

La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación*

PHILIPPE STOFFEL MUNCK**

RESUMEN: Para determinar si fue acertada la elección en derecho francés de concentrar las normas relativas al derecho del consumo en un cuerpo normativo particular, es indispensable verificar, no solo si estas son lo suficientemente autónomas con relación a las generales del Código Civil, sino si poseen un espíritu propio que las identifique. Partiendo de una verificación formal de las normas que alimentan las dos codificaciones, pasando por el análisis de una evolución legislativa fuertemente influenciada por el derecho comunitario, y concentrándose en la etapa de formación del contrato, se demuestra la existencia de un particularismo que encuentra sentido fundamentalmente en la categorización de una de las partes del contrato y en la protección de un orden público colectivo propio de las dinámicas de mercado.

PALABRAS CLAVE: Código Civil, Código del Consumo, derecho francés, formalismo informativo, derecho de retracto, cláusulas abusivas.

Autonomy of Consumer Contract Law: from a Civil Law perspective to a logic of regulation

* Este artículo es traducción del trabajo publicado en la *Revue trimestrelle du droit commerciale*, octubre-diciembre de 2012. Trad. del francés, MARGARITA MORALES. Fecha de recepción: 23 de agosto de 2013. Fecha de aceptación: 16 de septiembre de 2013. Para citar el artículo: STOFFEL, P. "La autonomía del derecho contractual del consumo: de una lógica civilista a una lógica de regulación", *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 25, julio-diciembre de 2013, pp. 57-79.

** Profesor de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne). Contacto: [Philippe.Stoffel-Munck@univ-paris1.fr].

ABSTRACT: In order to determine if the choice made in French Law of bringing the rules on Consumer Law into a single body of law was right, it is necessary to verify if these are not only enough autonomous with regard to the general rules of the Civil Code, but also if they possess their own spirit. Through the formal check of the rules conforming both codifications, the analysis of legal developments strongly influenced by Community Law and the focus on the phase of formation of contract, the existence of a specific character is proven, which find its very significance in the categorization of one of the parties to the contract, as well as in the protection of a collective public order particular to the market dynamics.

KEYWORDS: Civil Code, Consumer Code, French law, formalism, withdrawal, unfair terms.

SUMARIO: Introducción. I. La diferencia con un Código Civil. A. Las diferencias de contenido. B. La diferencia de fundamento. II. La especificidad del orden público del consumo. A. Las manifestaciones del particularismo del consumo. 1. La sanción del formalismo informativo. 2. El ejercicio desleal de los derechos de retracto. 3. Las técnicas de determinación del contenido del contrato. B. El derecho del consumo: rama del derecho de los mercados.

INTRODUCCIÓN

1. ¿Las reglas propias de los contratos de consumo son lo suficientemente autónomas para figurar en un código específico? La respuesta a esta pregunta es, como se sabe, distinta a través del mundo. En Europa, los alemanes integraron en el año 2002 una parte del derecho del consumo en el nuevo BGB. En Italia, en el año 2005 fue escogida la opción opuesta, con la adopción de un código específico¹, tal como ocurrió en Francia en 1993, salvo que en este caso no todo el derecho del consumo se encuentra allí integrado, lo que ha dado lugar a preguntarse sobre la conveniencia de recodificar o descodificar la materia². En España, el derecho del consumo no ha sido codificado en parte alguna³. En Quebec, las leyes del consumo coexisten al lado del Código Civil, pero este último reconoce la categoría del contrato de consumo al cual consagra ciertas disposiciones⁴. ¿Qué motivos pueden justificar una codificación separada?

- 1 C. AMATO, *Les contrats du consommateur en Italie en Le consommateur*, Trav. Assoc. H. Capitaint, t. LVII (2007), Paris, Bruylant, 2010, 131.
- 2 D. FENOUILLET y F. LABARTHE (dirs.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, Paris, Economica, 2002.
- 3 P. ROBLES LATORRE y F. PERTINEZ VILCHES, *Les contrats du consommateur en Espagne en Le consommateur*, Trav. Assoc. H. Capitaint, t. LVII (2007), Paris, Bruylant, 2010, 101.
- 4 B. MOORE, *Sur l'avenir incertain du contrat de consommation en Le consommateur*, Trav. Assoc. H. Capitaint, t. LVII (2007), Paris, Bruylant, 2010, 199. Publicado igualmente en *Les Cahiers du droit* 5, 2008, 49.

2. Ocasionalmente se ha afirmado que por intereses de orden práctico se justifica una codificación autónoma: los consumidores pueden tener conciencia de sus derechos con mayor facilidad si cuentan con un cuerpo oficial de textos que les conciernan. Esta no es una falsa idea: los editores jurídicos abastecen el mercado de estos documentos de manera más espontánea y completa que el legislador, puesto que se toman el cuidado de adjuntar en sus libros un índice, la jurisprudencia y los textos concernientes al consumo que no fueron objeto de codificación. Sin embargo, el acceso a esos documentos conlleva un costo, tanto en dinero como en tiempo, lo que hace que la codificación oficial conserve todo su interés, especialmente tangible en aquellos países en los que gracias a internet la legislación se encuentra a disposición del público, como es el caso de Francia, en donde gracias al sitio "Legifrance.gouv.fr" el Código del Consumo es de fácil acceso y gratuito a todos.

Este aspecto es de gran importancia, pero al final de cuentas no es determinante.

3. En el fondo, la pregunta sobre la codificación del derecho del consumo depende de aquella sobre su autonomía frente al derecho civil. Esta segunda pregunta determina el interés y la viabilidad de una codificación separada. En efecto, si un derecho se encuentra codificado aparte pero sin tener autonomía, con el tiempo se hará ilegible. Esto resulta del hecho de que, si las dos materias no forman sino una sola, las redundancias y las interacciones entre los dos códigos son numerosas, haciendo su manejo difícil, de tal suerte que, por ejemplo, al presentarse un cambio de un texto del Código este no repercute en el otro⁵. En el caso de Francia, se ha constatado que las partes legislativas y reglamentarias del *Code de la consommation*⁶ no coordinan siempre de forma adecuada⁷, situación que sería probablemente

5 Un ejemplo extraído del Código de Comercio: los artículos L.223-15 y L.228-26 que tratan sobre el *nantissement* [nota del trad.: suerte de garantía real que afecta la mayoría de veces a bienes muebles inmateriales] de ciertos valores mobiliarios; esos textos subordinan la realización de la garantía al respeto de lo previsto en el artículo 2078 del *Code civil* sobre la prenda: "El acreedor no podrá disponer de la prenda a falta de pago: a menos que se ordene judicialmente que esta prenda le corresponde como pago hasta el total debido, según una estimación hecha por peritos, o que se venda en subasta pública. Toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda o a disponer de ella sin las formalidades expuestas será nula" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]). Sin embargo este artículo fue abrogado con la reforma al derecho de garantías de 2006.

6 En adelante, Código del Consumo.

7 Un ejemplo: la legislación sobre crédito de consumo obligaba a los bancos a establecer su oferta según los modelos tipo elaborados por la administración. Estos, al no haber sido reactualizados durante años, contenían disposiciones que obligaban a la entrega de un documento en observancia a textos ya abrogados. Finalmente la jurisprudencia terminó por poner en cabeza de los bancos la obligación de adaptar, bajo su responsabilidad, los modelos administrativos obsoletos. Civ. 1ere, 17 juill. 2001, n.º 98-22.364, *Bull. civ.* I, n.º 233; *D.* 2002. 71, note D. MAZEAUD; *ibíd.* 2001.d2676, obs. C. RONDEY; *RTD civ.* 2002, 91, obs. J. MESTRE y B. FAGES; *ibíd.* 91, J. MESTRE y B. FAGES; *RTD civ.* 2002. 145, obs. B. BOULOC: "El artículo 311-13 citado anteriormente establece solamente la obligación al prestamista

más difícil si las evoluciones de los dos códigos debieran ser sincronizadas frecuentemente debido a la ausencia de autonomía de sus respectivos contenidos.

Una codificación específica no producirá sus virtuosos efectos si la materia que regula no cuenta con una cierta autonomía. Las dos preguntas están ligadas: "un código, un derecho", según la fórmula de JEAN CALAIS-AULOY⁸, constante que puede ser verificada en sentido inverso: si el derecho del consumo es autónomo, sería incoherente integrarlo en un código que contiene una materia con espíritu diferente: "un derecho, un código".

4. Entonces, parece razonable considerar que una codificación aparte supone un conjunto de reglas que tengan un objeto diferente a aquellas del Código Civil o que tengan una identidad de objeto pero no un espíritu que les sea propio. Sin embargo, pareciera que el derecho del consumo se hubiese convertido en un derecho del mercado, cuya lógica, incluso aplicada en materia contractual, estuviese alejada del derecho de contratos del Código Civil (I). El derecho del consumo tiene como objetivo la instauración de un orden público categórico, colectivo, más bien extraño al espíritu de las reglas civilistas (II).

I. LA DIFERENCIA CON UN CÓDIGO CIVIL

5. Tratándose de derecho del consumo, inmediatamente se percibe que toda una serie de reglas tiene un objeto distinto con relación a aquellas que figuran en el Código Civil. Basta con mirar la tabla de materias del Código francés para constatar que no solamente los puntos de comparación son limitados sino que, incluso en las zonas donde esto es posible, el fundamento de las dos legislaciones parece bien diferente.

A. Las diferencias de contenido

6. El *Livre premier* del Código del Consumo se titula: "Información de los consumidores y formación de los contratos". A primera vista, este tema parece comparable al del libro tercero del Código Civil, sin embargo, yendo al detalle, se percibe que aparte del simbólico artículo de apertura, en donde tanto en el contenido como en la forma se evocan disposiciones del Código Civil⁹, todo lo demás tiene su particularismo.

de establecer la oferta previa de crédito, según uno de los modelos tipo establecidos por la autoridad competente; esta obligación no puede dispensar al prestamista de satisfacer las exigencias legales cuando, como en el caso, el modelo tipo no había sido adaptado a una modificación legislativa ulterior".

8 J. CALAIS-AULOY, *Un code, un droit en Après le Code de la consommation: grands problèmes choisis*, coll. Actualités du droit de l'entreprise, Paris, Litec, 1995, 11.

9 Código del Consumo, art. L.111-1: "1. Todo profesional que venda bienes debe, antes de la conclusión del contrato, poner al consumidor en condiciones de conocer las ca-

A partir del artículo L.112-2 comienza una lista de varias decenas de menciones obligatorias que el profesional está constreñido a presentar al consumidor. El capítulo siguiente trata de las menciones sobre los empaques. Su primer artículo (L.112-1) dispone por ejemplo: "El etiquetaje de un producto que beneficia de una denominación de origen controlada *fromagère* debe contener obligatoriamente el nombre y la dirección del fabricante".

El sentimiento de estar ante otro registro diferente al del Código Civil comienza a establecerse puesto que, incluso si Francia es el país de los quesos, su etiquetaje no está contemplado en esta "constitución civil de los franceses" que, para retomar la palabra de CARBONNIER, es el propio Código Civil.

Enseguida, se encuentra un capítulo sobre los plazos de entrega. Este se encuentra compuesto por un artículo cuyo contenido, de nuevo, remite en su espíritu al Código Civil¹⁰.

Después de este átomo civilista, se abre por el contrario un largo capítulo consagrado a la "Denominación de Origen". Su contenido desentonaría singularmente en un Código Civil.

7. Se llega después a la formación de los contratos. Un título segundo es consagrado a las "Prácticas comerciales". Se trata de reglar la política comercial de los profesionales con relación al público con el fin de favorecer las buenas prácticas del mercado.

racterísticas esenciales del bien. II. El fabricante o el importador de bienes muebles debe informar al vendedor profesional del periodo durante el cual las piezas indispensables a la utilización de los bienes serán [estarán] disponibles en el mercado. Esta información es obligatoriamente entregada al consumidor antes de la conclusión del contrato. III. En caso de litigio referido a la aplicación de los numerales I y II, pertenece [corresponde] al vendedor probar que ha ejecutado sus obligaciones" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]).

10 Código del Consumo, art. L-114-1: "En todo contrato cuyo objeto consista en la venta de un bien mueble o la prestación de servicios a un consumidor, el profesional suministrador deberá, si la entrega del bien o la prestación del servicio no fuese inmediata, y si el precio pactado superase el umbral establecido por vía reglamentaria, indicar la fecha límite en que aquél se compromete a entregar el bien o prestar el servicio.

"El consumidor podrá denunciar el contrato de compraventa de un bien mueble o de prestación de servicios mediante carta certificada con acuse de recibo en el caso de que, sin haber intervenido un caso de fuerza mayor, se rebasa la fecha límite de entrega del bien o de prestación de los servicios en más de siete días.

"En ese caso, el contrato se reputará resuelto a la recepción por el vendedor o el prestador de los servicios de la carta con la que el consumidor le informa de su decisión, siempre que la entrega o, en su caso, la prestación, no se hubiese realizado en el intervalo comprendido entre el envío de la carta y su recepción. El consumidor podrá ejercer este derecho dentro de los sesenta días hábiles siguientes a la fecha fijada para la entrega del bien o la prestación del servicio.

"Salvo estipulación contractual en contrario, las sumas desembolsadas por anticipado se reputarán arras penales, por lo que cada parte contratante podrá liberarse de su obligación, en cuyo caso el consumidor perderá las arras y, en su caso, el vendedor profesional estará obligado a restituir el duplo" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr])

El título tercero se titula “Condiciones generales de los contratos” y el conjunto de temas que trata podría figurar en un Código Civil: arras penales y pagos a cuenta, cláusulas abusivas, interpretación y forma de los contratos, renovación de los contratos, prescripción...

No es posible predicar lo mismo del título siguiente que trata sobre el poder de los agentes de la administración encargada de controlar el mercado (la DGCCRF)¹¹.

8. El *Livre deuxième* evoca la ejecución de los contratos. Se titula “Conformidad y seguridad de los productos”. Sin embargo, y de nuevo, su contenido no es posible compararlo sino parcialmente con los habituales de un Código Civil. Al transponer una directiva comunitaria, el capítulo primero hace referencia a la garantía contractual del vendedor. Este tema es tan civilista que durante mucho tiempo se pensó hacer esta transposición al Código Civil¹². Acto seguido se encuentran una serie de capítulos que retoman el derecho del mercado, o mejor aún el derecho de mercados en el sentido extranjero del término. En lo esencial, allí se encuentra desarrollada una legislación muy administrativa de lucha contra el fraude y la falsificación.

9. El *Livre troisième* trata del “Endeudamiento”. De nuevo, el tema evoca el derecho civil a través del préstamo con interés y las garantías; sin embargo, el contenido de las disposiciones es de otra factura. Es la industria del crédito la que se contempla en los dos primeros títulos. Enseguida se encuentra un título consagrado a los procedimientos en caso de exceso de endeudamiento, suerte de derecho de insolvencia para deudas no profesionales. ¿Este es un tema de derecho civil? En fin, un título IV es consagrado a las garantías, aun cuando este tema ya había sido tratado en el título I, este sí de carácter civilista, aún más si se tiene en cuenta que el título sobrepasa el contexto del consumo ya que concierne a todas las garantías de personas físicas, sea que ellas actúen a título profesional o no, en garantía de deudas profesionales o no.

10. En fin, *les deux derniers livres* no tienen nada en común con un Código Civil. En ellos se tratan las estructuras de mercado, es decir, las asociaciones de consumidores y sus facultades, así como las instituciones (órganos de concertación, órganos de coordinación administrativa, el Instituto Nacional del Consumo, etc.).

11. Este simple sobrevuelo al contenido del Código del Consumo francés muestra que numerosos temas del derecho del consumo son extraños a lo que parece estar

11 Dirección General de la Competencia, del Consumo y de la Represión de Fraudes.

12 G. VINEY, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente*, JCP 2002, I 158 ; P. JOURDAIN, D. MAZEAUD, *Transposition de la directive du 25 mai 1999: une occasion de progrès à ne pas manquer*, D. 2003, 4, *Contra*: G. PAISANT y L. LEVENEUR, *Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation?*, JCP 2002, I, 135.

habitualmente integrado en un Código Civil. De hecho, solo una serie limitada de disposiciones podrían, *ratione materiae*, encontrar un lugar aparentemente natural en una codificación de esa naturaleza. Se trata:

- De cuatro artículos aplicables a todo contrato de consumo (Código del Consumo, arts. L.111-1, L.114-1, L.132-1 y L.133-2);
- De la sección relativa a la formación de contratos a distancia (Código del Consumo, art. L.121-16 a L.121-20-16);
- Del artículo L.136-1, relativo a la tácita reconducción de los contratos de prestación de servicios;
- Del capítulo consagrado a la garantía de conformidad en la venta mobiliaria y en el contrato de servicios cuyo objeto sea un bien mueble corporal (Código del Consumo, arts. L.211-1 a L.212-1)
- Posiblemente del derecho de crédito al consumo (Código del Consumo, arts. L.311-1 a L.313-16) y sin duda el préstamo vitalicio hipotecario (Código del Consumo, art. L.314-1 a L.314-20).
- Seguramente del título relativo a las garantías (Código del Consumo, art. L.341-1 a L.341-6).

12. Estos textos, derivados en su mayoría del derecho europeo¹³, hacen parte del derecho de contratos. La gran mayoría de ellos tratan de la fase de formación del contrato, visando tanto el esclarecimiento del consentimiento (formalismo, derecho de retracto) como la determinación lícita del contrato (cláusulas abusivas). Todos tienen en común la relación entre un profesional y un consumidor (*BtoC*¹⁴). Esto no explica la razón por la cual estos textos deberían estar situados en lugar diferente al del resto del derecho de contratos: las disposiciones del Código Civil relativas a los contratos tienen vocación para ser aplicadas al *BtoC*, así como al *BtoB*¹⁵ y al *CtoC*¹⁶.

13. Su exclusión puede justificarse en un motivo técnico debido a su ascendencia europea. El derecho comunitario del consumo solo se interesa por la relación entre profesional y consumidor. Su evolución solo concierne a este tipo de trato. Si la regla de transposición hubiese sido inscrita en el Código Civil y fuese aplicable a todas las materias, la repercusión de la evolución comunitaria propia del *BtoC* sería extremadamente difícil: o la evolución del conjunto de normas se da de acuerdo a

13 Cláusulas abusivas, contratos a distancia, garantía de conformidad y crédito al consumo son objeto de directivas, de tal forma que los textos del Código del Consumo son solo una transposición.

14 En marketing *Business to consumer* [nota del trad.].

15 En marketing *Business to Business*, haciendo referencia a todas las relaciones entre empresas y profesionales [nota del trad.].

16 En marketing *Consumer to consumer*, haciendo referencia a todos los intercambios de bienes y servicios entre consumidores, sin pasar por un intermediario [nota del trad.].

lo impuesto por las autoridades europeas, lo que implicaría alinear todo el derecho de contratos de acuerdo a la evolución del *BtoC*; o se limita la importancia de la evolución solo a este tipo de relaciones, lo que haría que la norma civil perdiese de forma inmediata la unidad que se le había querido imprimir. Imaginemos a título de ejemplo que se hubiese transpuesto al Código Civil la Directiva de 1999 relativa a la garantía en la venta: si una reforma hubiese modificado el término de duración de la garantía en el *BtoC*, habría sido necesario, o repercutir esta variación de manera ciega en todo el derecho de contratos, aun cuando esta no fuese apta para el *BtoB* o para el *CtoC*, o limitarla al *BtoC* alterando de esta forma la ambición general del texto civil. La importancia del trabajo europeo relativo al derecho contemporáneo del consumo, al igual que su vocación para verse periódicamente reajustado, como lo expresan las cláusulas de revisión diferida contenidas en la mayoría de directivas¹⁷, resaltan el interés en que este tipo de reglas se integren en un *corpus* específico.

14. Con independencia de este argumento propio del contexto europeo, el hecho de ubicar los textos de consumo en un texto especial se entiende si se comprueba que estos tienen un espíritu extraño al Código Civil. A la inversa, si una de esas reglas puede fácilmente concebirse en una relación entre particulares (*CtoC*), su lugar se encuentra en el Código Civil.

15. Se llega entonces a la pregunta sobre la autonomía del derecho contractual del consumo. Solamente si la regla de consumo tiene un espíritu diferente al del derecho común, es legítima su ubicación en un código específico. ¿Existe una diferencia de espíritu?

B. La diferencia de fundamento

16. La autonomía del derecho del consumo es menos evidente en nuestra tradición intelectual que la del derecho comercial. En efecto, es fácilmente admisible que una relación entre personas dedicadas a los negocios presente un particularismo,

17 La mayoría de directivas sobre el derecho del consumo contienen actualmente una disposición que prevé que un balance de la aplicación del texto en los Estados miembros será hecho en una fecha determinada, con el fin de determinar cuáles son los ajustes a los textos que parecen oportunos (¿ajustes oportunos o textos oportunos?). La interpretación dinámica de la Corte de Justicia de la Unión Europea (CJUE) contribuye a esta evolución, de tal forma que ubicar un determinado aspecto del derecho común de los contratos bajo la égida de las directivas implicaría ubicar dicho asunto bajo la autoridad de la jurisprudencia elaborada por la CJUE contemplando exclusivamente la problemática del *BtoC*, salvo, de nuevo, si se diferencia la significación de la regla según la relación a la que es aplicable. Una revisión generalizada del *acquis communautaire* [la totalidad de la legislación europea, nota del trad.] se encuentra actualmente en curso. Por otra parte, la comisión ordenó hace cinco años la revisión de las directivas relativas al derecho del consumo (COM (2006) 744 final: JOUE n.º C61, 15 de marzo de 2007,1).

por lo que nadie controvierte la legitimidad, si ya no de un código de comercio, al menos de un código dedicado al mundo de los profesionales independientes. El particularismo del derecho contractual en el *BtoC* es menos evidente. Defendido desde hace tiempo por algunos especialistas¹⁸, el derecho del consumo colisionó con el escepticismo, con la hostilidad de la mayoría de civilistas¹⁹.

Al menos en lo relativo al periodo anterior a la comunitarización de la materia, su reacción es comprensible. En efecto, históricamente el derecho del consumo se ha construido como un derecho de protección del débil contra el fuerte²⁰. Sin embargo, esta óptica de protección no es en nada extraña al derecho de contratos del Código Civil. Inspirado por el cristianismo de DOMAT y de POTHIER, este código protege al incapaz, al *errans*, al que se equivoca, a la víctima de la violencia; se exalta la buena fe, se admiten los plazos de gracia, etc. Si el espíritu del derecho del consumo toma partido por la debilidad, este presentaría una diferencia de grado más que de naturaleza con respecto al Código Civil.

17. Sin embargo, este ángulo de análisis del consumo es equívoco ya que nunca se ha precisado a qué tipo de relación de fuerza reenvía. ¿Asimetría en la información? ¿Asimetría en la necesidad al contratar? ¿Asimetría en el poder de negociación? ¿Diferencia de riqueza? Por otra parte, desde el momento en que se define al consumidor como aquel que consume llevado por una necesidad exterior al ejercicio de su profesión, se constata que BILL GATES es un consumidor cuando adquiere un computador para uso doméstico. Sin embargo, en este caso no se ve que se justifique la necesidad de protección, como tampoco en numerosos casos menos caricaturales²¹. Sobre todo es necesario constatar que, a la inversa del Código Civil,

18 J. CALAIS-AULOY, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, RTD civ. 1994. 239: "Es dudoso que la generalización pueda concernir a la totalidad de reglas protectoras. Cuando, fuera de los principios, se trata de elaborar reglas técnicas de protección, es posible darse cuenta rápidamente de que las relaciones entre particulares y consumidores presentan trazos particulares que obligan a establecer reglas específicas" (254). G. RAYMOND, *Le livre vert sur le droit de la consommation*, CCC 2007. Etude 5, especialmente el n° 2.

19 Ejemplos: M. BORYSEWICZ, *Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats*, Etudes Pierre Kayser, t. 1, Aix-Marseille, PUAM, 1979, 91; G. BERLIOZ, *Droit de la consommation et droit des contrats*, JCP 1979, I, 2954; D. BUREAU, *Remarques sur la codification du droit de la consommation*, D. 1994, Chron. 291; D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation: nouvelles frontières?*, Mélanges J. Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, 697.

20 J. BEAUCHARD, *Remarques sur le code de la consommation*, Écrits en hommage à Gérard Cornu, Paris, PUF, 1994, 9.

21 Cualquiera que sea el ángulo bajo el cual se aprecia el poder, no es la destinación doméstica de la compra la que determina si se es poderoso o no. Un consumidor puede, por su fortuna, sus conocimientos, su red de relaciones personales, el tiempo del cual dispone, la vivacidad de su carácter, no encontrarse realmente en posición de inferioridad con relación a su interlocutor, lo que explica que a los arrendatarios no les gusta arrendar el bien a firmas de abogados, por ejemplo. Hay consumidores humildes; hay también "pequeños comerciantes" (operadores independientes, sociedades pequeñas), cuyo número es considerable en el comercio al detal, sobre todo si aquí se incluye a los artesanos y a las profesiones liberales. El aspecto que resalta es que al observar los contenciosos se

el derecho del consumo no determina sus favores en función de la consideración concreta de la necesidad de protección del contratante.

18. Sería más exacto decir que ya no la determina más. Hubo una evolución en que la legislación sobre cláusulas abusivas resulta emblemática. Proferido en 1978, este dispositivo benefició durante largo tiempo al profano, entendido como una persona física o moral, que contratando por necesidades de orden profesional, se encontraba protegida como un consumidor si contrataba fuera del campo de su especialidad²². Esta situación no producía un gran desorden puesto que el número de cláusulas que podían ser declaradas abusivas en aquella época, no era nada significativo. En efecto, solo podían ser declaradas como abusivas las cláusulas reputadas como tales por decreto, y solo hubo un decreto, que por lo demás contemplaba apenas tres tipos de cláusulas. En 1991, la Corte de Casación decide separarse de la necesidad de un decreto previo²³. En 1993, la Directiva europea sobre las cláusulas abusivas adopta una concepción no intelectual sino material del consumidor, definiéndolo como aquel que contrata por necesidades ajenas a su profesión²⁴. Rápidamente la jurisprudencia francesa se alinea con este concepto. Los textos europeos posteriores confirman su inclinación por esta definición rígida de consumidor. Es así como el derecho del consumo se convirtió en un derecho de protección desligado de toda apreciación concreta de la necesidad de protección en la persona del contratante.

¿Cuál es entonces el fundamento de la protección ofrecida? El espíritu propio de la materia depende de este.

19. Mi sentimiento es que el derecho del consumo contempla la relación entre el consumidor y el profesional como una relación anónima de mercado (incluso yo diría, jugando con las palabras pero para mostrar mejor la idea, como una relación

tiene la impresión de que, entre los consumidores que acuden a la justicia, la proporción de los humildes es relativamente reducida en relación con su proporción en la población general.

- 22 Civ. 1re, 28 avr. 1987, n.º 85-13.674, *Bull. civ.* 1 n.º 134, p. 103; *JCP* 1987. II. 20893, nota G. PAISANT; *D.* 1988. Jur. I nota PH. DELEBECQUE: "los jueces de segunda instancia han estimado que el contrato concluido entre *Abonnement téléphonique* y la *Société Pigranel* escapaba a la competencia profesional de esta última, cuya actividad de agente inmobiliario era extraña a la muy especial técnica de los sistemas de alarmas y que, en lo relativo al contrato en causa, se encontraba en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor en su lugar, por lo que han deducido a buen derecho que la Ley del 10 de enero de 1978 era aplicable".
- 23 Civ. 1ere, 14 mai 1991, n.º 89-20.999, *Bull. civ.* 1, n.º 153; *D.* 1991. 449, nota J. GUESTIN; *ibid.* 320, obs. J.-L. AUBERT; *RTD civ.* 1991, 526, obs. J. MESTRE; *RTD civ.* 1992, 227, obs. B. BOULOC.
- 24 Directiva 93/13/CEE del 3 de abril de 1993 concerniente a las cláusulas abusivas en los contratos concluidos entre consumidores, art. 2: "A los fines de la presente directiva, se entiende por 'consumidor': Toda persona física que, en los contratos regulados por esta directiva, actúa con fines que no entran en el campo de su actividad profesional".

de *super-mercado*), y no como una relación que refleje la individualidad de los actores. Así como lo mostró el análisis de su contenido, el Código del Consumo tiene como objetivo reglamentar ese mercado específico del BtoC: define sus instituciones, su policía y organiza la regulación de sus prácticas esenciales, lo que explica el lugar que él consagra a las prácticas comerciales.

Esta óptica colectiva repercute en las disposiciones que el Código consagra a las relaciones contractuales.

20. Un autor estima, por ejemplo, que en la legislación de inspiración europea, "es en razón del intercambio que el consumidor es, como tal, tan protegido. Es con sus compras que él alimenta el mercado, razón por la que surge la necesidad de protegerlo. Confiando en el mercado, él estimula los intercambios"²⁵. El espíritu de ese derecho del consumo tendría como objetivo, no tanto la protección del individuo que lo requiere, sino reforzar la creencia de la colectividad de consumidores en una protección fuerte e indiscutible (automática) que los incite al consumo sin exceso de escrúpulos. Dicho de otra forma, "la protección de la parte débil no interviene más como la de un solo individuo, sino en nombre de un interés colectivo: el de funcionamiento del mercado"²⁶.

21. La observación del derecho positivo tiende a acreditar ese cambio de perspectiva. Los títulos mismos de las leyes de consumo recientes así lo manifiestan. Es la Ley n.º 2004-575 del 26 de junio de 2004, "por la confianza en la economía numérica", la que remodeló ciertos textos del Código del Consumo sobre los contratos a distancia, con el fin de estimular el comercio electrónico. Es la Ley n.º 2005-67 del 28 de enero de 2005, "para reforzar la confianza y la protección del consumidor", la que le dio un cuadro estricto a la reconducción tácita de los contratos del consumo. A este efecto, su exposición de motivos es bastante explícita. La ley encuentra su justificación en el hecho de que "consumir mejor y más es sin duda uno de los objetivos prioritarios de cada uno de nuestros conciudadanos", de suerte que, "hoy más que nunca, es conveniente dar de nuevo confianza al consumidor, quien por su peso en la creación de riqueza solo puede tener un impacto positivo en el crecimiento"²⁷. No es la regla moral, a la que RIPERT estaba

25 A. GHOZI, *La conformité en Faut-il recodifier le droit de la consommation?*, dir. Fenouillet y Labarthe, Paris, Economica, 2002, 104.

26 J. ROCHFELD, *Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, MEL. G. VINEY, Paris, LGDJ, 2008, 835, n.º 8. En el mismo sentido: E. LAWLOR, *Droit de choisir et impulsion économique: l'objectif de la politique européenne des consommateurs dans le marché unique*, Luxemburgo, Commission des communautés européennes, 1990; H. AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, pref. A. GHOZI, Aix Marseille, PUAM, 2002, n.º 150 y 153.

27 Proposición de la Ley Chatel y Barrot tendiente a devolver confianza al consumidor. Doc. Ass. Nat, 12e Législature, n.º 1141, 1 y 2.

tan ligado, la que inspira al legislador: es el objetivo económico de crecimiento a través del consumo.

Sobre todo, la jurisprudencia sanciona las reglas contractuales protectoras del Código del Consumo de una manera demasiado alejada de la perspectiva concreta del Código Civil. Su estudio muestra que el orden público de protección instituido por el Código del Consumo en materia contractual, no es exactamente de la misma naturaleza que aquel al que se refiere el Código Civil.

II. LA ESPECIFICIDAD DEL ORDEN PÚBLICO DEL CONSUMO

22. El derecho contractual que figura en el Código Civil protege a aquel que en concreto lo requiere. Es un derecho individualista que no protege las categorías de manera ciega. Solo los menores son protegidos, de suerte que esta población, cuantitativamente marginal entre los sujetos contractuales efectivos, no constituye el modelo de contratante sobre el cual se construyó el derecho de contratos que figura en ese Código.

De forma inversa, el Código del Consumo protege la categoría como tal de consumidores. Poco le importa que en un determinado litigio el destinatario concreto de la regla protectora no tenga necesidad de protección alguna. Ese particularismo del derecho contractual del consumo hace que produzca resultados que un civilista admitiría con mucha dificultad, haciendo que el derecho contractual del consumo se ancle en una lógica de regulación que lo liga más al derecho del mercado que al derecho civil.

A. Las manifestaciones del particularismo del consumo

23. Tal como se ha expuesto, la gran mayoría de reglas del Código del Consumo que atañen al derecho de contratos conciernen a la fase de formación del acto instaurando frecuentemente un formalismo. Así mismo, esas reglas emplean la técnica del retracto. Bajo estos aspectos, la puesta en marcha de la regla de derecho difiere enormemente de lo que se conoce en el derecho civil.

1. La sanción del formalismo informativo

24. El formalismo es uno de los aspectos que sirven para caracterizar el "*derecho consumista del consumo*"²⁸. En el Código del Consumo se desarrolla de forma particular este aspecto en los contratos a distancia, los contratos de crédito y los de garantía. Se observa igualmente en los contratos de consumo reglamentados

28 En el texto original se utiliza la expresión *droit consumériste de la consommation*, que tiene un significado propio en Francia, pero que carece de traducción precisa al español [nota del trad.].

fuera de ese Código, como es el caso del contrato de seguro de vida, a guisa de ejemplo.

El contrato de garantía es emblemático del particularismo que se le otorga al formalismo en el derecho del consumo. Este figura especialmente en los artículos L. 341-12 y L.341-3 del Código del Consumo, creados por la "Ley de iniciativa económica" n.º 2003-721 del 1.º de agosto de 2003 ("Ley Dutreil"). Esta Ley Dutreil es el resultado de un encaminamiento instructivo.

25. A mediados de los años ochenta, la primera sala civil de la Corte de Casación le dio un alcance singular al artículo 1326 del Código Civil que exige que el garante escriba, de su puño y letra, "la suma, en todas sus letras y cifras", que se compromete a pagar. Aun cuando este formalismo es normalmente probatorio, la sala primera de la Corte considera que esas "exigencias relativas a la mención manuscrita no constituyen simples reglas de prueba sino que tienen por finalidad la protección del garante", exigiendo además su respeto *ad validitatem*²⁹. Esta jurisprudencia, aplicable a toda garantía sin distinción *rationae personae*, fue abandonada en la parte esencial en 1989, luego en otra parte en 1991, hasta que lo fue definitivamente en 2002, fecha en la cual el artículo 1326 del Código Civil vuelve a retomar su carácter meramente probatorio. Sin embargo, esta audaz jurisprudencia pudo ser fácilmente abandonada gracias a que, en cuanto a su idea esencial, el legislador tomó el relevo.

26. Ese relevo fue realizado por una ley que se denominó "Neiertz", del 3 de diciembre de 1989, cuyo dispositivo formalista sería vertido en el Código del Consumo en el momento de su adopción (Código del Consumo, art. L.313-7)³⁰. Ese formalismo *Neiertz* consistía en la redacción por el garante de una mención manuscrita bien precisa, que pretendía proteger la conciencia del garante respecto de la importancia de su compromiso, requisito cuya ausencia se sancionaba con la nulidad del acto.

La Ley *Neiertz* solo imponía ese formalismo a las personas físicas que habían servido como garantes de un crédito suscrito, *brevitatis causa*, para financiar las necesidades de los no profesionales (Código del Consumo, arts. L.311-1 y ss. y L.312-1 y ss.).

27. En 2001, la Ley Dutreil retoma de manera exacta ese dispositivo pero extendiendo el beneficio a toda persona física constituida como garante, compro-

29 Civ. 1re, 30 de junio de 1987, *Bull. Civ.* I, n.º 210; F. TERRÉ y Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, part. 2, 12º éd., Paris, Dalloz, 2008, n.º 292 (autores que relatan el conjunto de la evolución resumida en el texto principal, que empieza en 1983).

30 PH. THÉRY, *La différenciation du particulier et du professionnel. un aspect de l'évolution du droit des sûretés*, Dr. et patr. Avr. 2001. 53: "En el mismo momento en el que la primera sala civil regresa a las soluciones clásicas, el legislador retoma su inspiración amplificándola" (54, columna 2).

metiéndose con un acreedor profesional, independientemente de la naturaleza de las deudas garantizadas³¹. Así las cosas, ese formalismo se aplica a las garantías suscritas por los administradores societarios, situación que fue objeto de comentario en su momento³².

28. El movimiento de protección salió así de los textos del Código Civil para establecerse en los textos del Código del Consumo aun cuando el régimen del formalismo fue modificado de manera progresiva.

En la época de la jurisprudencia iniciada por la sala primera de la Corte de Casación, basada en el artículo 1326 del Código Civil, se podía pensar que la exigencia de la mención manuscrita encontraba su razón de ser en la protección del garante, de suerte que si se probaba que su conocimiento no necesitaba de esta medida, ya no era necesario sancionar el irrespeto al formalismo³³. La perspectiva era clásica, conforme a la tradición civilista, descrita en un célebre artículo de Jacques FLOUR³⁴.

- 31 Código del Consumo, art. L.341-2: "Toda persona física que, en calidad de fiador, se obligue por documento privado frente a un acreedor profesional deberá, bajo pena de nulidad, hacer preceder a su firma, solamente, la mención manuscrita siguiente: 'Al declararme fiador de X, dentro de los límites de la suma de... que cubre el pago del principal, de los intereses, y en su caso, de los recargos de apremio o intereses por retrasos, y durante el período de..., me comprometo a reembolsar al prestamista las cantidades debidas a cuenta de mis rentas y bienes si X no satisficiera [sic] las mismas'" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]).
- 32 Ejemplos: D. LEGAIS, *Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement* en JCP E 2003.1433, n.º 9. P. CROCQ, *La mention manuscrite : une réincarnation juridique aux dépens de la jurisprudence antérieure* en RTD civ. 2004. 121: "La ley ha entendido, de manera particular, tener aplicabilidad con relación al garante-administrador societario, ya que de los trabajos preparatorios de la ley surge la voluntad de protegerlos de las aleas de la vida económica (V.A. PRÜM, *Protéger les cautions contre elles-mêmes*, en RDBF 2003, 269 s.). D. FENOUILLET, en RDC 2004, 304 ss., especialmente 324: "El legislador no tenía la intención de distinguir". D. HOUTICIEFF, *Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique* en JCP 2003. I. 161, n.º 2: "El Código del Consumo viene de esa manera en ayuda del Código de Comercio para poner a los administradores al abrigo de las aleas que sufren las empresas que ellos garantizan". PH. SIMLER, *Cautionnement*, 4e. éd., Paris, Litec, 2008, n.º 255.
- 33 Civ. 1re, 4 mars 1986, n.º 84-16.818, *Bull.civ.* 1, n.º 49: "Cuando el monto de la suma que el garante se comprometió a pagar, no puede ser cifrado en el momento de la realización del acto, estamos frente a un compromiso indeterminado, en cuyo caso, de la combinación de los artículos 1326 y 2056 del Código Civil, resulta que el acto jurídico en cuestión debe comportar, de forma escrita y de la mano del garante, una mención que exprese de cualquier forma, pero de manera explícita e inequívoca, que él tiene conocimiento de la naturaleza y de la extensión de la obligación contraída. Para la apreciación de ese carácter explícito e inequívoco deben ser tenidos en cuenta no solo los términos empleados, sino también las calidades, funciones y conocimientos del garante, sus relaciones con el acreedor y el deudor de la obligación garantizada, así como la naturaleza y las características de esta última".
- 34 J. FLOUR, *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme*, Mélanges Georges Ripert, t. 1, Paris, LGDJ, 1950, 93, en especial n.º 19: "Ciertas formalidades previenen la ausencia de reflexión y el fraude; pero no es solo la omisión, en este caso particular, la que sirve para probar la ausencia de reflexión y el fraude, fruto, las más de las veces, de la ignorancia y de la negligencia. El juez debe resolver el conflicto entre dos hombres, en el cual uno preten-

En esa óptica, los garantes administradores no podían esperar sacar gran partido del formalismo instaurado por la jurisprudencia. ¿Acaso ellos no tenían la posibilidad de estar lo suficientemente informados en razón de su profesión? De forma más general, las consecuencias de la irregularidad formal se encontraban sistemáticamente suspendidas luego de un debate probatorio a propósito de la inteligencia del consentimiento del garante.

29. Las cosas comenzaron a cambiar con la Ley Neiertz (Código del Consumo, art. L. 313-7). Esta vez, el criterio que sirve para delimitar el campo de aplicación del formalismo devenía abstracto: toda persona física que garantice una deuda de consumo. Sin embargo, esa persona podía estar perfectamente informada: un abogado empleado en un banco, que se constituye garante de un crédito inmobiliario en favor de su hijo, se encontraba cobijado por el artículo 313-7 del Código del Consumo. ¿Esta persona realmente necesita del formalismo de la mención escrita?

Fieles a la tradición, los jueces admitían que la nulidad del artículo L.313-7 del Código del Consumo no era automática, calificándola por ejemplo de relativa con el fin de ser purgada por una confirmación que servía para expresar la claridad del consentimiento otorgado por el garante³⁵; otras cortes, por su parte, se negaban a admitir que la nulidad legal fuese objeto de confirmación³⁶, lo que hacía que la jurisprudencia fuese "incierta"³⁷.

Sin embargo, la Ley Dutreil confirma claramente un cambio de perspectiva. Su decisión de extender a los administradores societarios que se constituyen como garantes el beneficio del formalismo implicando la mención manuscrita no tiene nada de accidental: es obligado constatar que la voluntad del legislador fue la de hacer que ese formalismo fuese indiferente a las facultades intelectuales del garante.

30. La consecuencia es que, *de plano*, el dispositivo legal ya no se articula basándose en la necesidad particular que tendría el garante de ver su consentimiento esclarecido, puesto que él se aplica, *de plano*, a categorías de garantes cuyo consentimiento no puede estar más esclarecido. Actualmente, parece estar confirmado que la nulidad debe operar "sin que haya lugar a preguntarse sobre si la prueba del

de escapar a sus compromisos valiéndose de una simple irregularidad material; si él está convencido del carácter libre y consciente de su consentimiento, ¿no desearía imponer la fuerza obligatoria del contrato al cocontratante de mala fe? Para hacerlo, debe aportar una prueba que la ley parecía descartar, o validar un acto que la ley podría anular".

35 V.J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, n.º 172 y la decisión citada. Simler, *Le cautionnement*, cit., n.º 257, y las decisiones citadas en nota 608. D. HOUTCIEFF y A.S. BARTHEZ, *Les sûretés personnelles*, cit., n.º 528 y la decisión citada.

36 Cfr. las otras decisiones citadas por SIMLER (ob. cit.).

37 S. PIEDELIÈVRE, *La réforme de certains cautionnements par la loi du 1^{er} août 2003*, Paris, Defrénois, 2003, 1371, n.º 10.

conocimiento por parte del garante del alcance y la extensión de su compromiso ya fue aportada³⁸.

Son numerosas las decisiones en las que los jueces establecen que la nulidad es automática³⁹, interviniendo "sin que el juez pueda apreciar la gravedad o el alcance de la falta sancionada"⁴⁰. Incluso la Corte de Casación se plegó a esta solución, estimando que la nulidad debía ser pronunciada incluso si se había establecido que el garante había tenido conciencia del alcance de su compromiso⁴¹, confirmando después que ese formalismo se aplicaba a "toda persona física, fuese avezado o no"⁴², de suerte que la sanción prevista por el texto debe ser aplicada de forma sistemática, sin que sea posible distinguir a ciertos garantes "en razón de sus calidades de asociados y de gerentes de sociedades garantizadas"⁴³.

Se está lejos de la lógica civilista, más aún si se trae a consideración otro ejemplo: el uso de los derechos de retracto.

2. El ejercicio desleal de los derechos de retracto

31. El derecho del consumo ofrece al consumidor diferentes derechos de retracto, por ejemplo en materia de contrato a distancia (Código del Consumo, art. L.121-20), venta a domicilio (Código del Consumo, art. L.121-24) o contrato de préstamo (Código del Consumo, art. L.311-12).

Estas facultades son discrecionales, en la medida en que pueden ser ejercitadas sin necesidad de motivación. En este punto, no existe gran distancia respecto al razonamiento civilista en donde un retracto convencional puede ser ejercido sin

38 Versailles, 16 dic. 2010, n.º 09/08127.

39 Montpellier, 2e ch., 7 dic. 2010. n.º 10/01507: "nulidad automática del acto"; Montpellier, 2e ch., 23 nov. 2010, n.º 09/7114 (misma fórmula); Montpellier, 2e ch. 8 déc. 2009, n.º 07/13825 (misma fórmula); Orléans, 1re ch. civ., 27 mars 2008 n.º 07/02323: "debe ser sancionada automáticamente"; Orléans, 15 févr. 2007, n.º 06/00676; Orléans, 15 févr. 2007, n.º 06/00676; Orleans, 8 févr., 2007, n.º 06/00973.

40 Versailles, 13e ch., 23 sept. 2010, n.º 09/05529; Orléans, 16 sept. 2010, n.º 09/02477 (misma fórmula); Caen, 1re ch., 12 mars 2009, n.º 08/02491: "no dejan ninguna posibilidad de apreciación del juez sobre el alcance del compromiso de la persona concernida"; Orléans, 15 févr. 2007, n.º 06/00676; Orléans, 8 févr. 2007, n.º 06/00973.

41 Com., 28 avr. 2009, n.º 08-11.616, *Bull.civ.* IV, n.º 56; D. 2009, 1351, obs. V. AVENA-ROBARDET; *ibid.* 796, obs. D. LEGEAIS; *JCP* 2009, 32, n.º 25 nota S. PIEDELIEVRE; *RDC* 2009, 1444, obs. D. FENOUILLET; *JCP* 2009, 492, n.º 6 obs. PH. SIMLER.

42 Com., 10 janv. 2012, n.º 10-26.630, *Bull.civ.* IV, n.º 2; D. 2012. 276, obs. V. AVENA-ROBARDET; *ibid.* 1573, obs. P. CROCQ; *Rev. Sociétés* 2012. 286, nota i. RIASSETTO; *Ibid.* 177, obs. D. LEGEAIS.

43 Civ. 1re, 8 mars 2012, n.º 09-12.246, *Bull. Civ.* I, n.º 53; D. 2012. 1102, nota L. THIBERGE; *ibid.* 1573, obs. P. CROCQ; *ibid.* 2050, crónica C. CRETON, B. VASALLO; *Rev. Sociétés* 2012. 421, nota i. RIASSETTO.

justificación. Sin embargo, en derecho civil, el retracto será neutralizado si se prueba que fue ejercitado de mala fe⁴⁴.

En lo que concierne a las facultades legales de retracto instituidas a favor de los consumidores, parecen no tener ese límite, o al menos ese es el sentimiento que inspira una jurisprudencia muy severa en materia de seguros de vida, tema que participa del derecho del consumo aunque no se encuentra contenido en el código que lo atañe.

32. Esta jurisprudencia se formó a propósito de la facultad de retracto instituida por el artículo L.132-5-1 del Código de Seguros. De acuerdo con este texto, el asegurado dispone de un término de 30 días para retractarse. Desde 1981 hasta 2006, la ley añadía que si el asegurado no había recibido una comunicación particular de información, ese plazo se prorrogaría automáticamente hasta la entrega efectiva del documento; sin embargo, desde el principio, los aseguradores se economizaban el envío del mismo, prefiriendo incluir en el cuerpo del contrato las informaciones que este debía contener. Avalada expresamente por la administración, esta práctica de "condiciones generales equivalentes a la comunicación" terminó por ser desfavorable a los aseguradores.

El problema surge de la caída de la bolsa ligada a la explosión de la burbuja de internet, ya que los asegurados, habiendo invertido en seguros de vida soportados en acciones, vieron cómo el valor de sus inversiones comenzó a caer. Algunos de ellos, astutamente aconsejados, sostuvieron que el plazo de retracto del artículo L.132-5-1 nunca había corrido para ellos teniendo en cuenta que jamás recibieron comunicación alguna, lo que significaba que aún podían ejercer el derecho de retracto a pesar de la larga duración de sus contratos. Lo que estaba en juego era simple: si el retracto operaba, el contrato era reputado como inexistente y el asegurador estaba en la obligación de restituir las sumas de dinero que le fueron entregadas desde el inicio y que se habían volatilizado por cuenta del *crash*.

33. En 2006, la Corte de Casación acoge esta argumentación y juzga el artículo L.132-5-1 como de aplicación mecánica, lo que implica que la sanción debía operar aun cuando el asegurado no tuviese necesidad de comunicación alguna para saber el funcionamiento del contrato, ni los riesgos a los que estaba expuesto por cuenta de su decisión, importando poco si él había invocado el artículo de mala fe. Exactamente la Corte sostiene que "el ejercicio de la facultad de renunciación prorrogada, abierta de pleno derecho para sancionar la falta del asegurador al no

44 Civ 3e, 11 mai 1976, *Bull. civ.* III, n.º 199; D.1978. Jur: 269, nota J.-J. TAISNE ; Defrénois 1977, 456, obs. J.-L. AUBERT: "la facultad de retractarse, habiendo sido ejercida de mala fe, no puede producir ningún efecto jurídico".

enviar los documentos y las informaciones enumeradas en el artículo, es discrecional para el asegurado cuya buena fe no es requerida⁴⁵.

Esa indiferencia frente a la buena fe, así como la falta de aptitud del abuso del derecho, eran incomprensibles dentro de una lógica civilista, lo que no implicó que la solución jurisprudencial fuese mantenida de forma constante⁴⁶, mostrando cuán lejos se encuentra de la lógica del derecho del consumo.

Se pueden citar con relación al ejercicio de un derecho de retracto otros ejemplos⁴⁷, pero estos son menos numerosos que aquellos relativos a la sanción del formalismo informativo⁴⁸. Este distanciamiento igualmente se ilustra en otra parte, especialmente en lo relativo al ejercicio de las reglas de determinación del contenido del contrato.

3. Las técnicas de determinación del contenido del contrato

35. Tanto el artículo L.132-1 del Código del Consumo que hace referencia a las cláusulas abusivas como el L.133-2 del mismo, relativo a la obligación de interpretar el contrato en favor del consumidor, son ampliamente conocidos y cuentan con su réplica en derecho común. Así por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que el artículo 1131^[49] del Código Civil puede conceder al juez el poder de descartar

- 45 Civ. 2e, 7 mars 2006, n.º 05-12.338, *Bull. civ.* II, n.º 63; *D.* 2006. 807; *ibid.* 2008. 120, obs. H. GROUDEL; *RDI* 2006. 173, obs. L. GRYNBAUM; Civ 2e, 7 mars 2006, n.º 05-10.366 y 0410.366, *RDI* 2006. 173, obs. L. GRYNBAUM ; Reporte anual Corte de Casación. 2006, 401; *RGDA* 2006,479, nota J. KULLMANN; *RCA* 2006, comentario 208, nota G. COURTIEU; *JCP* 2006. I 135, obs. L. MAYAUX; *JCP* 2006. II. 10056, nota F. DESCORPS DECLÈRE; *JCP* 2006. I. 153, n.º 1, obs. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD; *JCP E* 2006, n.º 1938, nota S. HOVASSE; *RDI* 2006. 173, obs. L. GRYNBAUM; *RDC* 2007.223, obs. J. ROCHFELD.
- 46 Ej.: Civ 2e, 10. juill. 2008, n.º 07-12.072, *Bull. civ.* II, n.º 177; *D.* 2008. 2144; *Dr. et patr.* févr. 2009.128, obs. PH. STOFFEL-MUNCK; Civ. 2e, 3 févr. 2012, n.º 11- 3.707; Civ. 2e, 28 juin 2012, n.º 11.18. 203.
- 47 Si bien es cierto que el ejercicio desleal de un derecho de retracto en materia de consumo parece no tener la misma incidencia que en derecho civil, esa deslealtad puede comprometer, excepcionalmente, la responsabilidad de su autor. Cfr. CJCE, 3 sept. 2009, n.º C-489/07, *Pia Messner c/ Firma Stefan Krüger*, *D* 2009, 2161, Obs. AVENA-ROBARDET; *ibid.* 2010. 790, obs. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD; *RTD eur.* 2010. 695, crónica C. AUBERT DE VINCELLES, *Comm. com. electr.* 2010. comm. 6.4 y nuestra nota.
- 48 Ej.: Civ. 1re, 30 mars 1994, n.º 92-18.179 (formalismo en la venta a domicilio); Civ. 1re, 21 nov. 2006, n.º 05-20.706, *Bull. civ.* I, n.º 510; *D.* 2007. 151, obs. C. RONDEY; *ibid.*, 2007, 436, obs. B. BOULOC (mismo asunto); Civ 1re, 17 juill.2001, n.º 98-22.364, *Bull. civ.*, I, n.º 233; *D.* 2002. 71, nota D. MAZEAUD; *ibid.*, 2001. 2676, obs. C. RONDEY; *RTD civ.* 2002.91, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *ibid.* 91, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; *RTD com.* 2002. 145, obs. B. BOULOC (préstamo de consumo); Civ. 3e, 8 mars 2006, n.º 05- 11.042, *Bull. civ.* III, n.º 59; *D.* 2006. 808, obs. Y ROUQUET ; *ibid.*, 2007. 903, obs. N. DAMAS ; *AJDI* 2006. 643, obs. S. LAPORTE-LECONTE; *RTD civ.* 2006. 797, obs. P. CROCQ; *JCP* 2006. II. 10131, nota E. BAZIN (garantía en la Ley Mermaz: la sanción debe ser aplicada "sin que sea necesario establecer la existencia de pretensión").
- 49 Art. 1131: "La obligación sin causa, o con una causa falsa, o con una causa ilícita, no podrá tener ningún efecto" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]).

ciertas cláusulas en un contrato que no fuese de consumo⁵⁰, y en igual forma, el artículo L.133-2 del Código del Consumo evoca el artículo 1162 del Código Civil que impone la interpretación en favor del deudor de la obligación; sin embargo, los mecanismos del Código del Consumo son mucho más categóricos que sus primos del Código Civil.

36. Por ejemplo, el artículo 1131 del Código Civil sirve para desactivar las cláusulas limitativas de reparación excesivamente desequilibradas, pero la decisión opera caso por caso y siempre sobre la base de la evaluación concreta de la relación en causa⁵¹, mientras que el artículo L.132-1, 6.º del Código del Consumo las prohíbe sistemáticamente, tal como lo hace, también de forma categórica, con las cláusulas que permiten a una parte modificar unilateralmente un elemento del contrato⁵². *A contrario*, el derecho común admite esas cláusulas bajo reserva del uso abusivo que podría darse de las mismas, lo que implica nuevamente una apreciación caso por caso⁵³.

En forma paralela, allí donde el artículo L.133-2 del Código del Consumo impone la interpretación en favor del consumidor, el artículo 1162 del Código Civil permite la interpretación en favor del deudor. El texto del Código Civil es más neutro que el otro, ya que para saber quién va a favorecerse de la regla civil se debe analizar en el proceso la obligación en litigio, y en ese estadio la necesidad de interpretación se hace sentir sin la parcialidad que impone el "fuerte" o el "débil", ya que es posible que el deudor no sea necesariamente la parte más débil⁵⁴. Incluso si se entiende el artículo 1162 del Código Civil de otra manera, por ejemplo, en el sentido de que el contrato debe ser interpretado contra su redactor, el espíritu de las dos disposiciones difiere: el artículo 1162 contiene una directiva que se le da al juez cuando de buscar la común intención se trata, lo que puede explicar que solamente debe entrar en juego de manera subsidiaria, es decir, en ausencia de otro

50 PH. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, Paris, LGDJ, 2000, n.º 387 y s.

51 Com., 22 oct. 1996, n.º 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n.º 258; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., t. 2, 12.ª ed., Paris, Dalloz, 2008, 111. Com., 29 juin 2010, n.º 09-11.841, *Bull. civ.* IV, n.º 115; D. 2010. 1832, obs. x. DELPECH, nota D. MAZEAUD; ibíd. 1697, ed. F. ROME; ibíd. 2011. 35, obs. P. BRUN, O. GOUIT ; ibíd. 472, obs. S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON; *RTD civ.* 2010. 555, obs. B. FAGES; *JCP E* 2010. 1790, nota PH. STOFFEL-MUNCK.

52 Código del Consumo, art. R.132-1, 3.º. Sin embargo, de forma excepcional, los contratos de servicios de comunicación electrónica pueden comportar ese tipo de cláusulas, con la condición de permitir al consumidor salir del contrato si él no consiente la modificación (Código del Consumo, art. L.121-84).

53 Es la famosa jurisprudencia sobre las cláusulas de revisión unilateral del precio (Cass. Ass. Plén., 1er déc. 1995. *Bull. ass. plén.* n.º 7, n.º 8 et n.º 9; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., t. 2, 12.ª ed., Paris, Dalloz, 2008, 74, n.º 152-155).

54 Por ejemplo, cuando un arrendatario se queja de la incapacidad del arrendador para asegurarse un disfrute pacífico del bien arrendado, el deudor de la obligación es el arrendador. Este no es forzosamente la parte débil del contrato, en especial cuando se trata de un banco, una compañía de seguros, una sociedad inmobiliaria, etc.

medio para encontrar esa intención; mientras que el texto del Código del Consumo se le impone al juez, incluso cuando este no conciba que la intención común en el caso concreto esté encaminada en el sentido más favorable para el consumidor⁵⁵.

38. De nuevo, los procedimientos empleados por el Código del Consumo en materia contractual, se distinguen de los del Código Civil por su indiferencia a la necesidad concreta de protección que existe en la relación a la cual se aplican. Los del Código del Consumo protegen al contratante no en consideración a su debilidad concreta, sino porque hace parte de una categoría protegida en abstracto.

El espacio que separa una protección medida concretamente y una protección medida abstractamente expresa la distancia que separa los mecanismos contractuales del derecho del consumo de los del derecho común, marcando la diferencia entre esos dos derechos, el uno de espíritu individualista y el otro de espíritu colectivo.

B. El derecho del consumo: una rama del derecho de los mercados

39. El particularismo del régimen de protecciones contractuales con el que el derecho del consumo reviste al consumidor deja al descubierto su fundamento específico. El ejemplo del formalismo en las garantías sirve para establecerlo de mejor manera.

40. El formalismo clásico y el formalismo del consumo tienen en común un objetivo de protección, sin embargo, la técnica del Código del Consumo muestra que el formalismo tiene por finalidad la protección "del garante" en cuanto categoría. Para asegurarse de proteger correctamente a cada garante, el legislador habría decidido protegerlos todos categóricamente, de manera invariable.

Este análisis se acompaña con la concepción "moderna" del formalismo informativo, tal como la describía por ejemplo GERARD COUTURIER. Según este autor, "se trata de garantizar la protección de ciertas categorías de contratantes vistas como si estuviesen ubicadas en situación de inferioridad"⁵⁶. Debe entenderse que esas personas son consideradas abstractamente, así como en el derecho positivo contemporáneo la categoría de "consumidores", vista de forma abstracta, es considerada como situada en situación de inferioridad, aun cuando la realidad nos muestra toda clase de personas, incluidas las más eminentes.

55 Civ. 1re, 21. Janv. 2003, n.º 00-13.342, *Bull. civ. I*, n.º 19; D. 2003. 2000, nota H. CLARET; *ibid.* 693, obs. V AVENA-ROBARDET; *RTD civ.* 2003. 292, obs. J. MESTRE Y B. FAGES; *RTD com.* 2003, 559, obs. B. BOULOC; *RDC* 2003. 91, obs. M. BRUSCHI; Civ 2^e. 13 juill. 2006, n.º 05-18.104. *Bull. civ. II*, n.º 214; *RDC* 2007. 435, obs. B. BOULOC; CCC 2006, comentario 209, obs. L. LEVENEUR.

56 G. COUTURIER, *Les finalités et les sanctions du formalisme*, Paris, Defrenois, 2000, 880, en especial 896.

Esta transición, en la ley, pero especialmente en su aplicación, de una perspectiva individual a una perspectiva abstracta y colectiva, habría sin duda despistado a FLOUR (*supra* n.º 28), de la misma forma que la protección de los consumidores, en cuanto categoría, despistó a la doctrina civilista⁵⁷.

41. Sin embargo, esta evolución guarda su coherencia si se tiene en cuenta que ese formalismo abstracto, puesto que es categórico, consiste en instaurar unas prácticas contractuales estandarizadas cuya sanción será aplicable a todo profesional que no las respete. Bajo este aspecto, el formalismo del consumo presenta un carácter que podríamos calificar como *disciplinario*. Dicho de otra manera, el procedimiento empleado para favorecer la protección del conjunto de garantes consiste en instituir una disciplina profesional impuesta, especialmente, a los establecimientos de crédito. El espíritu del dispositivo consiste en hacer responsable al prestamista, de la buena información brindada a todas las personas físicas que se constituyan como garantes en su beneficio, prohibiéndole interrogarlas sobre el saber particular de cada una de ellas.

Es posible decir lo mismo a propósito del formalismo en los seguros de vida evocado anteriormente (*supra* n.º 32 a 34). La Corte de Casación nos dice que el legislador "ha querido compeler al asegurador" a entregar la información aun cuando fuese el propio asegurado el que hubiese concebido el producto de seguro y lo conociese mejor que nadie. Si el asegurador no cumple con esta obligación de información, la sanción será *automática*⁵⁸.

Sin duda la medida es severa, pero esta incita eficientemente a una estandarización de prácticas y de documentos contractuales perfectamente adaptados al hecho de que las relaciones de consumo son unas relaciones de masa: los contratos no se negocian, y como los productos y los servicios son objeto de una distribución estandarizada, es vital que su soporte documental sea de igual forma estandarizado. El derecho de crédito de consumo y su puntilloso formalismo documental se amalgaman bien desde esa perspectiva, óptica que permite, además, entender la obligación de los profesionales de contratar sobre la base de modelos tipo definidos con la administración, lo cual es completamente extraño al espíritu del derecho civil⁵⁹.

57 Sobre ese cambio radical de perspectiva, cfr. x. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP 1999, I, 170.

58 Civ. 2e, 7 mars 2006, n.º 05-12.338 y 05-10.367, Bull. Civ. II, n.º 63, D. 2006. 807; *ibid.* 2008. 120, obs. H. GROUDEL; RDI 2006. 173, obs. L. GRYNBAURN: "el legislador quiso constreñir al asegurador a brindar al asegurado una información suficiente y ha escogido acompañarla de una sanción automática, cuya aplicación no puede ser modulada de acuerdo a las circunstancias del caso concreto". Esta fórmula sigue vigente: cfr., por ejemplo, CA Paris, 18 sept. 2012, Juridata n.º 2012-020647.

59 El antiguo artículo L.311-13 del Código del Consumo disponía: "La oferta previa se formulará de conformidad con las disposiciones de los artículos anteriores según uno de los modelos que apruebe el Comité de Reglamentación Bancaria previa consulta con

43. Aparece entonces que esta concepción de contrato reducido a un documento estandarizado es de igual modo coherente con los otros caracteres del derecho del consumo que parecen tan extraños al universo intelectual del civilista. Precedentemente pusimos de relieve el lugar de privilegio del que gozan en el Código del Consumo las "prácticas comerciales", desde el etiquetaje a la publicidad, así como la descripción de poderes de la DGCCRF, de las asociaciones de consumidores y de las otras instituciones del mundo del consumo. El tema tiene verdadera cohesión, como lo muestra por ejemplo el rol preponderante que ostentan las asociaciones de consumidores, atendiendo a la invitación que les hace el artículo L.421-6 del Código del Consumo, en el control de los contratos de adhesión⁶⁰. Este texto fue especialmente concebido para la lucha contra las cláusulas abusivas, materia en la que una institución típicamente de consumo, la Comisión (paritaria) de cláusulas abusivas, cuenta con un rol preponderante⁶¹.

Todo esto muestra que, como lo escribe uno de los observadores más regulares de la materia, "el derecho del consumo no es solo un conjunto de medidas destinadas a proteger la parte débil de un contrato [...]; el derecho del consumo es mucho más que eso: es un derecho de la regulación del mercado al mismo nivel que el derecho de la competencia"⁶². Al menos, desde que Europa tomó las riendas de este asunto, el derecho del consumo tomó el *BtoC* como filosofía: se interesa por el contrato bajo esta perspectiva y lo regula según los procedimientos y el espíritu propios de esta manera de observar la realidad. Dicho de otra manera, no se interesa en el contrato en cuanto acuerdo que refleje el particularismo de una relación interindividual concreta. Se considera como un eslabón en un proceso de distribución en masa orientado por los poderes públicos y los representantes de las categorías económicas interesadas, sector por sector, en dinamizar el mercado.

Este derecho, además, tiene en cuenta, al menos en lo relativo a la distribución de servicios y bienes mobiliarios, que el contrato se inserta en un proceso deci-

el Consejo Nacional del Consumo" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]). Los modelos se anexaban al Código (antiguo art. R.311-6 del Código del Consumo). El actual derecho de crédito de consumo suprimió esta obligación sin renunciar al procedimiento, obligando a la entrega de una serie de documentos cuya presentación y contenido son objeto de estricta reglamentación.

60 Art. L.421-6 del Código del Consumo: "Las asociaciones indicadas en el artículo L421-1 y los organismos que acrediten su inscripción en la lista publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en aplicación del artículo 4 de la directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de recuperación de la posesión en materia de protección de los consumidores, podrán acudir a la jurisdicción civil para demandar el cese o la prohibición de toda actividad ilícita en relación con las disposiciones de transposición de las directivas citadas en el artículo 1.º de la directiva arriba mencionada" (trad. oficial, [Legifrance.gouv.fr]).

61 L. LEVENEUR, *La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations*, en *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, Trav. Assoc. Henri Capitant, Paris, LGDJ, 1997, 155. Y cfr., del mismo autor, su contribución al coloquio organizado en la Corte de Casación para los 30 años de la institución (disponible en [www.clauses-abusives.fr]).

62 G. RAYMOND, *Le livre vert sur le droit de la consommation*, CCC 2007, Étude 5, n.º 2.

sorio generalmente muy rápido, de perspectivas financieras limitadas y en el cual el cliente no lo lee a menos que ya se encuentre en presencia de un incidente de ejecución ulterior, de suerte que sus cláusulas son pobres en cuanto a su voluntad común, aspecto en el que se contradice con relación a lo que se presenta en las relaciones *BtoB* o *CtoC*.

El conjunto invita a una uniformización de la documentación, a una reglamentación cada vez mayor del contenido del acto, a una automaticidad en las sanciones y a una orientación resueltamente pro-consumidora, de manera que sirva para favorecer la confianza de los clientes y la simplificación del reglamento de conflictos.

45. Las reglas que el derecho del consumo consagra para el contrato ya no se inscriben en la filosofía del derecho común. Ellas pueden emplear procedimientos técnicos que se han inspirado en él pero su régimen tiende a diferenciarse de aquel en puntos que, aunque parecen de simple detalle, manifiestan en realidad la autonomía de la materia⁶³. En ese espíritu, la utilidad técnica de un Código del Consumo es evidente, ilustrada especialmente en disposiciones como el artículo L.141-4 del mismo, según el cual "el juez puede relevar de oficio todas las disposiciones del *presente código* en los litigios nacidos de su aplicación".

Esta autonomía del derecho del consumo y de su código aparece legítima, ya que refleja la realidad específica de la materia: la distribución en masa no es una realidad enteramente idéntica a la de una operación hecha *sur mesure*, lo que hace que aparezca justificado que el derecho de contratos masivos no sea exactamente idéntico al derecho de ese contrato, si no negociado, al menos negociable, que contempla el Código Civil.

46. De esta forma, si bien la codificación francesa no parece constituir un modelo, al menos parece fundada su elección metodológica. Puesto que es realista acordar a los contratos de consumo ciertas reglas autónomas, se encuentra fundado –y es técnicamente útil⁶⁴– insertarlas en un código que le sea propio. Por lo demás, esto le deja al Código Civil la mejor parte: el derecho de contratos que él contempla puede seguir desarrollándose bajo la hipótesis del acuerdo negociado individualmente, en esa relación de inteligencia a inteligencia que le inhala su dinámica propia. ¿No le conviene más esto que un alineamiento bajo el régimen jurídico que imponen los contratos masivos?

63 Hemos visto solo algunos aspectos, pero manteniéndonos exclusivamente en la óptica de las nulidades por irregularidad de forma, el particularismo de la materia parece justificar que dicha nulidad tenga una naturaleza específica: relativa pero no ratificable. Esta era la propuesta de G. FARJAT en lo relativo a la sanción de lo que él llamaba "el orden público de protección colectiva": cfr. G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963, n.º 163 y s.

64 Cfr. de nuevo el ejemplo que se extrae del artículo L.141-4 del Código del Consumo (*supra* n.º 36).