

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

1.ª Protección real del consumidor. Vivienda y crédito

I. EL JUEZ PROTECTOR DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS QUE EXIGE LA CONSTITUCION EN CONTRAPOSICION AL JUEZ QUE EXIGE EL SISTEMA

Por primera vez nos vamos a ocupar en un Congreso de esta Asociación del Juez Civil y del papel que le corresponde en la realización de ese Estado Social y Democrático de Derecho que proclama la Constitución y que se encuentra en la base de nuestro ideario. Parece que, en todo esto, al Juez Civil le corresponde el papel menos lucido. Se pretende que el orden económico es el establecido por el denominado libre juego de las fuerzas sociales dentro del sistema de libertad de empresa, con lo que, además de olvidar la idea de la «economía social de mercado» que es la proyección de ese Estado Social de Derecho en el ámbito económico, se busca la resignación a que de esa forma se perpetúe y reproduzca la desigualdad y asimetría que hoy caracteriza a las relaciones económicas. Frente a tal inercia, esta ponencia pretende suscitar el debate y la reflexión sobre el fundamental papel que corresponde al Juez Civil, como juez de «lo corriente».

El tema es extenso y se presta a muchas consideraciones generales; pero, por razones de tiempo y por respeto al lema de este Congreso, sin renunciar a tratar algunos aspectos generales de la Justicia, nos centraremos en el concepto del Juez Civil como equilibrador y protector de los derechos de los consumidores y usuarios. Para ello trataremos de dibujar sus perfiles a la luz de la Constitución, aunque sólo sea para caer en la cuenta de que se trata de un Juez distinto al que, hoy por hoy, exige el sistema. Para huir de ese concepto de Juez que no sólo opiniones de todo tipo reclaman, sino incluso del que propicia la propia Inspección. Después, trataremos de los problemas corrientes con los que se topa diariamente el Juez Civil desde esta perspectiva.

La simple lectura de la Constitución pone de relieve las muchas ideas caducas que están presentes en el lenguaje común, en el de los juristas y en el de la judicatura. Y es que, todavía hoy, al hablar del Juez, a muchos se les viene a la cabeza un tipo de juez neutral, aséptico, no implicado que aplica el derecho como si de un simple juego de lógica formal se tratase. Su papel sería el de elaborar artificiosos silogismos en los que la premisa mayor sería la Ley (aderezada con extensas y, a veces, anquilosadas recetas jurisprudenciales); la premisa menor, el caso concreto (necesariamente y para limpieza de la inferencia, cercenado en muchos de sus aspectos que no se consideran significativos para la Ley, de la que el Juez se declara mera voz), y finalmente la conclusión, es

decir, el fallo. El Juez queda de ese modo liberado de responsabilidad y dispensado de reflexionar sobre las consecuencias de su resolución.

Esto, que ya se demostró como una quimera para los juristas ligados a la escuela de la exégesis» y a la de la codificación como un sistema axiomático y completo, se acentúa hoy cuando el Legislador ha perdido todo interés sistematizado y cuando las Exposiciones de Motivos reflejan la misma retórica del debate parlamentario.

Defender hoy esta tesis en nombre de la distinción entre Derecho y Política, sosteniendo en ella la apoliticidad del Juez, no es sino otro modo de hacer política... reaccionaria, por supuesto.

Otra cosa bien distinta es que el Juez no deba ser sectario.

En efecto, por la lectura de los artículos 1.º y 9.º de la Constitución queda claro en la medida en que este término puede ser usado en nuestro campo-que el Derecho no se concibe ya como un sistema axiomático, cerrado y completo que puede dar solución segura a un número indeterminado de casos, un marco neutro para el libre juego de las fuerzas sociales guiadas por el interés particular. El Derecho ha de ser concebido como un instrumento de progreso dirigido a lograr la realización de los valores superiores que la Constitución proclama (libertad, justicia, igualdad, participación, seguridad, dignidad de la persona, libre desarrollo de la personalidad, etc.).

No parece ocioso recordar aquí que el artículo 9.º de la Constitución dice que corresponde a los Poderes Públicos -incluido el judicial- promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, al tiempo que les obliga a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

Que esto afecta al Juez Civil -y más a la luz del artículo 53.3 de la Constitución- parece una obviedad, y, sin embargo, se hace necesario insistir sobre ello, porque es sobre el Juez Civil sobre el que más se proyecta la idea caduca del juez neutral, garante de la seguridad del tráfico, respetuoso con la autonomía de la voluntad y absolutamente limitado por el principio de rogación y de aportación de parte. Esta idea encierra una grave contradicción, ya que, si el Juez es instrumento del Derecho, ¿cómo puede quedar al margen de los valores de progreso, justicia, libertad e igualdad real que impregnan ese derecho del que es instrumento?

Sostener esa contradicción en nombre del Derecho, de la apoliticidad del Juez y de la seguridad, supone marginarse del derecho vigente, hacer política de otra clase, simplificar deliberadamente la labor del Juez y, aunque parezca contradictorio, agrandar el portillo de la inseguridad cuando no de la arbitrariedad.

Es necesario además someter a crítica la idea de que el Juez no innova nada en el mundo del Derecho, limitándose a mirar el pasado a la luz de la norma y sin tener en cuenta las consecuencias de su resolución. Y esto es algo que afecta de modo especial al Juez civil -menos condicionado

que el Juez penal por su posición garantista-. Del Juez civil, como señala Dieter Simon, puede decirse, lo mismo que del constitucional, que crea y hace realidad ese orden público económico que, admitiendo la libertad de empresa como principio de organización, subordina los derechos patrimoniales subjetivos a su fin social y a la idea de progreso en pos de la libertad, la participación y la igualdad real, perfilando caso a caso cuál sea la función social de los derechos patrimoniales y el ejercicio social de los mismos.

Y si las relaciones reales en el campo de la economía de mercado se caracterizan hoy por la desigualdad y por la asimetría, la misión del Juez civil no puede ser la de permanecer neutral limitándose a constatar las condiciones formales de igualdad, sino que ha de intervenir como reequilibrador y restablecedor de la igualdad real, prestando especial atención a la parte más débil, como le exigen los artículos 9.º y 53.3 de la Constitución. Para esto, desde luego, no sirve el simplificado silogismo judicial. Si la Ley no ha sido nunca una unidad de sentido acabada y siempre ha necesitado del caso concreto para completar su sentido, de modo que el jurista tiene que mirar alternativamente a la norma y al caso para entender una y otro, hoy hay que proclamarlo con mayor razón al haber perdido el legislador todo interés sistematizador. Las leyes, sobre todo en el campo civil y mercantil, surgen de múltiples compromisos y sus textos están llenos de principios generales y de conceptos indeterminados que ha de ir construyendo el Juez al contemplar el caso concreto. Basta leer leyes como la General de Defensa de Consumidores y Usuarios, la de Defensa de la Competencia, la General de Publicidad o las numerosas reglamentaciones y directivas comunitarias, para comprobar esta realidad.

Todo ello exige del Juez la reflexión suficiente sobre el supuesto concreto, y para entender la realidad social que subyace en él no puede apartarse del caso, sino que ha de sentirse implicado en él y utilizar su propia experiencia. El Juez es también un consumidor y usuario que se siente desasistido frente a las grandes empresas y no entiende los recibos de la luz, del gas o del teléfono, está pagando su vivienda con un préstamo hipotecario y no entiende las liquidaciones del banco, tiene goteras en su casa y se le empachan los niños con los potitos defectuosos.

Esos problemas los entiende el Juez desde su propia experiencia y no por ser un ser superior que se digna a oírlos y los reconoce sólo si tiene precedentes en la dogmática o en la jurisprudencia.

La idea clásica del Juez olvida también la profunda alteración que la Constitución ha introducido en nuestro sistema de fuentes. Hoy no basta con recitar el artículo 1.º del Código Civil como en el tema de las oposiciones. La Constitución, auténtica Norma como tanto ha de recordarnos el Tribunal Constitucional, ha positivizado no pocos principios generales del Derecho que, perdiendo su ambiguo valor como fuente, pasan a colocarse a la cima del ordenamiento.

A la luz de esos principios cobran una nueva dimensión principios generales de la contratación como la equidad, el equilibrio, la

responsabilidad, la proscripción de la arbitrariedad que han de configurar el orden público económico y que casan mal con la figura del Juez no intervencionista.

Así pues, el Juez que reclama la Constitución es un Juez equilibrador, protector de la parte más débil de la relación consumidores-usuarios, a quien corresponde definir, caso a caso, la función social del derecho. Es un Juez configurador del Estado Social de Derecho y, por tanto, de lo que se ha dado en llamar «economía social de mercado».

Para ello el Juez civil ha de prestar especial atención al caso concreto aportando su propia experiencia, reflexionando sobre ello a la luz de los fines del Derecho tal como la Constitución los concibe, sin simplificar la realidad para garantizar la limpieza de un fracasado silogismo judicial y reflexionando sobre las consecuencias sociales de su resolución.

Hay quien objeta a lo anterior que, en definitiva, se está apostando por el uso alternativo del derecho y, con ello, por la inseguridad jurídica, lo que no es en modo alguno cierto. Nunca puede considerarse uso alternativo del derecho lo que no es sino estricta aplicación de éste respetando el principio de jerarquía normativa. En la cima de nuestro ordenamiento están positivizados en la Constitución esos valores que exigen al Juez un talante distinto y que han de guiar toda interpretación de la Ley.

Lo que ocurre es que hoy el valor «seguridad» no puede plantearse en los mismos términos que en los tiempos de la codificación. V, en todo caso, la solución la construye el Juez siempre preguntando al Derecho y partiendo de él. Pero, como señala Esser, «aquí tiene que actuar una previa vinculación a intereses, es decir, a expectativas, y a las correspondientes preguntas al sistema jurídico. El jurista no consulta a su materia ordenadora siguiendo el esquema de un interrogatorio neutral; él comprende ya estas expectativas, teniendo en cuenta el índice de los intereses de su época y de su sociedad que le sirven de compás para la rectitud de su interrogatorio».

La interpretación no ha sido nunca una cuestión simple. Pero en cualquier caso si con el criterio elegido se llega a una solución socialmente inaceptable, se estaría olvidando la principal de las reglas hermenéuticas: la de que toda interpretación debe ser razonable y su resultado aceptable socialmente según los valores superiores de nuestro ordenamiento.

De modo que si una determinada interpretación nos lleva a un resultado intragable, la conclusión no debería ser la de aceptar esta interpretación, sino justamente la contraria, porque entonces se habría puesto de manifiesto la incorrecta aplicación de las demás reglas hermenéuticas.

Cierto es que al separarse el Juez de los precedentes, se exige, como ha recordado el Tribunal Constitucional, una adecuada argumentación que permita el control de la rectitud de la resolución que se adopta desde el Derecho. Pero al mismo tiempo todos sabemos que una aplicación mecánica del Derecho, perfectamente respetuosa con los precedentes, necesariamente mutiladora de la realidad –de las que sólo se destacarán los aspectos formales y los que interesan a la aplicación limpia del precedente-, puede encubrir la mayor arbitrariedad y ocultar las

verdaderas razones del Juez: elusión de responsabilidad, vagancia, inclinaciones políticas o sociales, etc. El Juez que razonadamente se separa del precedente y de una aplicación rutinaria del derecho puede convencer o no, pero jamás podrá decirse que es arbitrario, ya que su resolución se basa en una argumentación sujeta al control: contra arbitrariedad, argumentación y no rutina y simplificación. Pero, evidentemente, eso exige más esfuerzo y más tiempo.

Este es el deseo. La realidad, sin embargo, enseña que el Juez que reclama el sistema no tiene nada que ver con el que propugnamos y entendemos exige la Constitución. Y por sistema entendemos no sólo los intereses estructurados en esas grandes compañías, que cuando pasan a ser usuarias del servicio de la Administración de Justicia pretenden mantener los mismos privilegios que en el mundo de la economía, sino también la propia organización judicial tal como la diseñan los que deben dotarla y los que deben controlar su funcionamiento –Administración y Consejo-. Y es que, en estos tiempos en los que todo se mide por el éxito y la competitividad, la Administración, el Consejo y el propio Legislador se han contagiado de los criterios de eficacia empresarial: simplificación de las decisiones, automaticidad y rapidez y, como corolario, aumento de la producción (pura cibernética). Así, como fenómeno paralelo a la contratación en masa, surge el fenómeno de los pleitos masa en los que se pretende la misma solución automática y simplificada, con los mismos modelos de ordenador, lo que necesariamente exige marginar la reflexión como inoperante o perturbadora del funcionamiento del sistema. Pleitos en los que es habitual la existencia de una póliza con extensos condicionados que se pretende que el Juez no lea -ni tenga tiempo para ello-, limitándose a comprobar los aspectos externos. Y es que la lectura de tales condicionados puede herir la sensibilidad de algunos, máxime si se tiene la desfachatez de comparar sus cláusulas con la Ley de Protección de los Consumidores.

Más del 70 por 100 de los asuntos que entran en un juzgado civil tienen que ver con consumidores y usuarios frente a grandes compañías. El diseño del sistema de inspección pretende que a ello dediquemos menos del 10 por 100 de nuestro trabajo, prácticamente firmar y dar las buenas tardes, al igual que al consumidor cuando firma el contrato se le deja solamente firmar y dar las buenas tardes.

El Juez que interesa al sistema es el burócrata y cumplidor que resuelva cuanto más mejor sin atender a cómo resuelve y qué ha hecho para llegar a su resolución.

Si a ello unimos una oficina judicial diseñada no para servir a la función judicial, sino al modelo racionalizado y simplificado que conviene a ese tipo de Juez, y que, para colmo de torpeza, tampoco funciona, nos daremos cuenta con el profesor Aparicio de que «la justicia tradicional presta en el mismo orden de cosas un servicio suplementario y también de cierta consideración: presta el servicio de su propia ineficacia, de la necesidad estructural de que la justicia funcione dentro de ciertos límites de tolerancia, lo suficientemente mal como para que no ocupe espacios

políticos y sociales en los que iría en contra de las íntimas necesidades del sistema».

II. EL JUEZ DEL MODELO CONSTITUCIONAL RESPECTO A LAS RELACIONES JURIDICAS MATERIALES EN QUE SE VEN IMPLICADOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Introducción

1.º *El orden público económico*

El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. En esta frase se contienen algunas de las expresiones como libertad de empresa y economía de mercado utilizadas hasta la saciedad por quienes pretenden justificar los aspectos más negativos del orden socioeconómico actual, entre otros la creencia de que el Juez no puede hacer nada ante las situaciones de desigualdad. A quienes piensan que el Juez está atado de pies y manos ante los aspectos más negativos del actual orden socioeconómico, hay que recordarles que existe lo que ya Federico de Castro denominó: el «orden público económico». Este concepto vendría referido a la estricta aplicación al campo de la economía del concepto genérico de orden público del artículo 1.255 del Código Civil antes basado en normas extrapositivas y cuya finalidad se centra en evitar que los órganos del Estado, y entre ellos los jurisdiccionales, al socaire de la libertad de contratación, se vean obligados a interpretaciones que repugnen al más elemental sentido de la justicia y la moralidad.

Tras la promulgación de la Constitución de 1978, tales normas han pasado a conformar un orden público económico constitucional que no es otro que el de la economía social de mercado. Este orden se encuentra contenido en los propios preceptos de la Constitución, en las normas que la desarrollan e incluso en otros cuerpos legales, como el Código Civil, el de Comercio, etc., que, aunque anteriores al Texto Fundamental, han de ser aplicados e interpretados conforme a él.

Así, cuando el artículo 38 de la Constitución reconoce en su primer párrafo la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, no hace sino establecer un elemento, capital sin duda, de un conjunto sistemático de principios que configuran el orden público económico constitucional. La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado se encuadra en un sistema donde existen una serie de elementos que lo limitan y le dan sentido, tanto desde el punto de vista de la estructura político económica como desde las «exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» -último inciso del mismo artículo-, o del equilibrio y redistribución de la renta -artículo 131.1-, o de la subordinación de la riqueza del país en sus distintas formas al interés general, o de la reserva al sector público de ciertos recursos y servicios esenciales -artículo 128-. Tampoco puede perderse el punto de

vista de los principios que afectan a los derechos de contenido social y económico de los ciudadanos, por ejemplo el derecho al trabajo del artículo 35, a la protección de la salud contemplado en el 43, al disfrute de un medio ambiente adecuado y una vivienda digna de los artículos 45 y 47, Y a la defensa de los consumidores y usuarios del artículo 51.

En este último aspecto vamos a centrarnos entendiendo que las relaciones jurídicas en las que se encuentran normalmente implicados los consumidores y usuarios están caracterizadas principalmente por la desigualdad real de su posición frente a la contraparte, y englobando dentro de esa defensa de los consumidores y usuarios que impone la Constitución otros derechos reconocidos en esta como pueden ser los relativos a la protección de la salud, al disfrute de un medio ambiente adecuado y de una vivienda digna, etc.

2.º Los Instrumentos del Juez para lograr la efectividad del orden público económico

El papel del Juez en relación a este segundo grupo de elementos configuradores del orden público económico, surge directamente del análisis sistemático de la Constitución siempre que ésta impone al Juez la defensa de los consumidores y usuarios.

El artículo 51.1 de la Constitución impone a los poderes públicos -entre los cuales está el judicial- la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los intereses económicos de los mismos. Por otra parte, el artículo 53.3 de la Constitución establece que «el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo 3.º -esto es, los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el de defensa de los consumidores y usuarios- informarán la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos ...» Al tiempo, el artículo 9.2 impone a los poderes públicos -también al judicial- la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

Es pues, ineludible obligación del Juez la de proteger los intereses legítimos de los consumidores y usuarios como parte más débil en el ámbito de las relaciones en que se ven inmersos, caracterizadas por la posición de desigualdad real entre las partes. Lo expuesto introduce una cuestión más general: el paso del Estado Liberal decimonónico, a cuyas coordenadas responde nuestro Derecho privado codificado, al Estado Social y Democrático de Derecho que establece y configura nuestra Constitución, cuya traducción al campo de la economía ha determinado el nacimiento de la economía social de mercado, y que impone una necesaria reelaboración de los conceptos tradicionales de «autonomía de la voluntad» y «derecho dispositivo» que hasta ahora se venían manteniendo. De la autonomía de la voluntad diseñada por el Estado Liberal y plasmada en el artículo 1.255 de nuestro Código Civil, se ha

pasado a una concepción en los Estados Sociales de Derecho en la que se entiende que el derecho dispositivo es un paradigma de regulación jurídica que el legislador positiviza como modelo de equilibrio de contraprestaciones y autoriza a que las partes lo sustituyan por otro que atienda a los particulares intereses del caso concreto en virtud del principio de autonomía de la voluntad. Eso es así siempre y cuando se trate de un modelo equitativo, sinalagmático y conmutativo basado en el principio de igualdad real y no en la consagración de un poder fáctico de una parte que se exonera de todo tipo de responsabilidades y se atribuye un poder determinante en lo relativo a la validez, eficacia y cumplimiento del contrato frente a la parte más débil que carga con un plus de obligaciones y se constituye en una situación de inferioridad en el desarrollo de la relación contractual. El derecho no puede amparar situaciones que no sean reflejo de un justo equilibrio de las prestaciones y una igualdad en la posición jurídica de las partes.

A la luz de estos principios cobran un nuevo sentido preceptos como el artículo 1.256 del Código Civil en cuanto prohíbe dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento de los contratos, o el artículo 57 del Código de Comercio en cuanto introduce el elemento de la buena fe para el cumplimiento de los contratos. Y, naturalmente, cobran, así plena operatividad preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como el apartado 4.º del artículo 10 que establece la nulidad de las condiciones generales de los contratos oscuras, inconcretas o difíciles o que no reúnan los requisitos necesarios de buena fe y equilibrio de las contraprestaciones.

En definitiva, se trata no de proteger al incumplidor o al moroso, sino de lograr que las relaciones jurídicas en las que son parte los consumidores y usuarios estén caracterizadas por las notas de igualdad, equilibrio y buena fe que impone el orden público económico constitucional, impidiendo que la desigualdad real en la que se encuentran los consumidores y usuarios al relacionarse jurídicamente con las empresas y corporaciones pueda suponer que el ordenamiento jurídico de cobertura a las situaciones de desigualdad real e indefensión efectiva de la parte más débil, lo que es incompatible con un Estado Social y Democrático de Derecho.

3.º *El derecho del consumo*

La Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha empezado a ser desarrollada reglamentariamente -R.O. 515/89 de 29 de abril, sobre información a suministrar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas, y R.O. 287/1991 de 8 de marzo, relativo al Catálogo de Productos, Bienes y Servicios-, la Ley General de Publicidad, la Ley de Defensa de la Competencia, la Ley de Contrato de Seguro -en ciertos aspectos- son el exponente positivo más claro del orden público económico constitucional.

Vamos a destacar dos cuestiones de especial relevancia:
las condiciones generales de los contratos y la publicidad.

A) Las condiciones generales de los contratos

Uno de los fenómenos característicos del sistema económico capitalista es el de la contratación en masa. Estas demuestran un auténtico poder normativo de facto por parte de las grandes empresas y corporaciones que, al detentar el monopolio en la explotación de determinados sectores, establecen realmente la Ley por la que han de regirse las relaciones inter partes.

Es evidente que, en este plano, el enfrentamiento entre consumidores y productores y distribuidores no puede dejarse abandonado en normas de derecho dispositivo derogable por la «voluntad Individual» de las partes, no solamente por la desproporción entre la organización de una y otra parte, sino por la propia existencia de un interés digno de protección que no puede ser sometido unilateral y prefijadamente -aunque sea con la formal cobertura del acuerdo de voluntades- al dictado de un grupo social, y ello con independencia de la calificación que se atribuya a aquel interés necesitado de protección como interés de clase, como interés público o como interés difuso, ni enteramente individual ni enteramente colectivo.

Por ello, en un Estado Social y Democrático de Derecho como el que diseña la Constitución, las condiciones generales de contratación sólo pueden admitirse como medio de racionalizar y simplificar la capacidad negocial de la empresa a través de formulaciones estereotipadas que permiten la realización idéntica y poco menos que simultánea de un número indeterminado de contratos, así como llenar las lagunas que el derecho positivo presenta en íntegros sectores de la contratación. Lo que no puede admitirse es que estas condiciones impongan de facto un poder normativo de la empresa de forma unilateral frente a la parte más débil. Es por ello que los poderes del Estado, y entre ellos el poder judicial, han de intervenir para restablecer la igualdad y el equilibrio mediante los instrumentos de derecho imperativo que el orden público económico constitucional pone en sus manos.

Tales condiciones generales de los contratos precisan, pues, de un triple control:

1. Un control previo en su formulación, bien administrativo, bien negociado -a modo de los convenios colectivos-, entre productores o suministradores y asociaciones de consumidores y usuarios. El control administrativo, que comienza a extenderse en las empresas públicas o concesionarias de servicios públicos en régimen de monopolio, no merece, sin embargo, gran confianza, puesto que la experiencia está demostrando que la contratación en éstas adolece de los mismos defectos observados en las empresas privadas.

2. Un control legislativo de legalidad intrínseca y eficacia obligatoria de dichas condiciones generales, mediante normas de derecho imperativo, del tipo establecido en el artículo 10 de la Ley 29/84, aunque la técnica

defectuosa de éste excluye de su ámbito a los pequeños y medianos empresarios que en sus relaciones con las grandes empresas se encuentran en la misma posición de desequilibrio. El Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, elaborado y reelaborado por la Comisión General de Codificación, duerme el sueño de los justos desde hace diez años, sin que el legislador parezca tener prisa alguna para elaborar la ley definitiva.

3. Un control judicial que requiere tanto de instrumentos legales eficaces como de una nueva sensibilidad por parte de los Jueces y Tribunales sobre los principios antes mencionados.

Es imprescindible a este respecto tener en cuenta que los consumidores y usuarios son especialmente remisos a la hora de acudir a los Tribunales.

Ello se debe tanto a la falta de información como a lo gravoso que suele resultar la defensa de un solo caso particular, generalmente por su escasa trascendencia económica en el caso Individualizado.

Tampoco puede perderse de vista la desconfianza en la tutela judicial al no haberse destacado precisamente los Tribunales por la aplicación de las normas del derecho del consumo y no solamente por la escasa sensibilidad de los jueces, demostrada por lo menos hasta ahora, sino también por la excesiva carga de trabajo de los órganos jurisdiccionales y por su progresiva burocratización.

Además de lo anterior, serían necesarias reformas legislativas que potenciaran la defensa del consumidor tales como:

a) el establecimiento de una acción de cesación, con legitimación activa en favor de las asociaciones de consumidores y usuarios que les permitiera impugnar con carácter general las cláusulas ilícitas y abusivas, similar a la prevista en el artículo 25 de la Ley General de Publicidad;

b) el otorgamiento del carácter inhibitorio a las sentencias que estimaran tal acción de manera que al empresario vencido en juicio le resulte vedado la utilización futura de estas cláusulas abusivas, tal como se prevé en la legislación alemana en la que incluso existe un registro público donde se inscriben las sentencias de cesación;

e) la extensión ultra partes de los efectos de tales sentencias a los adherentes afectados por la misma cláusula que se acojan a los efectos de la cesación, como también prevé la Ley alemana.

B) La publicidad

El tema de la publicidad está indefectiblemente unido al modelo económico y cultural de la sociedad en los países capitalistas desarrollados.

En palabras de J.K. Galbraith, a medida que una sociedad va avanzando en la opulencia se crean nuevas necesidades por el proceso que las satisface; y así, a un mayor nivel de producción, se corresponde un mayor nivel de creación de necesidades que, a su vez, requieren un nivel superior de satisfacción de las mismas. Una de las consecuencias de este

proceso es la creciente indefensión de los consumidores ante las constantes incitaciones a consumir efectuadas por medio de una publicidad agresiva y omnipresente pensada más para influir que para informar.

El enfoque obligado en esta materia ha de partir de dos principios recogidos en la Constitución: el de defensa del consumidor, del artículo 51.1, Y el del derecho a recibir una información veraz por cualquier medio de difusión, del artículo 20.1.d.

Por eso la publicidad ha de ser entendida no como una mera comunicación sugestiva al potencial cliente de las características más relevantes del producto o servicio desde el punto de vista del interés del productor o suministrador, sino como la necesidad de informar al consumidor de las características globales de la relación jurídica en que se pretende involucrarle y, especialmente, de las que puedan serle desfavorables --consecuencias del incumplimiento contractual, causas de resolución de los contratos, intereses de mora, etc.-, de manera que tenga un conocimiento claro y suficiente de los aspectos positivos y negativos de dicha relación jurídica.

Hay que insistir en el que el Juez tiene tres normas básicas para defender el derecho del consumidor a obtener una información veraz. La primera, la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios cuyos artículos 2.1.d y 8 determinan como derecho básico del consumidor el de obtener una información correcta sobre los distintos productos o servicios, y el carácter vinculante desde el punto de vista contractual de la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios. No es que estas dos medidas sean de por si suficientes, ya que deberían verse complementadas por otras, como la instauración del cierre registral en la venta de viviendas, pero sin duda significan un avance sobre el alcance de la voluntad unilateral.

En cualquier caso hay que llamar la atención del Juez para que efectúe interpretaciones en este campo conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas.

La segunda norma básica a que hacíamos alusión es la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, dictada en desarrollo y cumplimiento de la Directiva del Consejo de las CC EE, de 10 de septiembre de 1984, en materia de publicidad engañosa.

En ella se regula la publicidad ilícita, la acción de cesación y la rectificación de dicha publicidad legitimando para su ejercicio a los órganos administrativos competentes, a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las personas naturales y jurídicas que resulten afectadas y en general a quienes tengan un derecho subjetivo o un interés directo. Por último, por su trascendencia práctica, es de máxima importancia que los Notarios cumplan efectivamente lo previsto en el artículo 147 del Reglamento Notarial, que les obliga a informar a los firmantes de las escrituras del significado de las cláusulas que propone una de las partes. En materia de consumo este precepto es de vital

importancia si se parte de la realidad de que en la generalidad de los casos se trata de contratos de adhesión.

Contratos bancarios y de financiación

1.º *El sector financiero como servicio público*

Las transformaciones económicas y sociales han supuesto evidentemente una generalización en el uso de los servicios que prestan este tipo de entidades. No se concibe ya hoy que el ciudadano no utilice de forma habitual los servicios de un banco para cuestiones tan habituales como cobrar la nómina, adquirir un coche o una vivienda.

Desde este punto de vista amplio puede considerarse que se trata de un servicio público en la medida en que no sólo es que se constate que el consumidor y usuario utiliza estos servicios, sino que en muchas ocasiones está obligado a ello, por ejemplo, para cobrar una indemnización en la Administración de Justicia.

Así pues, las entidades de esta clase terminan teniendo la posición que da la propia necesidad de sus servicios, y se termina, como es habitual, con que el ciudadano no sea libre de contratar o no con estas empresas, y si se ve obligado a contratar deberá hacerlo en las condiciones que le imponga quien crea la necesidad. El Estado, pues, ha de tutelar de alguna forma al ciudadano cuando utiliza estos servicios.

Si bien la actividad de este sector se desarrolla en teoría conforme a las reglas de la libre competencia, en la práctica se constata la existencia de una actuación fuertemente interconectada -por ejemplo, por la actividad del Consejo Superior Bancario que provoca la existencia de unas prácticas homogéneas, en muchas ocasiones abusivas, que acrecientan la fortaleza en la posición de esta parte en relación con el consumidor y usuario.

2.º *La publicidad*

En sus relaciones con los consumidores estas entidades realizan campañas publicitarias agresivas -véase últimamente la llamada guerra de las supercuentas- que, aunque actualmente se efectúan con mayores garantías por exigencias reglamentarias -TAE, comisiones, etc.-, ha mantenido y mantiene aspectos de deficiencia en la información a los usuarios, tales como información sobre comisiones, remuneración de tramos inferiores en operaciones de pasivo y, en general, sobre la información comprensible para el usuario.

Pero lo que hay que resaltar es la necesidad de que esta información se extienda a la globalidad de la operación, es decir, de la totalidad de la relación jurídica que nacerá del contrato que se oferta y, concretamente, de las consecuencias negativas que para el usuario se producirán si se incumple el contrato o se cumple anormalmente. Aludimos a las causas de resolución, al tipo de interés de demora, la sumisión expresa, dado lo gravoso para el usuario de las consecuencias de este tipo de cláusulas.

3.º *Las condiciones generales de contratación*

El sector financiero es un sector prototipo en lo referente a la utilización generalizada de contratos de adhesión, con unas condiciones generales de contratación unilateralmente redactadas por las entidades financieras que son impuestas al cliente si éste quiere obtener el servicio solicitado, sin posibilidad de discusión salvo, claro está, en los contratos que estas entidades celebran entre sí o con grandes empresas o corporaciones donde se produce auténtica discusión de las condiciones contractuales porque en este caso sí hay equilibrio entre las partes.

A pesar de la variedad de las estipulaciones contractuales utilizadas por cada entidad, existen usos homogéneos en aspectos esenciales del contrato, tales como el «pacto de liquidez», las cláusulas de sumisión expresa, etc., que en la mayoría de los supuestos se trata de usos abusivos a la luz del orden público económico instaurado por la Constitución, en la Ley de Consumidores, e incluso en muchos preceptos del Código Civil y del Código de Comercio. Las entidades de esta clase suelen defender la validez de estas cláusulas por los usos bancarios generalizados, pero conforme al sistema de jerarquía de fuentes vigente en nuestro ordenamiento nunca puede admitirse la validez de un uso o práctica bancaria, por muy generalizada que esté, si es contraria a las normas legales, y mucho menos si son contrarias a las normas imperativas que integran el orden público económico.

Es por ello que el Juez, en aplicación de las normas mencionadas, ha de ser especialmente cuidadoso en este campo de la contratación, donde la utilización generalizada de contratos de adhesión, la clara desigualdad en la posición de las partes, la existencia de prácticas homogéneas en el ramo, e incluso la utilización de publicidad abusiva -por acción u omisión- hace necesaria su intervención reequilibradora.

Hay que desterrar la imagen del Juez que solamente entra en el problema cuando se opone el demandado.

Dada la renuencia del consumidor a acudir a los Tribunales y la existencia de numerosos procedimientos privilegiados utilizables por dichas entidades -131 de la LH, juicio ejecutivo con base en el artículo 1429.6 de la misma Ley-, el Juez no puede desentenderse de la cuestión en cuanto se trata de un interés colectivo o difuso cuya defensa le viene impuesta por la Constitución. Luego entraremos en supuestos concretos.

4.º *Las cláusulas abusivas*

Como se ha dicho, son frecuentes los supuestos de condiciones generales de la contratación empleadas por tales entidades que infringen claramente lo dispuesto en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley General de Publicidad, el Código Civil, y el Código de Comercio. Analizando las más frecuentemente utilizadas, y siguiendo la sistemática del artículo 10 de la primera de las Leyes citadas, pueden resumirse las infracciones más frecuentemente observadas del siguiente modo:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción. Destacan en este aspecto las cláusulas de determinación del tipo de interés aplicable - TAE, interés nominal, interés anual--, en relación con las consecuencias de interpretación de las cláusulas oscuras prevista en el artículo 10.2 de la LGDCU y del artículo 1.288 del Código Civil, e incluso de la propia indeterminación del interés aplicable de los contratos de préstamo en los que solamente se hace constar el importe de lo prestado y las cuotas de devolución, su periodicidad y número, cláusulas éstas que habrían de estimarse nulas por aplicación del artículo 10, apartados 1.a y 4 de la LGDCU, e incluso del apartado 1.c, considerándolas como condiciones abusivas de crédito.

b) Posibilidad de comprensión directa sin reenvío a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, habrá de hacerse referencia expresa en el documento contractual.

A este respecto son numerosos los contratos cuyas condiciones generales contienen remisiones a comisiones o intereses fijados por la entidad bancaria para determinados servicios sin fijar su cuantía concreta, o bien se remiten a los Estatutos del Banco, o a unos intereses fijados por otras entidades del mismo sector, etc.

e) Cláusulas que otorguen a una de las partes la facultad de resolver discrecionalmente el contrato. Han de considerarse incluidas en este supuesto las que permiten a la entidad financiera resolver el contrato por incumplimientos irrelevantes o en circunstancias cuya apreciación se dé al libre arbitrio de la entidad financiera, y también aquéllos en los que no se establece de una forma clara de los incumplimientos que pueden dar lugar a la resolución.

Asimismo han de incluirse en este apartado, en relación con las tarjetas de crédito, la facultad de cancelar la tarjeta sin determinar las causas expresadas para ello. Estas cláusulas han de reputarse nulas por aplicación del artículo 10.4 en relación con el 10.1.c.2.0 de la LGDCU.

d) Cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores y usuarios. Condiciones abusivas de crédito.

Pueden entenderse incluidas en este supuesto las siguientes cláusulas:

- la exigencia de retenciones o depósitos obligatorios;
- la revisión de la tasa de interés si ésta descansa en criterios de referencia no objetivos o incurre en falta de precisión en los términos de la revisión, o se vincula a la variación que sufran los intereses fijados para ciertas operaciones por varias entidades bancarias que estén integradas en el mismo grupo financiero;
- el establecimiento de condiciones distintas para la revisión del interés, según sea al alza o a la baja;
- la exigencia de garantías personales o reales desproporcionadas;

- el establecimiento de interés usurario, cuestión que, aunque se encuentre sumamente debatida en éstos momentos, es evidente que no puede dejarse al margen dentro del concepto de las condiciones abusivas de crédito;
- la consideración como una sola cuenta de todas aquéllas de las que sea titular una persona, ya sea solidaria o mancomunadamente, a efectos de compensación recíproca, con lo que se pueden ver afectados terceros ajenos a la relación jurídica, con clara contención de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código Civil;
- la reserva por la entidad bancaria de la facultad de corregir los apuntes erróneos, sin necesidad de consentimiento ni siquiera de notificación al usuario, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil;
- la facultad del banco de modificar comisiones o intereses sin especificar cuál sea la causa de esta modificación, con infracción del mismo precepto; - el sometimiento del cliente a las normas que en cada caso fije el banco en contratos de tarjetas de crédito;
- la imposición de las costas y gastos procesales al usuario, pretendiendo así instaurar el proceso convencional;
- la aceptación a priori por el cliente de la cesión por el banco del préstamo hipotecario sin necesidad de notificación en contra de lo dispuesto en los artículos 1.526 Y 1.527 del Código Civil y 149 de la Ley Hipotecaria.
- la imposición al prestatario del pago de los tributos presentes y futuros que graven el capital e intereses, sin especificar cuáles sean estos tributos.

Además de éstas, merece una especial consideración el denominado *pacto de liquidez o pacto de liquidación*. Uno de los problemas más serios con los que se encuentra el consumidor y usuario en relación con estas entidades, es el de entender las cuentas que le hace el banco, en las que se mezclan conceptos, números, saldos medios, claves de ordenador y complicados cálculos financieros de los que el consumidor medio tiene escaso conocimiento, y si esto de por sí es ya complicado, peor es aún cuando se introducen ciertas cláusulas como es el contemplado pacto de liquidez, amparado por el párrafo anteúltimo del artículo 1.435 de la LEC, según el cual se tendrá por líquida la cantidad que certifique el banco de forma unilateral con el solo añadido de que un fedatario mercantil acredite que la liquidación se ha efectuado con arreglo a las condiciones del contrato.

Basta contrastar tal cláusula con los principios del Código Civil en materia de carga probatoria o del valor probatorio de los documentos privados, para concluir su nulidad de pleno derecho no solamente por contravenir los preceptos citados -1.214 y 1.228 del Código Civil, en relación con el 31 del Código de Comercio-, sino por instaurar la arbitrariedad proscrita en el artículo 1.256 del Código Civil, y por ir abiertamente en contra del artículo 10.1.c de la LOGDCU.

Si esto es claro en el juicio ordinario, suscita una viva contienda en el marco del juicio ejecutivo, en el que los títulos han de estar revestidos

prima facis de una especial fuerza probatoria. Los usos bancarios, al amparo del artículo 1.435 de la LEC ya citado, han pretendido introducir en la práctica la extravagante O.M. de 21 de abril de 1950 tras la reforma urgente de la LEC de agosto de 1984.

Merece la pena detenemos en algunas consideraciones. Se pretende con esta práctica bancaria la fijación unilateral por parte de la entidad bancaria del saldo entendiendo que ésta su liquidación, lo que hay que rechazar, ya que «liquidar» implica la operación por la que las partes se ponen de acuerdo sobre diversas partidas integrantes de la cuenta, una vez que éstas se han producido, para fijar el saldo -ahora sí- mediante la realización de una operación matemática. La interpretación que pretende la práctica bancaria supone, pues, un error argumentativo por petición de principio porque se está dando por supuesta la conclusión a la que hay que llegar.

Se da por líquido lo que se pretende liquidar, sin que la intervención de fedatario público añada nada porque nunca podrá convertir en protocolo público la contabilidad del banco.

Este privilegio, injustificado por más que se quiera apoyar en la seguridad del tráfico mercantil o en lo usos bancarios, no es admisible, y su constitucionalidad es tan dudosa que en este momento existen una veintena de cuestiones de constitucionalidad pendientes de resolución por el Tribunal Constitucional desde 1988. La generalidad de dichas cuestiones de constitucionalidad entienden que dicho párrafo penúltimo del artículo 1.435 vulnera los artículos 14, 24.1 Y 24.2 de la Constitución.

e) Los incrementos de precio por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales, susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación.

En este apartado pueden incluirse las siguientes cláusulas:

- la exigencia de contratación obligatoria de seguros;
- el abono obligatorio por el cliente de gastos de estudio;
- la previsión de que en caso de descubierto en cuenta corriente, además de un interés elevado, devengará comisiones en favor del banco;
- las que establecen recargos por demora, sin especificarlos con la debida claridad y separación. Incluso se discute si los mismos pueden constituir una condición abusiva de crédito.

f) Las limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a utilidad o finalidad esencial del producto o servicio. En este apartado pueden destacarse los siguientes supuestos, como nulas por lo dispuesto en el artículo 10, apartados 1.c.6.0 y 4.º de la LGDCU:

- liberación absoluta de responsabilidad en caso de pérdida o sustracción de cheques, libreta de ahorros, o tarjeta de crédito o de cajero automático;
- las de exoneración de responsabilidad a la entidad de leasing respecto del no suministro del bien o de los defectos del mismo;

- la exención de responsabilidad de la entidad emisora en caso de falta de atención a la tarjeta de crédito por los establecimientos adheridos a ella, así como las que se derivan de las incidencias de tipo técnico u operativo de los cajeros automáticos.

g) La repercusión sobre el consumidor o usuario de fallos, defectos o errores administrativos, bancarios o de domiciliación de pagos, que no le sean directamente imputables, así como el coste de los servicios que en su día y por un tiempo determinado se ofrecieron gratuitamente.

En este apartado han de incluirse las que eximen a la entidad bancaria de responsabilidad por los perjuicios que se irroguen al cliente como consecuencia de las demoras o deficiencias de los servicios de comunicación.

h) La inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor o usuario.

Son frecuentes las cláusulas -además del pacto de liquidez comentado en las que se pretende atribuir a una «certificación» emitida por el propio banco con base en su propia contabilidad, un valor probatorio privilegiado a efectos de la posible reclamación a los clientes. Estas cláusulas han de considerarse nulas, por la prohibición del proceso convencional, por las normas de la LGDCU, y por lo dispuesto en los artículos 1.228 y 31 del Código de Comercio.

i) La imposición de renunciaciones a los derechos del consumidor y usuario reconocidos en esta ley.

Es habitual en los contratos tipo utilizados por este sector incluir cláusulas de renuncia a derechos de los consumidores. Una de ellas es la de sumisión expresa con renuncia al fuero propio. Estas cláusulas han de estimarse nulas como trataremos de argumentar en el apartado dedicado al derecho procesal.

5.º La adaptación de la legislación a la normativa comunitaria europea

Por último, no puede dejar de señalarse que el estado español no ha agotado las medidas necesarias para dar cumplimiento en todos sus extremos a la directiva del Consejo de las Comunidades Europeas de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembro en materia de crédito al consumo, y que establecía como fecha límite para realizar tal desarrollo normativo el 1 de enero de 1990, afectando esta falta de desarrollo a algunos aspectos de suma importancia para la protección del consumidor y usuario como son:

a) En el caso de créditos para la adquisición de bienes, el establecimiento de condiciones en virtud de las cuales puedan recuperarse dichos bienes, en particular, cuando el consumidor no haya dado su consentimiento, garantizando que cuando el acreedor recupere la posesión de los bienes, la liquidación entre las partes se efectúe de tal forma que no se ocasione un enriquecimiento injusto -artº 7 de la Directiva-. Este es el caso típico de recuperación del bien y pérdida del dinero entregado como cláusula

penal, aunque en este caso quizá pudiera defenderse la nulidad por perjuicio desproporcionado del artículo 10.4 en relación con el 10.1.c de la LGDCU.

b) En el caso de contratos de crédito en que se permita al consumidor pagar mediante letras de cambio, pagarés o cheques, los estados miembro asegurarán la adecuada protección de los consumidores -artículo 10 de la Directiva-. Esta protección no se ha llevado al ordenamiento español, pese al punto V de la exposición de motivos de la LCCH, y tiene especial relevancia en las acciones cambiarias ejecutivas contra consumidores y usuarios cuando la acción es ejercida por el librador y suministrador o fabricante frente al consumidor.

e) La garantía de que la existencia de un contrato de crédito no afecte en modo alguno los derechos del consumidor frente al proveedor de los bienes o servicios adquiridos mediante dichos contratos, cuando los bienes o servicios no se suministren o no sean conformes al contrato de suministro.

La falta de desarrollo de este punto provoca que el consumidor se vea compelido a seguir abonando el préstamo, aunque se trate de un claro incumplimiento contractual y, lo que es más grave, cuando la entidad de financiación esté íntimamente relacionada con el propio vendedor.

La vivienda

La vivienda, como marco de la esfera privada de la vida de las personas, lugar donde las mismas desarrollan su actividad más íntima, constituye, no ya un bien de primera necesidad, sino el elemento imprescindible para el correcto desenvolvimiento de la personalidad, así como para el disfrute de determinados derechos, como la libertad, la seguridad, la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio, todos ellos proclamados como fundamentales en la Constitución.

El acceso a la vivienda digna y adecuada como prescribe el artículo 47 del texto constitucional, ya sea en propiedad o en alquiler, no puede regirse únicamente por las normas del mercado, deviniendo inexcusable una normativa especialmente protectora de los derechos de los consumidores en este ámbito.

Frente a ello, la realidad actual nos ofrece un sinfín de irregularidades, disfunciones, desigualdades y abusos, en los que el ciudadano se ve indefenso y muchas veces privado de lo que para todos es insustituible. Ante esa realidad los jueces no pueden limitarse a ser meros intérpretes de la voluntad privada (casi siempre plasmada en un contrato confeccionado por una sola de las partes), sino que deben, como poder del Estado que son, promover las condiciones necesarias para hacer efectivo tan importante derecho constitucional.

Analizamos seguidamente las dos formas más generalizadas de acceso a la vivienda y los problemas que para los consumidores en las mismas se plantean.

La adquisición de la vivienda

La compra de la vivienda constituye por lo general la adquisición más importante en la vida de una persona, meta de sus ahorros, y fuente de no pocos quebraderos de cabeza, ya que, además de comprometerle su crédito durante años, le va a obligar a contratar con diversas empresas en clara situación de inferioridad (inmobiliarias, constructoras, bancos, aseguradoras, compañías de suministro, etc.), todo lo cual exige que sus intereses como consumidor precisen de especial protección. La regulación protectora de tales intereses se encuentra básicamente contenida en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y en el Real Decreto 515/89, los cuales proclaman como de esencial importancia la que en este tipo de ventas tiene la información, configurada como derecho del consumidor y correlativa obligación del vendedor, y ello puesto que en la mayoría de las ocasiones el contrato se perfecciona sin tener a la vista total o parcialmente el objeto del mismo, como «cosa futura»; esta obligación no sólo tiene un carácter contractual, sino también, y sobre todo, precontractual, de forma que la normativa antes referida establece una relación detallada de los datos que debe integrar dicha información previa al contrato.

Respecto a la información precontractual resulta de una especial eficacia protectora de los consumidores el considerar las condiciones de la oferta, tal como ésta es mostrada a través de folletos, anuncios pisos piloto, vinculantes para el promotor, de manera que los folletos y anuncios pasan a ser documentos contractuales, y por ellos se van a definir las obligaciones del vendedor: «los datos, características y condiciones relativas a la construcción de la vivienda, a su ubicación, servicios e instalaciones, adquisición, utilización y pago que se incluyan en la oferta, promoción y publicidad, serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado » (art. 3, R.O. 515/89). En lo referente a la información contractual, se regula de modo detallado en el citado Real Decreto la que debe darse en el momento mismo del contrato, el cual por su parte debe estar redactado con la debida claridad, sencillez y concreción, y sin que se puedan efectuar en el mismo remisiones a textos y documentos que no se faciliten previa o simultáneamente; así, señala la obligatoriedad de poner a disposición del comprador documentos tales como planos, descripción de materiales, ubicación de zonas comunes, certificaciones de organismos oficiales, etc. También la reforma del Reglamento Notarial ha contribuido a reforzar el derecho a la información de los consumidores al establecer la obligación del notario de explicar al consumidor la importancia y alcance de las distintas estipulaciones contractuales.

En cualquier caso la reiterada inobservancia de tales prescripciones, que habitualmente apreciamos en los juzgados, en ningún supuesto podrá perjudicar al comprador, debiéndose considerar en esos casos la voluntad de éste viciada, bien por dolo o negligencia, y en consecuencia anulable

el contrato, ello sin perjuicio del derecho a indemnización que en cualquier caso habrá nacido en su favor.

Especial mención merece el problema que frecuentemente se plantea como consecuencia de la modificación de las normas de planeamiento cuando ésta se produce con posterioridad al inicio de la promoción urbanística; es habitual que viviendas que se anuncian y venden con unas determinadas superficies, privativas o comunes, zonas de esparcimiento e instalaciones, a la postre se vean notoriamente menguadas, justificando el promotor tal reducción como una consecuencia del cambio de normas urbanísticas que habrán sido alteradas generalmente a instancia del propio promotor valiéndose de su condición de único titular registral. Ante ello, y como cuestión de «lege ferenda», es indispensable el cierre registral para todas las parcelas afectadas por una promoción, y desde el momento en que esa promoción se anuncie; igualmente propugnamos como norma necesaria la que establezca la imposibilidad de modificar las normas parciales de planeamiento que afecten a una promoción sin que se oiga previamente a los adquirentes de las futuras viviendas o a sus representantes.

En lo relativo al precio de la vivienda, se observa el sistemático desconocimiento de que son objeto del principio de claridad y las normas que lo desarrollan; se detectan numerosos abusos, especialmente graves en las viviendas de protección oficial, por parte de promotores poco escrupulosos que cobran cantidades a los compradores sin entregar recibos (se justifica tal actividad en oscuras razones fiscales), o lo hacen por conceptos que difícilmente tienen una explicación (gastos de estudio, de documentación, honorarios del promotor, etc.); también se repercuten sobre el comprador gastos no cuyo pago sólo al vendedor competen, acción ésta declarada contraria a la buena fe y al justo equilibrio contractual por la misma LCU (art. 10.1.c.11). Contra estos abusos, la principal dificultad del comprador es la de su prueba, dificultad que sólo puede ser combatida con una eficaz labor investigadora y sancionadora de la Administración, de acuerdo con lo previsto en la propia LCU y en la normativa sobre viviendas de protección oficial.

En todo caso habrá de tenerse en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del R.O. 515/89, todas las cantidades entregadas por el comprador han de considerarse a cuenta del precio pactado, sin que sean repercutibles sobre él gastos que, por su naturaleza, corresponden al vendedor, como son los de obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiación de la construcción, o su división y cancelación, y sin que sean válidos incrementos del precio por servicios que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles en cualquier caso de ser aceptadas o rechazadas.

Respecto a los defectos de la vivienda, resulta especialmente eficaz y protectora de los intereses del comprador, la información que al mismo debe darse sobre las características de la vivienda, calidades, materiales, suministros, servicios e instalaciones a cuyo tenor ha de medirse el cumplimiento del promotor; caso de faltar la información debe quedar

claro que el comprador siempre tendrá derecho a calidades adecuadas al precio pagado según el mercado. Los defectos de la vivienda pueden dar lugar a dos tipos de acciones: las derivadas del incumplimiento, medido conforme a lo antes dicho, y las fundadas en la responsabilidad decenal que establece el artículo 1.591 del Código Civil. En torno a esta última merece nuestro aplauso la postura adoptada por el Tribunal Supremo, el cual, pese a la escueta regulación que integra el citado precepto, al que por otra parte muy poco añade la LCU, ha desarrollado una amplia labor interpretadora llegando a crear una estimable doctrina protectora de los intereses de los consumidores; no obstante, considerando insuficiente la actual regulación, se hace precisa la elaboración de una nueva normativa que tenga en cuenta el desarrollo de las técnicas de construcción y acoja los principios de la doctrina del Tribunal Supremo. Finalmente, en lo tocante a la resolución de los contratos de compraventa de viviendas por impago del precio, hemos de señalar que la actual ola de especulación ha llenado los juzgados de pleitos en los que se ejercitan acciones resolutorias con base a lo dispuesto en el artículo 1.504 del Código Civil. Sin pretender por ello amparar a los morosos, queremos remarcar la extraordinaria importancia y gravedad de la decisión que supone privar y desposeer a una persona de su hogar, y en consecuencia propugnamos una reflexiva ponderación de las circunstancias de cada caso, así como de las consecuencias de la resolución, huyendo de soluciones simplificadas, de modo que no hayan de imponerse frente al derecho a la vivienda puros intereses especulativos, y sin que en ningún caso se ampare el ejercicio antisocial del derecho, como proclama la propia Constitución.

Suelen ir ligadas a estas condiciones resolutorias cláusulas penales en las que se prevé que el vendedor podrá retener en caso de resolución, las cantidades entregadas por el comprador como pago aplazado y sin que por el contrario se establezca en el contrato sanción alguna para el retraso del promotor en la entrega de la vivienda; tales cláusulas penales, en tanto no guardan relación con los daños efectivamente causados, sancionan más al que más cumple, manteniendo la situación inicial de desequilibrio, de tal manera que, entendemos, han de tenerse por no puestas. En todo caso, no debe olvidarse la función moderadora de la pena que en cualquier caso corresponde al juez.

Conclusiones: A la vista de lo dicho, podemos concluir que, aunque perfeccionable y falta de sistemática, la regulación civil relativa a la adquisición de la vivienda, es estimable y suficientemente protectora de los intereses de los consumidores. Pero, frente a ello, sorprende su escasa penetración social, salvo en cuestiones muy trilladas en la práctica contractual, siendo injustificable el desconocimiento de la materia por parte de los operadores jurídicos, y ello pese a la extensa literatura existente, de tal manera que apenas aparece en la doctrina de los tribunales, ni se resuelve en base a ella, sobreviviendo, sin embargo, en los juzgados tesis nacidas al amparo de una regulación legal completamente superada.

El alquiler de la vivienda

La vigente regulación de los alquileres de viviendas es modelo paradigmático de precipitación legislativa y falta de sistemática, y está provocando en este ámbito un cúmulo de injusticias y desigualdades de incalculables consecuencias.

La paternalista ley arrendaticia de la dictadura, de 1964, la cual, por otra parte, tiene su antecedente en un decreto de 1931, poseía, y posee a pesar de su precaria vigencia, un marcado matiz social. Los derechos que la misma consagra son irrenunciables; la renta, inicialmente congelada, pudo más tarde actualizarse pero siempre de acuerdo con índices objetivos; los hijos y aún los nietos del arrendatario pueden subrogarse en el contrato, y, sobre todo, se garantiza al inquilino la vigencia indefinida del arrendamiento en tanto el mismo no incurra en las célebres causas de resolución, pecado mortal, que provoca inexorablemente el lanzamiento del arrendatario.

Las incuestionables bondades sociales de dicha ley se han tornado, sin embargo, con el paso de tiempo, perniciosas por injustas. Siguen existiendo en la actualidad (cada vez menos) inquilinos que pagan rentas absolutamente ridículas que apenas llegan para que el propietario satisfaga los impuestos que el inmueble genera, y conocidas son las triquiñuelas existentes para conseguir una subrogación.

Por su parte, los propietarios, a sabiendas de que su inmueble cada vez es menos rentable, y que por consiguiente se devalúa, han obviado cualquier tipo de inversión en el mismo, aun de mera conservación, provocando el deterioro más absoluto de las viviendas cuando no, como ha ocurrido en innumerables ocasiones, incluso ex profeso, su ruina. Se produce al mismo tiempo la espuria búsqueda de causas resolutorias absolutamente desconectadas de la realidad social del momento. Otros han optado pura y simplemente por mantener desocupada la vivienda, con la carencia que existe, en tanto no apareciese un comprador solvente (se calculan sólo en Madrid más de 120.000 viviendas deshabitadas).

En suma, se ha producido una descapitalización casi total de este mercado con el consiguiente envejecimiento de los inmuebles y falta absoluta de las condiciones mínimas de habitabilidad en los mismos; los propietarios no están dispuestos a invertir una peseta en ellos, y los inquilinos callan no vayan a subirles la renta. Este arrendatario es hoy en día un privilegiado, ya que nadie le puede expulsar de la vivienda y la renta sube sólo moderadamente, pero ¿hasta qué punto, si terminará habitando una casa ruinososa?. Pero la alternativa propuesta por el legislador mediante el «Decreto Boyer» no sólo no ha solucionado los problemas de aquellos arrendadores, puesto que el derecho transitorio consagra la vigencia de las anteriores relaciones, sino que por sí mismo ha implantado la ley de la selva en un ámbito que como éste afecta a derechos fundamentales de la persona.

Desde el momento de la publicación del citado Real Decreto-Ley, (2/85 de 30 de abril, sobre medidas de política económica), fue fácil prever las gravísimas consecuencias de una norma creada tan a la ligera, pero el paso del tiempo ha demostrado que nos quedamos muy cortos en aquellas previsiones. A partir de abril de 1985 se ha desatado una auténtica fiebre, los antiguos arrendadores ven por fin la posibilidad de resarcirse de tantos años de sequía y utilizan cualquier tipo de argumentos, maquinaciones, e, incluso, fraudes para poder cambiar de inquilino o cuando menos de contrato; se han multiplicado los procedimientos dirigidos a la resolución de relaciones arrendaticias antiguas, hasta tal punto que entre los jueces se ha generado un natural recelo contra este tipo de procedimientos por considerar, como puede comprobarse, que la mayoría de ellos están sustentados en causas de resolución infundadas.

Se formalizan ahora por escrito, en palmario fraude de ley, contratos que siempre fueron verbales, para así poder acogerse a la nueva legislación, y en general se persigue al arrendatario anciano esperando anhelante que el mismo fallezca en breve plazo. Peor ocurre con los arrendadores nuevos, el mercado de inmuebles para alquiler, hasta hace poco descapitalizado, ha observado cómo a él acudían no sólo ahorradores de todos los tipos, sino, sobre todo, detentadores de dinero negro que han apreciado en este tipo de inversiones una desmesurada rentabilidad y un cobijo para su capital previamente no declarado; han aparecido numerosas empresas inmobiliarias que se dedican únicamente a alquilar, y que, al basar toda su estrategia en la rentabilidad de su inversión, no les importa desahuciar conjuntamente a 20 o a 100 inquilinos con la perspectiva de amortizar el desembolso en muy escaso término; por otra parte, es significativo apreciar cómo el proceso inflacionista del mercado de viviendas de adquisición coincide en el tiempo con la promulgación del decreto de marras. La rentabilidad de la inversión aumenta la demanda, y el aumento de la demanda el de los precios, y la consecuencia es que hoy en día en las grandes ciudades sobre todo, pero también en las pequeñas capitales, una familia de nivel medio no puede comprar vivienda porque los precios son prohibitivos, y tampoco puede alquilarla porque las rentas son desorbitadas, pudiéndose contemplar un nuevo fenómeno migratorio desde los centros urbanos a los cinturones industriales. Pero hay más; la nueva normativa, al otorgar al arrendador un poder omnímodo, permite la aparición de situaciones no sólo injustas, sino incluso grotescas. Al amparo del Real Decreto-Ley, y de conformidad con el artículo 1.481 del Código Civil, modelo de liberalismo decimonónico, se pactan contratos de alquiler por meses, creándose un nuevo tipo de trashumantes, o, lo que es más común, el arrendador chantajea al inquilino al que su contrato se el termina; o se paga un 20, 30, 50 ó 100 por 100 más, o se le desahucia sin remisión.

Efectivamente, el Decreto Boyer ha conseguido que haya un 25 por 100 más de viviendas en alquiler en los últimos cinco años, pero ¿a costa de qué? El precio del metro cuadrado de vivienda en alquiler en Madrid

capital oscila entre las 600 y las 2.000 pesetas/ mes, y en Barcelona entre 500 y 1.700 pesetas/mes, y todos los nuevos arrendatarios de este país se han convertido en precaristas permanentes.

Consecuencia directa de esa norma legal es la aparición de un nuevo tipo de marginación social como es la de los «sin vivienda», individuos de clase trabajadores que no pueden escapar a provincias porque en las grandes ciudades está el trabajo, pero cuyo poder adquisitivo, aun medio, no les permite acceder a una vivienda, no ya digna, sino habitable; el fenómeno ocupacional, «okupas», cada vez es más amplio, y no es un fenómeno marginal, ahora son familias enteras con hijos a las que no les queda otra solución que dar una patada a la puerta de una vivienda deshabitada, e instalarse en la misma hasta que el propietario, muchas veces las propias instituciones públicas, reaccionan, y entonces vuelven a coger muebles y enseres y buscan otra vivienda vacía, cuya existencia ya se corre de boca en boca; también estamos comprobando la multiplicación del fenómeno de los arrendamientos parciales y subarrendos, familias de cuatro y cinco miembros, se instalan en una sola habitación por la cual pagan la mitad de sus ingresos, eso sí, con derecho a cocina, pero sin ninguna garantía de permanencia, ya que se pactan alquileres «por días», lo cual, es perfectamente legal a la luz del referido artículo 1.581.

En definitiva, la ley de la jungla ha vuelto al sector de los arrendamientos, ya que, aunque en apariencia el Decreto Boyer únicamente deroga el derecho a la prórroga forzosa, en realidad vacía de contenido toda la legislación especial, y ello por mucho que lacónicamente el párrafo segundo del artículo 9 señale que dichos contratos, «salvo lo dispuesto en el apartado anterior se regularán por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos», ya que la posible subrogación, el tanteo y el retracto, e incluso el traspaso del local de negocio, son derechos fundados en la permanencia obligada del arrendatario, pues de lo contrario, la forma de obviarlos consiste pura y simplemente en esperar la finalización del contrato vigente.

Ante esa formulación, la mayoría de los componentes de la carrera judicial han reaccionado con perplejidad primero y con acomodaticia adaptación después, preocupados además por los intrincados problemas procesales que la nueva norma con su carencia absoluta de técnica jurídica ha planteado; así frente a una mayoría que considera que la mera contratación con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley implica la abolición de la prórroga forzosa, son escasas las resoluciones judiciales que, huyendo del automatismo, entienden que es preciso someter expresamente la relación jurídica a la nueva normativa para que la misma devenga aplicable; para colmo, el hecho de que los procesos arrendaticios tengan hoy su tribunal supremo en las distintas secciones de las Audiencias Provinciales, está produciendo una multidiversidad de soluciones jurídicas ante supuestos de hecho idénticos, que si bien es paradigma de la independencia judicial, supone un tratamiento atentatorio del derecho a la igualdad y provoca la estupefacción en el justiciable.

No obstante, la interesante controversia interpretativa, la solución del problema planteado no puede hacerse depender del mayor o menor voluntarismo de los jueces y tribunales, o de la vigencia de un hipotético principio de «in dubio pro locatario», entre otras cosas porque la interpretación por la que abogamos del Decreto Boyer dejará de tener sentido, como ya está ocurriendo, cuando la mayoría de los arrendadores establezcan de forma expresa la cláusula de sumisión a la nueva norma, que en seguida aparecerá incluso incorporada a los modelos de contrato confeccionados por inmobiliarias, gestoras y Cámaras de la Propiedad; no, la solución pasa bien por derogar el famoso decreto, lo cual a estas alturas resulta insuficiente; bien por la elaboración, tantas veces prometida, de una legislación de nuevo cuño que conjugue los casi irreconciliables intereses en juego, pero que en cualquier caso integre unos mínimos que garanticen no ya la inamovilidad del inquilino, pero sí una permanencia en la vivienda arrendada.

Como *conclusiones* en este apartado propugnamos:

1.º, la promulgación de una nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de aplicación general que derogue toda la legislación vigente y en concreto el Real Decreto-Ley 2/85 de 30 de abril, la cual deberá garantizar al inquilino de viviendas la permanencia en el inmueble arrendado por un período mínimo que no deberá ser inferior a seis años; 2.º, la nueva legislación deberá contener un período transitorio de adaptación de un mínimo de diez años para todos los contratos suscritos con anterioridad al Decreto Boyer; 3.º, se impone la necesidad de una nueva normativa fiscal que sancione impositivamente la permanente desocupación de las viviendas, fomentando de esa manera su venta o alquiler, y 4.º, en tanto no se derogue el Decreto Boyer, los jueces deben optar por la interpretación del mismo más acorde a la realidad social, moderando, si es posible, la aplicación indiscriminada de norma tan regresiva.

Ventas o suministros en régimen de monopolio o en posición dominante en el mercado

No es necesario insistir en que la generalidad de los contratos de suministro a particulares son contratos de adhesión, con las consecuencias antes analizadas.

Si bien es cierto que desde la promulgación de la

Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios se ha ido paulatinamente produciendo una corrección en favor del usuario, reflejada sobre todo en el derecho a la información y transparencia en lo relativo al cálculo de consumos y su precio, plasmado así en las facturas-recibos que actualmente emiten las compañías tales como las de electricidad, agua o teléfono (eliminando los auténticos jeroglíficos que se venían utilizando como forma de comunicación con el consumidor, auténticamente indescifrables para el ciudadano medio), con ello no se acaba con la posición de desigualdad en que se hallan los usuarios frente a aquellas compañías.

Pensemos en los supuestos de reclamación por facturaciones de consumos que el destinatario no reconoce haber efectuado, o que el servicio que se le factura fue deficiente, malo o incluso nulo en casos de averías. Ejemplo claro lo encontramos en el servicio de teléfono, en el que el abonado, por regla general, no tiene la posibilidad de conocer la realidad de los pasos o impulsos de llamadas que se contabilizan en un contador registro instalado en las centrales correspondientes de la empresa. Aquí de nuevo afloran las consecuencias de la desigual posición de las partes de la relación, pues lo primero que tiene que hacer el usuario no contento es pagar, o depositar el importe reclamado por la contraria si no quiere verse privado, automáticamente, del servicio (lo que al amparo de normas administrativas, como por ejemplo el Reglamento General de Servicio Público de Gases Combustibles de 1973 efectúa la Compañía de Gas, o la Telefónica acogiéndose a su particular reglamentación), y después reclamar. Eso es así, primero por conducto administrativo para, posteriormente, acudir al auxilio judicial, de forma que, si el importe de la reclamación es de escasa cuantía, el usuario se resigna y se inhibe de seguir todo ese penoso procedimiento, y la compañía correspondiente sale ganando; pero es que, aun en el supuesto de llegar a un juzgado una reclamación del usuario (lo que es perfectamente raro), éste se encuentra en una posición procesal absolutamente desigual respecto a su contrincante que acude con el asesoramiento prestado por sus propios servicios jurídicos de los que carece el particular, y, además, casi todos los elementos probatorios que precisa el consumidor para la acreditación de su pretensión están

en poder de la suministradora. Así, por ejemplo, ¿cómo probar que, repetidamente, a través del número de teléfono facilitado por la propia Compañía Telefónica un ciudadano ha requerido la subsanación de la avería de su línea o aparato?

Es preciso, pues, invertir la carga de la prueba, eliminando trabas en la protección jurídica del consumidor frente al suministrador del servicio, y en esta línea debe actuarse en los Tribunales, y así lo sanciona ya la citada LGDCU en su artículo 26 y en el 10.1.c.8, al sentar la exclusión, y en su caso la nulidad, de las cláusulas que invirtieren la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. Reiteramos una vez más la obligación del Juez de cumplir lo dispuesto en los artículos 9.º y 53 de la Constitución.

Ventas a plazos

La Ley de Ventas a Plazos de Bienes Inmuebles -Ley 50/65 de 17 de julio- dictada en plena época desarrollista responde a una función pretendidamente tuitiva de los derechos del consumidor, y, sin embargo, plantea problemas prácticos de alcance en su aplicación, especialmente por su descoordinación con el resto del sistema jurídico.

Dejando aparte su ámbito y consideraciones generales, examinaremos sus conexiones con los derechos del consumidor y usuario.

En la misma línea que el artículo 10.1.b de la LGDCU, su artículo 5.º determina que los contratos consten en tantos ejemplares como partes, aunque el incumplimiento de esta obligación es más drástica, pues de ello depende la validez de los contratos sometidos a la misma. Sin embargo, en la práctica, resulta imposible la aplicación de este precepto ya que puede ocurrir que el consumidor no reciba su ejemplar, aunque así se haga constar en el contrato. A ello contribuye el hecho de que el vendedor retenga todos los ejemplares a efectos de inscripción en el Registro Especial.

xv

Problemática también resulta la obligada aparición del precio más recargos en el contrato, el desembolso inicial, el número, importe y vencimiento de los plazos, e interés de mora y el derecho del comprador a anticipar el resto pendiente de pago con reducción de los recargos contenida en el artículo 6.º.

Aunque el artículo 7.º sancione el incumplimiento de estas especificaciones con la reducción de la obligación

de pago al precio de contado, la realidad demuestra la inutilidad de tal prevención porque no es infrecuente que se haga constar como único precio el obtenido de la suma del principal e intereses como único precio de contado.

En el supuesto de aceptación de letras para el pago de los plazos, que supone el 90 por 100 o más de las operaciones, las restantes disposiciones que se orientan en defensa del comprador resultan inútiles al topar con las normas del derecho cambiario y con el proceso ejecutivo, sin que, como veíamos antes, se haya desarrollado el texto legal respecto de las letras emitidas en operaciones en las que se encuentra inmerso el consumidor. Ni el artículo 10 que contempla la reducción y anticipo del precio, ni el artículo 13, en cuanto faculta a los Jueces y Tribunales para señalar nuevos plazos en determinadas circunstancias, ni el artículo 14 en cuanto determina la imposibilidad de sumisión a fuero electivo, tienen virtualidad alguna cuando median letras de cambio, porque nunca consta su origen.

Como conclusión, pues, las a veces bienintencionadas normas de la Ley de 1965 cuando topan con el derecho cambiario, hacen inútil cualquier previsión, y terminan sometiendo al consumidor a las normas generales, dejándole así desprotegido.

La responsabilidad civil del fabricante

Tal como se resaltaba anteriormente, no sirven las normas del Código Civil en lo que a este respecto se refiere. Ni la responsabilidad contractual del artículo 1.101 del Código Civil, ni el saneamiento por vicios ocultos del 1.488.2, ni la responsabilidad civil extraconceptual del artículo 1.902, pueden servir a la defensa de consumidores y usuarios, porque todos ellos parten de una situación de igualdad inexistente.

El Juez del modelo que propugnamos no puede olvidar el contenido del artículo 51 de la Constitución. La LGDCU, en desarrollo del precepto constitucional, ha sido insuficiente, ya que en su artículo 25 obviando la responsabilidad objetiva del fabricante, establece una cadena de responsabilidades en la que los diferentes operadores mercantiles se van pasando la pelota impidiendo dar una respuesta satisfactoria al consumidor.

Es importante resaltar en esta materia la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la normativa comunitaria, cuya directiva de 25 de julio de

1985 promueve la objetivación de la responsabilidad estableciendo un amplio período de prescripción de la acción indemnizadora que fija en tres años; sin embargo, el legislador, desoyendo la recomendación comunitaria, y considerando suficiente la pro-

XVI
tección otorgada por la LGDCU, mantiene el plazo de un año establecido con carácter general por el Código Civil en materia de responsabilidad extraconceptual, limitando además el concepto de «uso previsible» de la normativa comunitaria al relacionarlo con la posible culpa del consumidor «o de las personas por las que deba responder civilmente».

Por ello es imprescindible ir a un sistema de absoluta objetivación de la responsabilidad, evitando así el enojoso problema de la prueba, con exacta determinación de las personas responsables, solidaridad expresa de las mismas, y estableciendo de un seguro obligatorio para el fabricante con el correspondiente Fondo de Garantía. Por su parte, en adaptación a la Directiva Comunitaria, la acción de responsabilidad debe estar sometida al mismo plazo de prescripción de tres años. Solamente así se dará un contenido real a la protección del consumidor y usuario en relación con la responsabilidad civil del fabricante, lo que en seis años de vigencia de la Ley General no se ha conseguido.

111. EL JUEZ DEL MODELO CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LAS RELACIONES JURIDICAS PROCESALES EN QUE SE VEN IMPLICADOS LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Replanteamiento del proceso civil y de sus principios inspiradores

Es evidente que el proceso no es -como se había sostenido durante mucho tiempo- un instrumento neutro y aséptico que sirve al derecho material.

En el Estado que diseña la Constitución es obligado promover las condiciones para que la igualdad que proclama el artículo 14 de la Constitución sea efectiva -art. 9.2-. Por ello, el Juez no puede ser ya el funcionario aséptico que es capaz de mantenerse aislado del problema que le es sometido a consideración por el artificioso postulado de que ha de ser un mero observador de si la premisa mayor -la ley-, en la que se subsume el problema concreto, ha de dar un concreto resultado.

Los artículos 24 y 53 de la Constitución obligan al Juez a dejar ese papel pseudoneutral, y procurar que se cumpla uno de los principios esenciales del proceso: la igualdad de las partes.

Que el proceso no es igualitario en el ordenamiento civil para los consumidores y usuarios es algo que llama poderosamente la atención. A pesar de que las Directivas Comunitarias así lo exigen y que la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios PÙblicos lo declaren formalmente, subsisten en nuestro ordenamiento procesal situaciones de desigualdad propiciadas por su propia dinámica y porque -para qué engañamos- el proceso está pensado y diseñado entendiendo que las partes actúan en el derecho material en igualdad de condiciones, respondiendo así al concepto liberal del Estado, cuando el actual estado de las relaciones económicas, con la proliferación de las condiciones generales de los contratos, los contratos tipo, los normados y los de adhesión, demuestran un punto de partida absolutamente contrario.

Siendo la Justicia uno de los valores fundamentales -artículo 1 de la Constitución- del ordenamiento jurídico, es evidente que los ciudadanos tienen un auténtico derecho subjetivo a que el Estado les garantice la más efectiva realización de la misma. Por eso el artículo 24 de la Constitución consagra el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, y por eso no basta con declaraciones de intenciones, o principios de defensa puramente formal, sino que en el Estado Social y Democrático de Derecho, el Estado ha de crear los instrumentos precisos para que ese fin superior se cumpla en condiciones de igualdad real y de efectividad.

El actual diseño del proceso civil, en general y más concretamente respecto a los consumidores y usuarios, propende a establecer la desigualdad entre las partes, precisamente más acusada en los supuestos en los que la relación material subyacente ya proviene de una originaria situación de desigualdad. Luego entraremos en los ejemplos concretos, pero en principio, cabe ya afirmar que la LEC, diseñada en el auge del Estado Liberal, no sirve para el estado que proclama la Constitución.

Frente a esta realidad ampliamente constatada en la práctica diaria de quienes ejercen la jurisdicción, los sucesivos proyectos de reforma de las Leyes

Procesales son francamente desalentadores. Desde el mantenimiento del sinnúmero de procesos distintos que existen en la LEC, desplazando el proceso tipo -esta vez de menor cuantía, que pareció la panacea en 1984, al de cognición añadiéndole simplemente una fase final de resumen de pruebas-, al parche recientemente programado -y afortunadamente parece que proscrito- de dar intervención a otros ¿funcionarios públicos? para aliviar el problema, no se ha avanzado casi nada cuando existe un clamor unánime de que es imprescindible una reforma del proceso civil.

En definitiva, el proceso actual, en lugar de atender a la promoción de las condiciones de igualdad entre las partes, con destierro de la discriminación y de la indefensión, produce exactamente lo contrario y está configurado como un instrumento de desigualdad en el que prima más la técnica juricoprocesal que el planteamiento de un debate entre las partes, en el que un olvido puramente formal en la presentación al Juez de la controversia motiva la pérdida del derecho -vid. arto 751 de la LEG-, en el que, en fin, la verdad formal prima sobre la real, de manera que para obtener la tutela de los Jueces lo primero que hay que dominar -en la más pura técnica del derecho romano- es la técnica de la acción y no la razón. Y aun cuando se domine la técnica de la acción, existen procesos que producen una situación de desigualdad por su propia esencia. La Ley de Enjuiciamiento Civil mantiene una centena de procedimientos, en los que es capaz de perderse el más avezado de los juristas. Cuanto más no es capaz de entenderlo el simple ciudadano que topa con la justicia. Parece como si el proceso laboral o el criminal, que al fin y al cabo se refieren a las clases menos favorecidas, pudieran despacharse con procedimientos rápidos, expeditivos y sencillos y sentencias de medio folio, y estos pleitos civiles, en los que, al menos una de las partes es potencialmente de la clase más favorecida, requiriera de todos los artificios para que el Juez adopte una decisión.

En este orden de cosas, junto al reforzamiento de principios inherentes al proceso como son los de contradicción e igualdad, expresamente constitucionalizadas por los dos apartados del artículo 24 de la Constitución se hace necesario replantearse los

principios del proceso. Por lo que respecta a los principios inherentes a la pretensión y al derecho subjetivo material, algunos aspectos de principios como el dispositivo y el de aportación de parte requieren una revisión a la luz de los principios de defensa del usuario y consumidor.

En la misma línea que se dijo en el análisis del apartado anterior, en un Estado Social y Democrático de Derecho, el Juez está obligado a servir a la justicia material y no a la verdad formal que las partes quieran suministrarle, máxime en este tipo de procesos en los que, como veremos, numerosos condicionamientos hacen que el consumidor se encuentre frecuentemente en situación de rebeldía procesal.

Para el Juez se hace obligado en este caso extremar el control de los presupuestos procesales, y averiguar en periodo probatorio, incluso mediante las pruebas para mejor proveer, la realidad material subyacente, máxime cuando ante la ausencia del demandado, al demandante le interesa presentar una determinada cara del problema.

En cuanto a los principios del procedimiento, es necesario insistir una vez más en la defensa a rajatabla y sin entrar en falaces argumentos de productividad, de la oralidad y la intermediación.

Tutela judicial efectiva y proceso civil. La desigualdad de los consumidores y usuarios en el proceso civil

Sin ánimo de agotar la cuestión, y fijándonos en el aspecto que importa a este Congreso, como no podía ser menos, los consumidores y usuarios se encuentran con mayor frecuencia de la deseada en situación de evidente desigualdad en el proceso.

Algunas muestras parecen evidentes.

1.0 Citaciones, notificaciones y emplazamientos

La llamada a juicio del demandado, o las diversas comunicaciones con las partes se producen bien en su persona y en su domicilio, conocido, bien en su domicilio pero a través de los parientes, criados, vecinos, etc. Pero cuando no es conocido el domicilio, o cuando el demandante -que es quien lo facilita manifiesta desconocerlo, se producen dos sistemas para su citación.

Ambos sistemas son ineficaces y producen al Juez la sensación de que, realmente, quien va a ser

seguramente condenado, y no ya sólo al pago de una cantidad, sino a devolver la casa que compró, a desalojar la que tiene arrendada, o a ver sus bienes vendidos en pública subasta, no va a saber que podía haberse defendido de la pretensión contraria, XVII

hasta que la cuestión no tenga solución alguna. Me refiero a las citaciones por los periódicos oficiales y en los estados del Tribunal.

Sobre la artificiosidad e indefensión que producen no es necesario insistir mucho.

2.º La sumisión a un fuero distinto al del domicilio del demandado

Las cláusulas de sumisión expresa en los procesos ejecutivos cambiarios y de pólizas de préstamo y crédito, en los contratos de las grandes compañías -grandes almacenes, aseguradoras, distribuidoras de libros, CTNE, Gas, Electricidad, etc.- provocan de hecho la indefensión del ciudadano. Mientras se mantenga en la LEC la regla del artículo 63 que determina el fuero electivo como el prioritario, pensando que las partes se encuentran en una situación de igualdad al otorgar el contrato de adhesión, la realidad es que la inmensa mayoría de los procesos de este tipo se hacen en rebeldía del demandado a quien le cuesta mucho más acudir a una jurisdicción territorialmente lejana que dejar pasar y terminar pagando, aun con intereses y costas. El proceso se termina convirtiendo en este caso, por vía de hecho, como un simple abonamiento del contrato, siendo el Juez el último de los adheridos a él.

Como luego determinaremos al analizar el proceso civil que estamos defendiendo, solamente la aplicación de la LGDCU o, mejor aún, una reforma estableciendo el fuero único, sin posibilidad alguna de sumisión, al menos en los contratos en los que se da por sentado la desigualdad inicial de las partes, puede obviar el problema. Lo contrario sería continuar produciendo dos fenómenos que entorpecen la administración de justicia a diario: la falta de interés del demandado para comparecer en una jurisdicción territorial que les es absolutamente ajena y la proliferación de los despachos de auxilio judicial, auténtico martirio diario para el exhortante y para el exhortado.

3.º El Juicio ejecutivo

La seguridad del tráfico mercantil es el argumento

más utilizado para justificar la existencia de este proceso. Se trata -se dice- de que el titular de un derecho obtenga con rapidez la tutela judicial de ciertos créditos por la fehaciencia del título en que está representado el crédito, o por la decisión del legislador de dar a ciertas relaciones materiales mayor seguridad. Resalta la doctrina, y surge de la experiencia diaria, que aproximadamente el 50 por 100 de la actividad jurisdiccional contenciosa en materia civil se resuelve en este «juicio ejecutivo». Además, con carácter general, es precisamente en este tipo de proceso donde se están ventilando los pleitos entre las grandes compañías y los consumidores y usuarios.

No es éste el momento ni el lugar para terciar en la polémica naturaleza jurídica y la propia denominación de este «juicio ejecutivo», pero al igual que haremos después al analizar las medidas cautelares y la figura del embargo, no parece muy ajustado a la tutela judicial efectiva que en todos estos procesos, sin previa declaración jurisdiccional del derecho, sea en el que precisamente se ventilen los intereses de las grandes compañías frente a los consumidores y usuarios.

Se dice a veces para defender este proceso ampliamente criticado desde la casi totalidad de los sectores doctrinales, que su carácter sumario y la no producción de efectos de cosa juzgada impiden que pueda hablarse de indefensión. También excede de este marco el entrar en la profundidad de dicho aserto, pero vaya por delante que en la mayoría de los casos se trata de una falacia. Efectivamente, la doctrina jurisprudencial ha venido creando una situación ~ue algún autor ha denominado el juego de ping-pong- en la que los «estrechos márgenes» del juicio ejecutivo impiden entrar a considerar cuestiones propias del plenario. Pero al mismo tiempo la misma doctrina jurisprudencial se ha cuidado de precisar que aquello que pudiera haber sido discutido dentro del juicio ejecutivo no puede reproducirse en el declarativo lo que, en primer lugar, como luego veremos, produce cargar en el consumidor y usuario la obligación de soportar primero un proceso y estar después obligado a interponer otro, y en segundo lugar provoca que, por la vía del juego sumario-plenario, lo que termine decayendo sea el derecho. Ejemplos

no faltan en la experiencia diaria.

Otra crítica obligada en el juicio ejecutivo es que su propia esencia determina un cambio en la posición procesal de las partes cuando el demandado decide oponerse. Si el demandado se opone a la ejecución despachada, es él quien introduce la pretensión para que sea el demandante quien la conteste teniendo a la vista las alegaciones del demandado y la documentación y prueba propuesta. Luego, cuando el actor contesta la ¿oposición?, al demandado que no le queda opción alguna para rebatirle.

En el trance de tener que analizar dos cuestiones que se plantean en el juicio ejecutivo y su relación con los problemas derivados de la relación personal entre librador y librado en el ejecutivo cambiario, y el ejecutivo basado en las pólizas de préstamo y crédito.

El juicio ejecutivo cambiario basado en el artículo 1.429.4.º de la LEC y en la Ley Cambiaria y del Cheque, en este aspecto que nos interesa, suele reflejar las tensiones existentes en el cumplimiento contractual en materias tan importantes como la vivienda y en general la adquisición de bienes por los consumidores y usuarios. La denominada excepción de falta de provisión de fondos viene a traer el conocimiento jurisdiccional supuestos de absolutos incumplimientos de contrato, y de cumplimientos parciales o defectuosos. Pues bien, una tesis jurisprudencial asentadísima en estos supuestos atinentes a la denominada provisión real o por entrega de mercaderías, seguida con casi total unanimidad por los Tribunales, mantiene que mientras que el total incumplimiento por el librador es suficiente para que prospere, el cumplimiento parcial, irregular o el defectuoso no pueden ser alegados con éxito dentro de sus famosos «estrechos márgenes». Se producen así situaciones en las que por más que el consumidor alegue la excepción de incumplimiento parcial o defectuoso, la decisión jurisdiccional le dirá: puede que usted lleve razón, e incluso es bastante probable, pero aunque haya sido usted traído al juicio por quien le vendió el bien, y éste no sea el que pidió o tenga defectos, ha de pagar usted primero so pena de ver vendidos forzosamente sus bienes, y después podrá usted acudir nuevamente al Juzgado -esta vez a su instancia- a hacer valer su derecho.

Esta situación, que atenta claramente contra la tutela judicial efectiva, deja perplejo al común de los mortales. Otros supuestos como la cesión fraudulenta del crédito cambiario a un tercero ajeno a la esfera personal entre librador-librado para evitar la oposición por falta de provisión, la abusiva estampación posterior de cláusulas de sumisión expresa en las propias letras de cambio, se producen a diario, cuando no se da la paradoja de entender tercera cambiaria a una compañía creada por la suministradora para la financiación y el cobro de las letras de cambio.

La facultad de los bancos y compañías de crédito y financiación de que el saldo que certifiquen, de forma unilateral, sin intervención del deudor para absolutamente nada en unas liquidaciones además incomprensibles, está absolutamente admitida en el artículo 1.435 de la LEC. Así, el Juez se ve obligado a despachar ejecución con la sola vista de estos documentos y de la póliza "intervenida por de fedatario público ••, penetrando en el patrimonio del deudor vía embargo preventivo propio del juicio ejecutivo, y sin que el derecho del acreedor haya sido declarado en sentencia. Esta situación claramente inconstitucional, fue sometida por primera vez al Tribunal Constitucional en 1988 por la Audiencia de Cuenca, ha sido reiterada en bastantes ocasiones más y aún no ha sido resuelta. No podemos entrar tampoco en el análisis en detalle de la cuestión, pero la acreditación del saldo deudor en las pólizas de crédito, los propios contratos de préstamo, la "intervención •• de los Corredores de Comercio, y, en definitiva, la "liquidez •• del saldo así hallada en la dominante permisividad de los Tribunales, está provocando de hecho la indefensión del demandado, vulnera el proceso con las garantías debidas, y es exponente de uno de los casos de desigualdad en la Ley más acusados de nuestro ordenamiento procesal.

4.º El procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria

Este procedimiento afecta de modo particularmente grave a los consumidores y usuarios. Es el instrumento jurídico generalmente utilizado por las entidades de crédito para realizar la hipoteca que garantiza los préstamos concedidos para la adquisición de un bien de primera necesidad: la vivienda. Este procedimiento, caracterizado por ser de ejecución

pura y por ello carente de una fase de cognición -salvo las limitadas y excepcionales causas de suspensión del mismo contenidas en el artículo 132 de la LH-, requiere del Juez la más exacta comprobación del título en virtud del cual se pretende la ejecución, es decir, la escritura pública de constitución de hipoteca. En bastantes más ocasiones de las deseadas se pretende ejecutar por cantidades no cubiertas por la hipoteca.

Situaciones como las diferencias en los intereses establecidos en las distintas cláusulas de la escritura, y su vinculación no sólo frente a terceros, sino frente al propio ejecutado, o como la reclamación de cantidades que no están garantizadas por la hipoteca, como es el caso de determinados préstamos concedidos por el sector público en los que se reclaman los intereses subvencionados en caso de resolución del préstamo, aunque tal devolución no esté garantizada por la hipoteca.

En consecuencia es imprescindible que el más estricto control de estas circunstancias, dado que de otro modo se está potenciando la utilización de un procedimiento privilegiado de ejecución en el que al deudor le está vedado discutir las cuestiones de fondo, para exigir cantidades no incluidas en el propio título de ejecución.

Es conveniente resaltar también que la exigencia de los intereses revalorizados impone al acreedor -regla 3.ª, apartado 4.º,- aportar el documento del que resulte la revalorización, y que éste documento no sea una certificación unilateral de la propia ejecutante, sino que, al menos, haya sido emitido por entidad pública, por ejemplo, por el Banco de España.

La tasación de las viviendas que se realiza en la escritura de constitución de la hipoteca puede, y en estos últimos tiempos ha sido norma común, estar desfasada, de modo que el consumidor puede ver vendida en pública subasta la finca por un valor muy inferior al real. De lege ferenda sería imprescindible que se previera un mecanismo de revalorización automática con parámetros objetivos.

5.º El Juicio de desahucio

Sobre el juicio de desahucio por falta de pago, y del desahucio por expiración del término contractual, se ha tratado con profundidad anteriormente al analizar la situación de la vivienda en el aspecto sustantivo. No vamos por ello a reproducir lo ya dicho anteriormente.

Sin embargo, hay que resaltar que la limitación en la oposición en los juicios de desahucio por falta de pago y las interpretaciones jurisprudenciales sobre la estrechez de sus márgenes, provocan de hecho situaciones de desequilibrio en el pro-CE'JSO, obligando al consumidor a cumplir con su obligación de pago de la renta cuando median incumplimientos, incluso esenciales, del arrendador que el arrendatario solamente puede hacer valer en otro proceso.

Asimismo la necesidad de consignación, que ciertamente puede contribuir a evitar recursos injustificados, puede provocar en determinadas ocasiones situaciones de real indefensión para el demandado.

Otra cuestión de gran incidencia en este campo es la llamada a juicio del arrendatario cuando se ignora ---o el demandante dice que ignora- su domicilio.

El artículo 1.579 de la LEC permite en estos supuestos la citación en estrados, y aunque en algu-
XIX

nas ocasiones se está tratando por algunos Juzgados de sustituirla por la citación por medio de edictos, la realidad es que este medio tampoco provoca seguridad alguna de que llegue a conocimiento del demandado la existencia del proceso de desahucio en su contra. Reproducimos aquí la tesis de la posibilidad del Juez de averiguar también en el proceso civil el domicilio efectivo del demandado. Solamente así cabrá la seguridad de que la resolución judicial no se produce de hecho inaudita pars.

6.0 LB realización forzosa de los bienes del deudor en el proceso de ejecución civil

Pocas cuestiones han suscitado y suscitan más unanimidad entre el sentir del común de los ciudadanos y el de quienes están obligados a juzgar.

La venta de los bienes embargados en el proceso civil es uno de los casos más escandalosos de ineficacia, corrupción, corruptelas, e incluso de creación de una nueva profesión, al amparo de lo que en principio se estimaba como la única salida para satisfacer la pretensión del demandante. Existe una opinión doctrinal unánime que aqueja en el sistema de la venta en pública subasta defectos tan trascendentales como la falta de exhibición previa de los bienes embargados, principalmente debida a la inexistencia de locales adecuados, y de organismos encargados de la función de depositarios que incluso

se han llegado a dejar en manos de los denominados "subasteros». Se critica la falta de unas tasaciones completamente ajenas al valor real de los bienes, cuando no desfasadas por la propia lentitud de la administración de Justicia, de forma que entre la fecha de la peritación y la de realización se han podido producir diferencias tan escandalosas como las que ha provocado la especulación inmobiliaria en los últimos tiempos. Y, por fin, el sistema de publicidad de las subastas -los periódicos oficiales- es el más atinado para conducir al fin opuesto, es decir, a su real clandestinidad. En general, el proceso de ejecución está pidiendo a gritos una modificación urgente que lo adecue a la realidad social actual. La vieja LEC no sirve porque el valor de los bienes o su importancia no son los que se deja entrever en el artículo 1.447 de la LEC, ni los tiempos que corren permiten un sistema de embargo, tasación, liquidación de cargas, venta, adjudicación y cancelación de cargas posteriores como el que proclama nuestro actual ordenamiento procesal.

Recientemente el desarrollo legislativo de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral ha enseñado a nuestro juicio el camino a seguir al establecer un sistema de liquidación de los bienes embargados que difiere en aspectos sustanciales de la obsoleta regulación de nuestra LEC. Y así:

1. Ha establecido tres sistemas de venta de los bienes embargados (art. 260 del RD Legislativo) cuya decisión se atribuye al propio Juez:
 - a) la venta por entidad autorizada administrativamente;
 - b) la venta ante fedatario público;
 - e) la subasta de los bienes ante el Juez.
2. Ha determinado un precio mínimo por debajo
xx
del cual no es posible adjudicar el bien embargado, en este caso el 25 por 100, de forma que por debajo de esta cifra ni siquiera el acreedor puede adjudicarse los bienes. La solución cuando no se alcanza dicha suma es el alzamiento del embargo.
3. Ha quebrado con el principio de prioridad de forma que el importe de los bienes vendidos ha de distribuirse en proporción a los créditos de los acreedores, combinándolo con sistemas de acumulación obligatoria de ejecuciones, de forma que no sea el acreedor más avisado de los que concurren con créditos del mismo rango, quien obtenga la satisfacción

de su crédito con preferencia, y generalmente con exclusión, de los demás.

4. Ha eliminado, salvo para el acreedor, la posibilidad de ceder el remate a terceros, obviando así el caso más claro de evitación de impuestos consentido en la Ley, cuando no la tan habitual venta previa a la subasta por el depositario, e incluso la subastilla entre licitadores, o al menos la ha dificultado hasta extremos que hagan desaconsejable su práctica.

5. Deja sin efecto la necesidad de documentar la adjudicación en posterior escritura pública, trámite dilatorio e innecesario donde los haya, sustituyéndola por el auto de adjudicación que es bastante para que acceda la venta judicial a los libros del Registro.

Estas innovaciones dentro del proceso laboral pueden servir de guía para una futura reforma del proceso civil.

Instituciones procesales, potenciadoras de la desigualdad

Aún cuando ya se ha apuntado algo anteriormente, las sucesivas reformas procesales tienden en los últimos tiempos a anticipar la ejecución cuando el derecho no está aún declarado, lo cual puede efectivamente ser aconsejable en determinadas ocasiones.

Parece como si quisiera paliarse la lentitud de la Administración de Justicia por el sistema de ir satisfaciendo progresivamente los derechos del acreedor mediante la ejecución anticipada de sentencias definitivas pero no firmes, la ejecución provisional, las medidas cautelares y el embargo de los bienes, tanto con carácter preventivo como tras la declaración de rebeldía.

No se trata de efectuar un ejercicio demagógico al respecto porque, tanto en los supuestos de la ejecución anticipada como en la provisional, existe un pronunciamiento judicial que aunque no sea firme no puede tampoco ser irrelevante, y en ambos supuestos el ordenamiento establece sistemas de aseguramiento de una eventual decisión que revoque o anule la dictada en instancia.

Pero no se puede sostener lo mismo en aquellos casos en los que la decisión jurisdiccional se produce o se puede producir inaudita pars. Nos referimos al embargo preventivo, a las medidas cautelares especiales, y a la retención de bienes muebles y embargo de inmuebles al litigante rebelde.

No se trata de sostener su eliminación al socaire de un garantismo exacerbado, pero tampoco puede sostenerse sin más su aplicación en la forma actualmente diseñada y ello por varias razones:

- a) porque la rebeldía del demandado ni implica su allanamiento, ni releva al demandante de probar lo que constituye la esencia de su pretensión;
- b) porque en ninguno de los casos mencionados es imposible adoptar la medida que sea sin, al menos, dar oportunidad del demandado de ser oído antes de penetrar en su patrimonio o de obligarle a un hacer o no hacer antes de declarar el derecho;
- c) porque, en última instancia, la mayoría de las veces la decisión jurisdiccional previa o cautelar se produce por reglas de simple intuición o de posición personal en la cuestión, creando así unos límites de arbitrio judicial desmedidos y dispares lo que termina quebrando el principio de igualdad y el de seguridad jurídica.

Conclusión: Hacia un nuevo proceso civil. La eterna promesa de tiempos mejores

Sin embargo, aún sentado lo anterior, es evidente que el Legislador ha de acometer de una vez por todas la reforma del proceso civil, que como se ha resaltado en tantas ocasiones no precisa de tanta formulación técnica y de tantos obstáculos para hacer valer la verdad real en el proceso. No hay que olvidar, como uno de los elementos distorsionadores del funcionamiento de la Justicia, la inflación de procedimientos en los Juzgados. No es materialmente posible cumplir el derecho a la tutela efectiva cuando los Juzgados Civiles llegan a los 2.000 procedimientos anuales. La reforma "Mágica" ha provocado un nuevo caos que añadir al colocar al Juez en el sempiterno trance -falaz - de elegir entre cumplir uno de los principios básicos del proceso - la inmediación - o entrar en ellos casi de puntillas, porque se viene potenciando desde hace tiempo una figura de Juez productivo, de quien se cuenta cuanto dice y no lo que dice, y qué ha hecho antes de decirlo. El proceso civil que JpD viene propugnando desde hace más de seis años es un proceso que sirve para resolver los conflictos entre los ciudadanos sin necesidad de que el dominio de la técnica procesal determine necesariamente el resultado, sin que la determinación del fuero o la creación de títulos extrajurisdiccionales dentro de contratos de adhesión

provoque la efectiva indefensión -formal y material- del ciudadano, para quien hacer oír su voz se convierte en una carrera de obstáculos en la que, pese a la tesis del Tribunal Constitucional, defenderse, aun sabiendo que lo puede hacer, se termina haciendo más difícil que dejar que el asunto siga adelante.

Como afirmaba M. Carmena, hace cuatro años el proceso ha de ser «claro, diáfano, sencillo y esas exigencias ... sólo se pueden dar en un solo proceso que se popularice y se divulgue, de modo que acabe incorporándose al conocimiento social colectivo ••.

El mismo Tribunal Constitucional no dudó un momento en afirmar que "superando las tendencias que creían que el derecho procesal era un conjunto de normas neutras y aisladas del derecho sustantivo, resulta patente que ambas son realidades inescindibles, actuando aquél como un instrumento más y de singular importancia para el cumplimiento de los fines perseguidos por éste ...••. Por ello, los Tribunales han de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y esto autoriza a corregir las desigualdades mediante normas procesales, siempre que la desigualdad procesal aparezca razonablemente ligada a tal finalidad y sea proporcionada a la desigualdad material existente.

Resulta curioso que, además de la ejecutividad provisional de las sentencias, el único deber de consignación que contemplen nuestras leyes procesales sea el de los inquilinos y arrendatarios cuando tratan de interponer un recurso de apelación, y que mientras el trabajador tiene derecho a la ejecución provisional de las sentencias garantizando el Estado la devolución de lo percibido si es revocada, el ciudadano consumidor para dicha ejecución provisional haya de afianzar de su bolsillo sin que el Estado subvenga en su ayuda. Parece como si quien suscribe un contrato de trabajo sea desigual al patrón, pero si a ese mismo patrón le compra un bien como consumidor, entonces operen unas exactas condiciones de igualdad.

Así pues, el proceso que propugnamos ha de ser:

1. Único. Suprimiendo la multitud de trámites procesales que imponen la entrada en un laberinto en el que encontrar la salida hacia la verdad material es sólo tarea para navegantes expertos.

Ello no impide que el proceso esté dotado de fases

cautelares en aquellos supuestos en los que la especialidad del derecho material subyacente, el título esgrimido, o las especiales circunstancias del demandado, obliguen a adoptar medidas para impedir que la declaración hipotética del derecho se convierta en una mera declaración sin posibilidad de posterior ejecución. Pero eso tampoco permite que tales medidas se adopten sin la audiencia al demandado, ni que las cláusulas de los contratos de adhesión terminen provocando un tipo de proceso convencional repudiable.

2. Con una primera fase en la que las partes fijen por escrito sus respectivas pretensiones, con elasticidad reglada en el plazo para la contestación a la demanda -lejana de la concepción formalista-, atendiendo a la complejidad del asunto, a la situación del Juzgado, y a las circunstancias de las partes, permitiéndose un mínimo y un máximo de tiempo para ello.

3. La llamada a juicio del demandado --cuyo domicilio ha de ser el fuero único sin posibilidad de sumisión expresa- ha de realizarse en condiciones que permitan el conocimiento de que contra él se sigue un pleito. Hay que desterrar las citaciones por criados, vecinos, parientes, y más aún las citaciones por medio de periódicos oficiales. Es curioso constatar, para quienes defendemos que el Juez Civil ha de tener los medios suficientes para averiguar el domicilio del demandado por medio de organismos oficiales, que la LEC permita dirigirse a ellos para averiguar algún dato solamente cuando se trata de inquirir los bienes del deudor en el juicio ejecutivo -artº 1.455 de la LEC- y que quienes denostan esta posibilidad entiendan que tales averiguaciones implican una ofensiva entrada en un sis-
XXI

tema cuasi inquisitivo, cuando la traída al proceso del demandado es una de las condiciones *sine qua non* de la igualdad de las partes en el proceso y de la tutela efectiva. Así pues, si se diseña un fuero único en el domicilio del demandado, y se permite que el Juez acuda a las autoridades del municipio para conocer el verdadero de éste cuando resulte infructuoso, difícilmente podrán seguir proliferando las citaciones y emplazamientos por estos medios que se pensaron como extraordinarios y se han terminado convirtiendo en habituales.

4. Antes de entrar en la fase probatoria es preciso mantener la comparecencia previa. Es un instrumento de saneamiento de los defectos procesales, de acercamiento de las partes para la posible autocomposición de la controversia, de fijación definitiva de los hechos del debate, e incluso de descarte de medios de prueba tradicionalmente dilatorios como son los oficios y mandamientos. Cuando se escarba un poco en la actual comparecencia del artículo 691 de la LEC, en la práctica, se termina constatando que las partes están conformes en admitir que una nota simple del Registro es equivalente para ellas a una certificación de dominio y cargas, que un extracto de cuenta de un banco en fotocopia no existe inconveniente en darlo por bueno, etc. A dicha comparecencia será obligado citar a las partes, y no a sus representaciones, a quienes se hará la advertencia de que deberán comparecer con todos aquellos medios de prueba de los que intenten valerse en los términos que más adelante se expresará.

5. Seguidamente hay que entrar en la fase de prueba, pero sin trámite de proposición distinto al de la comparecencia. En esta misma comparecencia las partes deberán proponer toda aquella que les interese, y será practicada desde luego toda aquella que se encuentre dispuesta, y sólo por excepción se permitirán pruebas de declaración de las partes o de sus testigos fuera de dicho acto de comparecencia y juicio. Han de ser eliminados definitivamente los corsés de los pliegos de preguntas y repreguntas, permitiendo que las partes planteen las preguntas de forma libre y con inmediata apreciación oral del Juez sobre su pertinencia. Para ello es imprescindible introducir en la oficina judicial los medios correspondientes de reproducción distintos a los actuales.

Asimismo el Juez, atendida la complejidad de las pruebas propuestas que no puedan ser practicadas en el momento, podrá señalar el término en que ha de practicarse la propuesta y no practicada en ese momento. El término de prueba será elástico, aunque reglado en cuanto al máximo, permitiéndose que, excepcionalmente, se amplíe si se constata la imposibilidad de practicarse lo acordado en el término inicialmente fijado, siempre y cuando se acredite

XXII

que el incumplimiento no ha sido debido a la actividad de las partes. Las diligencias para mejor proveer

se han terminado convirtiendo, en lugar de en el medio de ampliar el principio de aportación e investigación, en un instrumento de dilación inadmisibles.

6. Tras la fase de prueba se señalará la continuación del juicio para hacer una valoración crítica de las pruebas practicadas respecto a la posición mantenida por cada una de las partes. El Juez podrá dictar *in voce*, en ese mismo momento, la sentencia, siempre que lo estime conveniente o podrá reservarla fijando él mismo el plazo para dictarla, aunque para ello haya que establecerse un máximo de días. Es desesperante comprobar como los plazos para dictar la sentencia se incumplen sistemáticamente, lo que da una imagen nefasta de la labor del Juez, aunque todo el mundo sea consciente de que a veces la resolución de un problema no puede producirse en el margen que actualmente da la LEC. Para los supuestos en que se dicte la sentencia *in voce*, en el mismo acto las partes habrán de manifestar su intención de recurrir o no la sentencia, y solamente en el primer caso el Juez habrá de fundamentarla por escrito en un corto plazo de tiempo.

7. Los recursos contra las sentencias han de permitir un sistema de ejecución provisional que equilibre la desigualdad económica de las partes.

8. La ejecución de las sentencias civiles sigue siendo un drama. Aún hoyes válida la frase de «pleitos tengas y los ganes» porque penetrar en la voluntad o en el patrimonio del deudor para cumplir lo que el Estado ha decidido es, en muchas ocasiones, materialmente imposible, por las trabas procesales de un sistema obsoleto diseñado en 1885 cuando aún la tierra era lo que valla. El TC ha ordenado a los Jueces, en cumplimiento del deber de tutela efectiva, tomar todas aquellas medidas necesarias para hacer efectivo el pronunciamiento. Sin embargo, es sabido que el propio Tribunal ha aclarado que no es a él sino al legislador a quien corresponde dictar cuáles pueden ser estas medidas. Así se termina produciendo un efecto ping-pong en el que el Juez es el espectador que mira de un lado al otro sin poder intervenir en el juego de quienes se lanzan la pelota de un campo a otro de modo continuo. La técnica de las «astreintes» es de obligada introducción en nuestro ordenamiento, al modo que se ha hecho en la legislación procesal laboral, siguiendo otros ordenamientos. De esta forma, se podría

compeler al deudor a que cumpliera la prestación a que se le ha obligado so pena de abonar determinadas cantidades.

Asimismo es obligado, como ha dicho por otra parte el TC, regular las comparecencias en ejecución, y ajustar el procedimiento de apremio a las actuales circunstancias en los términos más arriba indicados.