

Nota Crítica

R. BERCOVITZ/J. SALAS (eds.) *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, 1421 pp.

I

1. La ley general para la defensa de los consumidores y usuarios ya tiene quien le escriba. Tras ocho años de vigencia, ve la luz el primer comentario sistemático a una ley a la que la doctrina había prestado escasa atención, en parte porque existía la esperanza de su sustitución por varias leyes especiales y, en parte, por ser, en el sentir más generalizado de los autores, una norma desafortunada (por su carácter general) con un «sistema y ... redacción ... notablemente deficientes, hasta el punto de dar lugar a contradicciones y a preceptos de difícil entendimiento ... (así, los directores de la obra, *Prólogo*, p. 9). No obstante dichas críticas, la obra objeto de esta reseña nace con voluntad de defender su permanencia como ley general. Los directores proponen en este sentido «proceder a su mejora, propiciando las modificaciones que sean pertinentes, y no a su «desguace».

2. Aquí radica nuestra primera discrepancia. A nuestro juicio, debe procederse al «desguace» de la ley. Carece completamente de sentido una ley de consumidores que regule *para un determinado grupo de sujetos del tráfico* aspectos centrales de la contratación y la responsabilidad extracontractual. Consideramos que la ley debe ser rápidamente sustituida, bien por modificaciones del Código civil, bien por una ley de condiciones generales; una ley de responsabilidad del fabricante, y una ley de crédito al consumo (v. ampliamente, J. Alfaro, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 155 ss. esp. pp. 174 ss.). Este desacuerdo es compartido incluso por algunos de los autores que participan en el comentario. Así, por ejemplo, A. Bercovitz, —*Com. art. 1*, p. 21— escribe que «en aplicación de lo dispuesto en la Constitución era igualmente posible otra alternativa —a la de la ley general— mucho más adecuada desde mi punto de vista, consistente en dictar leyes específicas para los distintos ámbitos o en relación con los diversos problemas en que el consumidor debe ser protegido». En relación con la materia de las condiciones generales, la opinión partidaria del

desguace de la LCU tiene más adeptos. S. Díaz Alabart, p. 250, que se refiere a la «esperada ley de condiciones generales»; Coca Payeras p. 321, que afirma que «la experiencia alemana demuestra la conveniencia de un texto único regulador de la cuestión»; J.J. Marín p. 593: [la ley de condiciones generales es] «hoy absolutamente necesaria en nuestro ordenamiento jurídico»). El resto de los preceptos de Derecho privado (garantías, ventas con primas y regalos y publicidad, fundamentalmente) son inútiles y perturbadores y basta la regulación de la ley de publicidad y competencia desleal.

3. Esta divergencia de principio nos obliga a alterar el orden de la recensión y a comenzarla —para fundamentar nuestra posición— refiriéndonos al comentario al art. 7 LCU (a cargo de Martínez de Aguirre y Aldaz, pp. 119 ss.). En la exégesis de dicho precepto se recoge, en efecto, la formulación más al uso del llamado Derecho del consumo que está en la base de la obra que comentamos. Las observaciones que a continuación se realizan deben entenderse dirigidas sobre todo a la categoría de Derecho del Consumo, categoría que, aún con una posición matizada, el autor defiende. En efecto, nos parece que carece de cualquier justificación dogmática o funcional la construcción del Derecho del consumo como categoría jurídica. Los intentos de un sector de la doctrina de construir la categoría de Derecho del consumo como una categoría «funcional» (así Martínez de Aguirre, en la obra que comentamos, art. 7 p. 120, pero v. también, recientemente, G. García Cantero, «Integración del Derecho del consumo en el Derecho de Obligaciones», *Revista Jurídica de Navarra*, 13 [1992] pp. 37 ss. ambos con otras indicaciones) nos parece, en el mejor de los casos, un esfuerzo inútil. Los mentores europeos de estas construcciones —a quienes se cita en nuestro país, a nuestro parecer, en demasía— son un autor belga (Bourgoignie) algunos autores franceses (Calais-Auloy sobre todo), un autor alemán (N. Reich) y un italiano (Alpa), casi todos ellos estrechamente vinculados con institutos sobre Derecho del consumo. No puede denominarse a estos autores sin incurrir en exceso «la doctrina» (nota 7 p. 120). Tampoco podemos compartir la afirmación de que «la finalidad de proporcionar a los consumidores y usuarios la protección que precisan, desde el punto de vista jurídico (es) la que aúna y da sentido propio a la categoría» del Derecho del consumo (p. 120). Porque una categoría jurídica nueva (funcional o «dogmática») supone que es posible formular una *parte general*, es decir, un conjunto de principios aplicables a las relaciones que se dicen comprendidas en la disciplina y diferenciables de los principios aplicables a otros sectores del ordenamiento (1). La excusa de que el Derecho del consumo «se superpone perpendicularmente, atravesándolas, a las disciplinas jurídicas tradicionales» (*ibidem* p. 120) no es más que un recurso retórico y, en el mejor de los casos, una construcción desproporcionada e innecesaria. La protección del consumidor es una finalidad que muchas normas del ordenamiento tienen en cuenta. Decir que todo el Derecho que regula la actividad económica (producción e intercambio de bienes y servicios) inclu-

(1) El único principio del Derecho del consumo aducido por estos autores es, precisamente, el principio *pro consumatore*. Una expresión que constituye una curiosa mezcla de latín e italiano, peligrosa donde las haya, puesto que se utiliza ya, frecuentemente, para justificar soluciones para las que no existe justificación.

yendo el derecho de la competencia, el derecho contractual, el derecho de la responsabilidad, etc. es, funcionalmente, Derecho del consumo es, simplemente, poner una etiqueta que no obliga a nada (el propio autor —p. 135— niega que el Derecho de los consumidores constituya una disciplina autónoma en sentido «dogmático»). Si admitimos la existencia de un Derecho del consumo ¿por qué no admitir la existencia de un Derecho de los ancianos si el art. 50 CE ordena a los poderes públicos que promuevan el bienestar de los mayores y nos parece evidente que la protección de la tercera edad es un principio vigente en nuestro Derecho, o de un Derecho de la juventud o de los minusválidos?

Al margen de la crítica precedente, los estudios jurídicos sobre Derecho del consumo se fundan en presuposiciones sobre el funcionamiento de la economía que sus defensores no han demostrado. No puede afirmarse sin más argumentación que el consumidor es una parte «estructuralmente más débil» (p. 126) en las relaciones de mercado o que está subordinado estructuralmente al empresario (p. 134). Estas ideas surgieron en el ámbito de la izquierda marxista alemana en los años setenta y hoy se encuentran abandonadas incluso por quien las propuso (v., para la concepción criticada, N. Reich, *Mercado y Derecho*, Barcelona 1985 pp. 158 ss. —este autor ha encontrado sorprendentemente más eco en España que en Alemania—; y para la doctrina hoy unánime —incluido el propio Reich—, v., por todos, P. Ulmer, «Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas», ADC 1988, pp. 763- 787; Martínez de Aguirre considera a las ideas de Reich, sin embargo, vigentes p. 123 y, más ampliamente, pp. 134-135). La libertad del consumidor y sus intereses los protege el funcionamiento eficiente y transparente del mercado, y el Derecho tiene como tarea, garantizar dicho funcionamiento o sus resultados cuando la (falta de) competencia entre oferentes no garantice la soberanía del consumidor (fallos del mercado, monopolio, defectos de información, etc.). Pero no es científico afirmar que el consumidor está subordinado estructuralmente a las empresas sin que tales afirmaciones se acompañen de los estudios económicos correspondientes que sustenten tal afirmación. La falta de libertad del consumidor puede afirmarse en el ámbito de las condiciones generales, por ejemplo, pero curiosamente, no sólo cuando el que contrata es un consumidor final, sino igualmente, cuando el adherente es un empresario. El autor da igualmente por demostrada la compatibilidad de estas normas imperativas con la libertad contractual (incluida la del consumidor al que se le niega su derecho a hacer con su dinero lo que le parezca —eso sí, por su bien—). Tampoco hay referencia alguna a los costes que este tipo de regulación suponen para las empresas y los efectos que tiene sobre la totalidad de los consumidores en forma de precios más caros (el mayor «coste jurídico» de las normas protectoras es trasladado por los empresarios al precio final del producto).

Como hemos señalado, la posición del prof. Martínez de Aguirre es de las más equilibradas entre los que afirman la existencia de un Derecho del consumo. En sus versiones más radicales se intuye la comparación con el Derecho del Trabajo. Por esta razón, nos interesa concluir recordando que los consumidores no son los trabajadores del Derecho civil y, por tanto, la ley de consumidores no es la primera fase de un futuro Derecho del Consumo equiparable al Derecho del Tra-

bajo. La ley de consumidores es, más bien, una recopilación —no un Código— de normas relativas a aquéllos aspectos respecto de los cuales pretende ejercer su competencia el Ministerio de Sanidad y Consumo. Ninguna otra razón —al margen de poder afirmar que tenemos una ley de protección de los consumidores— justifica la presencia en una misma ley de normas sobre etiquetado, asociaciones, contratación, responsabilidad del fabricante, competencia desleal, infracciones y sanciones administrativas, etc. El hecho de que, en lo que hace a la política jurídica, las ideas criticadas continúen (sólo) aparentemente en boga en el ámbito comunitario es, simplemente, porque la CEE carece de competencia para regular cuestiones de Derecho contractual o extracontractual y está utilizando la protección del consumidor para arrogarse competencias para las que de otro modo tendría dudoso título (v. F. J. Amorós, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1987 n. 2 pp. 123 ss.).

4. Pasamos así, al examen de los distintos comentarios contenidos en la obra. Dado su volumen (más de mil páginas) nos resulta imposible revisar todas las aportaciones recogidas. Nos limitaremos, por ello, a los aspectos de Derecho Privado, examinando, con más detalle los preceptos respecto de los cuales nos encontramos más próximos. Fundamentalmente, la noción de consumidor (art. 1); publicidad engañosa (art. 8); ventas con primas y regalos (art. 9), *infra* II; condiciones generales (art. 10); garantías (art. 11), *infra* III; responsabilidad del fabricante (arts. 25 a 27), *infra* IV y la de las cuestiones relativas a derecho de asociaciones (art. 20.1), *infra* V.

II

1. *El examen de la posición de la LCU en la marco constitucional* (Prof. A. Bercovitz pp. 17 a 25) se centra en los problemas planteados por la concurrencia de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y en un breve análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la materia con especial referencia a la garantía de la igualdad de los españoles como tarea asignada al Estado. Tal vez hubiera sido interesante un mayor desarrollo de la coordinación del principio de protección de los consumidores con el principio de libertad de empresa y el sistema económico de mercado (art. 38) y el principio de libertad contractual, (entendido como manifestación del libre desarrollo de la personalidad (art.10.1), etc.

2. *La noción legal de consumidor* (Prof. A. Bercovitz) es examinada con detalle y acierto señalando que, a pesar de las dificultades interpretativas planteadas por el art. 1 (v. Alfaro, *Condiciones*, pp. 157-159), debe afirmarse la *noción estricta* de consumidor como adquirente de bienes o usuario de servicios para satisfacer necesidades personales o familiares. Básicamente estamos de acuerdo con la interpretación del profesor A. Bercovitz y nuestras discrepancias se limitan a su exclusión como consumidores de aquellos que, actuando con tal finalidad, aparentan actuar como profesionales (pp. 32- 33) lo que a nuestro juicio debería resolverse afirmando la aplicabilidad de las normas de protección del consumidor y, en su caso, afirmando la existencia de error o dolo por parte del consumidor. Consumidor es quien actúa en el mercado y frente a empresarios incluyendo entre éstos a

los profesionales (p. 32 pp. 39 ss.). Discrepamos, no obstante, que haya «consumidores» frente a la Administración pública (v. Alfaro, *Condiciones*, p. 161).

3. La *eficacia contractual de la publicidad* se analiza en el comentario al art. 8 (M. Pasquau Liaño). El planteamiento de este autor es, a nuestro juicio, criticable. La represión de la publicidad engañosa no es expresión de tutela de intereses colectivos o difusos (pp. 141 ss.), sino expresión de *tutela del mercado* como mecanismo de satisfacción de las necesidades individuales. La mejor exposición de esta función del derecho de la publicidad es, sin duda, la de la profesora Madrenas (*Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia*, Madrid, 1990), que, a nuestro juicio, no es suficientemente atendida por el autor. El esfuerzo de la profesora Madrenas es meritorio porque aclara —en contra de lo que aparentemente sugiere «el sentido común»— que es contraproducente tratar de eliminar cualquier posible engaño en el mercado. La razón no se escapa a nadie: al eliminar publicidad engañosa para algunos consumidores estamos reduciendo el nivel de información disponible en el mercado, infomación que, dada su condición de «bien público», no se produce en la cuantía suficiente de manera espontánea en el mercado. La finalidad de la legislación de publicidad debe ser, por tanto, en la posición de Madrenas —a la que nos sumamos—, determinar el nivel óptimo de «engaño» admisible de forma que no se desestime la producción de información valiosa la prohibición de inducción a error contenida en la LGP y LCD ha de reinterpretarse, por consiguiente, en este sentido. Creemos que la incorporación de la tesis de Madrenas a un comentario facilitaría el trabajo de la jurisprudencia de «procurar que la publicidad engañosa no sea rentable, por un lado, y evitar, por otro, que la prohibición no produzca efectos disfuncionales» —tal como lo define el autor— sin que sea «demasiada complicación para un Juez escrupuloso que quiera tomárselo en serio...». Con el estudio de Madrenas, puede explicarse, por ejemplo, por qué no ha de prohibirse —en todo caso— la publicidad que afirma como si fueran propias de una marca determinada las cualidades que son propias de cualquier producto de esa clase, a pesar de que puede inducir a error.

El núcleo del art. 8 es, sin duda, el de *los efectos negociales de la publicidad* (2). El autor comienza recogiendo los distintos instrumentos utilizados para proteger al comprador o usuario de un servicio frente a la «decepción» provocada por la publicidad (calificado como oferta contractual, invitación a ofrecer, responsabilidad precontractual, vicios del consentimiento...) para centrarse (pp. 161 ss.) en las posibilidades que presenta, en este ámbito, la consideración de la publicidad como *elemento integrador* del contrato ex. art. 1258 CC. En este apartado, el análisis del autor, aunque parte de una concepción errónea de la integración (la inte-

(2) De este tema se había ocupado con la profundidad que le caracteriza el prof. Morales Moreno en una conferencia impartida en la Facultad de Derecho de Albacete en 1989 sobre Publicidad engañosa y vicios de la cosa donde se examinaban, sobre todo, los problemas derivados del hecho de que el anunciante y el vendedor sean sujetos diferentes y que ha sido publicada en A. M. MORALES MORENO «Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGDCU) en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, Madrid, 1992, pp. 667-693.

gración del contrato con la publicidad no es heterointegración sino autointegración, es decir, integración del contrato de acuerdo con datos —la publicidad— facilitados por las partes directa o indirectamente), es básicamente correcto (pp. 162-163) al afirmar que no puede haber integración si no se celebra el contrato y que es contrario a la buena fe aprovecharse de una propaganda engañosa para conseguir la celebración de un contrato y, a continuación, pretender desresponsabilizarse de la misma. En todo caso, no puede aceptarse que la integración del contrato legitime a los jueces para corregir el contrato que se han dado las partes (como se afirma en p. 163). Tras un examen de todas las hipótesis interpretativas del art. 8 LCU posibles, el autor concluye afirmando que dicho precepto implica no sólo que las promesas contenidas en la publicidad son exigibles aunque las cláusulas contractuales las descarten o no las mencionen, sino que es irrelevante la existencia de dolo o culpa por parte del anunciante y que «el consumidor podrá exigir la celebración del contrato en los términos prometidos por la publicidad, sin que pueda negarse el anunciante o distribuidor del producto o servicio» (p. 169). Las absurdas consecuencias que esta opción provoca (v. pp. 170-171) conducen al autor a limitar tal virtualidad del art. 8 mediante una amplia concepción del ejercicio abusivo del derecho que dicho precepto incorpora por parte de los consumidores. Así, por ejemplo, si el vendedor aclara la discrepancia entre publicidad y realidad, el cliente que, a pesar de ello, compra, no podría después reclamar. A nuestro juicio, la interpretación propuesta obliga a deformar el concepto de abuso de derecho y es preferible —v. la intervención de García Amigo en la discusión parlamentaria— interpretar el art. 8 LCU en los límites de la STS 2.12.76 y 27. 1.77. En realidad, el art. 8 LCU debe entenderse como una «codificación» de tal jurisprudencia y, consecuentemente, como un mandato a los jueces para que integren los contratos con el contenido de la publicidad haciéndola prevalecer, incluso, frente a las *condiciones generales*, en cuanto que, normalmente, debe entenderse que aquella es más conforme que éstas con la voluntad presumible de las partes.

4. El examen de los problemas relativos a la utilización de *concurso*s y *regalos* en la promoción de ventas (Carmelina Vela) regulados en el art. 9 LCU constituye un documentado examen de la situación prelegislativa en nuestro país, y del Derecho comparado. Contiene igualmente propuestas de regulación de estas cuestiones. Extraña, sin embargo, que no se haga referencia al art. 8 de la Ley de competencia desleal que regula específicamente la materia señalando su calificación como desleal cuando sean engañosos o dificulten la adopción de una decisión racional por parte del consumidor.

III

1. La regulación de las *condiciones generales de los contratos* constituye, sin duda, uno de los aspectos centrales de la LCU. Los autores del libro recensio-nado así lo han entendido dedicándole más de cien páginas al art. 10 LCU (pp. 223-347), aunque se trata de una de las partes menos logradas de las relativas al Derecho Privado. Los aspectos introductorios han sido examinados por el prof. Coca quien inicia su comentario con el análisis sobre los problemas de competencias en la materia del Estado y Comunidades Autónomas recogiendo la tajante

afirmación del TC en el sentido de reservar la competencia al Estado (STC 88/86 de 1. 7 entre otras); examinando a continuación la Propuesta de Directiva comunitaria de julio de 1990 (recientemente aprobada por la CEE) pp. 226-28. Tras criticar acertadamente el primer párrafo del art. 10.1 LCU (pp. 228 ss.) se examinan las consecuencias que este tipo de contratación tiene para la teoría general del contrato. Lamentamos no encontrar un tratamiento más extenso de la naturaleza jurídica de las condiciones generales (el autor le dedica escasamente una página 316-317) cuya importancia es fundamental para definir el campo de aplicación del régimen jurídico recogido en el art. 10 LCU. El autor se pronuncia por la tesis tradicional en nuestra doctrina, la que califica a las condiciones generales como parte de un acuerdo contractual idéntico al contrato individual (p. 236) y resta cualquier justificación al debate sobre su naturaleza (p. 316) lo que, como habíamos afirmado en otro lugar con anterioridad (Alfaro, *Condiciones*, pp. 40-41), no parece aceptable.

En cuanto a los *requisitos de inclusión*, el análisis del profesor Coca es, a nuestro juicio, demasiado parco (pp. 236 ss.). No queda definido el sentido de los requisitos de claridad, concreción y sencillez del art. 10.1 a) (cfr. p. 237 y la referencia a la crítica de Duque a tal precepto). A pesar de que reconoce que los requisitos del art. 10.1 a) son de imposible cumplimiento en los casos de *quick-hand transactions*, (p. 237) no nos aclara qué debe hacer el juez en tales casos. Su concepción de las cláusulas *sorprendentes* (pp. 238-239) es, a nuestro juicio, errónea. Lo que hace sorprendente una cláusula no es su infrecuencia, sino la discrepancia entre su contenido y las expectativas razonables del adherente (v. ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 241 ss.). En lo que hace al *requisito de entrega de recibo o presupuesto* recogido en el art. 10.1 b) LCU, el profesor Coca critica acertadamente el precepto legal señalando su incongruencia con una regulación de condiciones generales (pp. 243 ss. esp. y, anteriormente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 212 ss.). En todo caso, se echa en falta una construcción del sentido y función de tales requisitos de inclusión en el marco de una normativa que somete a *control del contenido* las condiciones generales, puesto que si su función fuese la de garantizar la realidad del consentimiento, sería contradictorio que pudiera, posteriormente, declararse la nulidad —por vía de control del contenido— de cláusulas auténticamente consentidas.

2. El núcleo del derecho de las condiciones generales es el *control del contenido*. Su régimen se encuentra en el art. 10.1 c) LCU que exige que las condiciones generales sean conformes con la buena fe y reflejen un justo equilibrio de las prestaciones como requisito de validez. El precepto recoge, igualmente, una lista de cláusulas que se consideran abusivas. Del comentario de este artículo se ocupa la profesora S. Díaz Alabart. Comienza la autora realizando una valoración global del precepto desde el punto de vista técnico y, tras hacerse eco de las profundas críticas realizadas generalizadamente por la doctrina señala, sin embargo, que puede tener efectos positivos. A pesar de la buena voluntad de la autora, nos permitimos dudar de que la lista del art. 10.1c) sirva para orientar a «un consumidor medio a la hora de contratar». Al contrario, no le proporciona criterio alguno para saber si las condiciones generales a las que se somete son abusivas o no (¿cómo puede saber un consumidor medio que una exclusión de responsabilidad es *absoluta*? art. 10.1 c)

6 o ¿qué son condiciones abusivas de crédito? art. 10.1 c 4). Tampoco son de ayuda a los juristas encargados de redactar las condiciones generales. De ahí que sea imprescindible proporcionar a los jueces una interpretación *coherente con el resto del ordenamiento* de la cláusula general de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones de tal forma que evitemos la inseguridad jurídica tremenda que supone conceder a los jueces un poder discrecional para anular cláusulas contractuales. La tarea es especialmente urgente si tenemos en cuenta que —en contra de lo que afirma la autora (p. 253)— un sector de la doctrina muy significativo ha afirmado que el precepto autoriza a los jueces a controlar los precios y las prestaciones en cuanto exigiría el «justo precio» (v. más indicaciones en Alfaro, *Condiciones*, p. 141 esp. nota 70 donde se critica la posición de R. Bercovitz sostenida en A. Bercovitz/R. Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 200). Creemos que, no obstante la utilidad de su análisis, el trabajo de la prof. Díaz Alabart no concreta suficientemente el sentido de la cláusula general del art. 10.1 c). De las páginas que dedica a la cláusula general no se deducen los criterios que podría utilizar el juez para decidir si una cláusula concreta es abusiva o no. A nuestro juicio, para determinar si una condición general es conforme con la buena fe, el operador jurídico ha de determinar, en primer lugar, cuál sería la regulación aplicable al contrato en caso de no existir la condición general, es decir, la que resultaría de la aplicación del derecho dispositivo, de los usos o de una valoración equilibrada de los intereses de ambos contratantes (art. 1258 CC). En segundo lugar, debe comparar dicha regulación con la que resulta de la aplicación de la condición general. Si existe una discrepancia *sustantiva* entre ambas y tal discrepancia no está justificada por circunstancias generales (relativas al tipo de contrato celebrado) o particulares (relativas al contrato concreto), habrá de concluirse que la condición general es contraria a la buena fe y, consiguientemente, nula (art. 10.4 LCU). Por tanto, buena fe significa *conformidad* de la condición general con el reparto de riesgos recogido en el Derecho dispositivo o, a falta de éste, con el que resulta de una valoración equilibrada —de acuerdo con las valoraciones del legislador— de los intereses de ambas partes (art. 1258 CC) (v. al respecto, ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, pp. 93 ss.). No nos vamos a detener en el comentario de la autora a cada uno de los supuestos concretos de cláusulas abusivas (pp. 254 ss.) que tiene el mérito de ser, en lo que nos consta, el primero de su clase. No obstante, se echa de menos alguna referencia a la Circular 8/90 Banco de España relativa a la «transparencia» en las condiciones bancarias cuando se habla del art. 10.1 c 1; del mismo modo, creemos que no se hace justicia a los estudios de nuestra doctrina sobre las cláusulas con tipos de interés variables (sólo se cita a R. Bercovitz y, más adelante, se añade a Azorín y a Pasquau; v. entre otros, R. Illescas, «Los contratos bancarios: reglas de información, documentación y ejecución» RDBB 34 (1989) p. 261); igualmente se echa de menos la distinción entre contratos con duración *determinada* y duración *indeterminada* a la hora de analizar la validez de las cláusulas que permiten al predisponente resolver discrecionalmente el contrato (art. 10.1 c 2) lo que lleva a la autora a consecuencias a nuestro juicio erróneas al examinar el art. 10.1 c 7 (v. p. 299); en cuanto al leasing, hoy no debe cabe duda de que la cláusula que exonera a la sociedad de leasing por los vicios de la cosa no es abusiva sino, precisamente,

conforme con la naturaleza del contrato; también sorprende la referencia a la directiva de crédito al consumo en relación con créditos hipotecarios cuando éstos están prácticamente excluidos de su ámbito de aplicación —art. 2.1 a)— (p. 278); discrepamos respecto a la interpretación de los «pactos de reserva» que hace la autora (p. 285) para referirse a las arras o señales a cuenta del precio que son habituales en la compraventa de viviendas. En general, y a salvo de que de la interpretación del contrato se deduzca que estamos fuera del art. 1454 CC, el hecho de que el agente de la propiedad inmobiliaria no se comprometa a devolverlas dobladas o excluya tal obligación indica, en el primer caso, que se aplica el derecho dispositivo (art. 1454 CC) y, en el segundo, que estamos ante una cláusula abusiva por derogar injustificadamente el derecho dispositivo. A nuestro juicio, lo defectuoso de la regulación hace prácticamente imposible realizar un comentario coherente de la lista del art. 10.1 c). En todo caso, hubiera sido de utilidad una ordenación de los temas más conforme con la propuesta de anteproyecto y una referencia a algunas sentencias de instancia que han resuelto cuestiones relativas a la validez de condiciones generales (v. por ej. AP Madrid, 1-10-90 RGD 1991, p. 1670 —subida desproporcionada de las cuotas de un club—; AP Valencia 17-10-90, La Ley, 3-4-91 resolución discrecional de un contrato de duración determinada; AP Burgos, 7-7-89, AC nov. 1989 p. 282 préstamo a favor de un empleado que es despedido; TS 10-2-90 y 12-2-90 Ar. 907 y 981 resolución de un contrato de duración indeterminada sin preaviso; AP Madrid, 9-10-90 RGD 1991, p. 3210 presunción de declaraciones de voluntad o de conocimiento del adherente y alteración de la carga de la argumentación y de la prueba; AP Bilbao 19-12-86 La Ley 1987-2 pp. 252-253, v. además, las citadas por J. J. Marín en el mismo comentario p. 593 nota 257).

3. Siguiendo el orden legal, se examina a continuación el *concepto de condiciones generales*. El análisis del prof. Coca le lleva a comentar los requisitos de la predisposición (pp. 318 ss.) y de la imposición (p. 320). Al respecto, se suma a la opinión ya mayoritaria en el sentido de que no es necesario que el predisponente sea un monopolista para que pueda afirmarse la aplicación de la ley y en el sentido de que basta que estén predisuestas para aplicarlas a una pluralidad de contratos y no a la totalidad de los contratos que una empresa celebre. No obstante, no se presta atención a un problema muy importante a nuestro juicio: la distinción entre cláusulas negociadas (aunque sean prerredactadas) y cláusulas impuestas. Tampoco se analizan si son condiciones generales las que recogen elementos esenciales del contrato (v. ampliamente, Alfaro, *Condiciones*, p. 112 ss.).

4. Se ocupa igualmente el prof. Coca de las reglas de *interpretación* de las condiciones generales (regla de la prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales y regla *contra proferentem* en la interpretación de cláusulas dudosas) donde se resumen soluciones patrocinadas ya por nosotros en RDM 1987, p. 7 ss. y reformuladas, teniendo en cuenta las críticas a alguna de nuestras posiciones en Alfaro, *Condiciones*, 313 a 317 —regla de la condición más importante—. En todo caso, no parece aceptable —como hace el autor— hablar de una «interpretación legalizadora» de las condiciones generales (p. 323) para referirse a la labor de control asignado por algunas normas a la administración en relación con determinadas condiciones generales (así, por ejemplo, en el ámbito de los se-

guros art. 3.2 LCS). Semejante interpretación no es más que una forma de control administrativo, como el autor reconoce e induce a confusión utilizar como sinónimos los términos interpretación y control (v. p. 324).

5. El examen de las *consecuencias contractuales de la ineficacia de condiciones generales* lo realiza el profesor Clavería (art. 10.4 pp. 336 ss). El art. 10.4 ordena que se eliminen las condiciones abusivas y declara el mantenimiento del resto del contrato salvo en la hipótesis de que las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes, en cuyo caso procede la nulidad total. Las conclusiones a las que llega el prof. Clavería son ampliamente compartibles y coinciden con las que con anterioridad habíamos mantenido (v. Alfaro, *Condiciones*, cap. V *passim*). Tiene razón el prof. Clavería cuando afirma que, en lo que se refiere al requisito de inclusión de la «comprensibilidad» de la cláusula, es necesario interpretar la misma (para ver si es comprensible o no) antes de decidir si queda incluida en el contrato (p. 338) pero, en general —esto es, respecto a los restantes requisitos de inclusión— debemos mantener nuestra postura. Nos hubiera gustado, en todo caso, encontrar un examen algo más detallado de los problemas de determinación del régimen sustitutivo de las condiciones nulas.

6. En lo que se refiere a las *garantías* (G. García Cantero, pp. 355 ss.) la defectuosa regulación contenida en el art. 11 LCU hace nuevamente difícil la inserción de dicha norma en el ordenamiento. Con la doctrina mayoritaria, el autor se pronuncia por la compatibilidad de esta garantía con la recogida en el Código Civil para el caso de vicios ocultos (p. 374) y la aplicación del plazo legal de 6 meses a falta de fijación de uno específico en la garantía (p. 380). No es necesario que el vicio sea oculto para que juegue la garantía (p. 383); y puede imputarse la carga de la prueba del carácter no originario del vicio al fabricante (p. 383). En caso de que no se haya entregado garantía alguna, el autor parece negar al consumidor acciones que no sean las del Código Civil (p. 389). Hay algunas cuestiones de importancia, sin embargo, que no quedan aclaradas (y probablemente son de imposible aclaración). Si el art. 11 atribuye al consumidor un derecho a la *reparación* del objeto, ¿cómo se compatibiliza tal derecho con el atribuido por el Código Civil que sólo prevé la reducción del precio o la restitución de prestaciones?; si el consumidor tiene derecho, en último extremo, a resolver el contrato (p. 387) ¿es que ya no se trata de una acción de vicios ocultos? ¿no es necesario distinguir entre *garantía del fabricante* y *garantía del vendedor*? ¿cómo se determina el contenido mínimo de la garantía si éste no ha sido determinado por el vendedor o fabricante? ¿puede el juez —como ha sostenido algún sector de la doctrina— escribir el contrato en lugar de las partes?

IV

De la *responsabilidad del fabricante* (arts. 25 a 28) se ocupa el prof. Rodrigo Bercovitz. Como los restantes coautores, comienza subrayando cómo la imperfección técnica de los preceptos que comentan redundan en confusión e inseguridad jurídica «hasta extremos alarmantes» (p. 661). Su análisis contiene

un prólogo dedicado al problema de la incorporación a nuestro derecho de la directiva comunitaria sobre responsabilidad del fabricante. Aunque el problema parece estar ya prácticamente resuelto a favor de una ley especial fuera de la LCU (v. El País, 7-3-93), el prof. Bercovitz recuerda su posición —coincidente con la del Ministerio de Sanidad y Consumo— en el sentido de modificar la LCU para adaptar el contenido de los arts. 25 a 27 a la Directiva. En este punto nuestras discrepancias con la posición de Bercovitz son notables. Básicamente pueden reducirse a dos. La primera se refiere a la opción de incluir la nueva regulación en la propia LCU. El prof. Bercovitz tiene que reconocer que su propuesta obliga a *modificar el propio concepto de consumidor* recogido para la LCU en el art. 1 —que ya de por sí sólo vale para la LCU (v. com. art. 1 pp. 41-42)— que, consecuentemente, no valdría para *el cap. VII* (v. art. 26.1 del anteproyecto redactado por él que señala que por consumidor «a efectos de este capítulo» se entiende *cualquier persona* que sufra un daño). Con lo cual, el único elemento que justifica la unidad de la amalgama de normas que es la LCU no estaría presente —objeción ya hecha por A. ROJO «La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y la directiva 85/374/CEE en AA.VV. *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, Madrid 1991, p. 137 ss.; p. 151-162. Pero la objeción fundamental al planteamiento del prof. Bercovitz es que, en contra de su opinión, la Directiva no es una directiva de mínimos (v. p. 672 donde se recoge este parecer de la propia Comisión CEE y ROJO, *ibidem*, p. 159), de manera que los Estados no son libres para otorgar una protección mayor frente a los daños por el uso de productos. La razón no se escapa. La *armonización* de este sector tenía por objeto garantizar el funcionamiento correcto del mercado único *estableciendo niveles de responsabilidad (y por lo tanto, costes) homogéneos* para todas las empresas europeas al mismo tiempo que permitir a las empresas un análisis más preciso de sus costes por este tipo de accidentes. Dichas finalidades se verían frustradas si cada país pudiera fijar autónomamente el nivel de protección. Pero es que, además, resulta francamente inconveniente proponer la ampliación de la responsabilidad de las empresas españolas por daños de sus productos en relación con sus competidores europeos en un momento, sobre todo, en el que la competitividad de la industria española es tan frágil. Más discutible es si, por ejemplo, el legislador nacional puede prescindir de la franquicia de 500 Ecus o no, respecto de lo cual podría afirmarse que si se impone su indemnización en los casos en los que se hayan producido daños superiores a dicha cifra, no habría inconveniente a su aceptación, en cuanto no afectaría al interés armonizador (P. Ulmer).

Tampoco estamos de acuerdo en la interpretación que del art. 27 propone el autor. El prof. Bercovitz interpreta el art. 27 (v. p. 664 p. ej.) en términos de responsabilidad objetiva. A nuestro juicio, el precepto no se ocupa de establecer *criterios de imputación* de responsabilidad sino, simplemente, de *delimitar sujetos responsables* (v. ROJO, *ibidem*, p. 151), por lo que, a nuestro juicio, debe aceptarse la interpretación mayoritaria que ve en la LCU un doble sistema de responsabilidad (subjettiva con inversión de la carga de la prueba en el art. 26 y objetiva en el art. 28 que son los preceptos donde se encuentran los criterios de imputación).

El análisis de los problemas interpretativos concretos de los arts. 25 a 29 no tiene excesivo interés toda vez que su derogación está muy próxima.

V

1. El comentario dedica una gran extensión al análisis del régimen jurídico de las *asociaciones de consumidores* (pp. 485 a 640 Prof. J.J. Marín López), lo cual, no extraña pues es la marca del autor la extensión y la exhaustividad en el tratamiento de los temas de los que se ocupa. El comentario se inicia con el examen de las normas constitucionales relevantes en materia de asociaciones de consumidores, fundamentalmente de las normas sobre derechos fundamentales (asociación, tutela efectiva pp. 487-495) y reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas (pp. 495 ss.). El autor destaca que, como el TC ha reconocido expresamente con posterioridad (Estatuto Gallego del consumidor), la falta de competencia de las comunidades autónomas, por ejemplo, en materia de legitimación procesal no se sana por el hecho de que las comunidades autónomas se limiten a reproducir una norma estatal y no la modifiquen. Carecen de competencia en esas materias y basta (p. 501). Igualmente nos parece acertada la crítica a la argumentación del TC en relación con la inconstitucionalidad del art. 8.3 LCU que exigía la constitución de las asociaciones de conformidad con lo dispuesto en la LCU. Parece incoherente, en efecto, que se afirme la inconstitucionalidad en tal caso para negarse respecto a la remisión que el legislador hace en el art. 20.1 respecto a la ley de asociaciones sobre la base de que esa parte del precepto simplemente no es aplicable en las comunidades autónomas con competencia sobre asociaciones (p. 504). Continúa el autor afirmando que el Estado posee títulos (en el art. 149.1.8 CE) para regular los *aspectos civiles* de las asociaciones (igual que de las fundaciones) aún cuando las Comunidades Autónomas los ostenten (de forma exclusiva) para los aspectos administrativos (p. 508 ss.) y que, por tanto, es bastante irrelevante la afirmación del TC en el sentido de que la aplicación del art. 20.1 LCU es sólo supletoria en las Comunidades Autónomas citadas. Esto es legislación procesal (art. 149.1.6 CE) y el Estado no puede discriminar al otorgar legitimación entre asociaciones lícitamente constituidas.

2. Se ocupa a continuación el autor del examen del concepto y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores. El examen es muy detallado. En el ámbito de la *finalidad* de las asociaciones de consumidores (la defensa de los intereses de éstos) no nos parece acertada la utilización de la categoría de los «intereses difusos» para referirse a los intereses de los consumidores (p. 520), aunque sólo sea porque no hay régimen jurídico alguno para tales intereses con lo que resulta inútil. Además, esa denominación oculta el núcleo del problema, a saber: que interés de los consumidores e interés público no son términos sinónimos y el primero sólo es digno de protección en la medida en que coincida con el segundo, esto es, la protección del funcionamiento eficiente del mercado (v., por ej. art. 17 LCD que prohíbe las ventas a pérdida, práctica que, en principio beneficia a los consumidores). La legitimación a las asociaciones de consumidores se explica porque al defender los intereses de éstos, actúan como «funcionarios» del interés público en el mantenimiento de un mercado libre y transparente. Resulta igualmente de gran interés el examen que el autor realiza de los requisitos subjetivos de las asociaciones de consumidores (525 ss.). El análisis, en este punto, es exhaustivo. El comentario contiene igualmente un examen detallado de las *coope-*

rativas de consumo y de los problemas planteados por la pluralidad de regulaciones (p. 528 ss.).

3. Los problemas más interesantes en la materia son, sin duda, los relativos al *Derecho de asociaciones* aplicado a las asociaciones de consumidores. Al margen de los más procedimentales (pp. 532-540), los problemas más específicamente jurídicos son la exigencia de que el funcionamiento de las asociaciones sea democrático (donde el autor concluye que es constitucional entendido como requisito de acceso a ventajas o subvenciones públicas (p. 542) e inconstitucional como requisito de constitución de la asociación) y la legitimación activa (pp. 548 ss.).

4. Esta última cuestión es examinada ampliamente por el autor. El art. 20 LCU concede legitimación para la defensa de los intereses de los *asociados* y para la defensa de los intereses *generales de los consumidores*. El primer problema es el carácter meramente programático del art. 20 LCU, lo que el autor niega (p. 557) concluyendo que aunque leyes posteriores como la de publicidad o competencia desleal no hubieran otorgado tal legitimación, ésta vendría garantizada por la LCU (p. 558). La solución no deja de ser discutible —aunque hay que reconocer que el autor la argumenta sólidamente— como lo demuestra el supuesto de las condiciones generales abusivas. De acuerdo con su interpretación, las asociaciones estarían legitimadas para interponer acciones de *cesación* en el uso de condiciones generales abusivas. En este sentido debe recordarse que recientemente la UCE ha demandado —ejercitando acciones de este tipo— a los grandes bancos por utilizar tales condiciones generales. En segundo lugar, discute el autor si es necesario, para ostentar tal legitimidad, la inscripción en el libro registro del Ministerio de Sanidad y Consumo, que el autor resuelve negativamente (p. 553). Entre otros, invoca el argumento de que la concesión de legitimación procesal no es un «beneficio» sino, una consecuencia directa del reconocimiento como grupo que deriva del derecho de asociación en relación con el derecho a la tutela judicial (p. 553).

El autor realiza un acertado análisis de las acciones en materia de publicidad y competencia desleal (pp. 569 ss.) y se adentra en los ámbitos en los que no existe una atribución expresa de legitimación activa (como ocurre con el derecho de marcas pp. 586 ss. o en el derecho de las condiciones generales pp. 593 ss. con interesantes observaciones de *lege ferenda* aunque el autor no se pronuncia sobre la cuestión planteada anteriormente acerca de si de *lege lata* la legitimación existe.

VI

Los temas son muy complejos. Las anteriores críticas no hacen sombra a los muchos aciertos de la obra que hacen de ella un instrumento de gran utilidad para cualquier persona interesada en los problemas jurídicos planteados por la protección de los consumidores y enriquece notablemente el panorama doctrinal en un ámbito en el que tan necesaria resulta la integración en el Derecho Privado general. No cabe duda de que la defectuosa regulación legal hace más meritoria la labor del exégeta. La dedicación de notables civilistas y mercantilistas a estas materias debe ser, por tanto, bienvenida y, sin duda, será imprescindible en el

análisis de las diferentes leyes que, en un período no demasiado largo de tiempo sustituirán, esa es nuestra esperanza, a la ley general de defensa de los consumidores y usuarios. El lector echará de menos en esta recensión una referencia a los aspectos de derecho público cuya coordinación ha estado confiada al profesor Javier Salas, cuya desaparición —prematura y trágica— durante los días en que se han redactado estas páginas nos ha dejado a todos profundamente consternados. La única justificación de esta omisión se halla en la incompetencia de quien firma estas líneas por valorar esa parte de la obra. Ello no ha sido ófice, sin embargo para que pudiésemos apreciar, una vez más —desgraciadamente la última vez— la extraordinaria calidad científica del profesor desaparecido, al que desde aquí quiere rendirse un modesto tributo de reconocimiento y admiración.

JESÚS ALFARO AGUILA-REAL
Area de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid