización y el disfrute, cuando, en puridad, no es así. Como todos saben, en nuestro Derecho la adquisición, que es adquisición del dominio o del derecho sobre los bienes, es obra de un proceso complejo que, de acuerdo con el artículo 609 CC, requiere la existencia de ciertos contratos y la tradición de lo que haya sido objeto del mismo, de forma que sólo con la *traditio* o traspaso posesorio se adquiere la propiedad. Y me parece lícito preguntarse si el acto de consumo comienza con la adquisición en sentido técnico jurídico o comienza con el contrato dirigido a llevarla a cabo. A mi juicio está perfectamente claro que la solución es esta última. El comprador de un automóvil, un ordenador o un electrodoméstico es consumidor desde el momento que contrata la compra, aunque el objeto no le haya sido entregado, no haya habido *traditio* y no pueda decirse en términos jurídicos rigurosos que hay «adquisición». Y algo parecido puede decirse del empleo de los términos «utilización» y «disfrute» porque el uso y el disfrute, como sabían los romanos que hablaron del *ius utendi* y del *ius fruendi*, son facultades del propietario una vez que lo es.

No obstante la renuencia que pueda haber tenido el legislador de la Ley 26/1984, la idea de contrato y de contratación en materia de consumo parece después haberse generalizado. Me refiero, por ejemplo, a los llamados «contratos realizados fuera de los establecimientos mercantiles», que reciben un tratamiento especial, pero que no se discute que contratos son; los «contratos a distancia», la «contratación electrónica», los «contratos de crédito al consumo»

y de una forma generalizada en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Las objeciones que puedan ponerse al carácter contractual de los contratos de consumo tienen a mi juicio muy escasa consistencia. Desde hace mucho tiempo sabemos que el hecho de que el legislador haya dotado a determinados contratos de un contenido imperativamente determinado puede conducir a hablar de contratos normados o contratos reglamentados, pero, en ningún caso, a negarles el carácter contractual. Dentro de las alternativas que la libertad contractual comprende (decidir contratar y no contratar, elegir el tipo de operación, pactar el contenido contractual) la figura en la que ahora estamos pensando, supone una limitación de la libertad contractual, pero una limitación que cabe de lleno en la rúbrica en el artículo 1255 CC. Las partes son libres para contratar y no contratar y para elegir el tipo, pero si contratan y seleccionan el tipo contractual, habrá pactos que les obliguen imperativamente y otros que no puedan establecer. Si las cosas se miran despacio, esto es algo que se encontraba ya en el CC. Hablando de la evicción y del saneamiento, el código dice, en el artículo 1475, que los contratantes puedan aumentar, disminuir o suprimir esta obligación legal del vendedor, pero, en cambio, inmediatamente después, el artículo 1476 dice que es nulo todo pacto que exima al vendedor de responder de la evicción, siempre que hubiera habido mala fe por su parte. Admitamos, pues, que el hecho de que determinados contratos presenten un contenido imperativo (que es básicamente lo que ocurre en los contratos de consumo) no excluye el carácter contractual.

Tampoco puede excluirse el carácter contractual por el dato de que puedan ser operaciones realizadas con escasa deliberación y escasa libertad a lo que puede añadirse la supremacía o superioridad en que el empresario se encuentra respecto del consumidor.

Nadie ha podido pensar nunca que la previa negociación sea un requisito del contrato. Para establecer las premisas filosóficas de la concepción moderna del contrato, podremos haber dicho que se presume que el contrato es una operación entre iguales, nacida del debate y de la negociación entre ellos, pero es evidente que la negociación no es un requisito. Si yo compro el periódico por la mañana o un bonobús, estoy celebrando una operación contractual y nadie me dirá que se ha negociado poco, mucho ni nada. A veces uno se encuentra que, tras haber escrito un documento contractual y meditarlo, llega un individuo viva la virgen que lo firma en barbecho o sin leerlo. Por ejemplo, para arrendar un piso. Uno

puede sensatamente desconfiar de un individuo semejante, pero no podrá decir que no ha celebrado un contrato.

Todo lo más que se puede decir es que la idea de negociación permite distinguir, como en alguna ocasión he propuesto, entre contratos con negociación y contratos sin ella. Y, por la misma razón, en nuestra materia contratos de derecho común y contratos de consumo.

Algo parecido hay que decir del requisito de la presunta igualdad de las partes contractuales, que es, por supuesto, una igualdad mítica que en la realidad no existe ni ha existido nunca. En ningún sitio está dicho que tal igualdad se necesite para contratar. Sólo muy ocasionalmente algunos ordenamientos jurídicos dan ocasional relevancia a la existencia de un abuso de superioridad, de un abuso de posición dominante o al apropiamiento indebido de las ventajas que puede proporcionar el estado de necesidad o la inexperiencia del otro contratante.

Y tampoco les priva del carácter contractual a las operaciones de consumo el hecho de que en algunos casos no pueda encontrarse en ellos la perfecta, impoluta, enteramente libre y virginal voluntad contractual, que algunos quieren encontrar en la exigencia legal del consentimiento como requisito del contrato *ex* artículos 1254 y 1261 CC. El hecho de que el consumidor estudie más o menos convenientemente la operación (y los hay que se las saben todas), que haya procedido con deliberación y que manifieste más o menos libremente el llamado consentimiento contractual no es decisivo como no lo es en el resto de los contratos. Los llamados vicios de la voluntad poseen en nuestro Derecho privado un cierto carácter excepcional y más que al dato de la genuina voluntad parecen referirse a la justicia o injusticia de la vinculación contractual. Basta para comprenderlo repasar los artículos 1266-1270. Ante todo, sólo hablan de violencia, intimidación y dolo y uno podría pensar en otras posibilidades de limitación del consentimiento; pero después para el error se exige que sea esencial y que resulte imputable al que lo sufre por haber sido lo que usualmente se llama un error excusable. De la violencia, el artículo 1267 dice que consiste en el empleo de una fuerza irresistible. De la intimidación, el mismo artículo, que es un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en la propia persona o en la persona de su cónyuge, descendientes o ascendientes, añadiendo, además, que para calificar la intimidación se atiende a la edad y a la condición de la persona. Y, finalmente, del dolo dice el artículo 1270 que deberá ser grave y no haber sido empleado por las dos partes contractuales. La conclusión de ello es que la libertad contractual, lejos de ser pura y

virginal, es una voluntad razonable dentro de un marco razonable de libertad.

A todas las consideraciones anteriores me gustaría añadir todavía que tratar de calificar las operaciones de consumo con un rótulo distinto al de contratos nos sumiría en la mayor de las perplejidades posibles porque no sabríamos cuál es y nos obligaría a buscar, como supletorio, un régimen jurídico para justificar las atribuciones patrimoniales del que no disponemos. En síntesis es mejor desde el punto de vista práctico que sean contratos a que sean cualquier otra cosa.

En mi opinión, las operaciones de consumo siguen siendo contractuales aun cuando se cierren mediante operaciones automáticas con máquinas *ad hoc*, fenómeno cada día más frecuente, o mediante comportamientos objetivamente reconocibles. Aunque algunos autores han querido sustituir para estos casos la calificación de contrato por otra distinta, como la de relaciones contractuales fácticas o conducta social típica, en mi opinión cualquier intento de proseguir por esta línea no llega demasiado lejos y al final obliga a buscar un régimen contractual concreto.

Para cerrar este apartado, creo que hay que decir también que no se puede discutir el carácter contractual de las operaciones de consumo que tengan como objeto la facilitación de bienes o servicios que se encuentren en régimen de monopolio, legal o de facto, o de bienes o servicios que hayan de ser facilitados por las administraciones públicas o por concesionarios de las administraciones públicas cuando no estén plenamente liberalizados. Las razones para no excluir la naturaleza contractual son las mismas que hemos analizado anteriormente y hay que decir, por supuesto, que nada aconseja el traspaso de estos contratos que por lo demás seguirán siendo contratos al campo del Derecho público como contratos administrativos.

2. Llegamos, de este modo, a un punto central que debe ser objeto de debate. Me refiero a la relación que existe y debe existir entre la regulación general de los contratos en el CC (y, si se quiere, también en el CCO) y la existencia de este otro ordenamiento, que comprende los contratos de consumo y que parece presentarse como un Derecho de carácter especial y en alguna medida fragmentario.

El tema propuesto se puede afrontar desde varios puntos de vista. Hay unas primeras ideas a las que quiero referirme, que aparecen en el libro de Guido Alpa, (*Il diritto dei consumatori*, editori Laterza, 2002). Dice Alpa que los modelos que podemos encontrar

en los países de la Unión son muy diferentes y pueden resumirse en cuatro:

1.º Hay algunos países que tienen una ley general y a su lado una nutrida legislación especial, que en parte es de origen interno y en parte es de origen comunitario. No hace falta decir que es el caso del Derecho español.

2.º Hay países (dice Alpa) que han preparado o tratado de preparar textos únicos.

3.º Hay otros que poseen una legislación fragmentaria unida a una doctrina de naturaleza jurisprudencial, como es el caso de la Gran Bretaña.

4.º Finalmente, hay ordenamientos en los que la disciplina de los contratos de consumo o, por lo menos, la parte más importante de ella se ha insertado clara y decididamente en el CC.

Es el caso del Derecho holandés y es también el caso del Derecho alemán después de la reforma del Derecho del año 2000. Y en el Derecho italiano, en cambio, sólo algunas directrices comunitarias se han incorporado por la vía de su inserción en el código, como ocurre en materia de cláusulas abusivas, pero la mayor parte se han quedado fuera.

El debate es, pues, cuál de estos modelos presenta mayores ventajas y por cuál debemos decantarnos.

El segundo de los puntos de vista desde el cual la cuestión se puede examinar es la de sus implicaciones ideológicas y políticas. Según Alpa, hay que hacer desaparecer los prejuicios ideológicos formulados a comienzos de los años setenta. En esos años existió un debate sobre el hecho mismo de una defensa de los consumidores y se montaron argumentos en pro y en contra de ella. Parece claro que hoy, tantos años después, la cuestión no es en sí misma debatida y, por regla general, la defensa de los consumidores resulta generalmente aceptada. En las fechas de que estamos hablando los defensores de una protección de los consumidores trataban de dibujar un consumidor al que querían asimilar al trabajador dependiente con «conciencia de clase» y con reivindicaciones que formular, mientras que los críticos se decantaban a favor de un mercado libre, libre de límites e imposiciones y por completo indiferente a las exigencias y a la protección de los consumidores.

Es muy probable que estas ideas y estas tentativas hayan ido poco a poco desapareciendo. Sin embargo, de tanto en tanto resucitan. En el trabajo que cité antes de M. Corchero y A. Hernández se

abre un epígrafe en el que se habla de los estatus de ciudadano y consumidor. Allí puede leerse que:

Asistimos a la consagración constitucional de la protección del consumidor como un derecho del ciudadano. El consumidor ha de ser tenido en cuenta como persona, preocupándose de aquellas situaciones que puedan afectar a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. El Derecho Constitucional aporta la concepción troncal y propedéutica al fenómeno del consumo, correspondiéndole –en palabras de J. L. Cascajo Castro– estrechar el vínculo entre la política y el Derecho, armonizar la norma con la ética social y actuar como técnica ordenadora de una realidad desde los principios y valores de la dignidad, libertad e igualdad humanas.

Creo que cualquier idea que trate de aproximar la figura del consumidor a un estatus o algo parecido son blanco de ataques muy claros. Un estatus o un estado es, como decían las Leyes de Partidas, un modo o una manera como los hombres viven o están, pues no tiene sentido la hipertrofia que lleve al concepto todas las condiciones por esporádicas y efímeras que puedan ser las que a lo largo de su vida la persona presente.

En este sentido me parece que en el Derecho del antiguo régimen las personas podían ser nobles, hidalgos o pecheros, hijos legítimos o de ganancias, comerciantes, menestrales, artesanos, soldados, etc. No me parece que consumidor sea una forma de estar en la vida y de estar en el mundo. Podemos realizar con más frecuencia de la deseada actos de consumo o sufrir las incitaciones que nos empujan a ello, pero la esporádica condición de consumidor no configura un modo o una manera de estar en la vida social, salvo, quizá, en las personas aquejadas del mal del *shopping*, que si son muchas o pocas yo no lo sé.

Por otra parte parece desafortunado establecer todo tipo de paralelo entre consumidores y trabajadores asalariados. El trabajo es un medio de vida y un medio de obtención de las sumas que nos permiten atender a las necesidades vitales y a los demás bienes sociales. La tensión entre patrones y obreros dio lugar a una lucha de clases y a una protección de los trabajadores de la que no hay ni rastro en las quejas que los consumidores pueden formular del trato que reciben de los empresarios.

Hay, pues, que negar, de la manera más vehemente posible, que el Derecho de consumo constituya un Derecho de clase. Sin embargo estos elementos ideológicos o prejuicios si se los puede llamar así, junto con algunas posibles directrices de política jurídica, con-

tinúan influyendo en la configuración y en la ubicación sistemática sobre las normas de contratos de consumo.

Por volver a las reflexiones de Guido Alpa, habrá que decir que los partidarios de una concepción de un Derecho de consumo, como Derecho que atiende a reivindicaciones de clase, tienen tendencia a configurar un Derecho especial. Curiosamente, para quienes adoptan este punto de vista la integración del Derecho especial en el Derecho común es rechazable porque lo contaminaría. Se piensa, seguramente, en el Derecho común de la contratación, lo que en rigor es erróneo y se trata de un error que se desvanece con el más mínimo análisis. Anteriormente citamos algún supuesto de nulidad de pactos, de la exclusión de la evicción y el saneamiento, pero podemos citar otros muchos entre los que dentro del sistema general de contratación existe protección de intereses. Por no citar los pactos leoninos en el contrato de sociedad, que es uno de los ejemplos más claros, podemos recordar la recepción de la regla *periculum est emptori* que parece formada por un *lobby* de vendedores. Que el Derecho general de la contratación contamine el derecho especial, lo liberalice y eche agua en el vino de la protección es algo que no es ni siquiera pensable.

Mas paradójicamente los que adoptan la posición contraria llegan a una conclusión parecida. Como sólo el Derecho tradicional de la contratación es el Derecho de la contratación libre, el Derecho de los contratos de consumo tiene que ser mantenido en un Derecho especial, sin posibilidad de interpretaciones extensivas o analógicas, algo así como en cuarentena o rodeado por un cordón sanitario, porque, desde ese punto de vista, es el Derecho general de la contratación el que resultaría contaminado.

A mi juicio, tiene razón Alpa cuando dice que ninguna de esas posiciones puede ser hoy sostenida y ello con completa independencia de cómo queramos dibujar la figura del consumidor.

En efecto, cualquier modernización del Derecho de los códigos, que se realice con la pretensión de abarcar el Derecho patrimonial y de comprender los principios con arreglo a los cuales se desarrolla el tráfico jurídico de bienes y servicios, no puede dejar fuera la figura del consumidor. Además, la inserción en los códigos de los consumidores no puede ser puramente estética o ficticia y debe ir acompañada por reglas que mantengan la especialidad del tratamiento jurídico. Si a los códigos se les reserva la función que siempre tuvieron de reflejar la vida económica y social, no puede dejar de resultar claro que hay que integrar, con el Derecho de consumo, hoy vivo y coleando, una verdadera y propia laguna, pues

los consumidores son operadores económicos con una clara incidencia en la vida económica.

El problema ha sido también planteado por Thomas Wilhelmsson (*Is there a European Consumer Law and Should there be one?*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Roma, 2000), aunque como el mismo autor reconoce, el tema había sido ya tratado por dos autores allí citados, que son Damm, (*Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und Privatrechtssystem*) y Gilles, (*Zur neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht*). En el mismo sentido, para el Derecho francés, los trabajos de Nathalie Sauphanor (*L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, París, 2000) y el de Calais-Auloy (*L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des dondrats*, Rev. tr. dr. civ., 1994, p. 239).

Wilhelmsson comienza señalando que el rápido desarrollo de una legislación de protección de consumidores ha suscitado en muchos países, inevitablemente, la cuestión de si este sector del ordenamiento debe constituir un cuerpo jurídico separado, lo que se ha llamado una *Sondergesetzgebung*.

Este autor señala que, aunque a primera vista puede parecer una cuestión puramente de orden técnico y pedagógico, en el fondo toca un problema que concierne a la ideología y a la cultura jurídica y a la influencia de una y otra en el desarrollo del Derecho. Porque la verdad es que se trata de una cuestión enlazada con el modo cómo los autores de las decisiones jurídicas, que son los juristas, construyen su visión del mundo jurídico y de cómo se acercan a las normas.

En principio, parece que una mínima claridad impone la necesidad, obvia por lo demás, de algún tipo de separación entre lo que podemos llamar relaciones de consumo y relaciones de negocio. Puedo recordar en este punto las normas sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT, en las cuales se aclara que se las denomina comerciales sólo para excluir las normas relativas a contratos de consumo.

Es evidente que en el ámbito de Derecho de consumo las normas imperativas presentan un mayor vigor y se dan en mayor número que en otros campos, especialmente los regidos en línea de principio por la libertad contractual. Pero no se trata, por supuesto, sólo de imperatividad frente a despositividad de las normas legales. Wilhelmsson recuerda que la cuestión presenta claras implicaciones desde el punto de vista de política jurídica. Es legítimo preguntarse qué efectos puede tener un énfasis mayor en la separación entre los contratos de consumo y el Derecho general de contratos

sobre las reglas y principios que rigen unos y otros, cuestión que en la doctrina alemana se había planteado ya hace veinte o veinticinco años al discutir la inclusión de las reglas de los contratos de consumo en el CC como parte de él o la pervivencia del *Sonderprivatrecht*.

En el fondo del debate se encuentra el predominio de lo que podemos llamar una idea más o menos social o welfarista como el autor la llama, pero tampoco en este punto tenemos que equivocarnos. Hay autores que se encuentran a favor de la llamada dirección welfarista en materia de Derecho privado general, pero que no han rehuído la integración. Puede volver a recordarse en este punto al profesor Martínez de Aguirre.

Los defensores del *Sonderprivatrecht* creen que las normas nacidas en el seno del Derecho de consumo se contaminarían y perderían su carácter si se interpretaran de acuerdo con las normas del Derecho de contratos, de suerte que lo que está en juego es la preservación de la pureza de la intención de las normas de protección de consumidores, aunque haya que decir ya desde ahora que los defensores de la integración admiten que ésta, la integración, puede ser la vanguardia de introducción de nuevos principios en el Derecho de contratos.

Al hablar de las dificultades de una refundición, aunque sea parcial, del Derecho de contratos de consumo en el Derecho general de contratos, hemos hablado, siguiendo a Alpa y a Wilhelmsen, de los problemas relativos a la política jurídica y del deseo de algunos de evitar la contaminación del contenido protector. Hay, sin embargo, otro tipo de razones, claramente mucho más rastreras o, si se prefiere, más a ras de tierra, que también son un fuerte obstáculo. Me refiero a la pretensión de algunas administraciones públicas y de algunos grupos profesionales de ejercer sobre esta materia un poder monopolista o cuasimonopolista. La ley que incorporó al Derecho español la Directiva sobre garantía sobre la venta de bienes de consumo ofrece, a este respecto, un buen tema de reflexión. Como es bien sabido, era ésta una materia regida por las viejas acciones edilicias derivadas por el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa, en sus dos variantes de acción redhibitoria y de acción *quantum minoris*. Puede decirse y recordarse que en muchos casos la jurisprudencia del Tribunal Supremo había echado agua en el vino, sobre todo a consecuencia del extraordinariamente corto plazo de caducidad del artículo 1490, y había declarado compatibles las acciones edilicias con las acciones generales nacidas del incumplimiento contractual, reconociendo, de este modo, que no nos encontrábamos en presencia de una garantía *ex lege* sino en presencia de un auténtico incumplimiento, que comete

el que entrega cosa disconforme con la que quedó descrita o dibujada al celebrar la compraventa. En el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías se había adoptado este último criterio, que es el de considerar la entrega de cosa no conforme como un supuesto de incumplimiento y aplicar las reglas del incumplimiento contractual y sus remedios que, lógicamente, en mercaderías masivas, no tienen por qué limitarse a la redhibición o a la reducción del precio y pueden consistir en la rectificación o reparación o en la sustitución de la cosa entregada por otra sin defecto. La Directiva europea era claramente tributaria de las posiciones alcanzadas en el Convenio de Viena, de manera que esa línea llegaba ahora a las ventas de consumo, seguramente porque las autoridades europeas, siempre metidas en la regulación del Derecho de consumo, no terminaban de saber si tenían competencia en los contratos de compraventa, cosa que sin duda no les ocurría a las autoridades nacionales. Limitarse a incorporar la Directiva en una ley especial, a su vez con un campo de aplicación limitado a los contratos de consumo, que es lo que finalmente hizo el legislador español, podía ser lo más cómodo, pero seguramente no lo más coherente. En Austria y en Alemania la incorporación se hizo modificando la regulación del contrato de compraventa en el CC y lo mismo se intentó, que nosotros sabemos, en el Derecho francés. La solución española abre una hendidura difícil de colmar, pues, por una parte, se encuentran los contratos sujetos al Convenio de Viena, con la regla de la obligación de entregar la cosa conforme y la consideración de la falta de conformidad como incumplimiento y, por otra parte, las ventas de consumo con una solución en gran parte parecida; y, en el medio, todas las demás compraventas sujetas al CC a las que seguirá aplicándose la normativa que provenía de los ediles curules. Por lo que yo sé se reunió una Comisión ministerial, pero finalmente las posiciones de los especialistas en Derecho de consumo dominaron sobre las que podía defender el Ministerio de Justicia. Para tratar de solucionar este problema puedo decir que la Comisión de Codificación ha propuesto una reforma paralela del Contrato de compraventa del CC, de suerte que, aunque las normas se repiten, a las compraventas que no sean internacionales y tampoco de consumo se les pueden aplicar unas reglas semejantes o iguales.

3. Quiere ello decir que la incorporación total o parcial del Derecho de contratos de consumo al Derecho general de contratos, y en este sentido al CC, presenta muchas más dificultades de las que parece. Sin embargo, en estos momentos, es una posición que parece dominar en la doctrina. Pese a su proclividad en favor del

derecho especial, la defiende finalmente Martínez de Aguirre, la defiende su maestro García Cantero y últimamente ha recibido el apoyo de K. J. Albiez (en *Estudios en Homenaje del Prof. L. Díez-Picazo*, I, p. 139).

Albiez recuerda que los redactores de la propuesta de ley de protección de los consumidores en la contratación a distancia, en la memoria justificativa descartaron cualquier intento de ubicación de las normas en el CC. Los redactores de la propuesta lo hicieron de una ley especial, pero, curiosamente, al final, el Ministerio de Justicia optó por introducir la materia, que procede también de una Directiva europea, en la Ley de ordenación del comercio minorista. Como dice Albiez razones de economía procedimental pesaron más que otras de contenido sustancial en la aprobación de la Ley 47/2000, de 19 de diciembre, que reformó la citada Ley del comercio minorista. Albiez, tras citar la ley de reforma alemana del año 2000, dice que el exceso de leyes especiales puede provocar el colapso del sistema y su fragmentación, resultado al que están contribuyendo de modo muy notable las Directivas comunitarias. Por ello hace falta un debate, dice este autor, que hasta ahora no se ha producido entre nosotros, donde no está resuelto el problema de la ordenación o coordinación entre Derecho de consumo y el sistema jurídico privado. Concluye este autor su disertación con estas palabras:

«En definitiva, este desfase entre el CC y la realidad está comenzando a resultar francamente disfuncional para el mercado y para el propio derecho. El sistema jurídico admite, con naturalidad, un desfase entre el derecho común y la vanguardia de las nuevas experiencias, la legislación especial y el *ius mercatorum*. La prisa y la audacia nunca han sido buenas consejeras para la recodificación; sin embargo, el estado actual en materia de derecho de obligaciones y contratos puede calificarse de anquilosamiento del derecho codificado y, consiguientemente, de desregulación de los intercambios, debido precisamente a la inidoneidad de las reglas antiguas en el nuevo contexto tan extraordinariamente diferente al contenido por el codificador decimonónico. Parece, pues, que ha llegado el momento de plantearse de manera directa la oportunidad, la conveniencia, o incluso la necesidad, de proceder a una recodificación de este sector del Derecho privado, en el que también puede tener cabida el derecho de consumo contractual.»

Conclusiones estas de K. J. Albiez a las que uno puede adherirse.

4. Para terminar, y en algún sentido también para completar esta disertación, no resulta suficiente sólo decidir que las normas hasta ahora especiales sobre los contratos de consumo deben ser

codificadas o redecodificadas conviene también tratar de indagar si algunas de las normas nacidas dentro de ese círculo de los contratos de consumo deben mantenerse dentro de él o si pueden o deben generalizarse y ser consideradas como normas o principios de contratos.

Esta cuestión merece ser examinada en tres puntos diversos.

a) Es el primero el de las declaraciones y afirmaciones hechas por las partes y su posible función en la integración de los contratos con referencia especial a la publicidad comercial.

Constituye una cuestión muchas veces debatida la de si las declaraciones o las afirmaciones que uno de los contratantes ha hecho sin que hayan quedado incorporados a un documento contractual, deben tener alguna trascendencia en el contrato. El supuesto clásico es el del vendedor que atribuye a las cosas vendidas especiales cualidades distintas de aquellas que, de acuerdo con el contrato y con la ley, debe garantizar, o excluye determinados defectos sin hacer una especial promesa de garantía, aunque, naturalmente, el mismo problema puede suscitarse en otro tipo de contratos (p. ej. arrendamientos, etc.). Como ha sido señalado (cfr. A. M. Morales Moreno, *Información publicitaria y protección del consumidor*, Libro Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, vol. VIII, pp. 676 y ss.), los antiguos autores franceses se plantearon ya esta cuestión dándole una respuesta afirmativa, cosa que aparece con claridad en Donello (*ut venditor praestet quod de ea re dixit*) y en Domat. Aunque la cuestión resulta difícil de resolver desde el punto de vista del declaracionismo o del voluntarismo, no cabe duda de que la buena fe impone la existencia de algún tipo de obligación al respecto. Modernamente, la cuestión se ha suscitado sobre todo en relación con la publicidad comercial y con la comercialización de los productos, como puede ser el manejo de máquinas complicadas. Entre nosotros una STS de 14 de junio de 1976 (de la que en su momento se ocupó C. Lasarte, *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, RDP, 1980, pp. 50 y ss.) entendió que la propaganda cumple la función de una oferta que vincula al vendedor teniendo en cuenta que por esa oferta se guió el comprador, en el caso de una máquina que no daba el rendimiento que se anunciaba en la propaganda fotográfica y gráfica. Otras dos sentencias de 27 de enero de 1977 y de 20 de marzo de 1982, en la venta de viviendas, destacaron el valor de los anuncios publicitarios y de la vinculación del vendedor por las memorias de calidades, los datos, características y condiciones relativas a los servicios e instalaciones de la vivienda, aun cuando no se hubieran incorporado expresamente al documento contractual.

Más recientemente, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 1984, en su artículo 8, considera exigibles por el consumidor y usuario las afirmaciones sobre la naturaleza, características, condiciones, utilidades o finalidades de los bienes o servicios, que se hayan hecho en la promoción o publicidad de ellos, aun cuando no figuren expresamente en el documento contractual, lo que significa que se produce una incorporación de la publicidad al contrato insertándose en la estructura contractual. Esta inserción puede producirse de dos modos diferentes: como una obligación que genera un específico deber de prestación o, simplemente, como una presuposición determinante de la configuración del interés que el otro contratante aspira a satisfacer a través del contrato.

Estos sucintos planteamientos permiten explicar la regla contenida en el artículo 6.101 PECL, donde la cuestión no aparece como un problema de protección de consumidores, sino como una norma de alcance general, lo que *prima facie* parece correcto, toda vez que si se trata de una concreción del principio general de buena fe, no existen razones especiales para limitarla a la protección de consumidores. Por otra parte, se observará que en la primera de las sentencias dictadas, de 1976, el comprador de la máquina que debía alcanzar con ella un determinado rendimiento, no era un consumidor.

Convendrá también destacar que en estos momentos, las declaraciones y afirmaciones se examinan para decidir si son fuentes de integración del contrato y si generan obligaciones contractuales. Ello significa que quedan, naturalmente, abiertos los demás remedios o posibilidades de ejercicio de acciones que el ordenamiento pueda conceder, como ocurrirá en todos aquellos casos en que las declaraciones o afirmaciones hayan producido error, supuesta la facilitación de la información inexacta o determinado cualquier otra causa de anulación (p. ej. dolo o engaño); o quepa el ejercicio de acciones de responsabilidad precontractual por *culpa in contrahendo*.

En el artículo 6: 101 PECL aparecen tres grupos de cuestiones: una primera referida a la declaración realizada por una de las partes a la otra en el momento de la celebración del contrato; una segunda referida a la información llevada a cabo en la publicidad, en el marketing; y una tercera referida a los efectos que produce en el contrato la publicidad ajena.

1.º Para la declaración o afirmación que, con carácter general, pueda una de las partes haber dado a la otra en el momento inmediatamente anterior a la conclusión del contrato o cuando se ha

celebrado, la regla es que genera obligaciones contractuales, en la forma en que la otra parte las hubiera podido entender si concurren circunstancias que tuvieron para dicha parte una especial trascendencia o, dicho de otro modo, si pudieron influir en su decisión de celebrar el contrato. El artículo 6: 101 PECL requiere también que se tome en consideración si la parte que hacía la declaración la llevaba a cabo en el curso de los negocios y la pericia relativa de una y otra parte.

2.º Para las afirmaciones o declaraciones efectuadas por un profesional en la publicidad o en las actividades de marketing, la regla es que las declaraciones o afirmaciones generan obligaciones contractuales, salvo que se pruebe que la otra parte conoció o debió haber conocido o no pudo desconocer, que la declaración era incorrecta.

3.º La última de las cuestiones es, como anunciamos más arriba, la vinculación que puede producirse por una publicidad ajena. Como ha sido señalado (cfr. A. M. Morales Moreno, *ob. cit.* p. 687), para que la oferta publicitaria que provenga de un tercero se incorpore al contrato y pueda imponer al contratante deberes de prestación, se requiere que la existencia de tales declaraciones en las que la otra parte hubiera confiado, resultaran conocidas o cognoscibles para un contratante profesional; que éste no excluyera claramente su aplicación al contrato; y que tales declaraciones se refieran a un producto, que, según el contrato celebrado, se encuentre en la cadena de producción o de comercialización en la que ambos se encuentren insertos.

Es en este sentido en el que hay que entender el párrafo 3.º del artículo 6: 101 PECL: dan también origen a obligaciones contractuales las declaraciones o informaciones y cualesquiera otras promesas o compromisos que hubiere efectuado, en la publicidad o en el marketing, una persona que actúe por cuenta de un profesional o una persona que se encuentre situada en un punto anterior de la cadena de comercialización, a menos que el contratante no tuviera razones de ningún tipo para conocer dichas informaciones o promesas. Por consiguiente, no toda publicidad ajena vincula al contratante, aunque se refiera al mismo producto o servicio, ni se incorpora a la estructura del contrato, sino solamente aquella realizada por persona que actúe por cuenta de un profesional o que esté situada en un punto anterior en la cadena de comercialización. En todos estos casos, la declaración publicitaria y de marketing se incorpora al contrato, salvo que el profesional contratante pueda demostrar que no la conocía. Naturalmente, en aquellos casos en

que la vincule, quedará siempre abierta, si existiera, una acción de uno de los profesionales frente al otro.

b) El segundo problema se puede plantear en relación con la definición de condiciones generales de la contratación y con el tratamiento de dichas condiciones. No se puede decir que se trate de una norma originada en el Derecho de consumo, pues procede directamente de la Ley alemana de Condiciones generales de 1976 pero su generalización se produce de la Directiva europea, que, como casi todas ellas, nació con pretensión de ser aplicable en materia de protección de consumidores.

c) La tercera de las figuras sobre las que convendría también parar la atención es la de los llamados contratos vinculados, que aparecen en los artículos 14 y 15 de la Ley 7/1995 de 23 de marzo de Crédito al Consumo, que parece aplicable a los contratos de venta a plazos de bienes muebles regulada hoy por la Ley 28/1998 de 13 de julio.

La figura de los contratos vinculados aparece en el artículo 14 de la Ley de Crédito al Consumo. Son contratos de consumo en los que expresamente se establece que la operación incluye la obtención de un crédito de financiación. La Ley dice simplemente que la eficacia de los contratos queda condicionada a la efectiva obtención del crédito. Mas, obtenido el crédito, se hace todavía necesario saber el tipo de vinculación que existe entre ambas operaciones o contratos. La ley establece una especie de supeditación o subordinación del contrato de financiación al que podemos denominar contrato principal. La regla del artículo 14 es que la ineficacia del contrato principal determina también la ineficacia del contrato de financiación. Ésta no es probablemente una regla especial de los contratos de consumo y nace probablemente de la consideración de uno de los contratos por causa del otro. El único problema es que el concedente del crédito haya conocido y aceptado la vinculación. Esta característica la define el artículo 15 LCC que exige que entre el concedente del crédito y el proveedor de los bienes y servicios exista un acuerdo previo, concertado en exclusiva. Es evidente que si existe el acuerdo previo, aunque no sea en exclusividad, las partes del contrato de financiación han tenido el propósito común de convertirlo en pieza auxiliar del contrato principal.

Algún problema plantea en el artículo 14 la idea de «ineficacia del contrato» porque hay que saber si es sólo ineficacia por invalidez o también ineficacia sobrevinida por otras causas como es, en concreto, la resolución por incumplimiento.

La vinculación no se produce sólo en relación con la eficacia o ineficacia. Se produce también en la fase de ejercicio de los derechos dimanantes del contrato y, por consiguiente, en la fase de

cumplimiento de las obligaciones. El artículo 15 faculta al consumidor para ejercitar frente al empresario que hubiera concedido el crédito los mismos derechos que tuviera frente al empresario que se comprometió a proveer los bienes o los servicios.

En este punto las dificultades son evidentemente mayores. Aunque pudimos llegar a la conclusión de que la ley lo permite carecerá, probablemente, de sentido práctico el ejercicio de una pretensión de cumplimiento frente a quien no es profesionalmente suministrador de los bienes y servicios que estén en cuestión, sino simplemente financiador profesional de la operación.

Tampoco es fácil establecer una pretensión de indemnización de daños y perjuicios contra el financiador a menos que la ley haya establecido, lo que no es claro, una especie de solidaridad o un deber de indemnización fundada en la confianza que la presencia del financiador otorga, en orden a su seriedad y buen fin a la operación.

La generalización de los llamados «contratos vinculados» más allá del ámbito del Derecho de consumo, puede hacerse, a mi juicio, con referencia a los contratos de financiación de cualquier tipo de operación, siempre que se den las condiciones mencionadas en el artículo 15 LCC, esto es que entre el concedente del crédito y quien haya de ser el suministrador de bienes y servicios exista un acuerdo previo y que en el contrato principal esta financiación se haya aceptado. Podría también pensarse en la posibilidad de que haya «contratos vinculados» cuando una operación acordada entre los empresarios constituya un presupuesto de la que uno de ellos deba llevar a cabo con un tercero, que a su vez, lo acepte, como sería por ejemplo el caso en que el tercero se obligara a recibir materiales, materias primas o cualquiera otros elementos necesarios para cumplir su prestación de la persona indicada por quien contrata con él, cuando, a su vez, el acuerdo previo exista.

Pero eso, me temo, es cuestión que requiere ulteriores reflexiones.

RESUMEN

La naturaleza contractual de las operaciones de consumo y su necesaria inserción en el campo del derecho privado y en el derecho de contratos. Los contratos de consumo y su caracterización como genuinos contratos. Las relaciones del derecho de consumo y el derecho civil, y la opción entre leyes especiales e integración de las normas sobre contratos de consumo en el Código civil, en la experiencia europea. La posibilidad y aún la necesidad de generalizar determinadas normas o principios que han nacido o que se encuentran ubicadas en el campo del derecho de consumo, a toda la materia de obligaciones y contratos.