

Jornadas sobre la reforma del Derecho privado y la protección del consumidor. Avila 1992

MARIA JOSEP BARCO I BALLBE

Prof. Derecho civil. Universitat de Girona

Los días 5, 6 y 7 del pasado mes de marzo de 1992 se celebraron en el Centro Asociado UNED de Avila las «Jornadas sobre reforma del Derecho privado y protección del consumidor», organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca y la Fundación Cultural Santa Teresa de Avila, con la colaboración del Instituto Nacional del Consumo, siendo su Director, D. Eduardo Galán Corona y su Coordinador, D. José Antonio García-Cruces González, profesores ambos de la Universidad de Salamanca, que también participaron como ponentes.

El primer día, tras la inauguración oficial, se iniciaron las Jornadas con una magnífica exposición introductoria sobre el Derecho del Consumo del profesor A. Bercovitz Rodríguez-Cano con el título «Problemática general de la defensa y protección de los consumidores: la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios». A partir de un análisis de la actual situación del mercado —masificación, ampliación territorial, despersonalización, difícil determinación del grado de satisfacción de los consumidores, cierto anonimato de los operadores económicos, marcas, publicidad en TV—, se llega a la necesidad de una efectiva protección de los consumidores, a un reforzamiento de su poder efectivo, no tan sólo en relación a los derechos individuales sino en favor de todos los consumidores. Por ello, —siguió el ponente— debemos analizar el derecho de los consumidores. Este no existe como rama del derecho con exigencias técnico-jurídicas propias, sino que se trata de un principio de

nuestro derecho, un principio constitucional con diversa manifestación: como base de interpretación de los textos preconstitucionales y postconstitucionales y como fuente de nuevas regulaciones específicas en este orden concreto. Podemos destacar en este ámbito la protección de los intereses económicos, verdadera novedad ya que hoy se interrelacionan de forma sistemática con una nueva perspectiva integradora. El problema que destacó el prof. Bercovitz fue la dificultad de respeto real a estos derechos: en muchas ocasiones la protección individual en casos de poca entidad económica no compensa el trámite de reclamación o enjuiciación, pero en términos macroeconómicos sí es un gran problema para el buen funcionamiento del mercado. De ahí la necesaria intervención tuitiva de la Administración pública por un lado y por otro, el contrapoder dentro del mercado que representarán los propios consumidores organizados, educados e informados. Ambos sistemas coexisten en nuestro país.

A continuación se refirió a las distintas nociones de consumidor en relación a la norma aplicable (consumidor en abstracto = ciudadano; consumidor en concreto = cliente o consumidor final, distinguiéndose a su vez entre consumidor final jurídico y consumidor final material), y al interés de los consumidores. Este interés no es un valor absoluto, no se antepone sino que coexiste con los otros intereses imperantes en el mercado —defensa de la libre competencia, comercio interior, protección de las PYME— o con los propios intereses divergentes de los propios grupos de consumidores.

Pasó ya, en la recta final de su exposición, a realizar una breve caracterización de la normativa existente a nivel estatal, la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU) y las normativas autonómicas. Destacó que no difieren sustancialmente a pesar de la rica conflictividad que genera el ejercicio de las competencias de defensa del consumidor y usuario en ambos niveles, y apuntó una posible inconstitucionalidad en la Ley de Consumidores de Andalucía que, al definir el concepto de consumidor a los efectos de protección mediante dicha norma, incluye a los empresarios que adquieren productos para entregarlos como liberalidad a sus empleados, lo que a todas luces parece manifiestamente incongruente con el principio informador que analizamos. En relación a los conflictos competenciales Estado/CC.AA. mencionó la trascendental STC 15/1989 que, analizando la LGDCU y las competencias autonómicas, establece dos aspectos fundamentales en la materia: uno, que determinados artículos de la LGDCU no son aplicables a determinadas CC.AA. con competencias exclusivas y, dos, que el Estado debe garantizar las condiciones básicas de igualdad de los consumidores. Asimismo afirmó taxativamente el Prof. Bercovitz que las CC.AA. sólo poseen competencias en el ámbito del derecho administrativo y no en materia de derecho privado.

Por último, una breve mención al derecho comunitario. El principal problema se plantea en la trasposición al derecho interno de las Directivas que se realiza con total discrecionalidad por parte de los Estados miembros mediante ley especial, sin el adecuado ajuste con la normativa existente y sin solucionar los conflictos competenciales internos sobre quién ostenta la competencia para dicha incorporación. Con estas cuestiones y el turno de preguntas posterior finalizó la primera ponencia de la jornada.

A continuación el Prof. J. A. García-Cruces expuso su ponencia titulada «La protección del consumidor en el derecho comunitario». En ella expresó de modo claro y conciso el contenido y principales características de las más importantes Directivas comunitarias relativas a la protección de Consumidores y Usuarios: la Directiva 450/84 sobre Publicidad Engañosa, la Directiva 374/85 sobre Responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, la Directiva 577/85 sobre ventas fuera de establecimientos comerciales y la Directiva 192/87 sobre Crédito al Consumo.

En relación a la primera de ellas, Directiva 450/84, resaltó la importantísima definición de publicidad engañosa que se realiza y los siguientes rasgos definidores de la regulación: la irrelevancia del medio publicitario empleado; la no necesidad de la falacidad estricta de la publicidad, puesto que la publicidad abstractamente exacta puede ser engañosa en su difusión en el mercado; la no necesidad de producción de un daño, basta con la posible inducción a error; la inversión de la carga de la prueba; y la no inclusión expresa de la publicidad engañosa por omisión pero que debe considerarse incluida en la amplia definición inicial.

De la Directiva 374/85 destacó: contenido rígido o cerrado, lo que significa poca movilidad para los Estados miembros, pero este contenido deberá ser revisado por la Comunidad y ampliado con nuevas normas si es necesario; sistema de responsabilidad objetivo: la víctima debe probar el daño, el defecto y la causalidad entre ambos, siendo innecesaria la culpabilidad del productor. Las únicas causas de exoneración son: daño por culpa exclusiva de la víctima, daño por culpa de un tercero, daño derivado de los riesgos del desarrollo —si se ha excluido de la regulación estatal—. Pasó a caracterizar brevemente el concepto de producto (cosa mueble, exceptuando los productos agrícolas y caza si no se han transformado industrialmente), de producto defectuoso (el que no ofrece seguridad excluidos los defectos de utilidad debida) de víctima (no hay, se habla de «el perjudicado» o «el demandante»: protección más allá del mero consumidor, cualquiera que resulte dañado) y de daños (corporales siempre, materiales según los requisitos del art. 9).

En relación a la Directiva 577/85 expuso la voluntad de ésta de no alterar la libertad de los Estados miembros en este tema y su fina-

lidad armonizadora para obtener una aproximación en las legislaciones internas. El supuesto de hecho que contempla el texto es la venta realizada fuera del establecimiento comercial (art. 1 y 3), la oferta y consumación de la venta y la adquisición por parte del consumidor. Se dan dos tipos de exclusiones: cuantitativas (franquicia mínima 60 ECUS) y materiales (art. 3.2). Es básico el derecho de desistimiento del consumidor —irrenunciable— y su resolución unilateral del contrato con el período mínimo de reflexión de 7 días (art. 5, 6).

Sobre la Directiva 192/87 expuso que su ámbito de actuación se refiere a: crédito para bienes de consumo, utilización de tarjetas de crédito, anticipos y descubiertos en c/c y cualquier otro contrato de crédito. Las normas comunes para todos los supuestos: forma escrita del contrato, entrega de copia al consumidor, deben figurar las condiciones esenciales del crédito y deben ser redactadas con claridad y concreción las mencionadas esenciales —básicamente el coste del crédito—. Los Estados miembros tienen tres puntos fundamentales a desarrollar: condiciones de recuperación del bien en perjuicio del consumidor —no al enriquecimiento injusto del acreedor, posible el pago anticipado, el consumidor conserva sus acciones frente al tercero al que se ha cedido el crédito. La Directiva mereció ciertas críticas por parte del ponente: omisión de un período de reflexión (existe en el derecho comparado), problema de la vinculación del suministrador en supuestos de producto defectuoso, garantías, etc., ya que sólo podrá dirigirse contra terceros de una forma muy relativa y el tema de los títulos valores transmitidos en el que la Directiva se remite a la decisión de los Estados miembros.

Por último examinó concisamente el grado de ejecución de estas Directivas en nuestro Derecho interno. El resultado es una trasposición parcial en materia de Publicidad Engañosa y Ventas fuera de establecimientos comerciales (problemas en cuanto a su adecuación material) y en relación a la responsabilidad por productos defectuosos y el crédito al consumo no se ha dado ejecución del derecho comunitario, puesto que la LGDCU es anterior y no recoge el sentido de la Directiva y una OM y una Circular del Banco de España no pueden considerarse ejecución formalmente correcta del derecho comunitario en materia de crédito al consumo, así como tampoco en relación a su ámbito material ya que ambas normas no contemplan multitud de aspectos básicos.

¿Cuál es, por tanto, la incidencia de estas Directrices no incorporadas a nuestro derecho interno? Los particulares no pueden invocarlas directamente en principio, sí si se cumplen determinadas condiciones según doctrina del TJCEE. Al haber transcurrido el plazo para su incorporación parece que sí deberían poder invocarse, pero este efecto directo es sólo para el Estado, sólo sirve en las relaciones verticales. ¿Qué pasará en las horizontales? El Estado podría tener la

obligación de indemnizar al particular dañado por la falta de ejecución de la normativa comunitaria, pero en último caso, puesto que en primer término los Tribunales internos deberán interpretar el derecho estatal de acuerdo con la Directiva de que se trate, como ha destacado la Sentencia del TJCEE «Marleasing» o la reciente «Marcovitz».

La tercera ponencia de la Jornada, primera de la sesión de la tarde, corría a cargo del profesor J. I. Font Galán. Pero éste por enfermedad, tuvo que ser sustituido por el Director de las Jornadas, D. E. Galán Corona. Su ponencia mantuvo el título inicial de «La competencia en el mercado y la protección del consumidor». Habló el ponente de los recientes estudios sobre el mercado, la estrategia empresarial y el consumidor, interrelacionando estos sujetos económicos, citando especialmente la obra de N. Reich. El dogma de la soberanía del consumidor no es tal puesto que el marketing permite anticipar y manipular la decisión de éste. El consumidor se encuentra, por tanto, en una posición pasiva frente a la posición de predominio de los empresarios. Un ejemplo paradigmático: las condiciones generales de la contratación que producen una perversión del criterio de la autonomía de la voluntad al someter una voluntad a la otra. El supuesto soberano pasa a ser el súbdito o bien deja de consumir. El sistema de libertad de competencia, de decisión empresarial, coloca al consumidor en situación de subordinación estructural; el tope a esta actuación es que este proceder empresarial no sea abusivo, caso en que el Ordenamiento Jurídico deberá intervenir para proteger mejor al consumidor y suplir estas deficiencias del mercado. El sistema de mercado es el reconocido por nuestra Constitución en su art. 38, sistema que debe funcionar en base a la competencia. De ahí las regulaciones existentes sobre Defensa de la Libre Competencia y en Contra de la Competencia desleal que persiguen idénticos objetivos: tutelar la competencia empresarial y los intereses privados colectivos de competidores y de consumidores y los intereses individuales. El éxito en el mercado debe conseguirse con la eficiencia empresarial y no por otros factores, como la conducta desleal, comportamientos que afectan al correcto funcionamiento de la economía de mercado y a los consumidores. Y en este último caso, no como reflejo de la tutela de los empresarios, sino que el buen funcionamiento de la competencia influye directamente en la defensa de consumidores y usuarios. Y esta interrelación entre la economía de mercado y los consumidores aparece expresada en la propia LGDCU: la tutela del consumidor es un factor más de este carácter social de nuestra economía de mercado, de nuestro Estado social de derecho.

Abundando algo más en el análisis de la regulación de la libre competencia, comentó el ponente que el derecho español y el derecho comunitario son muy similares en este sector. En estas regulaciones no se habla de consumidores pero, como destacó una vez más el prof.

Galán, subyace en el propio articulado como consecuencia directa el axioma de que cuanto más satisfacción de los consumidores, más competencia y viceversa. Sobre qué puede considerarse conducta abusiva empresarial, se afirmó que el concepto de abuso es de difícil concreción. En el ámbito de la defensa de consumidores y usuarios es evidente la prohibición de abuso de posición dominante, abuso con graves consecuencias para los consumidores. Sobre la normativa contra la competencia desleal, se comentó la reciente Ley de 1991, que abunda en la misma orientación: la relevancia de esta regulación para el buen funcionamiento del mercado y, por tanto, también para los consumidores. Cuando se da una lesión a la competencia correcta, un ejercicio de la libertad de empresa contrario a la buena fe (con la denigración de un competidor, por ejemplo), no tan sólo se trata de proteger los derechos subjetivos de los competidores, sino que esta conducta desleal impedirá a los consumidores ejercer su función de «arbitro» en el mercado que sí sucederá en los supuestos de buen funcionamiento de éste. Por eso la Ley permite a los consumidores emprender acciones si se ven perjudicados o amenazados por actos desleales (art. 19). Evidentemente debe tratarse de una conexión directa causa/efecto entre perjuicio o amenaza y actos desleales. Y esta legitimación es individual y colectiva, las Asociaciones de Consumidores podrán ejercerlas también. Las acciones posibles se recogen en el art. 18 de la Ley citada. Y finalizó su intervención repitiendo la idea de base ya enunciada: las normas sobre defensa de la competencia protegen a los consumidores y usuarios al posibilitar el correcto funcionamiento del mercado. Se trata de una protección más indirecta pero también necesaria y debe orientarse más en esta línea en el futuro.

La siguiente ponencia estuvo a cargo de la profesora M. C. Gómez Laplaza con el título «Condiciones generales de los contratos y tutela de los consumidores», que procedió en primer lugar a plantear las bases del sistema contractual decimonónico cuyos pilares eran la autonomía contractual en base a la palabra dada y la justifica conmutativa, principio de autonomía de la voluntad casi ilimitado, algo ilusorio casi desde un principio. La aparición de nuevas figuras contractuales rompe este paradigma tradicional. Hoy el tráfico de masas, el lucro, la simplificación, llevan a la necesidad de la elaboración de contratos-tipo, formularios, cuyo objeto suelen ser productos de primera necesidad o en todo caso, necesarios. De ahí la perentoria adhesión por una de las partes de esa relación, adhesión que se dará en multitud de ocasiones, por lo que las condiciones generales de la contratación son hoy absolutamente relevantes e imprescindibles para conseguir una racionalización del tráfico jurídico. Sus caracteres esenciales, generalidad, predisposición y rigidez, llevan a la posibilidad de abusos por parte del predisponente: no deben evitarse las condiciones generales, sino su uso abusivo.

A continuación expuso la ponente la evolución de las técnicas de protección en el derecho comparado ante esta situación contractual, tanto desde el punto de vista jurisprudencial como legislativo. En una primera fase se trataba del control de inclusión de las condiciones generales, un control externo y preventivo: el adquirente debe conocer que hay condiciones de este tipo. En una fase posterior se añade a éste el control de contenido: se establecen listas «negras» o «grises» de condiciones generales consideradas abusivas. Estos controles se encomiendan normalmente a los Tribunales ordinarios aunque también se da el control previo administrativo y a otros niveles. En el caso español la Jurisprudencia aplicaba los artículos del CC referentes a la interpretación de los contratos (1281 y ss.) y en especial el 1288 para encontrar soluciones de justicia material al caso siempre con el apoyo de la buena fe (art. 1258 CC). Pero esta solución era insuficiente, no obstante lo cual no se llega a una primera regulación sobre el tema directamente hasta 1980 con la Ley del Seguro, art. 2 y 3, regulación algo conflictiva por extender ultra partes las STS y asimismo limitada a ese sector concreto.

La LGDCU sí entra en el tema en profundidad en su art. 10 y la Prof. Gómez Laplaza procedió a un análisis de esta regulación destacando sus características y procediendo a una revisión crítica de éstas, interesantísima. Analizó así: generalidad de aplicación, redacción previa, inevitabilidad, condiciones en contratos y en avisos y comunicaciones sobre exenciones de responsabilidad, controles administrativos y judiciales, redacción, contenido, criterios (buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones), enumeración no exhaustiva de las condiciones más corrientes a través de un listado absolutamente desigual. Las consecuencias de la inclusión de condiciones generales abusivas (o no claras en su redacción, por ejemplo, en base a los requisitos del propio art. 10) será su nulidad de pleno derecho y que se tendrán por no puestas (art. 10.4), es decir, una nulidad parcial imperativa. Esta solución se estima como totalmente adecuada puesto que no se trata de ineficacia total del contrato, lo que perjudicaría los intereses del consumidor al que interesa conservar el negocio pero contratando equilibradamente. Lo difícil es la «recomposición» de este negocio con nulidad parcial ya que el CC no lo regula. Deberá verse la voluntad de las partes sobre la continuación del contrato después de la amputación, interpretación subjetiva que puede favorecer al predisponente, por lo que debe irse a la interpretación objetiva en base a la buena fe obteniendo una situación equitativa para ambas partes, siempre con la protección de los consumidores como marco necesario de actuación. El art. 10.4, 2º es una solución in extremis a utilizar con cautela desde esta perspectiva de protección. Por último, la ponente destacó la problemática del régimen de ineficacia consagrado por el art. 10: nulidad/anulabilidad y los intereses en juego.

Procedió por último en su completa exposición a perfilar el Proyecto de Ley de condiciones generales de la contratación existente. Destacó su ámbito de protección (consumidores y usuarios y pequeños y medianos empresarios), su acentuación del control judicial del contenido, su concepto de condiciones generales que supera alguno de los problemas de la LGDCU, su listado de condiciones abusivas, la solución también de nulidad parcial con idéntica problemática a la analizada para la LGDCU, legitimación para impugnar más amplia, y su intento de posibilitar la eficacia ultra partes de las sentencias anteriores lo que puede resultar muy interesante para el consumidor.

La segunda Jornada se inició con la ponencia de la profesora D^a M. Verguez con el título «La protección del consumidor frente a ciertos tipos de ventas especiales». Abrió su exposición hablando de las ventas agresivas, una práctica comercial actual en la que la lucha entre empresarios conlleva la situación del consumidor como víctima en el mercado. Hay muchos tipos de ventas agresivas y a falta de regulación específica deberán integrarse con las normas del CC y CCom. Sobre una de estas ventas sí existe legislación especial, la reciente Ley de noviembre de 1991 sobre venta fuera de los establecimientos mercantiles, que incorpora a nuestro derecho interno la Directiva 85/87 de 20 de diciembre sobre venta fuera de los establecimientos comerciales (incorporación también llevada a cabo en Alemania y Bélgica). Debe destacarse que en nuestro derecho interno antes de la citada Ley ya existía regulación sobre el tema en la legislación autonómica (Cataluña y Comunidad Valenciana, por ejemplo).

Los objetivos económicos actuales, la gran producción en masa, las nuevas grandes superficies comerciales, la necesidad de hacer beneficios, llevan a la aparición de técnicas nuevas de venta: a domicilio, por correo, por teléfono ... son supuestos agresivos de venta, técnicas de acoso constante al consumidor, por lo que debe procederse a una regulación del tema en base a dos puntos: defender a la parte más débil de este contrato fruto de nuevas estrategias comerciales y hacerlo con normativa sustantiva sobre el contrato, no con normas administrativas —como han hecho las CC.AA.—. Por ello, regulación estatal, la Ley de 1991 ya citada.

Esta Ley se compara a continuación por la ponente con la Ley francesa de 1972 sobre *demarchage* y venta a domicilio y la Directiva Comunitaria. Destacan tres aspectos básicos de la Directiva: es una Directiva de mínimos, lo que significa que los Estados miembros pueden ampliar el ámbito de protección o prohibición; realiza una acertada definición y características de estos contratos; su régimen jurídico es muy correcto. En su trasposición a nuestro derecho, nuestra Ley ha optado por el control de estas técnicas, no por su prohibición, solución razonable puesto que se trata de instrumentos econó-

micos existentes pero que deben controlarse de forma proporcionada según los intereses en juego. La Directiva define los sujetos, las circunstancias concretas de estos contratos (art. 2: celebrados en excursiones, visitas, en el domicilio del consumidor o en el de otra persona, sitios no escogidos por el consumidor) y los supuestos excluidos (art. 3: contratos excluidos por su objeto o por circunstancias incompatibles con los supuestos anteriores, contratos sobre productos alimenticios de consumo corriente en el hogar, contratos que no lleguen a una determinada cantidad económica). Del análisis de la Ley española se deduce su gran similitud con la Directiva en cuanto a exclusiones (la cantidad mínima para poder reclamar es de 8.000 pts.), pero su fracaso en cuanto núcleo central de aplicación de la Ley (art. 1), unas definiciones de los supuestos de celebración de estos contratos agresivos erróneas, contradictorias entre sí, incongruentes con el espíritu de la norma en su redacción primitiva (en la que la ponente colaboró) y con el objetivo de la Directiva. El tratamiento jurídico de estos contratos se centra básicamente en el derecho de renuncia para el consumidor: plazo mínimo de 7 días a partir de la notificación formal del empresario sobre este derecho (igual que en la Directiva), notificación que debe constar en la documentación formal del contrato. Para ejercitar este derecho no hay que alegar causa alguna y su ejercicio no puede implicar gastos para el consumidor. Comentó a continuación la ponente algunos de los problemas que plantea este derecho de revocación: entrega del producto antes de este período de reflexión, conservación de éste por parte del consumidor, ¿se trata de un contrato perfecto a anular (solución de la Ley) o de un contrato todavía no perfecto hasta que pase el período de reflexión? Debería ser una declaración de voluntad del comprador no perfecta lo que es congruente con la idea de revocación, afirma la Prof. Verguez. Además ha habido transferencia del objeto, pero del riesgo no, situación propia del contrato no perfecto, aunque la remisión de la Ley al CC (art. 1303 y ss) lleva al régimen de anulación, a un contrato perfecto impugnabile. Debería establecerse una solución similar a la de la venta *ad gustum* del CCom. Finalizó la exposición con una breve referencia al régimen de responsabilidad que es de solidaridad (art. 8).

La segunda ponencia corrió a cargo del Director de las Jornadas Prof. D. E. Galán Corona. Su título: «La protección del consumidor como usuario de servicios bancarios». Todos somos usuarios de servicios bancarios: créditos, tarjetas, cobro de nóminas, pago de recibos... abundantemente son contratos predisuestos por el Banco o Caja y el consumidor no puede hacer nada al respecto, se encuentra poco informado y posee poco poder de decisión. La intervención legislativa en este tema se traduce en normas de distinta jerarquía, por lo que podemos destacar: la LGDCU, la OM de 12-12-1989 y la Circular del Banco de España de 7-9-1990. En relación a la normativa

de consumo se ha pretendido su inaplicabilidad a las operaciones bancarias, afirmando que no hay consumidor en el sentido de la LGDCU, pero es evidente que sí será consumidor el que contrate con la Entidad Bancaria para obtener efectos traducibles en su ámbito familiar, no si el préstamo obtenido, por ejemplo, se integra en el flujo financiero. Aquí debe matizarse puesto que la suma de dinero que obtiene el prestatario-consumidor se integra en ocasiones al mercado como resultado natural sin quererlo directamente éste. Y un último argumento directo sobre la aplicabilidad de la LGDCU: su art. 10 habla de las condiciones abusivas del crédito, por lo que cae de pleno en la defensa de consumidores y usuarios. En relación al depósito bancario se dice que el depositante no sería consumidor porque no hay consumidor destinatario final en sentido estricto, pero este depositario a la vista busca obtener intereses sí, pero también un servicio de custodia y de reintegro, además de la obtención de determinados servicios por parte del Banco, por tanto es un usuario de servicios bancarios que debe quedar protegido también por el derecho de consumo.

Sobre las competencias para regular estos temas, es muy fácil excluir a las CC.AA. en base a la unidad de mercado y las actividades económicas como materia exclusiva estatal. Pero esta respuesta para decir que no es materia de defensa de consumidores y usuarios no nos vale: debe verse el juego delicado de repartición de competencias teniendo en cuenta que la materia de defensa del consumidor y usuario es competencia exclusiva de algunas CC.AA. El derecho del consumo es plurisectorial y ello debe tenerse muy en cuenta.

Examinando en concreto las dos regulaciones citadas, OM y Circular del Banco de España, expone el ponente en primer lugar el problema de su legitimidad para regular estos temas, siendo normativa de jerarquía inferior. En base al art. 48.2 y a la DA 8ª de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y en relación a competencias más generales, habilitación en virtud de la Ley de Organos Rectores del Banco de España, puede predicarse de ambas regulaciones su validez formal. Sobre su contenido, la cuestión principal es si regulan materias contractuales o son normas disciplinarias obligatorias para las Entidades de Crédito. El primer supuesto no es absolutamente rechazable, pero la materia contractual suele ser regulada por ley o mediante previa habilitación en caso de normativa inferior, por lo que la segunda posición es la más correcta: son normas de ordenación y disciplina, de control de las autoridades administrativas sobre las Entidades Bancarias, aunque tal regulación repercute evidentemente en los contratos celebrados por éstas y, por ello, en mejores condiciones de servicio para el consumidor. No se trata de normas relativas a contratos sino de ordenación administrativa que busca la transparencia en las actividades crediticias, por lo que su in-

cumplimiento provoca una infracción administrativa a sancionar por el Banco de España. Por eso su incidencia en el mundo del consumo precisa una integración absolutamente necesaria con la LGDCU y las normas generales de obligaciones y contratos.

Pasó el Prof. Galán a enunciar las obligaciones que se imponen en estas regulaciones a las Entidades Bancarias sobre información, publicidad, entrega de documentación, contenido del contrato prefijado, etc. Estas obligaciones cuando se incumplan producirán diversas reacciones: infracción administrativa interna para el Banco o Caja, responsabilidad frente a los consumidores lesionados que deberá integrarse con las normas generales sobre contratación y con la LGDCU, prevaleciendo la solución más beneficiosa para el cliente en base a esta normativa (casos citados: tipos de interés fijado en el contrato más alto que el expuesto en el tablón de anuncios, comisiones superiores a las que constan en el folleto visado por el Banco de España, condiciones abusivas del contrato, depósito y problemas sobre el tipo de interés que da, ausencia de mención a comisiones y gastos, modificación del tipo de interés pactado por las partes...).

Además de la interpretación favorable para el consumidor en base a la aplicación conjunta integrada, puede utilizarse por el cliente lesionado el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, después de reclamar la propia Entidad en cuestión lo que permite al cliente seguir la vía contencioso-administrativa además de la vía de Tribunales Ordinarios.

Terminó su exposición el ponente afirmando que es necesaria una regulación concreta sobre los más frecuentes contratos bancarios, y que un relativo optimismo puede tenerse en este campo debido a la necesaria incorporación de la Directiva Comunitaria sobre Crédito al Consumo que debe realizarse y a la, parece, próxima promulgación de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La sesión de la tarde se inició con la ponencia del Prof. D. J. M. Embid Irujo «La protección del consumidor como asegurado». En el tema de los sujetos asegurados concurren multitud de planteamientos correctores. Desde el punto de vista del consumo, el principal es si podemos considerar al asegurado como un consumidor en todos los casos. Para solucionarlo debemos tener en cuenta la Ley de Contrato de Seguro y la LGDCU. Cabe por ello hablar de un asegurado que es consumidor como destinatario final del servicio del seguro (así la Ley Sueca de 1980 de protección al consumidor en el seguro). Se tratará por tanto de quién es el titular del interés asegurado y el que disfruta en exclusiva del ámbito asegurado. Si la tutela es para un ejercicio empresarial no será subsumible, puesto que se tratará de un consumo empresarial. El problema principal se debe a la complejidad de situaciones en el seguro: asegurado, tomador, beneficiario, terceros. ¿Caben en la noción de consumidor el tomador y el beneficia-

rio? El planteamiento acostumbra a ser restrictivo: el único considerado consumidor es el asegurado, el que propiamente «consume» el seguro. Pero, ¿y el beneficiario del seguro de vida? Su derecho deriva del contrato, es un derecho propio, no sucesorio del asegurado ni ex lege, por ello es conflictivo.

En relación a su ámbito material, otros problemas: ¿es aplicable la Ley del Seguro a otros seguros con normativa propia (seguro marítimo, aéreo)? La opinión bastante formada por la Jurisprudencia está en línea a la exclusión, sólo con carácter supletorio puede aplicarse la Ley 50/80. Y el Reaseguro, ¿cabe la defensa del empresario reasegurado dentro de la LGDCU? Respuesta tajante: no.

La normativa aplicable al derecho protegido desde esta perspectiva nos lleva a la concurrencia de las normas del seguro y de defensa de consumidores y usuarios. ¿Cómo resolver posibles interferencias cuando hay regulación en las dos normativas (por ejemplo, condiciones generales, art. 3 Ley Seguro y art. 10 LGDCU)? Según el art. 7 LGDCU esta regulación prevalece respecto a las normas civiles o mercantiles. Pero debe tenerse en cuenta la prioridad del derecho del consumidor, principio *pro consumatore*, ver qué norma es más protectora, no necesariamente la LGDCU. Además debe tenerse en cuenta que existen títulos competenciales autonómicos sobre ordenación de los seguros. Debe buscarse lo más favorable para el consumidor respetando la repartición de competencias.

Pasó el ponente a continuación a analizar la protección contractual del asegurado, básicamente el tema de las condiciones generales de la contratación. En este tema debe destacarse el control legislativo sobre las condiciones generales del contrato de seguro mediante un conjunto de normas imperativas (mientras que en el CCom eran dispositivas). El criterio general de imperatividad es que se entenderán válidas para el asegurado las cláusulas beneficiosas, sean las imperativas favorables o las pactadas favorables (sistema semi-imperativo). Estas cláusulas perjudiciales se tendrán por nulas (art. 19: prohíbe asegurar el dolo y su sanción es la nulidad absoluta, pero en otros casos se dará nulidad relativa). En todo caso, nulidad parcial, sólo de las cláusulas, no de todo el contrato. También destaca el Prof. Embid la voluntad de que se dé un mejor conocimiento de las cláusulas para el asegurado: redacción clara y precisa, simplicidad, lenguaje fácilmente comprensible. Mención a los diferentes idiomas oficiales del Estado Español: si se trata de materia mercantil no se podrá hacer en otras lenguas diferentes del castellano, pero hay que tener en cuenta la competencia sobre «ordenación del seguro» autonómica. Es un tema calificado por el ponente de conflictivo. Otra cuestión es la delimitación del carácter lesivo de las cláusulas, no sólo las generales, sino también las particulares mientras que sean lesivas, a no ser que se acepte por escrito cada una de ellas, siendo redactadas de forma clara

y destacada. Estas clazoles limitativas ¿son también lo que protege el seguro y lo que excluye de su ámbito de cobertura? Hay Jurisprudencia en sentido afirmativo (STS 9 de noviembre de 1990, 4 de noviembre de 1991). En relación al control de estas condiciones generales en el contrato de seguro, se mencionó que el administrativo es de mera vigilancia y no de autorización detallada, que el control judicial es relativo, puesto que sirve para las cláusulas impugnadas y no para las cláusulas idénticas del sector, de ahí el art. 3.2 Ley Seguro que presenta problemas de inconstitucionalidad. El resultado del TS deberá ser aplicado por la Administración a los casos idénticos, pero tal actuación es difícil y restrictiva, no siendo realizada hasta el momento, no hay STS.

Debe tenerse en cuenta también en este sector la Ley del Seguro Privado de 1985 y su Reglamento, y las Reformas posteriores en base al Derecho Comunitario.

La siguiente ponencia estuvo a cargo del Prof. I. Quintana Carlo y tuvo por título «La protección del consumidor como turista». Destacó el ponente la obra de Von Hippel, básica para este sector del derecho del consumo, y empezó su exposición destacando diversas situaciones jurídicas que corresponden al consumidor-turista: el contrato de viaje combinado, contrato de transporte, contrato de alojamiento... en definitiva, multitud de servicios que adquiere este especial consumidor, definido como hombre con dinero para gastar en lo superfluo. Debe protegérsele porque está fuera de su domicilio, incluso fuera de su país y es tendente al consumo, un consumidor que compra fuera de su domicilio lo que favorece que sea fácilmente engañado. En definitiva, es consumidor de productos y usuario de servicios. Este tema preocupa a las instancias comunitarias y referente al turista como adquirente de servicios debemos mencionar la Propuesta de Directiva sobre daños causados por servicios. El turista es un ciudadano que invierte su tiempo de ocio en actividades que le resultan placenteras y esta ponencia se centra en los servicios que contrata éste: viajes, transportes, alojamientos, mencionando especialmente el contrato de viaje combinado o «a for fait» que incluye todos estos temas, y el tema del «overbooking» hotelero o en transportes. Sobre los viajes debe mencionarse la Directiva Europea sobre viajes combinados, y en relación a la denegación de embarque en los transportes aéreos, el Reglamento Comunitario de 1991. En nuestro país estos contratos no están directamente regulados, no están determinados los derechos y obligaciones de las partes, sino que tan sólo existe regulación administrativa: RD de 25 de marzo de 1988 y OM de 14 de abril de 1988 sobre Agencias de Viajes, y regulación autonómica sobre turismo allí donde esta competencia es exclusiva, como por ejemplo en Baleares. El derecho español existente hasta el momento no se adapta a la regu-

lación comunitaria, por lo que debe procederse a su integración y modificación.

La Directiva sobre Viajes Combinados establecer normas sobre los derechos existentes antes de la contratación, sobre requisitos del contrato, sobre derechos y obligaciones derivados del contrato, sobre responsabilidades, etc. Así establece la veracidad publicitaria (de acuerdo con la Directiva sobre publicidad engañosa); la obligación del organizador de la entrega de un folleto «legible» al turista (letra en tamaño normal, claridad y concisión); la integración publicitaria del contrato; la descripción detallada del viaje, de sus condiciones, anexos... en la propuesta de contrato y en el contrato, así como formalización de éste por escrito o por cualquier otra forma accesible por el consumidor (por ejemplo, medios informáticos, como el sistema MINITEL en Francia para viajes). En estas cuestiones puede aplicarse nuestra LGDCU en espera de una legislación específica. Sobre los derechos y deberes derivados del contrato de viaje se plantean problemas diversos: la cancelación de la reserva del viaje, la cesión de la reserva, el aumento de precios debido al lapso temporal entre reserva y celebración efectiva del viaje. En nuestras normas administrativas no hay regulación. En relación a la cesión afirma el ponente que si tomamos el caso del transporte aéreo, el billete es nominativo y no puede cederse, pero la Directiva sí permite la cesión de la reserva si se reúnen las condiciones necesarias para viajar a ese país (visado, por ejemplo). Sobre la alteración de las circunstancias esenciales del contrato, entre ellas el precio, afirmar que no puede producirse a no ser que se haya pactado expresamente tal posibilidad para casos específicos (por ejemplo, incremento del precio por el aumento del precio de los carburantes).

Otra cuestión básica se plantea en sede de responsabilidad ante un viaje no prestado o prestado de forma defectuosa. Existen dos tipos de agencias de viajes, las mayoristas y las minoristas o intermediarias entre los usuarios y las mayoristas. ¿Quién responde? Las minoristas comercializan un producto de la empresa mayorista, son mediadores, comisionistas, por lo que si actúan con la diligencia usual quedan exoneradas. Pero la agencia mayorista no siempre es responsable de todos los servicios que presta —los aviones no son propios o alquilados por esta empresa, los autobuses tampoco, ni los hoteles...— sino que ha buscado servicios de otros empresarios y los ha englobado en un «paquete turístico». De ahí que el usuario se enfrente a la dificultad de encontrar un responsable: la compañía con la que contrató no queda obligada por ser mero comisionista, las mayoristas reenvían al prestador del servicio defectuoso o incumplido en cuestión, que es un tercero para el turista (reclame a la Cia de aviación, al hotel, al restaurant que organizó la barbacoa). Esta es la postura tradicional. Pero este planteamiento debe cambiar: la empresa con la

que concertó el viaje combinado el turista no se presentaba como comisionista ante éste, sino que se ofrecía a dar un resultado concreto al cliente, los elementos del contrato de comisión no se dan en la mayoría de supuestos ya que el cliente acepta la propuesta de la agencia y no al revés. En definitiva es un contrato de resultado y no de medios, por lo que deberá responder ante sus clientes también por los servicios de terceros. Así lo incorpora hoy la Directiva (art. 5): producido el incumplimiento, el usuario podrá dirigirse contra la agencia con la que contrató, con independencia de que ésta ejecutara o no el servicio defectuoso, y también contra el mayorista. El derecho español deberá decidir quién responde: el detallista o el mayorista, o ambos indistintamente, sin duda la elección debe inclinarse hacia la solidaridad como mejor solución (sin perjuicio de su derecho de repetición contra los terceros verdaderos responsables). Nuestra regulación parte de la situación fuerte de los empresarios del sector en un país turístico como el nuestro (incluso se plantearon problemas por parte de España cuando se negociaba la Directiva), las empresas de viajes deben depositar una fianza ante la Administración para responder de posibles responsabilidades, pero frente a ésta, no frente a los usuarios. Por eso se intentó establecer en la Directiva la obligatoriedad de un seguro o un fondo de garantía que cubriese los daños de los usuarios hasta ciertos límites, pero no se consiguió. La Directiva tiene más de declaración de buenas intenciones que deberán ser concretadas por los Estados miembros para proteger a los consumidores que de verdadera regulación en este tema, y deberá introducirse la Directiva mediante Ley en nuestro país.

Sobre el «Overbooking» expuso el Prof. Quintana que se trata de una práctica habitual de las empresas de transporte aéreo, en primer lugar para dar mejor servicio al usuario por ser un sistema de reserva flexible que no precisa anulación anticipada para evitar la sanción, pero que provoca problemas para los usuarios. Se trata de preveer un % de pasajeros que no se presentan con lo que se vende el 120 % de plazas de avión para optimizar recursos. El problema se produce cuando todos los que reservaron se presentan y alguien tiene que quedarse en tierra por una denegación de embarque en base a una regla muy sencilla de prioridad: tiene plaza el primero que llega. Para lo que no pueden viajar habiendo reservado se establece un régimen de indemnizaciones de hasta un 50% del precio del billete más la manutención si hay que pernoctar... Este es el caso de un billete de Iberia, por ejemplo, en base a un RD de 1980. Pero desde abril de 1991 existe un Reglamento Comunitario que regula el tema de forma radicalmente diferente: establece indemnizaciones mínimas según kilometraje (+ ó - de 3.500), se subastará la plaza y el que pierde será compensado. Terminó así la exposición dando lugar a un interesante debate en el que se mencionaron las normas españolas de la década

de los 60 (Ley de Competencias Turísticas de 1963 y Estatuto de 1964), derecho turístico que fue pionero en Europa, así como la existencia de unas normas de unificación de la UNIDROIT en materia de hospedaje que España no ha ratificado.

Se terminó la interesante y completa sesión de la segunda Jornada con el Prof. D. M. A. Domínguez García que expuso el tema «La protección del consumidor frente a los daños ocasionados por productos». Su estudio se centró básicamente en los arts. 25 a 31 de la LGDCU. Realizó inicialmente una introducción sobre las razones de política jurídica inspiradoras de estas regulaciones sobre derecho de daños: la progresiva evolución del principio *neminem non leadere*, de la culpa aquiliana reprobable civilmente a una responsabilidad por riesgo con independencia de que la conducta haya estado presidida por dolo, culpa o negligencia. Se da una responsabilidad por riesgo en determinadas actividades ya desde el s. XIX (caza, ferrocarriles, accidentes de trabajo) y a partir de la producción en masa, ésta actividad se ha considerado también de riesgo. La duda es ¿hacia quién desviar ese riesgo: hacia el fabricante, el vendedor, el que sufre el daño? Respuesta: hacia el que ostente la posición más fuerte. Debe tenerse en cuenta en este sector la democratización del derecho privado anudado al concepto de estado social, así como la «erótica» del análisis económico del derecho (eficiencia-coste-equidad de los accidentes), lo que producirá un desplazamiento de ese coste para la empresa que deberá pasar por el trámite de un Seguro de responsabilidad civil, y por la repercusión de ese coste en el consumidor por costes de transacción. No hay socialización de riesgos, sino de gestión de riesgos. La responsabilidad es sin culpa, objetiva e incluso sin acto (para las empresas aseguradoras).

Entrando ya en el análisis de la LGDCU, se plantea con carácter previo si es normativa civil o mercantil. Mercantil desde el punto de vista de la *vis atractiva* del empresario, pero en opinión del ponente es en realidad civil, civil dentro de la órbita del mercado. Se analizan tres ámbitos en esta regulación: material, subjetivo y espacial.

Sobre el ámbito material se trata de la responsabilidad por productos defectuosos, responsabilidad civil, patrimonial del agente, y responsabilidad extracontractual porque no se trata de recomponer el *status quo ex ante* (contractual) por incumplimiento o cumplimiento defectuoso, sino de indemnizar el daño efectivamente sufrido. El régimen de responsabilidad es doble: por culpa con inversión de la carga de la prueba, o por riesgo. Y es una responsabilidad solidaria, pero no legal en el sentido de que responden solidariamente con independencia de la imputación del daño, sino solidaria por imputación o *in solidum*. El doble régimen de responsabilidad existente puede caracterizarse de general y especial. El general es el coincidente con el art. 1902 CC con inversión de la carga de la prueba. La víctima debe pro-

bar en todos los casos, aunque la Jurisprudencia podrá decidir que sea un mero principio de prueba. El empresario, en sentido amplio deberá probar la relación entre el producto y el demandado, y el nexo causal entre el producto y el daño, tema que no es fácil de probar que ha obrado con la debida diligencia para exonerarse. La responsabilidad especial es la objetiva o por riesgo (art. 28 LGDCU). No se requiere elemento culposo o negligente: el que se beneficia de una actividad peligrosa (*per se* o por sus destinatarios) o que produce riesgos, debe cargar con ellos, lo que se traduce en una tutela amplia para el consumidor. Pero comporta un elevado costo económico para la sociedad que veremos si puede soportar. Se analizó a continuación el concepto de producto: básicamente bienes muebles (industriales, materias primas, o *in natura* —pesca, caza, también el gas y la electricidad—) y producto defectuoso: el que en el momento de la puesta en circulación o en el mercado no reúne el standard mínimo objetivo de seguridad (en base a la conciencia social colectiva). El producto debe usarse conforme a su uso razonable previsto. Expuso por último los distintos tipos de defectos (de diseño, de fabricación, de instrucción o información, de conservación).

Sobre el ámbito subjetivo: dos vertientes, la activa —el legitimado para actuar es el dañado, noción de consumidor en la propia LGDCU— y la pasiva —el responsable legal—. Problemas principales en la vertiente activa: se olvida al consumidor intermedio, excluye a los que integren el producto a su proceso productivo o comercial, el bystander, por todo ello debe irse a una noción funcional de consumidor, más allá de la noción estricta. Análisis de la vertiente pasiva: el responsable legal es la empresa en base al criterio de la actividad, aunque sea ocasional. El elenco de eventuales responsables legales se encuentra en los arts. 26 y 27: cualquiera que haya tenido relación con ese producto que se someterá luego al juicio de imputación para determinar al responsable. Un problema que se plantea es el del tenedor, y el de otros productores anónimos aparte de los de a granel.

En relación al ámbito espacial: el territorio español, con lo que podrá ser aplicada la LGDCU a empresarios extranjeros por daños causados en España.

El ponente procedió a continuación a analizar en profundidad los aspectos fundamentales de la responsabilidad de la LGDCU, como los elementos subjetivos —imputabilidad del defecto, dolo, culpa, inversión prueba, prueba de la diligencia, requisitos reglamentarios— y los elementos objetivos —puesta en circulación, resultado dañoso en bienes materiales, lesiones físicas, muerte, daños morales, nexo de causalidad producto-daño, causas de exoneración por ruptura del nexo causal o no reunión de los elementos de hecho— incluidos en el régimen general (art. 26), y en el régimen especial (art. 28), régimen muy riguroso, ya que se incluyen incluso los riesgos del progreso, ex-

poniéndose también sus elementos subjetivos —imputabilidad por la mera puesta en circulación— y objetivos —el daño como lesión del bien jurídico, reducción de las causas de exoneración, no al caso fortuito, amplitud del régimen especial por niveles muy altos de control técnico y un amplio listado de productos—. En este régimen no se trata de una conducta socialmente reprobable, sino del desplazamiento de riesgos para el fabricante por política legislativa y por ello se limita la cuantía.

Para concluir habló el ponente de las consecuencias jurídicas: por la responsabilidad civil extracontractual se da una indemnización pecuniaria ilimitada en el régimen general y limitada en el régimen especial (a no ser que sea por culpa o negligencia, caso en que rige el sistema general), y también es posible que se produzca una sanción administrativa. ¿Será por tanto una sanción doble? Y con esta pregunta concluyó la última ponencia de esta segunda Jornada.

La última Jornada se inició con la ponencia de la Prof. D^a M. J. Herrero García con el tema «La protección del consumidor como adquirente y arrendatario de vivienda». El tema de la vivienda reconocido a nivel constitucional es uno de los que plantean una creciente insatisfacción a los consumidores y usuarios en base a dos circunstancias: el consumidor carece de información adecuada sobre las gestiones para la adquisición y sus características, y además no adquiere lo que quiere sino lo que puede pagar —lo que lleva a las problemáticas de los créditos hipotecarios—. En el sector inmobiliario se han dado grandes fraudes y estafas por la compra sobre plano, la publicidad es engañosa, hay defectos en la construcción... Todos estos problemas provocan una insatisfacción grave, por lo que se han ido realizando medidas de defensa de los consumidores adquirentes de vivienda: la Ley de 29-7-1968 sobre percepción de pagos a cuenta, la LGDCU en sus arts 10.1.c) y 13.2, el RD 515/1989 de 21-4 sobre información al usuario en la adquisición o arrendamiento de viviendas, además de otros textos legales. Los principales problemas que encuentra el consumidor de vivienda son: su inexperiencia y la publicidad engañosa, las condiciones generales del contrato, la falta de correspondencia entre la descripción, el contrato y la realidad, los vicios de la construcción, y para el caso de arrendamiento, la inestabilidad, la corta duración del contrato tras el conocido popularmente como Decreto Boyer.

La ponente pasó a continuación a analizar el RD 515/1989. Este RD desarrolla normativamente lo establecido en el art. 13.2 LGDCU. Su incorporación del arrendatario de vivienda es un acierto pero su efectiva regulación es incompleta puesto que el RD piensa fundamentalmente en la compra. Esta regulación quiere incidir en la fase previa al contrato —información—, pero también repercute en la fase de celebración de éste en algunos aspectos, como las condiciones ge-

nerales. Su ámbito es reducido, porque no abarca los arrendamientos fuera de la LAU ni las viviendas de protección oficial que poseen su propia normativa; su aplicación será por tanto supletoria en estos casos y también para las CC.AA. con competencias en el tema. Analizando su contenido, establece el principio de veracidad en la promoción, oferta pública, como exigencia esencial para los vendedores o arrendadores y como prohibición de la publicidad engañosa, incluso por omisión. Este deber de información y de que la publicidad no puede inducir a error, nos lleva a la aplicación conjunta de la LGDCU art. 8 y la Ley General de Publicidad de 1988, y a la integración publicitaria del contrato exigible por los compradores en la fase de cumplimiento (art. 8.2 LGDCU). Resalta la ponente la necesaria indicación del estado de la vivienda, si está ya construida o en construcción, la situación más peligrosa para el adquirente en este derecho a la información. En el art. 4 del RD se establecen las obligaciones de quienes vendan o arrienden de forma completa o detallada (más que el art. 13 LGDCU), pero tampoco en su totalidad, puesto que los arrendamientos de viviendas amuebladas no parecen quedar incluidos, aunque habrá que estar a una interpretación integradora al menos en los mínimos: como dijimos, el texto habla de comprador y de arrendatario, pero la mayoría de artículos se refieren al primero lo que deja muchas cuestiones incompletas. Destacó la Prof. Herrero los arts. 5 y 6 del RD que hablan de algunas de las cuestiones más importantes en relación a la compraventa: forma del contrato, gastos de éste y de titulación, pero se plantea un problema básico y es que se refiere sólo a primera venta ¿qué ocurre con las posteriores hechas también por el promotor? ¿Y con las promociones de viviendas rehabilitadas? La DT las recoge. Sobre el precio debe darse una información especialmente clara, se prohíbe la inclusión de cláusulas que omitan datos del pago a plazos, del crédito..., y debe ser una información previa, que permita al adquirente decidir mejor. Para ello deben incluirse todos los conceptos relacionados con el precio total, destacándose la regulación del supuesto de subrogación en crédito pactado con anterioridad —aunque no recoge todos los casos posibles de subrogación, puesto que el texto sólo piensa en edificio en construcción sin división registral de las diferentes viviendas—. Otro problema se plantea en relación a las garantías que deberá constituir el consumidor en caso de pago aplazado: su regulación es escueta y deja fuera algunas posibilidades muy corrientes en este tipo de casos —venta con pacto de reserva de dominio hasta el pago de la totalidad; condición resolutoria explícita por la falta de una mensualidad del pago más cláusula penal que hace perder todo lo ya pagado—, cláusulas abusivas que la DGRN demuestra habituales. El art. 7 trata en concreto de las viviendas en construcción, reforzándose el sistema de información previa y de perfección del contrato. Si no se cumple la

obligación de entrega de toda la documentación, inexistencia de todos los elementos del contrato: nulidad, desaparición del contrato. Solución demasiado radical: deberá irse a normas interpretativas en base al equilibrio de las prestaciones y siempre prevalece lo más favorable para el consumidor. Una novedad en este ámbito es que no pueden repercutirse incrementos sobre el consumidor aunque no pudieran preverse: los adquirentes deberán ser informados y deberán consentir, deberá haber nuevo acuerdo entre las partes por circunstancias sobrevenidas.

Otra cuestión trascendental es la diferencia entre lo pactado y lo entregado, los defectos o vicios de construcción, tema que ni el RD ni la LGDCU regulan en profundidad, por lo que habrá que estarse a la aplicación del CC por vicios, ruina, responsabilidad solidaria (art. 1464, 1591).

Por último una precisión más en el tema del arrendamiento: el RD no soluciona gran cosa específicamente, deberá aplicarse lo establecido para el comprador que sea aplicable. El mayor problema con el que se enfrenta el arrendador de vivienda es la duración del contrato con la no aplicación forzosa de la prórroga, y las condiciones generales que pueden ser clasificadas de abusivas en algunos casos. La ya planteada necesidad de reforma de la LAU supone una esperanza de obtención de más protección para el arrendatario.

Y la última ponencia de las Jornadas tuvo por protagonista a D. A. Sánchez Andrés cuyo tema era «La protección del consumidor como adquirente de valores». Empezó el ponente su exposición con una explicación de las acciones edilicias en sus orígenes. Pasó a afirmar que no se equiparan a las *class actions* del derecho americano y que se tiene en cuenta la diferente posición de las partes en relación con la información —riesgo de información asimétrica—. Se precisa una protección contractual para la parte más débil que no siempre será el consumidor (por ejemplo, en el contrato de seguro puede agravarse el riesgo para la compañía por no conocerlo, lo que podría suponer una protección privilegiada).

Otras de las ideas principales que emitió el ponente: por definición lo que se consume es capital o renta, ¿cómo explicar que se considere consumidor al que utiliza su ahorro o capital como medio de producción, no como consumo?. Consideraciones sobre la Bolsa: es un Casino, un puro juego de azar. En un principio podía ser de este modo puesto que el tráfico se daba sobre bienes y mercados que adolecían de madurez, por lo que se realizaban operaciones erráticas, desproporcionadas en mercados embrionarios con gran riesgo, lo que plantea el problema del riesgo sistémico, turbulencias del ciclo económico. Poco a poco va dándose una mejor organización y una progresiva profesionalización. Las Bolsas de Valores que se presentaban como clubs elitistas y cerrados, como nidos de iniciados en los que los

intermediarios funcionan en base a la confianza del cliente, a un sistema autodisciplinario y a ser un trabajo a comisión, van rompiendo su hermetismo: se publican listas de valores, precios de éstos... hay más transparencia. Y se da una mayor credibilidad en las Bolsas ante el creciente capitalismo financiero imperante en el sistema anglosajón y europeo.

Por todos estos factores el ciudadano va pudiendo intervenir en este mercado de valores. Debe tenerse en cuenta que a partir del s. XIX se emiten títulos en serie, acciones y obligaciones, de forma masiva y desde este punto de vista sí parece que el inversor se aproxima a consumidor, además de que este inversor en títulos emitidos en masa lo hace mediante contratos de adhesión. El concepto de inversor: cualquier persona que invierte su dinero en, por ejemplo, deuda pública, y cada vez más en multitud de productos: opciones o futuros sobre esos mismos valores o sobre los índices de cotización elaborados en base a cestas previas. (Debe mencionarse la Ley de régimen Fiscal de Activos Financieros de 1985). Hoy se dan en este mundo nuevos epifenómenos de 3ª ó 4ª generación, nuevas formas de inversión para quienes poseen excedentes sin grandes riesgos: el más elemental sentido común parece alejar a estos personajes «avisados» del débil consumidor, sujetos que responderán a la imagen de un especulador en bolsa o un intermediario. Pero no todos los inversores reúnen los mismo parámetros; hoy la inversión en valores está bastante extendida entre las familias de clase media, lo que hacen necesarias nuevas regulaciones con una doble finalidad o *policy*: asegurar la posición del inversor y asegurar un mercado más coherente y honesto. Para que esta «regulación de seguridad» entre en juego, debe abrirse al público en general ya que el destinatario de la protección nunca será el perito, sino el público, el hombre de la calle. Pero de todos modos, igualar esta situación a la del consumidor es difícil. ¿Es el consumidor el *average investor*? ¿llegará a éste la información de Bolsa? Seguramente no, igual que los prospectos farmacéuticos. Se busca la plena transparencia informativa pero el tema en cuestión es complejo y si simplificamos la información omitimos información. Se da así la paradoja de que a más información más lejos del consumidor medio queda. Y es que los riesgos y costes de la compra o venta de acciones no están al alcance del gran público.

Buceando en el sistema americano nos expone el ponente que la terapia no se establece en base a remedios *a posteriori* de derecho privado (resarcimiento o resolución), caso en que sólo se protege al contratante y no a los intereses difusos en juego, sin que deba irse a una protección preventiva: entrega de folleto con indicaciones esenciales sobre el tema, acompañado de piezas de convicción y de registro que acredite que todos los requisitos establecidos se han cumplido. No es un control de contenido de esos contratos en favor del

colectivo, sino que se da un previo control administrativo, imperativo. Sin impedir posibles acciones civiles individuales o colectivas (exLGDCU o sistema tradicional por responsabilidad contractual o extracontractual), la legislación del tema busca unos planteamientos de base, de organización del mercado en su conjunto, lo que produce un efecto reflejo de protección de quienes arriesgan sus ahorros en él. Lo que debe evitarse son los fraudes a los pequeños ahorradores. La experiencia demuestra que la transparencia informativa obligatoria sólo tiene un efecto reflejo de protección pero ha ido sin duda *in fluyendo* en que los daños sean más remotos.

Y de este modo llegamos a la clausura de las Jornadas que contaron con una amplia participación, una correcta documentación y un buen nivel de especialización de los ponentes en el complejo mundo del naciente y creciente Derecho de Consumo.