

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y DERECHO DE LOS CONTRATOS ¹

JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL

Universidad Autónoma de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

1. En una recensión publicada en esta misma revista ² realizábamos una revisión crítica al llamado «Derecho del consumo» ³. Estas páginas constituyen, en cierto modo, una continuación de la misma. Tratamos de salir al paso de una concepción del Derecho privado y de las relaciones entre libertad y justicia contractual que corren el riesgo de difundirse, a nuestro juicio, desgraciadamente, entre nuestros privatistas. La ponencia presentada por el profesor Martínez de Aguirre en el «Congreso Internacional

¹ A propósito de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Trascendencia del principio de protección a los consumidores en el Derecho de obligaciones», ADC 1994-I pp. 31 ss. Las páginas citadas en el texto son las de dicha publicación; una versión más sintética se encuentra en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «Las nuevas coordenadas del Derecho de la contratación», AC 1994, p. 243 ss. El presente trabajo ha sido posible en parte gracias a una generosa ayuda de la DGICYT para estancias en centros de investigación extranjeros. Nuestro agradecimiento, igualmente a los profesores Paz-Ares, Pantaleón y Morales Moreno que leyeron el original e hicieron observaciones de gran utilidad. Los errores que resten son de exclusiva responsabilidad del autor.

² J. ALFARO, «Nota crítica a R. BERCOVITZ/J. SALAS (eds.), *Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 1992, 1421 pp.», ADC 1993-I, pp. 292 ss.

³ La crítica ha sido acogida aprobatoriamente por algún autor, v. J. E. BUSTOS PUECHE, «Juicio crítico al pretendido Derecho de consumo», *La Ley*, 22-10-1993, pp. 1 ss. esp. p. 3. La realidad supera siempre a la ficción: en la nota citada, habíamos afirmado que si las normas de protección de los consumidores constituyen un «Derecho», por qué no un Derecho de los ancianos o de los niños. Pues bien, en un reciente número de la revista *La Ley*, el conocido escalador César Pérez de Tudela ha publicado un artículo titulado «Hacia un Derecho de la Montaña», (*La Ley*, 18-2-94, p. 1 ss.

sobre la reforma del Derecho contractual y la protección de los consumidores», celebrado en Zaragoza en noviembre de 1993 y publicada en esta Revista, constituye una excelente muestra de esta concepción y nos ha parecido, por ello, una buena ocasión para defender aquí la concepción más clásica y más liberal del contrato.

2. Las ideas recogidas en el trabajo que comentamos y que van a ser objeto de nuestra crítica pueden resumirse afirmando que, para estos autores, la libertad contractual consagrada en los códigos produce resultados injustos. La desigualdad de poder económico de los contratantes no permite su funcionamiento correcto. Por lo tanto, está justificada la intervención legislativa para limitar tal libertad, imponiendo a las partes resultados que el legislador y los jueces consideren justos. Los consumidores constituyen una «parte estructuralmente débil» en las relaciones contractuales y el mercado, porque tiene numerosos «fallos», no les protege suficientemente.

Nuestras críticas a dicho planteamiento pueden ordenarse en torno a dos grandes temas:

a) Con carácter general, este planteamiento presenta un defecto fundamental: ignora el funcionamiento del mercado y la función que los precios y la competencia juegan en el mismo. Si los precios y la competencia no proporcionan información a los consumidores a la hora de contratar; si no constriñen la conducta de los empresarios en el cumplimiento de los contratos con los consumidores y si no garantizan a los consumidores que no van a ser engañados, no tenemos más remedio que recurrir al Derecho. Es la única alternativa. Afortunadamente para los consumidores —y desgraciadamente para los juristas que se dedican al Derecho del consumo— los precios proporcionan información sobre la calidad de los productos y la competencia desapodera a los empresarios, constriñendo su conducta e impidiendo que exploten a los consumidores. La competencia proporciona tales resultados no sólo en el modelo teórico de mercados completos o perfectos, sino también en los mercados reales, imperfectos, plagados de fallos. Desgraciadamente para aquellos juristas, también, no hay ninguna garantía de que el Derecho cumpla esa función de una forma más eficiente que el propio mercado (*infra* III).

b) El planteamiento criticado es, además, de muy escaso valor teórico: no proporciona guías seguras para determinar cuándo debe regularse una cuestión y cómo debe regularse. Tampoco permite extraer criterios interpretativos precisos para el Derecho vigente (*infra* IV).

III. ALGUNOS PROBLEMAS METODOLÓGICOS

1. El planteamiento que hemos resumido en el apartado anterior incurre en un conjunto de errores metodológicos que pueden denominarse falacias, en el sentido estrictamente avalorativo que da a la palabra la Filosofía de la Ciencia, es decir, doctrinas falsas. A continuación expondremos los pasos en los que, a nuestro juicio, se incurre en tales falacias y trataremos de mostrar en qué medida esos razonamientos no son acertados.

2. *Falacia del Nirvana: de mercados imperfectos y Derecho perfecto*

a) Según el planteamiento criticado,

«el Derecho de obligaciones codificado —i.e. liberal-individualista—... no es apto técnicamente para hacer frente a las nuevas realidades del tráfico jurídico, y... responde a unos postulados ideológicos que son en buena parte responsables de su inepticia funcional» (p. 33).

Estos postulados son la igualdad y libertad de los contratantes en un entorno concurrencial y, consecuentemente, el respeto por parte del Estado a lo pactado sin modificarlo sobre la base de consideraciones de justicia material. Tales postulados no rigen la vida económica actual:

«Puede decirse que la situación del consumidor no es tan idílica como pretendía ingenua, cuando no interesadamente el paleoliberalismo»... «el sistema jurídico tradicional, fundado sobre los principios de igualdad entre los ciudadanos, y de libertad de regulación de la propia esfera, no logra dar respuesta adecuada a estos problemas precisamente porque la igualdad y libertad que contempla son puramente formales, pero aparecen desmentidas en la práctica, por la escasa intervención... de la voluntad del consumidor... y por el mayor poder de que goza su contraparte profesional» (p. 43)... «el mercado se ha mostrado incapaz de solventar por sí mismo los problemas creados por su configuración actual en relación con los consumidores» (p. 46).

La conclusión lógica de esta forma de razonar es que está justificada la intervención del Estado corrigiendo el contenido de los acuerdos entre particulares sobre la base de la «Justicia» mediante normas imperativas:

«Conforme a todo lo anterior... resulta... la... necesidad de predisponer un conjunto normativo destinado específicamente a la defensa de los intereses de los consumidores»... (p. 45) ha sido

preciso, por tanto, adoptar medidas de carácter jurídico, cuya finalidad específica es la protección de los intereses del consumidor como parte más débil» (p. 47) ⁴.

b) Las expresiones aquí recogidas constituyen la formulación más al uso de lo que Demsetz denominó «falacia del Nirvana» ⁵, según la cual, la mera existencia de costes en los mecanismos de mercado justifica, «per se», la promulgación de normas imperativas. La falacia consiste en que el que propone la intervención actúa, en primer lugar, acusando a los defensores del mercado de algo que no defienden. Nadie ha admitido nunca que el modelo de competencia perfecta fuera algo más que un modelo, por lo tanto, que haya existido alguna vez o que vaya a existir en alguna etapa histórica. Lo que los economistas afirman es que las fuerzas que están presentes de forma «ideal» en el modelo están presentes igualmente en mayor o menor medida en los mercados reales, por lo que el modelo es útil para hacer predicciones respecto a los comportamientos de los agentes económicos en estos mercados ⁶. En segundo lugar, el intervencionista actúa como si la regulación imperativa fuera un «free lunch», esto es, no provocara, a su vez, coste alguno. Afirmar que «el mercado no protege óptimamente a los contratantes, luego hacen falta normas imperativas», —dirá Demsetz— es tanto como decir «el mercado no protege óptimamente a los contratantes, luego han de eliminarse las causas que

⁴ Como hemos señalado al principio de estas páginas, los planteamientos recogidos por el prof. MARTÍNEZ DE AGUIRRE están extendidas entre nuestros privatistas. V., F. J. ALONSO ESPINOSA, «Intereses del inversor y Derecho del mercado de valores», RDM 1993, pp. 415, 420, quien, sin cita de estudio empírico alguno, afirma que la protección de los intereses del inversor no puede «ser confiada a la evolución de los mecanismos naturales del mercado, máxime cuando se detecta, cada vez con mayor claridad (?), la evolución de la economía hacia concentraciones de poder económico difícilmente controlables, al menos a través de las técnicas societarias tradicionales, así como ante la no infrecuente prepotencia de los accionistas “de control”». *Se precisa, como en tantos otros sectores, una intervención estatal capaz de corregir la impotencia del ciudadano/consumidor-inversor ante organizaciones empresariales en las que, con frecuencia, su cúpula dirigente no suele estar diáfananamente concretada, o bien ésta no garantiza satisfactoriamente la defensa de los intereses de quienes invierten en ella su riqueza»* (la cursiva es nuestra). La autoridad con la que el autor respalda estas afirmaciones es, como no podía ser de otra forma, N. REICH, «Mercado y derecho».

⁵ La formulación de la falacia del Nirvana se encuentra en Harold DEMSETZ, «Information and Efficiency: Another Viewpoint», *J. L & Econ*, 12 (1969) p. 2 ss., reproducido en H. DEMSETZ, «Efficiency, Competition & Policy. The organization of economic activity», vol. II, Oxford, 1989, pp. 3 ss., p. 4, por donde se cita trad. española en H. DEMSETZ, «Información y eficiencia: otro punto de vista» en D. M. LAMERTON (ed.) *Economía de la información y del conocimiento*, México, 1977, p. 154.

⁶ V., sobre todo, Milton FRIEDMAN, «The Methodology of Positive Economics», extraído de *Essays in positive Economics*, Chicago, 1953, reproducido en K. R. LEBE (ed.) *The Essence of Friedman*, Stanford, 1987 pp. 153 ss.

provocan la suboptimalidad», esto es, la falta de protección óptima ⁷. La cuestión consiste, precisamente, en decidir si las normas imperativas son los mecanismos «más baratos» entre los disponibles para corregir la suboptimalidad... Ante un «fallo del mercado», lo que procede es valorar si los costes que dicho fallo provoca superan a los que una intervención imperativa del legislador provocaría. Es decir, si la intervención imperativa no es un «remedio» peor que la enfermedad.

Hay razones para afirmar que los «costes» de las normas imperativas son muy elevados. En primer lugar, costes de cualquier regulación son los de errores del legislador en la identificación del problema (prohibiendo conductas eficientes o no prohibiendo conductas ineficientes) ⁸; errores en la identificación de la solución ⁹ y los costes de administración de las normas, es decir, de garantizar su aplicación por órganos administrativos o judiciales ¹⁰.

⁷ V., p. 47 donde MARTÍNEZ DE AGUIRRE lo afirma expresamente; «la experiencia constante demuestra que el llamado modelo de competencia perfecta no pasa de ser un modelo, al que conviene tender, pero que no ha llegado nunca a realizarse (ni siquiera, si se me apura, nos hemos aproximado demasiado a él): en la realidad, se puede decir, con Atiyah, que el mercado está plagado de imperfecciones... de suerte que, al menos en tanto no se eliminen esas imperfecciones... parece más razonable tomar medidas jurídicas directas de protección de los consumidores».

⁸ Por poner un ejemplo de actualidad, establecer un período mínimo de duración del contrato de arrendamiento de viviendas en cuatro años a beneficio del arrendatario «protege» a la parte débil de la relación —no protegida, según la doctrina, por el mercado— en la forma de una reducción de la oferta de pisos en arrendamiento disponibles (todos los potenciales arrendadores que desearían alquilar su piso por un período inferior a cuatro años) y en un aumento de los precios de los alquileres. Si un arrendador puede resolver el contrato libremente, estará más dispuesto a alquilar su piso (aun por un precio inferior) que si sabe que no podrá resolver el contrato en un período de cuatro años. En este segundo caso esperará —con el piso vacío— hasta encontrar un inquilino dispuesto a pagar un precio más elevado que le compense la imposibilidad de adaptar el precio durante los próximos cuatro años. Es obvio que la posibilidad (¿y obligatoriedad?) de subir el precio en la cuantía de la subida del IPC no supone adaptar los precios a la evolución del mercado.

⁹ Por ejemplo, en materia de publicidad engañosa, puede ser mucho más eficiente la promoción de la aparición de información contradictoria con la engañosa que su prohibición.

¹⁰ Estos costes no son irrelevantes. Resulta muy difícil determinar por qué los particulares recurren a determinado tipo de acuerdos y la explicación de la explotación de una parte por la otra y, por lo tanto, la justificación de la prohibición resulta un recurso muy sencillo. Además, hay cierta prisa por regular los nuevos fenómenos cuando aparecen para «evitar que causen más daño». El problema es que «hay que esperar más perdedores cuando un tipo de transacción está en su infancia que cuando los que participan en la transacción son más expertos. Regular un tipo de actuación de particulares antes de comprenderlo perfectamente impide que el propio mercado desarrolle mecanismos que permitan distinguir los supuestos en los que dichas transacciones son perjudiciales y los mecanismos para proteger a los que participan en ella y, dado que el legislador no puede —todavía— distinguir los «buenos» de los «malos», la respuesta es la prohibición global y, por tanto, excesiva; v., para el caso de las OPAS, J. MACEY, «Takeover Defense Tactics and Legal Scholarship: Market forces versus the Policymaker's Dilemma», *Yale L. J.*, 96 (1986) p. 342.

Además, cualquier regulación imperativa, en conjunto, reduce la innovación contractual, esto es, los incentivos para desarrollar nuevas «mercancías» (nuevos contratos, nuevas formas de organización de la actividad) que son de una importancia económica incalculable en cuanto reducen costes de transacción¹¹. Por último, no hay ninguna garantía de que la legislación que se pone en marcha para proteger a los más débiles no sea, en realidad, una tapadera de grupos de presión representativos de intereses bien organizados para conseguir redistribuciones en su favor¹². La protección de los consumidores es el primer argumento de los *lobbies* para defender regulaciones contrarias a los intereses de los consumidores¹³.

c) Los autores que defienden el planteamiento aquí criticado reconocen que la política jurídica de protección de los consumidores tiene «posibles inconvenientes»... «que reflejan problemas reales» (p. 53)¹⁴. Pero pueden hacerle frente sin problemas. Para ello, sólo necesitan completar la falacia del Nirvana con la que podríamos denominar del «Derecho perfecto». La argumentación se formula como sigue. Los posibles inconvenientes de la regulación son críticas que han de dirigirse no contra la protección de los consumidores sino contra la sobreprotección. Es decir, mientras el mercado es imperfecto y no es posible un mercado de competencia perfecta que proteja a los consumidores, sí es posible un «Derecho perfecto» que proteja eficientemente a los consumidores¹⁵.

¹¹ V., al respecto, entre nuestros economistas, X. VIVES, «La competencia en la perspectiva europea», *Papeles de Economía española*, 57 (1993), pp. 103, 107. Por tanto, no parece lógico, afirmar —como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE v. supra nota 8— que en tanto el mercado no funcione perfectamente hay que tomar medidas jurídicas directas. Las medidas jurídicas pueden tener, precisamente, el efecto de impedir que el mercado resuelva el problema por sí solo a un coste menor.

¹² Toda la doctrina de la elección pública se basa precisamente en esta concepción de la legislación. Un punto de vista equilibrado puede verse, recientemente, Joseph E. STIGLITZ, «Sobre el papel económico del Estado», en Arnold HEERTJE (ed.), *El papel económico del Estado*, Madrid, 1993, pp. 25 ss.

¹³ V., un ejemplo, en la proposición catalana de ley de comercio, *BOCG* 26-7-1993, núm. 10.1, donde se justifican las limitaciones a la libertad de horarios (¿cómo puede beneficiar a los consumidores no poder comprar los domingos?); el registro obligatorio de comerciantes y limitaciones a la apertura de nuevos establecimientos sobre la base de la necesidad de proteger a los consumidores. En relación con la justificación alegada en la exposición de motivos de la proposición de ley para controlar la apertura de nuevos centros comerciales, v., *Expansión*, 13-4-1994, pp. 1 y 2: «La Generalitat paraliza inversiones de 60.000 millones en centros comerciales... la actitud de la Generalitat sobre este tema está estrechamente ligada con los compromisos adquiridos con los pequeños comerciantes».

¹⁴ Entre ellos incluye el autor algunos a los que nos habíamos referido en nuestra recensión: consecuencias negativas para el propio protegido; escaso respeto para la libertad individual, etc.

¹⁵ Es decir, es posible impedir que los grupos de presión consigan regular las relaciones de mercado de forma conforme con sus intereses; es posible reducir o

3. Falacia del «zoco»

a) Para muchos de los autores que defienden el planteamiento aquí criticado, la garantía de la justicia contractual se encuentra en el *regateo* entre las partes del contenido contractual:

«Lo acordado por las partes (es)... fruto de la negociación previa en la que se han ido equilibrando los respectivos intereses»; «el equilibrio de prestaciones y contraprestaciones a que se llega trabajosamente mediante la negociación contractual»; «el contrato mediante negociación previa que determina el equilibrio contractual de intereses (p. 34)».

b) Esta falacia había sido denunciada por nosotros en un trabajo anterior¹⁶. Dado que el profesor Martínez de Aguirre no ofrece argumentos que contradigan los nuestros o fundamenten la falacia del zoco, consideramos suficiente su reproducción¹⁷:

«Debe descartarse consecuentemente que para que exista consentimiento libre sea necesario que ambas partes participen en la elaboración del contenido del contrato, es decir, es falso que la existencia de libertad contractual venga determinada, a su vez, por la existencia de negociación... Como ha expresado Schmidt-Rimpler, la posibilidad de autodeterminación no depende de que «el contrato se negocie... sino que basta con que existiendo precios y condiciones fijas, el oferente tenga que contar con la reacción de los demandantes en el sentido del mecanismo del contrato y que deba adaptar su oferta a lo que éstos demandan». En otras palabras, lo que garantiza la libre decisión de los clientes no es la negociación, sino la selección entre opciones alternativas y transparentes... Obviamente, la existencia de negociación puede ser prueba de la existencia de autodeterminación, lo único que se afirma es que no es un requisito necesario para afirmar la existencia de autodeterminación. Es más, las negociaciones, en la medida en que suponen un coste, pueden no existir precisamente en aquellos mercados más competitivos, donde, por tanto, la soberanía del consumidor y la autodeterminación de los particulares puede considerarse mejor garantizada»¹⁸.

eliminar los errores en la prohibición de conductas en sí eficientes; es posible regular proporcionadamente la injerencia en la vida de los individuos y es posible garantizar una aplicación de las normas sensata por parte de los jueces. El mero examen de la calidad técnica de las normas de protección de los consumidores hace necesaria mucha fe en los juristas para admitirlo.

¹⁶ V., J. ALFARO, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pp. 66 ss.; en el mismo sentido, BUSTOS, *La Ley*, 1993, p. 3.

¹⁷ El profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE no discute nuestros argumentos. Por lo demás, simplemente añadiremos que si el prof. MARTÍNEZ DE AGUIRRE tiene razón y el *regateo* garantiza la justicia del intercambio, deberíamos sustituir las formas modernas de comercialización de los productos y servicios por el zoco árabe.

¹⁸ La negociación individual del contrato es un mecanismo costoso al que las

4. Falacia de la «inversión»

a) A menudo, algunos autores justifican la necesidad de normas imperativas en lo que podría denominarse la «inversión» del mercado. En los mercados actuales —afirman—, no es la demanda la que determina la oferta, sino la oferta la que determina la demanda:

«Esta situación de inferioridad del consumidor viene determinada por la propia estructura... de un mercado dominado por la ley de la oferta»... y también por el carácter «amateur» de la participación del consumidor en el mismo mercado (pp. 43-44)¹⁹. El mercado no protege al consumidor porque el consumidor ha dejado de ser el «soberano» árbitro que decide quién es el vencedor en la lucha competitiva entre los empresarios y ha pasado a ser el súbdito («se trata de una situación de inferioridad típica o estructural... frente a cuyos riesgos el consumidor no puede protegerse... precisamente como consecuencia de esa situación de inferioridad»).

b) Esta idea había sido criticada por nosotros en nuestra re-
 censión anterior. Los apoyos que ahora se utilizan no constituyen,
 a nuestro juicio, un uso adecuado del argumento de autoridad²⁰

partes recurren sólo cuando sus costes son compensados por el beneficio en forma de una mejor determinación del precio. De ahí que no exista negociación en los mercados donde existe un «precio de mercado» determinado por la competencia entre compradores y vendedores, precio que asegura la justicia del intercambio. En tales mercados, la negociación es un despilfarro, v. D. HADDOCK/J. R. MACEY/F. S. MCCHESENEY, «Property Rights in Assets and Resistance to Tender Offers», *Va. L. Rev* 73 (1987), pp. 701 ss.

¹⁹ Esta última afirmación es más que discutible. Todos somos «consumidores profesionales» en muchos ámbitos de nuestra vida. El profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE y yo mismo somos consumidores profesionales de libros de Derecho, artículos, etc. El ama de casa «típica» es una experta consumidora de productos de uso corriente en el hogar; los jóvenes que practican deportes son expertos consumidores de atuendo deportivo, etc. Téngase en cuenta, además, que no es necesario que todos los consumidores sean expertos para que *todos* resulten protegidos por su actuación en el mercado.

²⁰ Nuevamente se apoya, no en las opiniones o trabajos empíricos de economistas o sociólogos de prestigio ni en la *communis opinio* de los doctores de la disciplina económica, sino en la frase recogida por un excelente *civilista* en un Tratado de Derecho civil (DÍEZ-PICAZO), un excelente *mercantilista* (GONDRA) y en los inevitables apóstoles europeos del Derecho de consumo: BOURGOIGNIE, REICH, etc. (v. nota 53 p. 44). La cita de DÍEZ-PICAZO o GONDRA constituye un adecuado uso del argumento de autoridad cuando se recogen afirmaciones suyas relativas a la interpretación o aplicación del Derecho Privado. Su valor, cuando realizan afirmaciones generales sobre principios de teoría económica, es mucho más discutible. Por lo demás, la cita de autores alemanes puede inducir a error, por cuanto la posición de Reich es absolutamente minoritaria. La postura dominante es, probablemente, la representada por Ulmer. (V. A. MENÉNDEZ, «Glosa del profesor Peter Ulmer», RDM 1993, p. 999, pp. 1001-1002.

a pesar de que son muy necesarios cuando de lo que se trata es de rebatir una idea —que los consumidores son los que deciden sobre la producción mediante sus decisiones individuales— que constituye uno de los presupuestos básicos de los que parte toda la Ciencia Económica²¹. No trataremos, por lo tanto, de explicar los argumentos de los economistas. Nos gustaría, simplemente, alegar un pequeño argumento de sentido común. Supongamos que una persona determinada quiere ganar dinero vendiendo un determinado producto a los consumidores. Suponiendo que no fuera un loco, ¿qué haría en el momento de decidir qué vender? a) Tratar de adivinar qué producto es el que los consumidores desean, fabricarlo, distribuirlo y embolsarse las ganancias o b) Inventar un producto sin tener en cuenta qué es lo que desean los consumidores, y luego gastarse cantidades ingentes en tratar de convencer a los consumidores de que eso es lo que realmente desean para finalmente embolsarse las ganancias sabiendo en ambos casos que otros empresarios estarán tratando de convencer de algo distinto a los mismos consumidores. Salvo que no sólo los consumidores sean necios, sino que, además, los empresarios sean unos locos irracionales, la primera alternativa sería elegida por cualquier empresario²².

²¹ La función la publicidad no es informar a los consumidores, como afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE siguiendo a LÓPEZ SÁNCHEZ. Su función es convencer a los consumidores para que compren un determinado producto. Lo bueno del sistema económico de mercado es que la competencia entre los vendedores garantiza que con independencia de lo que desean éstos, la publicidad sea la que los consumidores desean, es decir, que aunque su finalidad es aumentar las ventas del anunciante, acaba proporcionando a los consumidores lo que éstos desean (información, placer estético, diversión, etc.). Ya hace más de dos siglos que ADAM SMITH afirmara que es el propio interés de los productores el que les mueve a satisfacer nuestros deseos y no su bondad o buenas intenciones. Por lo tanto, es la competencia la que protege a los consumidores, no una norma que dijera que la publicidad ha de ser informativa y no «suasoria».

²² Además, si las empresas son capaces de convencer a los consumidores para que compren lo que no desean, resultan inexplicables algunos tremendos fracasos históricos de enormes compañías multinacionales que invirtieron cantidades ingentes de dinero en producir algo que los consumidores no deseaban. El caso de DuPont con el «Polipiel» o la pérdida del mercado por parte de IBM en los últimos años, no se explican si las empresas son capaces de manipular los deseos de los consumidores en conjunto. V., la narración de casos históricos de este tipo en H. BERG «Wettbewerb als dynamischer Prozess: Idealtypus und Realität», *Fs. W. Benisch*, Colonia, 1989, pp. 27 ss; v. también, sobre el funcionamiento real de los mercados «imperfectos» pero competitivos, la clara descripción de HELMSTÄDTER, «Was ist dynamischer Wettbewerb» *Fs. W. Benisch*, Colonia, 1989, pp. 17-26.

5. Falacia «¿qué verde era mi valle!»

a) En estrecha relación con la falacia del zoco, se encuentra aquella que consiste en afirmar que son las modernas producción y distribución en masa y las innovaciones técnicas y comerciales las que han colocado a los consumidores en una situación de indefensión, es decir, que idealizan los mercados del pasado:

Las innovaciones y cambio, la creciente complejidad y sofisticación de los productos «repercute en una más que notable opacidad del mercado frente al consumidor, que carece de fuentes de información fiables y de conocimientos propios suficientes para tomar decisiones razonables» (p. 37). En la fase de selección, «la elección del consumidor se ve seriamente afectada por su falta de conocimientos técnicos y de experiencia en relación con unos productos cambiantes y crecientemente sofisticados, y por la inexistencia real de canales de información eficaces, debido a la integración del suministrador inmediato en la red comercial del fabricante²³, bien a la falta de conocimientos por parte de dicho suministrador, bien a la impersonalidad de las grandes organizaciones de distribución»... (p. 40) «en la etapa de cumplimiento del contrato, la situación del consumidor tampoco es mejor» (p. 41).

b) Nuevamente, esta concepción implica contradecir a toda la ciencia económica con los mismos magros apoyos que en el apartado anterior. En esta ocasión apelaremos a la experiencia privada del lector. ¿Cree que los consumidores españoles estaban mejor hace cien años, cuando no se había generalizado el consumo en masa que ahora? ¿Cree que es necesario hoy que uno tenga los mas mínimos conocimientos técnicos para comprar, sin ser engañado, aparatos técnicos tan sofisticados como un automóvil, un ordenador o una cadena de alta fidelidad? Nuevamente se olvida dónde se encuentra la protección del consumidor. Trataremos de explicarlo con un ejemplo. Imaginemos dos fabricantes de vídeos que se venden a igual precio. Uno de ellos, sin embargo, es de muy superior calidad al otro. Los consumidores, que no son expertos en vídeos, carecen de la información y los conocimientos técnicos para distinguir cuál es el mejor. ¿Qué hará el fabricante del producto de mayor calidad? Si no es un necio, tratará de convencer a los consumidores de que su producto es de mayor calidad para que así estén dispuestos a pagar un precio más elevado.

²³ Esta afirmación es especialmente discutible. Precisamente, la integración de la distribución en la producción a través de formas contractuales como la franquicia sirve para garantizar la homogeneidad en la calidad reduciendo los costes de información para los consumidores, V. J. ALFARO, con «Franchising», Enciclopedia Jurídica, Civitas, en prensa.

¿Cómo puede convencerlos? El mercado desarrolla muchos mecanismos. Por ejemplo, distribuyéndolos a través de comerciantes expertos (tiendas especializadas) cuya reputación vale en la medida en que informen verazmente a los consumidores sobre los distintos productos que venden; pidiendo a una empresa especializada en dichos productos una valoración («rating»); ofreciendo garantías amplias de buen funcionamiento («si no queda satisfecho le devolvemos su dinero»). Obsérvese que el fabricante del vídeo «malo» no podría hacer lo mismo, porque le saldría muy caro (habría muchas devoluciones)²⁴.

IV. PROBLEMAS DOGMÁTICOS

1. El valor de una teoría se mide por su capacidad para explicar los hechos. En el caso del Derecho, las teorías jurídicas miden su valor por su capacidad para explicar por qué el Derecho vigente es como es y no de otra forma²⁵. Pues bien, el planteamiento teórico aquí criticado tiene un escaso valor desde este punto de vista. Salvo afirmaciones genéricas sobre la necesidad de proteger al consumidor, no encontramos criterios que nos permitan «encontrar» o «descubrir» normas jurídicas que encajen sin fisuras en el sistema y que establezcan cuándo y cómo hay que protegerlo.

2. El principio «pro-consumidor»²⁶

a) Según los defensores del planteamiento que criticamos, no cabe duda de la existencia y de la corrección de los resultados que produce el principio «pro-consumidor». El problema es que, cuando tratamos de ver qué significa tener en nuestro Derecho un principio «pro-consumidor», nos quedamos sin respuestas concre-

²⁴ Naturalmente, la expulsión a largo plazo de los «malos» no consuela al consumidor individual que ha sido engañado. Argumento utilizado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE, pero si lo ha sido, el derecho de obligaciones tradicional y tradicionalmente denostado ofrece, con algunas reformas, protección suficiente; v. las atinadas propuestas de F. PANTALEÓN, «Nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC, 1993-IV, p. 1719 ss. En la revista *The Economist* podía leerse, en relación con las revistas que hacen estudios comparativos de calidad que, «En los tiempos en los que existían enormes diferencias entre la fiabilidad y las prestaciones de unas y otras lavadoras y televisiones... (La revista) era de lectura imprescindible para... evitar comprar un producto de mala calidad. Hoy la competencia es tan intensa que las diferencias son más una cuestión de estilo que de prestaciones (*The Economist* 18-24 de junio de 1994).

²⁵ V., en general, K. W. CANARIS, *Función, estructura y falsificación de las teorías jurídicas*, trad. esp. D. Brückner y J. L. de Castro, Madrid, 1994 (en prensa).

²⁶ Si la expresión «pro-consumatore» es meramente italiana, no hay necesidad ni justificación alguna para no utilizar la expresión castellana.

tas. Para demostrarlo utilizaremos las dos concreciones del principio propuestas por Martínez de Aguirre, según el cual el mismo «puede tener importantes consecuencias»²⁷.

Primera: que la legislación «habrá de ser interpretada en el sentido más favorable a sus (razonables) intereses, es decir, siempre dentro de los criterios de razonabilidad apuntados... a fin de evitar los riesgos de sobreprotección» (p. 56). Esta forma de plantear la cuestión resulta escasamente útil. A todos nos gusta que se protejan los intereses de los consumidores, sobre todo si son razonables. Nadie es partidario que se desproteja al consumidor ni que se le proteja en sus intereses ilegítimos o irrazonables. El problema que el principio pro-consumidor no soluciona ni puede solucionar es cuáles son los intereses legítimos (en los términos del art. 51 CE) de los consumidores y a través de qué mecanismos han de protegerse.

Este problema queda reflejado inmediatamente en la discusión subsiguiente del autor acerca de si cabe la «reformatio in peius» en el Derecho del consumo (p. 56 ss.). Es decir, alcanzado un cierto nivel de «protección» sería inconstitucional (art. 51 CE) rebajar tal nivel mediante una norma posterior. El ejemplo utilizado es el de la supresión de la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos por el D.-Ley Boyer. Según el autor, la supresión no es inconstitucional, pero podría serlo²⁸.

Sobre la «reformatio in peius» cabe realizar dos observaciones. En primer lugar, es más que discutible que las normas que establecen prórrogas forzosas protejan a los arrendatarios/consumidores como grupo social. Protegen a los que ya viven como arrendatarios, pero no a los que pretenden serlo²⁹.

²⁷ «De esta manera, toda la normativa existente sobre obligaciones y contratos adquiere nuevas tonalidades, un significado cualitativamente distinto y puede llevar a tener unas virtualidades tuitivas insospechadas.» (p. 56).

²⁸ Literalmente «teóricamente ho habría obstáculos a considerar vedada tal posibilidad (la de la reformatio in peius) por el art. 51 CE e inconstitucionales las normas aunque se establecieran. En la práctica tal posibilidad se plantea como lejana», (pp. 56-57). Si el ejemplo aducido no vale para explicar el problema ¿por qué utilizarlo? Si el autor admite que es plausible la idea de una reformatio in peius inconstitucional, debería poner un ejemplo en el que tal consecuencia se produzca. Actuar de otra forma no deja de tener riesgos. Así, en la SAP Sevilla 28-12-90 acaba afirmándose que «cualquier disposición... que suponga disminución de la protección de los arrendatarios ha de ser interpretada restrictivamente» *apud* A. CARRASCO, «Alquileres e hipotecas: costes y principios de protección», *Derecho Privado y Constitución*, 1 (1993) p. 225, p. 249. Tal afirmación es, de por sí, más que discutible, según se tratará de argumentar en el texto. Pero de tal afirmación a la de admitir la existencia de una prohibición de «reformatio in peius» en materia de protección de los consumidores no hay más que un paso que la doctrina no debiera contribuir a que se diera.

²⁹ Y sólo en la medida en que el contrato se vea afectado por la promulgación de la norma que imponga la prórroga. En tal caso, el legislador estaría expropiando al arrendador por causa de utilidad privada (la del arrendatario). Si la norma sólo se

En segundo lugar, y más específicamente, el principio «pro-consumidor» no soluciona nada ni en éste ni en ningún otro tema. Frente a dicho interés (el «pro-consumidor») siempre podría alegarse el interés en que los centros de las ciudades no parezcan zonas bombardeadas, típico efecto de las normas de control de rentas (Cheung) o el interés en dinamizar la vida económica, la construcción, etc.³⁰. Pero es que, además, el mismo planteamiento es muy discutible. Decir que el legislador futuro está vinculado por el legislador actual más allá de los límites constitucionales es contrario al principio *democrático* de nuestro Estado consagrado en el art. 1.º CE. Cuando una sociedad quiere asumir un «compromiso creíble» de no modificar una situación incluye las normas correspondientes en la Constitución. No pueden crearse límites infraconstitucionales al legislador.

b) La segunda concreción del principio es que, como principio «inducible —e inducido— de las normas legales» (p. 58), tiene carácter de fuente del Derecho. La norma que extrae el prof. Martínez de Aguirre de los arts. 8.º, 10.2 y 27.1 LCU o 9.º LVFE es la norma de «condición más beneficiosa» para el consumidor (p. 58). A nuestro juicio de esos preceptos se extrae la regla de que los riesgos deben distribuirse de acuerdo con criterios de imputación razonables: las dudas en la interpretación de un texto deben perjudicar al que lo ha redactado (8.º y 10.2 LCU); los daños producidos por los productos deben incorporarse a los costes empresariales para garantizar que se produce el volumen eficiente (art. 27.1) y su prueba debe atribuirse a aquel para quien es menos costosa, etc. Estos criterios y no el principio «pro-consumidor» son los que nos dicen qué intereses de los consumidores son razonables y legítimos³¹.

aplica a futuros contratos de arrendamiento, la norma perjudica al arrendatario. Lógicamente, los arrendadores no son menos inteligentes que la media. Si la ley les obliga a aguantar cuatro años, exigirán una compensación y sólo estarán dispuestos a alquilar sus pisos a un precio superior al que estarían dispuestos a pactar si la duración del contrato pudiera pactarse libremente.

³⁰ Afirmar que la norma que otorga prórroga forzosa es derecho «normal» y el Decreto Boyer derecho «excepcional» carece igualmente de sentido. Depende de cuál sea el principio que consideremos general. Si el principio general es el de que los contratos tienen la duración que las partes hayan establecido, entonces lo que es excepcional es la LAU. Si el principio general es que en los arrendamientos urbanos hay que limitar la propiedad hasta hacerla irreconocible, entonces, lo excepcional es el Decreto-ley Boyer. V., en el sentido del carácter excepcional (y temporal!) de la introducción de la prórroga forzosa en la LAU —reflejada en su exposición de motivos—, CARRASCO, *Dp y C*, 1 (1993), p. 247 ss.

³¹ Debe denunciarse, igualmente, la estrategia del «totum revolutum» que, a menudo, se emplea por los defensores del principio «pro-consumidor» al citar *in genere* normas protectoras de los consumidores. Para afirmar que la libertad contractual ha quedado limitada o derogada por dichas normas es necesario explicar su *ratio*, como hemos tratado de hacer en el texto. Así, por ejemplo, el autor alega, también en favor de su concepción, el art. 5.º de la ley de ventas fuera de establecimiento que

3. La justicia contractual

a) De acuerdo con el sistema consagrado en nuestro Derecho Privado, la justicia objetiva del contrato (equivalencia de las prestaciones) la determina el mercado, no el Derecho. El Derecho tiene la función de facilitar la realización de los intercambios, sobre los cuales deciden los particulares en función de sus propios intereses. Dado que es necesario el consentimiento de ambos contratantes para que el intercambio se produzca, el intercambio ha de considerarse beneficioso para ambas partes porque, de otro modo, no se realizaría. Por tanto, la justicia del intercambio la garantiza su carácter voluntario en un marco competitivo. Este planteamiento es aceptado por los autores que criticamos. Nuestras discrepancias se producen a partir de aquí. Así, el prof. Martínez de Aguirre continúa su razonamiento afirmando que los contratos de adhesión demuestran que la libertad contractual que presupone nuestro Derecho contractual no existe en la realidad. *Ergo*,

«el Derecho ha de ocuparse no sólo de lo que cabría denominar justicia contractual negocial... formal... sino también de la justicia contractual sustantiva... El centro de gravedad de la atención jurídica pasa de los requerimientos de corrección formal en la negociación... a la contemplación del contenido de ese contrato» (p. 63). Existen límites inmanentes (*rectius*, no establecidos por la ley) a la autonomía de la voluntad; la constatación de un desequilibrio excesivo entre las prestaciones justifica la intervención y «precisamente los consumidores se encuentran en una situación de inferioridad que permite presumir, en caso de falta de equilibrio entre las prestaciones, que ha existido abuso de superioridad... en su contraparte profesional».

La argumentación continúa hasta lamentar que:

«De la ausencia de dicho mecanismo (rescisión por lesión) cabe deducir que en el Derecho del Código Civil no rige el principio de equivalencia de las prestaciones con carácter general... Sin embargo,

permite al consumidor revocar su consentimiento (p. 66). Esta norma es perfectamente explicable en el marco de una concepción liberal del contrato (v., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 165-168). No supone, por lo tanto, un ejemplo del «debilitamiento del papel que corresponde a la voluntad en el contrato», salvo que se consideren así, también, por ejemplo, las normas sobre vicios del consentimiento. El «totum revolutum» se refleja en que, más adelante, el autor vuelve a utilizar esta norma como ejemplo esta vez no sólo del «debilitamiento (*rectius*, redimensionamiento) del exagerado papel que la teoría liberal-individualista atribuía a la voluntad en el contrato», sino igualmente de los «mecanismo(s) de reafirmación de la importancia de la voluntad correctamente formada». Nos parece que ambas justificaciones no pueden predicarse simultáneamente de una norma. O son normas que protegen la correcta formación de la voluntad, o son normas que prescinden de la formación de la voluntad para garantizar directamente la justicia del resultado.

datos normativos, empezando por el principio constitucional de protección de los consumidores (del que cabe derivar el principio técnico de equivalencia de las prestaciones, tratándose de contratos de consumo), y siguiendo por algunas de las disposiciones que lo desarrollan, permiten poner en duda que las cosas sigan siendo así, al menos en sede de defensa de los consumidores»³².

El último paso es proponer la incorporación al Derecho Civil de un mecanismo equivalente a la rescisión por lesión³³.

b) El planteamiento que acabamos de exponer es muy discutible. En primer lugar, mezcla dos problemas que han de permanecer claramente separados. Uno, es el de las cláusulas predispuestas o condiciones generales; el otro, el de la equivalencia objetiva entre el precio y la prestación característica en un contrato sinalagmático. El control judicial de las cláusulas predispuestas es perfectamente coherente con un Derecho privado liberal. Así lo hemos argumentado y defendido ampliamente. Adherirse a un condicionado general no es consentimiento contractual en el sentido del art. 1.262 CC y, por lo tanto, no pueden aplicarse las consecuencias del consentimiento («qui dit contractuel dit juste»; «el que firma se vincula»). En un contrato de adhesión, los clientes conocen y «quieren» los elementos esenciales y se adhieren respecto a las condiciones generales. Por lo tanto, los elementos esenciales están protegidos por la autonomía privada pero las condiciones generales a las que se ha adherido el cliente, no. La adhesión significa simplemente: darse por enterado de la existencia de condiciones generales aplicables al contrato; saber cuáles son éstas y disponer de ellas durante la vida del contrato autorizando al predisponente a establecer regulaciones *equivalentes* al Derecho dispositivo (porque, en tal caso, no deben afectar a la decisión de contratar del adherente)³⁴.

³² Añadiendo el tenor literal del art. 10.1 c), que afirma que las condiciones generales deben cumplir el requisito de justo equilibrio de las prestaciones (p. 71).

³³ Nuevamente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE hace suya no sólo la propuesta de restaurar la rescisión por lesión, sino las palabras de GOUNOT, que son un canto a la concepción liberal del contrato, es decir, a la concepción que llevó a los codificadores justo a eliminar la rescisión por lesión: «Siendo el contrato ante todo un acto de previsión... perdería su razón de ser si la incertidumbre debiera planear sin cesar sobre su realización y si el juez pudiera, en nombre de la utilidad general o de la justicia, transformar arbitrariamente sus cláusulas» (p. 72). MARTÍNEZ DE AGUIRRE no ve contradicción: «es preciso encontrar el equilibrio entre lo útil y lo justo» (p. 72).

³⁴ V., ampliamente, ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 80-107. Nuestra propuesta, garantiza la protección de los contratantes sin tener que alterar fundamentalmente el sistema de nuestro Derecho Privado —a diferencia de lo que sucede con su propuesta de reincorporar la rescisión por lesión—. Aunque el autor no entre a discutir nuestra propuesta, la califica en una nota (nota 81) como «discutibles afirmaciones». Un resumen de nuestra propuesta se publicará próximamente en la voz «Condiciones generales de la contratación», *Enciclopedia Jurídica Civitas*. Madrid (en prensa).

Un problema muy distinto es el de la equivalencia entre las prestaciones esenciales del contrato (precio y cosa en la compra-venta, etc.). Aquí, atribuir a los jueces un poder genérico para modificar el contrato cuando le parezca que las prestaciones no tienen un valor similar es, sencillamente, inconstitucional³⁵. Los casos en los que están autorizados a hacerlo vienen marcados por la ley de usura y por los límites genéricos a la autonomía privada del art. 1.255 CC. No hace ninguna falta la rescisión por lesión. Al revés, tal vez, lo que haría falta es derogar las normas correspondientes del Derecho navarro y catalán —especialmente éste último— que, en este punto, son completamente *Ancien Régime*.

c) A estas discrepancias se añaden las relativas a la función y significado del Derecho dispositivo. Martínez de Aguirre se suma nuevamente a De Castro afirmando que los particulares no pueden derogar el Derecho dispositivo sin justificación (límites inmanentes de la libertad contractual)³⁶. Como hemos tratado de demostrar en nuestro estudio, De Castro recogió en un párrafo brillante una concepción —la desarrollada por Raiser en Alemania en unos años treinta muy poco proclives a respetar la libertad y la dignidad humanas— completamente contraria a la concepción de nuestro liberal Código Civil³⁷. En la concepción de nuestro

³⁵ También tratábamos de argumentarlo en nuestro estudio, v., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 140 ss., argumentación que ha sido aceptada por BUSTOS, *La Ley*, 22-10-1993, p. 2. Se equivocó, por tanto, el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE cuando afirma que «el principio rector (de la legislación de condiciones generales) es la consecución del justo equilibrio contractual, tanto *entre las prestaciones* como entre los derechos y obligaciones de las partes» (p. 84). Tal posibilidad estuvo en la mente de los funcionarios de Bruselas que hicieron los primeros borradores y fue, afortunadamente, desechada, v., detalladamente, A. EMPARANZA, «La directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», RDM (1994) en prensa.

³⁶ V. p. 65. En este punto, no creemos que pueda citarse para argumentar el papel que en la actualidad deba corresponder a la autonomía privada, en la misma nota, a Zöllner y De Castro (nota 133, p. 67). Zöllner constituye, probablemente, el mejor ejemplo de liberal «exaltado» que criticaba, como conservador iusnaturalista que era, el profesor De Castro. Frente a la doctrina de los límites inmanentes, Zöllner reafirma el valor y la vigencia de la autonomía privada como libertad para decidir sin tener que dar razones o justificar el propio comportamiento (W. ZÖLLNER, «Zivilrecht und Zivilrechtswissenschaft in ausgehende 20. Jahrhundert», AcP 188 (1988) p. 85 ss., p. 95) y, en particular, se muestra muy crítico con las normas de protección de los consumidores y con cualquier clase de Derecho especial (p. 91). Así, afirma irónicamente que, alguien que, como él, sintió como una liberación la ocupación de Alemania por las tropas americanas en el año 1945, no es capaz de apreciar en qué medida protegen la libertad normas como la de los negocios celebrados fuera de establecimiento que permiten a Lutter o a Eike von Hippel (dos conocidos iusprivatistas alemanes) revocar su consentimiento. Por lo demás, no creemos que «el mejor» De Castro esté bien reflejado en el artículo de 1982 sobre las limitaciones intrínsecas a la autonomía de la voluntad.

³⁷ V., ALFARO, *Condiciones generales*, pp. 85-87 y, ampliamente, en general, sobre el Derecho dispositivo, ampliamente, pp. 354 ss.

Código, el Derecho dispositivo no es más que la regulación típica que el legislador considera como más próxima a la voluntad presumible de contratantes típicos y que, por lo tanto, puede ser derogado no sólo por la voluntad expresa de las partes (sin necesidad de justificar su conducta), sino incluso por la existencia de datos en el contrato que indiquen que tal hubiera sido su voluntad si hubieran previsto la cuestión (interpretación integradora del contrato). Dado que Martínez de Aguirre no añade argumento alguno a los de De Castro, nos remitimos nuevamente a lo que allí expresamos³⁸.

4. El problema de la información

La concepción aquí criticada resulta especialmente discutible en lo que se refiere a los deberes de información recíproca de los contratantes. Así, se llega a afirmar que «en toda relación contractual, las partes intervinientes tienen la obligación recíproca de informarse sobre cuantos puntos sean precisos a fin de lograr un consentimiento libre y reflexivo». Estos autores se dan cuenta, lógicamente, de que imponer un deber de información desincentivaría la búsqueda de la información³⁹ y añaden que habría que remunerar al que la ha obtenido: «como siempre se trata de conseguir el equilibrio» (p. 82). El problema es que, una vez más, la buena voluntad no basta: ¿cómo se remunera?, ¿en qué casos?, ¿qué informaciones han de facilitarse y cuáles no?, etc.⁴⁰ Nueva-

³⁸ Un resumen de nuestro planteamiento puede leerse en J. ALFARO, «La función de los usos en el Código de comercio», *RDM* 1992, núm. 205, pp. 419 ss. MARTÍNEZ DE AGUIRRE se adhiere a una frase especialmente desafortunada de DE CASTRO en la que el eximio civilista afirma que los límites inmanentes a la autonomía privada son «los que fueran considerados naturales e indiscutibles por el Derecho común» (p. 68 nota 136). Modestamente creemos que, tal vez, el autor no ha valorado exactamente el significado de la frase de DE CASTRO. Derecho común es el Derecho vigente antes de la Codificación. Los límites a la libertad individual considerados «naturales e indiscutibles» por el Derecho común eran la consideración del cobro de intereses como usura; la existencia de un precio justo objetivamente determinable; la competencia de las corporaciones para crear y aplicar Derecho y el sometimiento de los ciudadanos a las reglas correspondientes a su *status* y no al contrato, etc. Estamos seguros que MARTÍNEZ DE AGUIRRE no suscribe que tales deban considerarse como límites deseables a la autonomía privada.

³⁹ Para qué se va a molestar un contratante en buscar la información si los efectos beneficiosos de la misma van a ser para otra persona, v. las observaciones que hacíamos en relación con la publicidad en nuestra anterior recensión, *ADC* 1993-I pp. 302 ss.

⁴⁰ V., una aproximación a estos problemas en el ámbito de la contratación en C. PAZ-ARES, «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios Broseta* (en prensa) distinguiendo entre informaciones que contribuyen a crear riqueza e informaciones que simplemente crean una ventaja en la negociación solo respecto de las segundas podría imponerse un deber de informar.

mente, decir que sería bueno que los consumidores estuvieran informados no pasa de ser un deseo, no un principio jurídico operativo.

V. CONCLUSIONES

El profesor Martínez de Aguirre nos pide un ejercicio de fe. Nos pide que creamos que el Derecho es el mejor remedio para que los intercambios se realicen de la forma más beneficiosa para toda la sociedad. Así, en relación con la objeción que le habíamos hecho en nuestra recensión anterior de que la protección del consumidor corresponde *prima facie* al mercado, señala:

«Desde el punto de vista mas teórico y abstracto, dicha aproximación opera lo que cabría denominar como “reduccionismo economicista”... que resulta peligroso... el riesgo es, por tanto, el de otras consideraciones distintas de las económicas que, sin embargo, tienen un peso específico importante en la formulación y aplicación de las reglas del Derecho: me refiero a la justicia, el bien común y la utilidad pública, la protección de los más débiles, y en el fondo, la primacía de las personas sobre las cosas» (p. 48) ⁴¹.

El problema es quién decide sobre lo que es justo o injusto, lo que es propicio para el bien común o la utilidad pública o lo que favorece a los más débiles. Estos argumentos han sido los más utilizados por los poderosos de una sociedad para obtener privilegios a costa de la generalidad. Por lo tanto, mientras no tengamos un mejor candidato para tomar tales decisiones, a nuestro juicio, las mismas deben reservarse a los individuos, permitiéndoles que, como seres humanos dotados de dignidad, utilicen su patrimonio y su tiempo como tengan por conveniente, sin imponerles conductas que a los profesores nos parezcan las más convenientes para ellos. El mercado tiene muchos fallos, funciona mal ⁴² y, desde luego, funciona mejor que nuestros Juzgados y

⁴¹ Nos parece profundamente injusto para con los estudiosos del «law and economics» que el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE despache el análisis económico del Derecho con una cita de un tal Cranston afirmando que «olvida los valores de justicia y equidad». La bibliografía fundada en el «law and economics», dedicada al problema específico de la relación entre eficiencia y equidad, es ya inabarcable. V. PAZ-ARES, *Eficiencia, passim*.

⁴² Una breve y clara exposición de los fundamentos y las críticas a los postulados de la economía de libre mercado puede leerse en A. SCHOTTER *La economía de libre mercado. Una valoración crítica* (trad. esp. G. Hernández), Barcelona 1987; v. también la excelente exposición de X. CALSAMIGLIA, «Racionalidad individual y colectiva: mecanismos económicos y jurídicos de articulación» DOXA, 13 (1993) p. 69 ss.

nuestras Facultades de Derecho. Las páginas anteriores deben entenderse, en este sentido, como una llamada a la humildad de los iusprivatistas y como un recordatorio de lo que el profesor Bisbal ha denominado «la levedad del Derecho Privado», levedad que a algunos nos parece, también un objetivo de política jurídica y, a otros, una cualidad insoportable. La función social del Derecho Privado del tráfico es facilitar los intercambios, no dificultarlos. Si tomamos conciencia de ello, podremos los juristas, rechazar acusaciones tan injustas como la que hizo un periodista económico:

«La convicción de los juristas (es) que todos los problemas del mundo pueden resolverse simplemente promulgando las normas adecuadas. Encontrar un jurista que entienda y respete las fuerzas del mercado es tan difícil como encontrar a un fabricante de ropa infantil que comprenda y respete el celibato. Los cerebros de los juristas son incapaces de darse cuenta que es una tarea inútil tratar de vencer a las fuerzas del mercado. Lo único que se puede conseguir es deformarlas y hacer que produzcan efectos inesperados⁴³.

⁴³ Sydney Morning Herald, 25.5.81 *apud*, Centro Veljanovski, the economics of law. An introductory text, Londres, 1990, p. 13.

