

El Derecho contractual y la protección jurídica del consumidor en América Latina

GABRIEL A. STIGLITZ

Catedrático de Derecho Civil. Universidad Nacional de La Plata, Argentina.

SUMARIO: 1. La justicia contractual como garantía de acceso a un consumo digno. 2. Las Técnicas de empresa que comprometen la justicia contractual. (I) Las cláusulas abusivas en los contratos por adhesión. (II) Técnicas no ortodoxas de comercialización. 3. La publicidad comercial y el contenido del contrato. 4. La obligación contractual de garantía y responsabilidad por incumplimiento. 5. Los mecanismos instrumentales para la efectividad de las soluciones del Derecho contractual.

1. LA JUSTICIA CONTRACTUAL COMO GARANTIA DE ACCESO A UN CONSUMO DIGNO

El nivel de estrechez de la relación entre consumo y contrato, entre consumidor y contratación, es verdaderamente notable.

A tal punto que desde una perspectiva, el *consumo* mismo, como hecho, supone la previa adquisición u obtención del uso o disfrute de bienes o prestación de servicios; y todos esos canales de acceso al consumo tienen, habitualmente, esencia contractual.

Desde el ángulo opuesto, *consumidor* es —es según las definiciones de leyes y proyectos legislativos de nuestra región— precisamente, «quien *contrata...*» sobre bienes o servicios para fines personales, familiares o domésticos (1).

(1) En ese sentido, el proyecto de normas tipo para la defensa del consumidor, del grupo informal de trabajo jurídico de la Oficina Regional de la IOCU para América Latina y el Caribe, art. 2, que se refiere a adquisición de bienes (venta, arrendamiento, distribución o depósito al consumidor) o contratación de servicio; la Ley Federal de Protección al Consumidor de México (1975), art. 3; el Derecho Supremo núms. 36/83-JUS del Perú, art. 4, inc. 1; y el proyecto de ley argentino sobre defensa de consumidor, núm. 1027-D/89, art. 1 (Cámara de Diputados de la Nación, Trámite Parlamentario núm. 61, 24-7-89, pág. 1241).

Es por estas razones que hoy comienza a plantearse universalmente el Derecho contractual, desde una perspectiva particular, que suele calificarse como derecho del consumo. Porque, insistimos, casi toda la problemática del consumo viene regulada por el Derecho contractual; y a la vez, la generalidad de las relaciones contractuales persiguen el acto de consumo como finalidad. En otras palabras, el consumo aparece como el objetivo económico y social primordial de la mayoría de los tipos de contrato. En suma, en principio, donde hay un contrato, hay un consumidor (2).

Entonces, la protección jurídica del consumidor ha de encontrar sus pilares fundamentales en las normas e instituciones del derecho contractual. Y los instrumentos jurídicos que persiguen la justicia de los contratos, serán las herramientas idóneas para garantizar al público el acceso a un consumo digno: para asegurar al consumidor que la obtención de los bienes y servicios imprescindibles para la satisfacción de sus necesidades vitales, no exija el sacrificio (a merced de técnicas comerciales irregulares) de derechos esenciales que hacen a su dignidad como ser humano.

Claro que este enfoque protector del Derecho contractual, requiere como primera medida un desprendimiento de la concepción individualista del siglo XIX y que a partir de la codificación francesa imperó universalmente como un dogma absoluto.

Tal concepción, inspirada en el principio de la autonomía de la voluntad, suponía que los hombres son libres e iguales por esencia y no pueden obligarse más que por su propia voluntad. Que es mejor dejar que ellos mismos regulen sus relaciones jurídicas, antes de tratar de regularlas por la fuerza de la ley. La voluntad —se sostenía— es creadora del contenido y de las consecuencias de los contratos, y

Cabe destacar, sin embargo, que las cuestiones de consumo pueden tener también emplazamiento en órbita extracontractual, como acaece, p. ej., en caso de responsabilidad por daños derivados de productos elaborados, cuando el consumidor no adquiere directamente al fabricante, o es un tercero damnificado distinto del adquirente. Por eso se justifica, en cuanto al ámbito de aplicación de la protección jurídica del consumidor, una fórmula genérica: «las relaciones jurídicas establecidas» entre empresarios y consumidores (proyecto de ley argentino, art. 1), comprensiva de las de génesis contractual o extracontractual.

(2) Las excepciones son siempre excluidas del ámbito de aplicación de las leyes y proyectos legislativos de nuestra región. La ley mexicana excluye la prestación de servicios profesionales y los emergentes del contrato de trabajo (art. 3). Lo mismo, en principio, el proyecto de normas tipo de IOCU (art. 3). El proyecto de ley argentino, además de los servicios de profesionales liberales, excluye las adquisiciones de cosas o comercialización (art. 2). Implícitamente también las exceptúa el proyecto de ley brasileño sobre protección del consumidor (Senado Federal, núm. 97 de 1989, publicado en DCN, sec. II, del 28-6-90), al definir al consumidor como «destinatario final» (art. 2); y el proyecto de normas de tipo de IOCU, al restringirse adquisiciones para «fines personales, familiares o domésticos» (art. 2).

estas consecuencias no existen sino por que son voluntariamente queridas. Finalmente, como los hombres no pueden obrar contra sus intereses, sus obligaciones, por ellos contraídas, no pueden ser sino justas (3).

Las mutaciones sociales luego emergentes (industrialismo, masificación, etc.) fueron generando una resistencia de la moderna ciencia jurídica, contra la rigidez inicial de esa concepción tal como fue formulada. Se hizo ostensible la injusticia contractual basada en el *egoísmo individualista y economicista*, que atentaba —y todavía atenta—, contra intereses esenciales de la comunidad. La libertad era incompleta, irreal, y la igualdad meramente teórica, a partir de la inferioridad económica de una de las partes de la relación obligacional. La experiencia demostró que el contrato no es forzosamente justo, que con frecuencia consagra el aplastamiento del débil por el fuerte (4). Y si uno de los contratantes puede imponer al otro su voluntad, el contrato sólo expresa la ley del más fuerte; y entonces se alteran los términos: en esas condiciones, es la libertad la que esclaviza y es la ley la que liberta (5).

A partir del acuñamiento de esta nueva concepción humanista y solidaria, se reconoce la necesidad de *intervención del Estado*, a través de soluciones legislativas, judiciales y administrativas, para que los contratos se conformen con el bien común, los principios esenciales de la justicia y el orden público, intentando con ello recomponer el equilibrio en el marco del interés social (6).

(3) RIPER y BOULANGER, *Tratado de Derecho civil*, Bs. As., 1964, t. IV, p. 71; GHESTIN, J., *Traité de droit civil*, París, 1980, p. 18; WEILL y TERRÉ, *Droit civil*, París, 1980, p. 51.

(4) PLANIOL y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, La Habana, 1946, t. 6 p. 29; MAZEAUD, H. y J., *Lecciones de Derecho civil*, Bs. As., 1969, vol. 1, p. 128.

(5) MASNATTA, H., *Las nuevas fronteras del contrato*, Bs. As., 1965, p. 31. rememorando esa rotunda frase de Lacordaire.

DÍEZ PICAZO, señala que en hipótesis como esta, el presupuesto ideológico de la igualdad de las partes contratantes, no pasa de ser una quimera: las partes están en situaciones claramente desiguales, puesto que una de ellas ocupa una posición de prepotencia real respecto a la otra (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1972, p. 93).

(6) MAZEAUD, H. y J., *ob. cit.*, vol. 1, p. 128.

Señala DÍEZ PICAZO que si la igualdad entre los contratantes ha dejado de existir y el puro juego de la libertad contractual clásica suponía dejar a uno de los contratantes, el económicamente más débil, a merced del otro, el Estado debe intervenir para restablecer el equilibrio (*ob. cit.*, p. 94). Y MORELLO, en orden a esta misma cuestión: que el cometido del Derecho no puede ser simplemente el de ordenar la convivencia partiendo de los términos en que aparezca establecida, sino que ha de ser la suya una tarea transformadora: para que quienes ocupan los planos inferiores no sucumban, es preciso que el Derecho les otorgue una protección más intensa que la dispensada para elevarse (*El abogado, el Juez y la reforma del Código Civil*, La Plata, 1979, p. 35).

Esa forma pronunciada de protección jurídica, conlleva el carácter *imperativo* de las soluciones normativas brindadas al consumidor.

La contratación para el consumo es inherente al interés general y por tanto materia de orden público (7).

Tal es la concepción de las leyes y proyectos legislativos de nuestra región:

La ley mexicana señala que sus disposiciones son de orden público e interés social; irrenunciables por los consumidores; y aplicables a cualesquiera sean las establecidas por otras leyes, costumbre, prácticas, usos y estipulaciones contractuales en contrario (art. 1). En el mismo sentido, el proyecto de normas tipo de IOCU (art. 1); y el proyecto brasileño, que dispone también que sus normas son de orden público e interés social (art. 1).

En última instancia, todo el complejo de soluciones legales, judiciales y administrativas, para la protección jurídica del consumidor, debe apuntalar la efectividad de los derechos esenciales de los consumidores, reconocidos por la totalidad de las normas especiales del derecho comparado, nacionales y supra-nacionales y en particular por las Directrices de 1985 para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas, que en materia contractual pueden reseñarse de la siguiente manera:

- a) promoción y protección de los intereses económicos de los consumidores;
- b) acceso de los consumidores a una información adecuada que les permita hacer elecciones bien fundadas conforme a los deseos y necesidades de cada cual;
- c) lealtad de las prácticas comerciales; comercialización informativa; prevención y protección efectiva contra las prácticas que puedan perjudicar los intereses económicos de los consumidores y la posibilidad de elegir en el mercado;
- d) protección contra abusos contractuales como el uso de contratos uniformes que favorecen a una de las partes, la no inclusión de derechos fundamentales en los contratos, etc.;
- e) trato justo a los consumidores en las prácticas de promoción, comercialización y venta.

(7) HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1976, pp. 233 y ss.

Se trata del orden público económico-social, en la especie —según MOSSET ITURRASPE—, orden público de protección, que viene inspirado para remediar los abusos que se originan en la contratación (La Ley, Bs. As., t. 1985-A, pp. 996 y ss.; idem, GHESTIN, *ob. cit.*, pp. 80-92).

Como afirma SANTOS BRIZ, el contrato no es ya solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que en nuestra vida económica y social, ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes; y entonces la sociedad, representada por el Estado, asume el control del contrato en sus aspectos fundamentales (*La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, p. 32).

En suma, la adopción de sistemas de protección jurídica del consumidor, sustentados en el reconocimiento de sus derechos fundamentales y de mecanismos instrumentales adecuados para hacerlos valer, constituyen la base para la consecución de la justicia contractual y por consiguiente el respeto a la dignidad del ser humano en cuanto procura el acceso al consumo para la satisfacción de sus necesidades vitales.

El desafío de nuestros países consiste, pues, en el fortalecimiento de esos sistemas de protección jurídica, meta conjunta del Estado y de la comunidad organizada a través de formas de participación social (asociaciones de consumidores, etc.), con *especial énfasis en las respuestas a los sectores económicamente menos favorecidos*, y buscando un retorno al equilibrio, en aquellas relaciones donde afloran técnicas agresivas al consumidor, que comprometen la justicia contractual.

Veamos brevemente, cuáles son esas técnicas contractuales que hoy exigen una regulación protectora del consumidor.

2. LAS TÉCNICAS DE EMPRESA QUE COMPROMETEN A LA JUSTICIA CONTRACTUAL

I. Cláusulas abusivas en los contratos por adhesión

El contrato por adhesión es aquel en que las cláusulas son predisuestas unilateralmente por uno de los futuros contratantes, de manera que el otro no puede modificarlas, sino aceptarlas o rechazarlas, sin participación en la configuración del contenido negocial (8).

Esta técnica de contratación, por adhesión, sobre la base de condiciones generales predisuestas por el empresario, es hoy inevitable, merced a la dinámica del tráfico económico moderno, que impide la conformación de contratos singulares y discutidos con cada uno de los clientes. Un elemental criterio de racionalización y organización empresarial (en sí irreprochable, pues apuntala el progreso global), conduce a la imposición de contratos uniformes, contratos tipo, instrumentados en formularios, impresos, etc. (9).

Los inconvenientes para el consumidor no derivan pues de la contratación por adhesión en sí misma, sino de la circunstancia que la facultad de predisponer el contrato, facilita al empresario favorecer su posición contractual, o desde la otra perspectiva, agravar la del consu-

(8) MESSINEO, F., *Manual de Derecho civil y comercial*, Bs. As., 1971, t. IV, p. 483; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1974, t. III, p. 419.

Según la ley mexicana, son los redactados unilateralmente por el proveedor, sin que la otra parte pueda discutir su contenido (art. 4)

(9) DÍEZ PICAZO, L., *ob. cit.*, p. 93.

midor (10). Y ello ocurre en los hechos, tal cual lo revela la experiencia negocial usual en nuestros países, a través de la incorporación de *cláusulas abusivas*, aquellas que quiebran la relación de equivalencia de los derechos y obligaciones contractuales entre empresario y consumidor.

De manera que siendo, no los contratos por adhesión, sino las cláusulas abusivas, las técnicas agresivas de los derechos del consumidor, la solución pasa por los mecanismos de control de las mismas que deben imperar en los sistemas de protección jurídica.

No existiendo, con carácter general, en los países de nuestra región, sistemas de control previo administrativo de las condiciones generales de los contratos por adhesión (11), a diferencia de regímenes tales como el francés (Ley de 1978) y el israelí (Ley de 1964), entonces los mecanismos de control operan en ámbito judicial.

La primera de las soluciones, universalmente consagrada, sea legal o jurisprudencialmente, consiste en las directivas específicas de interpretación judicial de los contratos por adhesión:

- a) Las condiciones particulares, prevalecen sobre las generales;
- b) las cláusulas oscuras o ambiguas se interpretan en contra del empresario predisponente (12).

La segunda solución judicial consiste en la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, sin perjuicio de la subsistencia del contrato.

Está expresamente consagrada en el Código Civil peruano, que establece la invalidez de pleno derecho de una serie de cláusulas abusivas enunciadas en el art. 1398 (13), además de la facultad judicial de invalidar también, previa apreciación (art. 1399) toda otra estipulación que contraríe las normas regulatorias del correspondiente tipo contractual (14).

(10) STIGLITZ, R.—STIGLITZ, G., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, Bs. As., 1985, p. 55.

(11) Existen sólo supuestos excepcionales, como los establecidos en la Argentina respecto a las cláusulas uniformes de los contratos de seguro (Ley 20.091) o de ahorro previo para fines determinados (Decreto 142.277/43). El Código Civil peruano de 1984 confía al poder ejecutivo, la determinación de los tipos de contratos que deben ser celebrados con arreglo a cláusulas generales aprobadas administrativamente (art. 1394), pero no existe un régimen general y obligatorio de control administrativo previo, e incluso las partes pueden convenir que determinadas cláusulas generales aprobadas administrativamente, no se incorporen al contrato particular que ellas celebren (art. 1395).

(12) En esos términos, expresamente, el Código civil peruano (arts. 1400 y 1401); el proyecto de normas tipo de IOCU (art. 17); y el proyecto de ley argentino (art. 10).

(13) Por ejemplo, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, etc.

El mismo criterio enunciativo sigue el proyecto de ley brasileño, arts. 51 y ss.

(14) Es decir, el juez, puede invalidar, en el sistema peruano, toda cláusula que contraríe las reglas fijadas por la ley para el respectivo tipo de contrato. Tal solución muestra con elocuencia cómo modernamente el orden público protector (económico-

Nos parece atinada la consagración de pautas generales como la de este art. 1399 del Código Civil peruano, u otras establecidas en el derecho comparado (15), que definan el marco para calificar como abusiva a una cláusula, dejando con amplitud, a criterio del juez, la posibilidad de su invalidación.

Ahora bien, sin perjuicio de los regímenes específicos de nulidad de cláusulas abusivas vigentes en distintos países, entendemos que la ausencia de legislación especial no obsta a la declaración de invalidez en todos los ordenamientos jurídicos de nuestra región, en la medida que aquéllas infrinjan el orden público, la moral y buenas costumbres, la buena fe, la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos u otras normas generales consagradas positivamente por las leyes vigentes (16).

II. Técnicas no ortodoxas de comercialización

La equidad en las relaciones contractuales suele quedar comprometida también habitualmente, no ya por el abuso en las cláusulas del contrato, sino por las características agresivas al consumidor de ciertos mecanismos de comercialización, que restringen la libre espontaneidad del público en la decisión de contratar, impidiendo que la elección de los bienes y servicios para el consumo sea bien fundada conforme a los deseos y necesidades de cada cual (art. 3 inc. c, Directrices de las Naciones Unidas).

Entre otras técnicas «no ortodoxas» de comercialización y consiguiente acceso al consumo, cabe mencionar las ventas fuera de los locales comerciales (a domicilio, por correspondencia, etc.); las ventas instrumentadas mediante técnicas de crédito al consumo, incluido el ahorro previo para fines determinados; y las ventas con premios.

a) *Las ofertas fuera de los locales comerciales*, se sustentan en la técnica del acecho y el efecto sorpresa, que debilitan la posición del

social), eleva la jerarquía de las propias normas dispositivas, que si bien por regla admiten que los contratantes se aparten de ellas, ya no, en cambio, cuando esas normas dispositivas tienden a preservar el equilibrio contractual y la relación de equivalencia (STIGLITZ, R., *Contratos. Teoría General*, Bs. As., 1990, t. I, p. 373).

(15) Por ejemplo, la Ley alemana de 1977, la Ley española de 1984, etc.

En Argentina, el ya aludido proyecto de ley de defensa del consumidor, caracteriza a las cláusulas abusivas como aquellas que *desnaturalizan las obligaciones* (art. 12); y el proyecto de ley de tutela jurisdiccional de los intereses colectivos, núm. 269-D/89 (Cámara de Diputados de la Nación, Trámite parlamentario núm. 818, 26-5-89, p. 389), en su art. 4, inc. d, como aquellas que generan un inequitativo desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor.

(16) Así lo hemos entendido antes de ahora, respecto al derecho argentino, por aplicación de los arts. 18, 21, 953, 1037, 1071, 1167 y 1198 del Código civil (STIGLITZ, *ob. cit.*, pp. 230 y ss.).

consumidor, impidiéndole comparar calidad y precio con otros bienes o servicios del ramo, restringiendo su facultad de reflexión, y quedando habitualmente sometido incluso a una presión oral metódicamente planificada por la empresa, que lo lleva, al cabo, a menudo, a quedar atrapado por la tentación del fácil pero oneroso camino de comprar (17).

La solución del derecho comparado frente a estos mecanismos, consiste en impedir que el consumidor actúe precipitadamente: acentuar la rigidez formal del contrato, exigiendo una serie de especificaciones informativas y solemnidades bajo pena de nulidad; y conceder el consumidor un plazo de reflexión dentro del cual pueda manifestar su arrepentimiento, sin necesidad de expresión de causa, dejando sin efecto el contrato sin responsabilidad alguna (18).

En nuestra región, la ley mexicana consagra expresamente recaudos formales del contrato de venta a domicilio (art. 47) y difiere su perfeccionamiento para el quinto día hábil posterior a su suscripción, facultando al consumidor para revocar su consentimiento dentro de dicho lapso, dejando sin efecto la operación sin responsabilidad alguna (art. 48). Esto es, el consentimiento es puesto en «cámara lenta» o bien, la aceptación es claudicante durante un plazo de reflexión (19).

b) *Las ventas a crédito* llegan también comúnmente a resultar agresivas al consumidor, en virtud del modo como son incorporados los mecanismos financieros en el mercado de adquisición de bienes para el consumo.

La instrumentación de las técnicas crediticias en coordinación con métodos persuasivos de venta, conducen a la seducción del consumidor ante la obtención de un producto sin una inmediata contraprestación equivalente. Pero las más de las veces viene a ingresar a

(17) FOURGOUX, MIHAILOV y JEANNIN, *Principes et pratique du droit de la consommation*, París, 1970, p. J-2; CAS, G., *La défense du consommateur*, París, 1980, p. 29; ORIANA, F., *La Legge francese sulla vendita a domicilio e la protezione del consumatore*, en R.T.D.P.C., Milán, 1975, núm. 4, p. 1.573.

(18) BAUMANN, D., *Droit de la consommation*, París, 1977, p. 64; CALAIS-AULOY, «*Droit de la consommation*», París, 1980, p. 193.

(19) FLOUR y AUBERT, *Les obligations. L'acte juridique*, París, 1986, núms. 125-1 y 187-4.

El proyecto legislativo del Brasil faculta al consumidor a desistir del contrato dentro del plazo de siete días cuando contrata fuera del establecimiento comercial.

En Argentina, el proyecto de ley de defensa del consumidor reconoce el derecho a revocar la aceptación dentro del plazo de diez días, y se acentúa la solución protectora, presumiéndose la revocación de la aceptación, salvo que la empresa cuente con recibo por escrito de la prestación ofrecida, suscripto con posterioridad a ese lapso de diez días (art. 5). Y específicamente respecto a las ofertas por correo sobre cosas o servicios no requeridos por el consumidor, el proyecto dispone que no se entienden aceptadas por éste, salvo que lo haga expresamente y por escrito; y si fuera remitida al cosa, el consumidor no está obligado ni a conservarla ni a restituirla, aún cuando pudiera hacerlo libre de gastos (art. 6).

un sistema de fácil acceso pero muy complicada «salida», en razón de las imprecisiones de la información recibida respecto a la técnica y condiciones del crédito, sin perjuicio de los abusos y excesos en la aplicación de actualizaciones, intereses, recargos, sanciones por mora, etc. (20).

Por tal razón, la protección jurídica viene universalmente encaminada en sentido prioritario hacia la imposición de estrictos deberes informativos al empresario, sobre los aspectos esenciales de la relación de crédito. Así, el art. 20 de la ley mexicana obliga al proveedor informar previamente al consumidor, e incorporar luego al texto del contrato, las especificaciones sobre el precio de contado del bien o servicio, monto, tasa y total a pagar en concepto de intereses, monto y detalle de los cargos que hubiere, número y periodicidad de cuotas a pagar, cantidad total del pago, y derecho a liquidar anticipadamente el crédito con reducción de intereses (21).

c) Una especial modalidad de venta a crédito, con particulares características que lo dotan de cierta autonomía, es *el contrato de ahorro previo para fines determinados*, de uso a gran escala en nuestra región, por lo menos en Brasil, Perú y Argentina.

Las particularidades de este sistema de venta a crédito consisten en la actuación de una sociedad de ahorro, administradora del plan de ventas, que organiza previamente el sistema. Conforman un grupo de usuarios y un fondo común con los aportes periódicos de cada uno de ellos, y los representa como mandataria aplicando los fondos para la adquisición de los bienes previstos y adjudicándolos a los ahorristas en las condiciones establecidas en el sistema (por puntaje, sorteo o licitación).

El problema para el consumidor es que en los hechos, las sociedades administradoras son casi siempre empresas vinculadas con las terminales fabricantes de los bienes respectivos (o integran un mismo grupo económico), y en tal caso, el llamado ahorro previo para fines determinados no pasa de ser un mero sistema de comercialización y la sociedad administradora se descalifica como mandataria de los usuarios, en virtud que tiene con ellos un verdadero conflicto de intereses que por su esencia no es factible superar (22). De modo que la con-

(20) RIPER y BOULANGER, *ob. cit.*, t. VIII, p. 66; STIGLITZ, G., *Protección jurídica del consumidor*, Bs. As., 1986, pp. 35 y ss.

(21) En el mismo sentido, el proyecto de normas tipo de IOCU, arts. 18 y 19.

La fuente normativa inicial radica en la directriz de la CEE, sobre el crédito al consumo (1979), que incorpora estos deberes de tipo informativo en los arts. 3 a 8; y consagra, además, un plazo de siete días de reflexión a favor del consumidor dentro del cual puede expresar su arrepentimiento y dejar sin efecto la compra sin responsabilidad alguna (ALPA y BESSONE, *Il consumatore e l'Europa*, Padua, 1979, p. 78; POLO, E., *La protección del consumidor en el Derecho privado*, Madrid, 1980, p. 106).

(22) STIGLITZ, R., *Contratos...*, *ob. cit.*, t. I, pp. 236 y ss.

fianza (base justificante del mandato) depositada por el consumidor en la sociedad administradora, suele ser burlada por ésta (23).

A tal punto que en la Argentina, sin perjuicio del marco normativo vigente (Leyes 22.315 y 22.370, Decreto 142.277/43 y numerosas resoluciones de la autoridad de aplicación), la doctrina ha recomendado fortalecer la protección emergente de los distintos poderes públicos, a fin de evitar las habituales desviaciones del sistema (24).

d) *Las ventas con premios*, finalmente, han sido calificadas como una técnica distorsiva del mercado de consumo, en cuanto importan formas de promoción que no apuntan a que los productos se vendan, exclusivamente, por sus características propias.

Por tal motivo, ha sido prohibido expresamente, p. ej. en Argentina, el ofrecimiento o entrega de premios o regalos en razón de la compra de bienes o contratación de servicios, cuando ello quede sujeto a la intervención del azar; y asimismo, la realización de concursos, sorteos, etc., que condicionen la participación de la adquisición de un producto o contratación de un servicio (art. 10, Ley 22.802 de Lealtad Comercial).

3. LA PUBLICIDAD COMERCIAL Y EL CONTENIDO DEL CONTRATO

Sin perjuicio de la agresión al consumidor derivada del contenido contractual y diversas técnicas de comercialización no ortodoxas, está claro que el atropello a su derecho de acceder dignamente al consumo, deriva esencialmente de las irregularidades y deficiencias en la publicidad e información sobre los bienes y servicios.

En los hechos, el derecho del consumidor a recibir una información adecuada que le permita hacer elecciones bien fundadas (art. 3 inc.c, Directrices de las Naciones Unidas), viene sistemáticamente vulnerado a través de las distintas técnicas de comunicación (difusión, divulgación) y en especial las publicitarias, llenas de sugestión pero escasas de información, encaminadas hacia la persuasión, como mecanismos motivantes o incentivos del consumo, más allá de la satisfacción de necesidades. Deformando la opinión del consumidor, le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio. Restringe

(23) Por ejemplo, a través de excesos en la fijación de las actualizaciones de las cuotas, injustificados lapsos de demora en las adjudicaciones y entregas de bienes, etc.; sin perjuicio del sistemático acompañamiento al sistema por parte de una publicidad, información y cláusulas contractuales, particularmente agresivas, todo lo cual confluye en un serio compromiso económico para el consumidor atrapado por esta seductora forma de acceso al consumo.

(24) Terceras Jornadas Bonaerenses del Derecho civil, comercial y procesal (1989), tema B, *Del contrato clásico al contrato moderno*, conclusión III-D-2.

pues la espontaneidad de su elección; relativizan su poder de decisión, su libertad de contratar (25).

Todo ello hace que el imperativo de la justicia contractual exija también, respuestas de protección jurídica del consumidor atinentes a la regularidad y corrección de la información y publicidad sobre los bienes y servicios ofrecidos para el consumo.

Por ese motivo las legislaciones especiales prohíben la publicidad que promocióne productos o servicios, atribuyéndoles características, cualidades, comprobaciones, resultados y certificaciones distintos a los que realmente tiene (Ley venezolana de Protección al Consumidor de 1974, art. 7), persiguiendo impedir que mediante inexactitudes u ocultamientos se induzca a error, engaño o confusión sobre dichos componentes, o sobre el uso de los productos o servicios (Ley mexicana, art.5; Ley argentina de Lealtad Comercial, arts. 5 y 9; proyecto de normas tipo de IOCU, art. 6).

Correlativamente, pesa pues sobre todo empresario, la obligación de informar clara, veraz y suficientemente al consumidor sobre todo aspecto relevante del producto o servicio ofrecido (Ley mexicana, art. 5; proyecto de normas tipo de IOCU, art. 6).

Este deber contractual de información, en verdad, pesa genéricamente sobre todo contratante, como «deber accesorio de conducta», destinado a facilitar a la contraparte un correcto conocimiento de la realidad relevante para la valoración de la conveniencia del contrato (26). Ahora bien, cuando se trata de la contratación para el consumo, este deber de información adquiere especial trascendencia, atento lo esencial del derecho del consumidor a ser informado. En particular se acentúa la necesidad de brindar información correcta y adecuada a través de los mecanismos de identificación de mercaderías (envases, prospectos, envoltorios, etiquetados, etc.), y especialmente por medio de la publicidad comercial por medios masivos.

De allí que con sustento en el principio de la buena fe, puede sostenerse que en los ordenamientos jurídicos vigentes de la región, las precisiones del oferente realizadas a través de la publicidad son vinculantes para él, por la generación de confianza que implican. *Forman parte integrante del contenido de cada contrato* celebrado con los consumidores, complementando las declaraciones que dan vida al negocio mismo, y por ende son determinantes como componentes de

(25) SANTAELLA LÓPEZ, M., *Protección jurídica de los consumidores y contratación*, en D. J., Madrid, 1977, núm. 16, p. 14; SÁCHEZ, J. *Los conceptos de veracidad e información en la publicidad*, en *Publictecnia*, Madrid, núms. 40/41, p. 53; de URZAIZ y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, J., *El consumidor como sujeto receptor de la publicidad*, en *Publictecnia*, Madrid, núm. 37, p. 27; GELICES, F., *La publicidad y el consumidor*, en *Publictecnia*, Madrid, núm. 44, p. 40.

(26) ROPPO, E., *Il contratto*, Bolonia, 1977, p. 97; STIGLITZ, R., *Contratos...*, *ob. cit.*, t. I, p. 474.

la intención común de las partes. Obligan, en suma, al empresario que publicita sus productos o servicios, a brindar su prestación tal como la ha anunciado al público (27).

Si contraría el deber de información (p. ej., a través de publicidad engañosa) la empresa incurre entonces en responsabilidad civil por incumplimiento contractual, por los daños que tengan su causa adecuada en la falsa representación del consumidor, derivada de las deficiencias o irregularidades de los anuncios (28).

4. LA OBLIGACION CONTRACTUAL DE GARANTIA Y RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO

Finalmente, la justicia contractual en las relaciones de consumo, está condicionada también por la necesidad de imponer al empresario, un estricto deber de asegurar la eficacia del bien o servicio para el cumplimiento de la finalidad a que están destinados, a fin de satisfacer plenamente el interés del consumidor, y evitar que del consumo resulte daño a su persona o bienes.

A esos efectos, los ordenamientos jurídicos imponen el deber de suministrar garantías expresas y por escrito contra desperfectos o mal funcionamiento de ciertos bienes (Ley venezolana, art. 11; Ley argentina de Lealtad Comercial, art. 12).

La tendencia actual propende a especificar legislativamente en forma explícita (sin perjuicio de regir igualmente, por imperio de las normas generales), que los derechos del consumidor, cuando la garantía deba hacerse efectiva, consistan en el mantenimiento, reparación

(27) Expresamente, consagran esta idea, el proyecto de normas tipo de IOCU, art. 13; el proyecto de ley de Brasil, art. 30; y el proyecto de ley argentino de defensa del consumidor (art. 4), que asimismo introduce la innovación de admitir el carácter vinculante de las ofertas al público (a consumidores potenciales indeterminados), salvo que se difunda su revocación por medios similares a los empleados para hacerla conocer (art. 3); solución por ahora vedada por los arts. 1148 del Cód. civ. y 454 del Cód. com.

Sobre la publicidad comercial como integrante del contenido contractual, ver SOLARI BRUMANA, J., *Publicidad y responsabilidad*, en R.D.C.O., Bs. As., 1980, p. 133; STIGLITZ, G., *Deber negocial de información e incorrección publicitaria*, en L. L., Bs. As., 1983, t. B, p. 1051; STIGLITZ, R., *Contratos...*, t. I, *ob. cit.*, p. 481; ALTERINI, LÓPEZ CABANA y STIGLITZ., *La protección del consumidor en el marco de un proyecto de ley*, en L. L., Bs. As., 1989, t. B, pp. 1005 y 1014.

(28) RUFFOLO, U., *La tutela individuale e collettiva del consumatore*, Milán, 1979, t. I, p. 225.

Sin perjuicio de la indemnización de los daños, cabe resaltar la importancia de la cesación de la publicidad engañosa y la rectificación publicitaria; que el empresario, a su cargo, realice la publicidad correctiva, por los mismos medios en que difundió falsedades o inexactitudes (conf., Ley mexicana, art. 9; y proyecto de ley argentino sobre tutela jurisdiccional de los intereses colectivos. arts. 4 inc. c y 5 inc. B).

gratuita del bien incluyendo la reposición de piezas e incluso el reemplazo por otro nuevo; o, en su caso, la devolución de la suma pagada, más los daños superiores sufridos por el consumidor (art. 33, Ley mexicana; arts. 20 a 22, proyecto de normas tipo de IOCU; art. 15, proyecto de ley argentino de defensa del consumidor).

Pero sin perjuicio de la vigencia de las garantías expresamente otorgadas (y de los regímenes del derecho común sobre vicios redhibitorios), es menester destacar que los deberes de garantía que pesan sobre los empresarios, tienen una amplitud infinitamente mayor.

En efecto, también como derivación del principio de la buena fe que universalmente es sustento básico del derecho contractual, recae sobre fabricantes, vendedores y proveedores, una *obligación tácita de garantía, o deber accesorio de seguridad*, que les impone desenvolver su conducta en el contrato, de modo tal que las prestaciones a su cargo no lleguen a producir perjuicio alguno al consumidor (29).

La obligación contractual tácita de garantía es uno de los pilares básicos de la protección jurídica del consumidor, tendiente a asegurar que los bienes y servicios que adquiere sean inocuos para su persona y bienes; que no presenten peligros para su seguridad física y que satisfagan los requisitos normales de durabilidad, utilidad y fiabilidad, y sean aptos para el fin a que se destinan (Directrices de las Naciones Unidas, arts. 3, inc. a y b, 10, 11 y 16).

Por lo demás, del deber de garantía constituye una obligación de resultado, y entonces supone una presunción de responsabilidad, que sujeta al empresario, para liberarse de la obligación de indemnizar los daños, a la carga de demostrar que se produjeron por caso fortuito, o por culpa de la víctima o de un tercero (30).

La afirmación de esta concepción sobre la vigencia de la obligación contractual tácita de garantía (31) —independiente, insistimos,

(29) MAZEAG, H. y L.- TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Bs. As., 1961, t. I, vol. 1, p. 104; ZANNONI, E., *Responsabilidad por productos elaborados*, Bs. As., 1984, pp. 289 y ss.; STIGLITZ, G., *El deber de seguridad en la responsabilidad por los productos elaborados*, en L. L., Bs. As., 1985, t. D, pp. 13 y ss.

El deber tácito de garantía comprende, pues, no sólo los daños intrínsecos (que recaen en el valor de la misma cosa adquirida), a los cuales se limitan las garantías expresas, sino también los extrínsecos, sufridos por el consumidor en sus otros bienes o en su persona.

(30) MAZEAG y TUNC, *ob. cit.*, t. I, vol. I, pp. 213 y ss; MORELLO, A., en J. A., Bs. As., 1965, t. V, p. 124.

(31) En Argentina, es unánimemente aceptada por la doctrina y jurisprudencia, con sustento en el art. 1198 del Código civil (que consagra el principio de la buena fe), no sólo respecto al fabricante que a su vez vende el producto, sino también respecto al vendedor no fabricante, aunque se admite que éste se exima de responsabilidad, también, si demuestra que el vicio era de fabricación, que no tuvo ni debió tener conocimiento del vicio en razón de su arte o profesión y que le fue imposible controlar la cali-

de las garantías expresas asumidas—, es condición básica para la real concreción del derecho del consumidor, de acceso a una compensación efectiva de los daños (Directrices de las Naciones Unidas, art. 3, inc. e), sometiendo al empresario a un severo sistema de responsabilidad civil por incumplimiento contractual.

5. LOS MECANISMOS INSTRUMENTALES PARA LA EFECTIVIDAD DE LAS SOLUCIONES DEL DERECHO CONTRACTUAL

La efectividad del derecho del consumidor, de acceder con dignidad a los bienes y servicios, no depende exclusivamente del reconocimiento de las soluciones sustanciales hasta aquí reseñadas, que garantizan la justicia contractual.

Todavía se hace necesaria la implementación de verdaderos mecanismos instrumentales que aseguren la concreción real y efectiva de los sistemas de protección jurídica.

De allí el carácter prioritario del mandato de las Naciones Unidas a los Estados miembros, para que intervengan activamente en esta materia, formulando políticas enérgicas de protección al consumidor, y estableciendo infraestructuras adecuadas para aplicarlas (Directrices, arts. 2 y 4).

Este desafío de nuestros gobiernos democráticos (32) es concurrente con el rol de las asociaciones de consumidores, cuya formación y funcionamiento debe ser objeto de prioritario fomento, como así también, la participación de la comunidad en ellas.

Y los mecanismos instrumentales concretos para lograr la efectividad de la justicia contractual han de transitar por dos carriles.

En primer lugar a partir de *la educación y la información al consumidor*, generándole plena conciencia sobre sus derechos y obligaciones, que lo prevengan de perjuicios en sus relaciones con la empresa.

En segundo lugar, frente a conflictos contractuales ya acaecidos, *garantizar al consumidor el acceso a la justicia* libre de los obstáculos constituidos por la onerosidad, lentitud y complejidad de los procesos

dad del producto (VIII Jornadas Nacionales de Derecho civil, 1981, comisión núm. 2 sobre *Responsabilidad civil por los productos elaborados*, conclusión núm. V, en R.C.A.L.P., La Plata, 1982, núm. 41, pp. 175/176).

(32) El restablecimiento del Estado de derecho en los distintos países de la región, abre perspectivas concretas para que, en la pujanza por sociedades libres, abiertas y pluralistas, trascienda como propósito esencial la defensa del consumidor, con especial resguardo a los sectores con menores recursos económicos.

Será necesario para ello también, que no prime la ideología individualista y economicista que siempre asoma, y atenta contra los valores y virtudes más nobles de la humanidad (la justicia, la solidaridad social, el respeto a la dignidad de la persona).

judiciales. Y admitiendo la legitimación colectiva de los consumidores, su representación en juicio, p. ej., a través de las asociaciones que los nuclean o entes públicos especializados (33), a fin que las soluciones sustanciales de la protección jurídica (p. ej., la nulidad de las cláusulas uniformes abusivas) puedan beneficiar a todo el grupo de consumidores afectados por una misma práctica comercial irregular.

De esta manera, ha de superarse también el obstáculo que para el acceso a la justicia representa la *soledad* del consumidor: aisladamente, es un ser desarmado; todo concurre para quitarle coraje a fin de ingresar en los tribunales para enfrentarse al responsable del acto lesivo (34).

En suma, debemos despegarnos del sistema actual, individualista, de acceso a la justicia, porque en su marco, irremediablemente —como se ha sostenido desde la más ilustre literatura jurídica—, *el consumidor aislado, por sí sólo, no acciona; si lo hace, es un héroe sujeto al ridículo destino del Quijote...* (35).

(33) Así lo propician el proyecto de ley brasileño (art. 81); y los proyectos de ley argentino sobre tutela jurisdiccional de los intereses colectivos (art. 8) y defensa del consumidor (art. 22).

(34) PERROT, R., *Les moyens judiciaires et para-judiciaires de la protection des consommateurs*, en G. P., París, 1976-I, p. 237; BARBOSA MOREIRA, J., *A proteção jurídica dos interesses colectivos*, en R. B. D. P., 1980, vol. 24, p. 17.

(35) CAPPELLITTI, M., *Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*, en R. D. P., Padua, 1975, núm. 3, p. 374.

