

Material imprimible

Curso Derechos del Consumidor

Módulo 2

Contenidos:

- El periodo precontractual
- El derecho de información
- Y el rol del Estado y la educación del consumidor

El periodo contractual

El periodo precontractual, es decir, antes del contrato en sí mismo, es aquel en el que dos o más personas negocian y proyectan la celebración de un futuro contrato.

La etapa precontractual se rige por lo que denominamos “libertad contractual”, que, tal como indica el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 958, reconoce la libertad de las partes para contratar dentro de ciertos límites. Dicho artículo expresa lo siguiente: *“Las partes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres”*.

Por ende, sus participantes pueden dejar de lado las negociaciones en cualquier momento sin que esto les genere efectos negativos o adversos en cuanto a su responsabilidad. Sin embargo, la participación en esta etapa genera ciertos deberes cuyo incumplimiento puede acarrear la obligación de indemnizar en algún momento. Analicemos este punto con más detenimiento:

Como decíamos, la responsabilidad precontractual puede llevar a la obligación de indemnizar. Ahora bien, no siempre se da esto. La doctrina señala que la obligación de indemnizar puede surgir por la ruptura arbitraria, de índole abusiva, cuando en ese proceso de pre-contrato las partes intercambiaron cierta documentación o información que podrían haber creado o generado, sobre alguna de dichas partes participantes en tal proceso, la expectativa de que ese contrato se llevaría a cabo.

Para seguir desarrollando este concepto de la pre-contractualidad, debemos aclarar dos cuestiones esenciales: una de ellas es el principio general basado en la libertad contractual, es decir libertad de negociar con quien yo quiera. En este sentido, nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 990, establece que las partes son libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato, y para abandonarlas en cualquier momento.

La otra cuestión fundamental es el principio de buena fe contractual, aquí el Código Civil y Comercial, en su artículo 991, expresa que, durante las tratativas preliminares, y aunque no se haya formulado una oferta, las partes deben obrar de buena fe para no frustrarlas injustificadamente. El incumplimiento de este deber genera la

responsabilidad de resarcir el daño que sufra el afectado por haber confiado, sin su culpa, en la celebración del contrato. Estos dos principios rectores son esenciales a la hora de la negociación en etapa precontractual.

Cabe destacar que el principio de buena fe, como tal, siempre se demuestra por su apreciación en contrario, es decir, siempre se entiende en una negociación que las partes actúan acordes a él; por ende, la parte que crea que este principio se incumplió deberá demostrar que la otra no la cumplió. No solo este principio se tiene que dar en las tratativas previas al contrato, sino que se debe mantener a lo largo de toda la negociación hasta la finalización de este.

Junto a este principio rector, se suman otros importantes. Veamos cuales son:

- El principio de colaboración, expresado en el artículo 1011 del Código Civil y Comercial;
- La protección de la confianza, expresada en el artículo 1067 de dicho código;
- Y el deber de informar, que aparece en el artículo 1100. Este último principio, si bien es aplicable a los contratos de consumo, puede extender su autoridad sobre los contratos paritarios o tradicionales.

A su vez, entre las novedades introducidas por el nuevo Derecho Contractual del Código Civil y Comercial de la Nación, se destaca la regulación expresa del instituto de las "tratativas precontractuales". A diferencia de lo que ocurría con sus antecesores, los códigos Civil y de Comercio, que carecían de regulación específica en este aspecto de la materia, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación las regula en los artículos 990 a 993.

También nos gustaría destacar que, en su regulación, el Código Civil y Comercial menciona aquellos supuestos en los cuales las tratativas o la formalización del contrato se lleva a cabo a distancia o entre ausentes, como así también utilizando medios electrónicos o informáticos. Analicemos este punto:

El artículo 1106 del Código Civil y Comercial, dispone que: *"siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar"*.

A esta idea se suma lo que regula el artículo 1107, el cual indica que: *"si las partes se valen de técnicas de comunicación electrónica o similares para la celebración de un contrato de consumo a distancia, el proveedor debe informar al consumidor, además del contenido mínimo del contrato y la facultad de revocar, todos los datos necesarios para utilizar correctamente el medio elegido, para comprender los riesgos derivados de su empleo y para tener absolutamente claro quien asume esos riesgos"*.

Esto quiere decir que, en el marco del nuevo Código Civil y Comercial, se regula todo aquello que, en su anterior versión, el código de Vélez Sarsfield, parecía lejano o casi inexistente. Es una necesidad del derecho el responder, legislar y regular cuestiones que forman parte de la vida diaria del comercio, en este caso, regulando cuestiones que no son extrañas, sino que las realiza gran parte de la sociedad.

Sigamos analizando las tratativas precontractuales. La doctrina tradicional suele distinguir tres fases o momentos principales en la vida de un contrato, que son, según Marcelo Bersalis en su obra "Responsabilidad Precontractual. Algunas Pautas", la generación, la perfección y la consumación. Conozcamos el concepto de cada uno:

En primer lugar, la generación o gestación, comprende las preliminares o el proceso de formación del contrato. Se trata de un período preparatorio, que a posteriori surge el consentimiento contractual. La etapa de perfección, en tanto, está dada por el cruce de las voluntades y produce el nacimiento del contrato. Y, por último, la fase de consumación, se da cuando el contrato ha sido celebrado.

Podemos decir, entonces, que la manifestación de la voluntad debe ser de entidad suficiente para producir efectos en el mundo jurídico. En nuestro caso, será en una declaración de voluntad de un particular, dirigida a un fin protegido por el ordenamiento jurídico.

La etapa de las tratativas contractuales —o tratativas preliminares de contrato— comprende aquel momento del período precontractual anterior a la emisión de la oferta, durante el cual las partes analizan o consideran las condiciones o cláusulas de una posible contratación que podrían concluir.

En este sentido, el abogado Marcelo Heraldís, señala que, quizá porque al hablarse de la formación del contrato se han tenido en cuenta, principalmente, aquellos convenios de concreción instantánea, sin un deliberar previo, muchas veces esta etapa no ha sido

considerada importante. Por ello la formación del contrato puede darse en diferentes sentidos. Veamos:

La formación del contrato puede darse de forma instantánea o momentánea, pero también puede ser sucesiva o progresiva. Es instantánea cuando la preparación es obra de un solo acto de los otorgantes, que no ha sido precedido por ningún otro acto, es decir, que no precisan de una elaboración o discusión. Este tipo de formación de contrato ocurre en los casos de operaciones de escaso valor, o que se encuentran estandarizadas.

En cambio, en los casos de formación sucesiva, el contrato se verifica a través del procedimiento o proceso de formación, es decir, como aquellas actividades que requieren un desarrollo de una sucesión de actividades que se llevan a cabo para la obtención de un determinado efecto jurídico.

Entonces, resumiendo este tema podemos decir que a la hora de realizar un contrato resumimos que es una propuesta en donde las partes, sin propósito de obligarse, se comunican recíprocamente la intención de contratar. Aquí los tratos no requieren consentimiento deliberado, sino tan sólo la disposición al contrato a concluir y a la discusión relativa al mismo.

Luego se da paso a las negociaciones, en donde surge la oferta para ese contrato, que puede terminar con la aceptación y el consentimiento de cerrarlo. Es decir que el camino comienza con las tratativas o con la oferta, y culmina con el consentimiento. Sin embargo, hay que mencionar que entre un proceso y el otro, en ocasiones se dan de manera rápida, pero muchas veces el paso del tiempo hace difícil identificar una fecha en que ellos se produzcan.

Es necesario precisar cuál es la tratativa vinculante, para luego identificar si puede no llegar a la indemnización por daños y perjuicios en un futuro. Por ello, como señala el ministro de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, *“la responsabilidad precontractual se produce por el apartamiento intempestivo y arbitrario de las tratativas, el dolo en las tratativas, los daños a la persona derivados de prestaciones precontractuales, violación de deberes precontractuales de información, de custodia, de reserva”*.

Actos voluntarios

Bien, es momento de que hablemos acerca de los **actos voluntarios** y su impacto en las relaciones de consumo. Veamos:

Los actos voluntarios se componen del discernimiento, intención y libertad, y requieren, como condición externa, la declaración de la voluntad. Esta declaración es la manifestación del consentimiento. Ahora bien, las relaciones de consumo se expresan generalmente mediante diversas formas contractuales, que pueden ser por adhesión o por contratos, que sin ser de adhesión poseen cláusulas predispuestas.

Pensemos en el siguiente ejemplo para ilustrar mejor las cláusulas predispuestas: al viajar por la ruta, al pagar un peaje, estoy aceptando de manera tácita mi voluntad. Es decir, que yo como consumidor de ese "servicio" acepto lo que figura en el contrato de peajes. Aquí es clave el consentimiento, es el elemento más esencial, junto con el objeto y la causa de ese contrato.

Al mismo tiempo, pueden aparecer elementos secundarios, también llamados accidentales, que son aquellos que no configuran la trilogía del consentimiento, objeto y causa. Estos elementos se pueden incorporar al contrato y las partes les asignan un valor compromisorio obligacional al que se sujetan como a la ley misma.

Ahora bien, es necesario que abordemos otro concepto importante para este curso: el de responsabilidad. La **responsabilidad civil**, como concepto general adoptado por la jurisprudencia y doctrina argentina, se define como la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima.

De acuerdo con la definición de los juristas, *"el no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana"*, Esto quiere decir que el objetivo principal de la responsabilidad civil consiste en la reparación, que no es ni más ni menos que, restablecer el equilibrio que había sido roto por el autor del daño. Este concepto es uno de los más utilizados en la vida cotidiana de los seres humanos y tiene numerosas significaciones. Pero en otras palabras podemos decir que cada uno debe ser responsable, es decir "responder", por lo que hace y la consecuencia que la realización de mis actos puedan impactar en los demás.

Entonces, partiendo de esta última definición, la responsabilidad civil, obliga al autor de un daño causado a otro, a reparar ese perjuicio.

Cabe destacar que la palabra "responsabilidad", alude a tres cosas diferentes. Veamos cuales son: en primer lugar, tomamos la palabra responsabilidad como sinónimo a "tener que responder". Entonces tener que responder a algo sería, en este caso, que la persona sea responsable por el daño sufrido a otra persona, como decíamos anteriormente, si hago algo que le causó un perjuicio a una persona es mi responsabilidad responder. En segundo término, en un sentido completamente diferente, "responsabilidad" forma un binomio con la palabra "deuda" Esto significa que "estoy en deuda" con una persona frente al daño que le causó; y, en tercer lugar, responsabilidad derivado de la palabra responder como contestación a algo.

Ahora bien, llevando este asunto al terreno de las relaciones de consumo, podemos decir que el consumidor debe ser informado antes y después de la compra del producto o contratación del servicio, como vimos previamente.

Es decir que el modo en que se celebra dicha compra, el cómo, en qué lugar y en qué tiempo, deben estar establecidos en la publicidad que ofrece ese producto o servicio. Dicho así, pareciera que estas cosas tan sencillas siempre están presentes en estos contratos, cuando en realidad, la causa fundamental por la que estos fracasan o generan desconfianza, radica en que el consumidor compra ese bien o servicio pensando en que cumple con ciertos requisitos, pero luego nada de todo lo informado en la publicidad se respeta.

Derecho a la información

La información como tal, consistirá en toda aquella especificación técnica esencial que sea de utilidad para el usuario o consumidor, como puede ser la vida útil del producto o su uso común. Y, como mencionamos anteriormente, dicha información debe ser clara, precisa, veraz, detallada y objetiva.

Estos requisitos pueden reunirse entregando una guía o manual de usuario, que detalle del bien o producto al momento de comprarse. También debe proporcionarse un mail de contacto o los teléfonos de atención al cliente disponibles para el asesoramiento adecuado, entre otras especificaciones técnicas. La misma obligación regirá en todos los casos en que se trate de artículos importados, siendo responsables los productores,

distribuidores o comercializadores de cosas o servicios, de la traducción de los contenidos del manual.

Todo aquel que provee bienes o servicios tiene el deber de informar a todos los potenciales consumidores acerca de las características esenciales del bien o servicio desde el momento en que aquél es ofrecido al público hasta que finaliza la relación de consumo.

Esto quiere decir que el consumidor tiene derecho a que el proveedor le suministre en forma cierta, clara y detallada información respecto a las características de los bienes y servicios que provee y a las condiciones en que los comercializa.

En nuestra moderna sociedad, en donde los principales actores, es decir los productores y los consumidores, entran al juego del mercado, los primeros, bajo la consigna de hacerse ver por medio de sus grandes producciones, usan diversas herramientas que transmiten diversas señales hacia el consumidor; quien las recibe y, dependiendo de ellas, decide y toma partido.

Es por esto, que la comunicación tiende a ser una de las funciones esenciales del mundo moderno. En la antigüedad los hombres dependían estrechamente de su ambiente: el campesino del suelo que cultivaba, el artesano del oficio que ejercía, el productor o el comerciante del mercado estrictamente local que servía. Cada uno de ellos conocía lo que lo rodeaba, sin necesitar más información que la experiencia cotidiana. Pero hoy en día, las condiciones de la producción son tales, que dependen de los mercados, ya no locales, sino mundiales.

El ciudadano de este mundo inmensamente ampliado no puede formarse sólo por el simple contacto con su medio inmediato: su formación implica una información sistemáticamente concebida y eficazmente puesta a su disposición. Actualmente encontramos información por montones, producida de múltiples maneras, por medio de diferentes canales, lo que hace que la productividad humana sea la más alta en toda la historia. Y es desde esta productividad humana, cuyo principal actor, el consumidor, desarrolla la necesidad latente de recibir información adecuada.

La avalancha tecnológica que sacude al siglo XXI (21), es imposible de negar. La tecnología y la revolución digital llegaron para quedarse en nuestras vidas. Esto puede representar un cambio difícil para muchas generaciones, que no están acostumbradas

a su uso y que tuvieron que adaptarse para no quedar fuera del sistema, y poder seguir en la cadena de consumo.

Con esto queremos decir que algo cotidiano como vender productos en redes sociales, o promocionarlos en diversas plataformas digitales, para muchas personas no es una tarea fácil. Sin embargo, tuvieron que reinventarse para no quedar fuera del ciclo económico del mercado. Es decir que el proceso de globalización que actualmente la sociedad experimenta suponen cambios en los productos y servicios, haciéndose éstos cada vez más especializados.

Aquí pueden aparecer algunos conflictos entre productores y consumidores. Veamos en qué sentido: los productores deben estar al tope de los requerimientos del mercado que le imponen los consumidores, quienes, al mismo tiempo, deben tener el poder adquisitivo para obtener los productos comercializados por dichos productores.

En este contexto, se generan mecanismos de comercialización y venta cada vez más cambiantes y refinados, en los cuales se estudia de manera profunda el comportamiento del consumidor y su posibilidad de poder comprar. Por eso, se brindan diversas herramientas de compra como el pago en cuotas, cuotas sin interés, descuentos por abono completo, etc.

Comercialmente, a este refinamiento de los mecanismos de compra, se lo denomina neuromarketing. Esto significa que se analiza el cerebro del futuro comprador/usuario y las estrategias del mercado para lograr una venta prospera. Analiza cómo reaccionan los consumidores, sus emociones, qué reacciones tienen a determinados productos y en base a eso analizar qué bienes o servicios son los más deseados y los que posiblemente elijan la mayoría de los consumidores. Es decir, cómo captar la atención del consumidor y, a su vez, de qué manera puedo lograr, como empresa o particular vendedor de un bien o servicio, captar la atención de todo un mercado, sin que nadie se quede sin poder acceder a su producto.

Lo anterior va construyendo toda una acumulación de conocimientos en manos del productor que finalmente se convierten en una fuente de poder. Es decir, tener una mayor conocimiento que el consumidor, sobre las formas en las cuales se puede manejar el mercado, “imponer” las reglas de juego, en donde puede haber un abuso de las necesidades con más frecuencia.

En este sentido, aparece en escena el “espectáculo publicitario no informativo”, que llega al consumidor mediante los distintos canales de comunicación, cuyo propósito es inducir a contratar y no informar. En otras palabras, el consumidor no recibe la información que necesita y, la que recibe, es de muy poca calidad.

De esta manera, se crea una brecha informativa entre quien provee profesionalmente los productos y los servicios, y quien los consume. Este desequilibrio ocurre por la complejidad del producto, que, como decíamos antes, solo el productor tendrá los detalles; y por la técnica de mercadeo empleada para hacer llegar este producto en manos del consumidor. Cabe destacar que el productor también puede considerar que esa información representa un activo más de su compañía porque tuvo que pagar por ella; como en el caso de la investigación y el desarrollo de un nuevo producto o, incluso, en todo lo referente a marcas y patentes.

Ahora bien, como les adelantamos previamente, este contrapunto con la información ha generado que el Estado tome la obligación de proteger al consumidor, y le imponga al productor el deber de proporcionar cierto tipo de información para la protección de los derechos de los consumidores, con el fin de preservar su libertad de decisión.

Así, se habla de la existencia de un derecho, en cabeza del consumidor, a recibir información por parte del productor, para que su libertad comercial no se vea menguada. Analicemos las características que debe tener esa información:

En primer lugar, debe ser veraz, es decir, no puede ser contraria a la verdad, y debe permitir que el consumidor adquiera un criterio suficiente sobre el negocio en el que participa.

Además, la información debe ser pertinente para que el público objetivo del producto pueda entenderla, es decir que se debe tomar en consideración el público al cual se dirige. No es lo mismo un producto dirigido a niños, que uno dirigido a adultos; o la información que el productor debe brindar sobre un medicamento a un médico, que a un paciente. Por lo tanto, la cantidad de información varía de un público a otro.

Ahora bien, vayamos a lo que dice la ley con respecto al derecho a la información. El artículo 4 de la Ley 24.240, modificada por la 26.361, expresa que: *“El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las*

condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con claridad necesaria que permita su comprensión”.

Esto quiere decir que la información es uno de los pilares en los que se asienta el sistema de protección al consumidor. En la relación de consumo la información se erige en un elemento esencial entre las prestaciones indispensables para la concreción de un contrato. La comunicación al consumidor debe ser apropiada, de manera tal que le permita tomar la decisión libre de aceptar el producto o servicio o de rechazarlo.

Deber de informar

Hace instantes abordamos todo lo inherente al derecho que tiene el consumidor a recibir información. Pero en este punto es válido que nos preguntemos si, en paralelo con el deber de informar, existe un derecho del productor de abstenerse a proporcionar cierta información, o de proporcionar información engañosa de manera válida. Indaguemos un poco más sobre este tema:

El fundamento de dicho interrogante alude a que, por mucho tiempo, en nuestro derecho se ha visto con beneplácito la llamada “astucia comercial”, siendo muy frecuente que el comerciante oculte cierta información o exagere sobre el contenido, con el fin de captar la atención de los posibles contratantes; de hecho, dentro de la mentalidad comercial, se encuentra la conciencia de que, si esta información se revela o se hace de forma veraz, el consumidor no celebraría el contrato.

En la cotidianeidad, esto haría que desde el primer momento en que deseo realizar la compra, si tengo conocimiento de las falencias o desventajas del producto o servicio, muy probablemente no tenga intenciones de adquirirlo.

Algunos juristas sostienen que dicha astucia comercial se encuentra dentro de la figura del “dolo bueno”, la cual contempla a los engaños que moralmente no son censurables. Estos “engaños” pueden ser afirmaciones inexactas o exagerar el valor o las cualidades de una mercancía. La diferencia no radica en la intensidad o en la forma en que se da la astucia de producir ese engaño, porque el solo hecho de que haya astucia de provocar un error en el consumidor es considerado dolo. Acá la distinción se basa en que la acción dolosa se la emplea con el fin de engañar a otro, y en el dolo bueno se la emplea para competir.

Por lo tanto, el derecho civil afirma que el dolo bueno no integra el concepto, porque no se persigue un fin contrario a lo establecido en el orden jurídico. Lo que nos planteamos ahora es si el denominado dolo bueno conserva su aplicabilidad en las relaciones de consumo, o si por el contrario habrá que evaluar si todo ocultamiento o exageración de información tendrá que ser proscrito.

El deber de informar también recae sobre el proveedor de bienes y servicios. Este deber tiene un aspecto tendiente a lograr la celebración del contrato, es decir, a formar un consentimiento lo más pleno y libre posible. Pero en todos los casos, lo que se demuestra es la falta de posibilidad del contratante de influir en el contenido del contrato. En ellos hay libertad de conclusión, en cuanto el contratante débil del negocio tiene la facultad de decidir contratar, sin embargo, se carece de facultad de configuración del contenido del contrato, y en algunos casos, los mejores de ellos, el contratante podrá negociar solo unas pocas cláusulas.

Sin embargo, el deber de informar al consumidor no alcanza solamente a la etapa de formación del contrato, como modo de protección del consentimiento, sino que asimismo se extiende a la etapa de ejecución del contrato y aún alcanza a la etapa post contractual, la finalidad en estos casos ya consiste en permitir el ejercicio de los derechos derivados del contrato.

En esta línea, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires sentenció que: *“la información debe tener aptitud para colocar al otro contratante en una situación de discernimiento en el aspecto técnico ventilado del negocio. La información debe cubrir la etapa genética y funcional ya que es cumplimiento del deber de buena fe la prestación de servicios informativos permanentes y actualizados. La información debe estar relacionada con la complejidad del negocio y la educación del receptor, en cuanto a su extensión y receptividad. El deber constitucional de brindar una información adecuada y veraz se relaciona directamente con la certeza, autenticidad y comprobabilidad de la misma, en función de la disponibilidad de datos que una parte tiene y de la cual la otra —claramente más débil en la relación jurídica— carece”.*

Entonces, el deber de informar resulta una aplicación del deber de obrar de buena fe, contemplado en el art. 9 del Código Civil y Comercial y en relación con los contratos de consumo en el art. 37 de la Ley 24.240.

Las consecuencias de la falta de información suministrada por el proveedor de bienes y servicios al consumidor, o la incompleta información, facultan a éste último a solicitar lo siguiente:

- En primer lugar, la nulidad de la cláusula o del contrato según lo requiera, con fundamento en el art. 37 de la Ley 24.240;
- Y, además, la indemnización de daños por perjuicio sufrido como consecuencia del deber de informar y obrar de buena fe. Incluyendo la posibilidad de demandar daño punitivo, con fundamento en el art. 52 bis de la Ley 26.361 en los casos en que resulta procedente.

Como consecuencia del paradigma que impregna todo el derecho del consumo, consistente en la protección del débil de la relación jurídica, es decir, el consumidor, el art. 53 de la Ley 24.240 dispone el principio de la carga probatoria dinámica, ya que es el proveedor quien debe aportar la prueba del cumplimiento del deber de informar, pues es éste quien está en mejor situación de hacerlo generalmente.

Para concluir con este tema podemos decir que el deber de informar al consumidor ha sufrido un verdadero desborde de su contenido pues el aumento de dimensión del derecho de daños, que tiene por función no solo reparar integralmente el daño sufrido por la víctima, sino que además protege todo lo relativo a la prevención del daño al consumidor, con fuente en el art. 42 de la constitución, en la cláusula que refiere a la protección de la salud. Y, a su vez, encuentra fundamento legal en el art. 5 y 6 de la Ley 24.240.

A su vez, por aplicación del artículo 40 de la Ley 24.999 el deber de informar recae sobre toda la cadena de comercialización y distribución de productos y servicios cuyo incumplimiento genera el deber de reparar con fundamento en un factor de atribución objetivo, e *in solidum*, ya que cada uno de los sujetos responsables responde en función de su propia causa.

En relación con la información que debe suministrarse al consumidor, para responder a la prevención del daño, se refiere a dos aspectos. El primero relativo a la información requerida a fin de hacer saber al consumidor sobre las habilidades, condiciones de utilización y peligrosidad del producto, ello para que su utilización no signifique peligro alguno para la salud del consumidor y su grupo social.

El segundo aspecto se refiere a cubrir a través de la información que debe suministrar el proveedor al consumidor es el relativo a la información con que éste último debe contar a fin de aminorar los efectos del daño producido a su mínima expresión. Todas estas medidas de la información a suministrar refieren a la disminución de los efectos del daño producido, o a la prevención del daño cierto.

Los mensajes carentes y faltos de mensajes esenciales, o con información falsa o inexacta, llevan a un consumo diferente del que hubiera resultado de mediar la información debida. Así, los intereses del consumidor devienen burlados, frustrando sus expectativas, por los anuncios engañosos y desleales que afectan su compra. Si de la falta de debida información resulta un daño para el consumidor o usuario, o un menoscabo de lo que razonablemente esperaba de la cosa o prestación, habrá de generar la correspondiente responsabilidad.

Autonomía de la voluntad

La autonomía de voluntad en sí misma, es decir, la que se conoce en el modelo clásico contractual, no se observa en estas relaciones de consumo. Sin embargo, su concepto difiere del conocido, ya que aquí se basa la necesidad del sostenimiento de la ecuación económico financiero del predisponente. A ver, pongámoslo de este modo: en este tipo de relación contractual se aprecia la presencia de un objeto contractual, que pueden ser cualquier bien o servicio, deseado por una inmensa masa de consumidores, lo cual hace que la relación personal del contrato clásico se pierda, es decir, el persona a persona, o cara a cara; no existiendo posibilidad alguna de negociación, ni de adaptación de cláusulas contractuales especiales a medida del consumidor.

Esto viene a cuento de lo que adelantamos acerca de la globalización y la era digital. En la actualidad, gracias a la masividad, el bien que se comercializa es estándar para todos por igual. Ese producto que se hace “para la masa”, impide que los predisponentes escuchen las conveniencias de cada uno de los consumidores. Por ende, cambiar este curso puede tornar más costosa la provisión del objeto contractual, ya que se necesitaría de un sistema de administración, de control de calidad y de facturación lo suficientemente versátil para ajustarse a cada contrato suscripto.

Teniendo en cuenta que cientos de miles de hogares reciben el suministro de distintos servicios, sería ilusorio especular o peticionar la existencia de un sistema que respete la autonomía de cada voluntad.

Por otra parte, las inversiones a realizarse en estos campos de suministro de cosas o servicios, son varias veces millonarias, con estructuras muy complejas, y si las pautas no fueran uniformes para todos, lo más probable sería que no se pudiera lograr la explotación ni el suministro en forma adecuados, para beneficio de todos los consumidores.

Es importante destacar que, para este tipo de contratos, debemos tener en cuenta lo siguiente: como condición general de adhesión, no interviene la voluntad ni el poder de decisión del consumidor.

En tanto, en la doctrina argentina, se menciona que las condiciones generales deberán integrar el contrato, bajo pena de ser tomadas por sorpresivas, aun cuando al suscribir su adhesión el consumidor declare conocerlas. También podrán ser tenidas como sorpresivas y dar lugar a nulidad relativa, cuando las condiciones generales comprometan elementos esenciales de la contratación. Así como tampoco podrán derogar los efectos normales o naturales de los contratos típicos, consagrados por normas dispositivas.

Las cláusulas que están en los contratos que limitan la responsabilidad son inválidas en la mayoría de los contratos. Ya sea que las cláusulas sean de manera directa o indirecta, es decir que se manifiesten de manera expresa en los contratos, o que se dejan leer entre líneas de forma indirecta. Solamente se pueden considerar válidas en el caso de que, quien redactó el contrato de buena fe, haya errado en su redacción; o que por error o ignorancia no supiese que las mismas son inválidas.

A su vez, los contratos por adhesión o sometidos a cláusulas predispuestas poseen un régimen especial, que se aplica a los estándares de: moral y buenas costumbres, buena fe, impedimento para obrar abusivamente, efecto vinculante de los propios actos, razonabilidad y orden público económico, tanto de protección como de dirección.

Ahora bien, en función de estas consideraciones, surge el interrogante de cómo defender a los consumidores. Aquí es donde se generan diversas respuestas. Veamos: Si se trata de empresas que suministran servicios o productos, pero que no se traten estos

de servicios públicos domiciliarios privatizados, en los cuales no existan reglamentos básicos, condiciones generales, y otras, se aplicarán las normas de la Ley de Defensa del Consumidor, y supletoriamente, el Código Civil y Comercial de la Nación.

En tanto, en el caso de que se trate de una relación contractual, en la cual un predisponente cuente con un Reglamento Básico, y un contrato sometido a cláusulas generales y particulares, por aplicación del mismo contrato, debe recurrir primero a estos reglamentos y condiciones generales y particulares, para luego apoyarse en la Ley de Defensa del Consumidor, conforme al artículo 25, in fine.

En este punto es válido que se pregunten cuáles son las defensas oponibles por los consumidores. Les contamos. En los contratos bilaterales clásicos las partes se podían oponer a una serie de excepciones o defensas, frente al caso fortuito o la fuerza mayor, o al incumplimiento culpable de una de las partes, la otra tiene la opción de exigir el cumplimiento o considerarse liberada. Aquel que exige el cumplimiento debe acreditar que cumplió con su prestación, u ofrecer cumplir, o demostrar que hay plazo para cumplir.

También resultaba pactable el pacto comisorio expreso frente a la mora del deudor, o bien, en casos extremos, podía invocarse la lesión subjetiva y la teoría de la imprevisión o el abuso del derecho. Tales defensas se encuentran más en los contratos de consumo. En el peor de los casos resultan inaplicables, pero en el mejor de ellos, si la defensa invoca su existencia considerando siempre las condiciones generales, particulares, y los reglamentos básicos, como así como también las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor, y que estas no dispongan otra solución, entonces sí, tales defensas serían aplicables de manera supletoria.

El rol del Estado

Para ahondar sobre esto citaremos lo expuesto por la Asociación Nacional de Defensa del Consumidor, "Protectora". Dicha asociación sin fines de lucro señala que debemos ser conscientes de la fuerza con la que los empresarios-proveedores son capaces de hacer uso de su poder de «lobby» para impedir el dictado de la normativa, que es capaz de comprometer el *statu quo* que garantiza la obtención de sus objetivos económicos.

En este sentido, dicha organización indica que el sistema que marque la intuición del consumidor debe ser la fiscalización del Estado y la elaboración de políticas basadas en las falencias detectadas por esa fiscalización. Por lo tanto, del control eficaz y de la implacabilidad de la punición en las conductas que infrinjan sus dictados, dependen en gran medida, el éxito o el fracaso del sistema.

A su vez, el fortalecimiento en la conciencia, tanto de los proveedores como de los propios consumidores, de la existencia de un enérgico sistema coercitivo de tutela, produce una paulatina «depuración» de las conductas comerciales. Analicemos mejor este punto:

A través de este sistema punitivo, por un lado, los proveedores sabrán que la utilización de métodos de comercialización contrarios a la normativa aplicable, serán sancionados por la autoridad de aplicación, con la consiguiente pérdida patrimonial y lesión de su imagen comercial. Por su parte, los consumidores y usuarios se sabrán protegidos y colaborarán con la tarea estatal de contralor mediante sus denuncias contra los proveedores que se aparten del sistema.

Esto generará en el mediano plazo una tendencia hacia la autorregulación de algunos aspectos del mercado, aliviando de este modo la labor estatal y encauzando poco a poco las «reglas de juego» de la sociedad de consumo.

También es importante destacar la elaboración de políticas activas de defensa del consumidor. Como decíamos anteriormente, todas aquellas falencias que el contralor detecte en el mercado de consumo, deben ser inteligentemente capitalizadas a los fines de pergeñar los planes estatales de incentivo en la materia, procurando su constante mejoramiento.

Educación del consumidor

Sobre este último punto, es fundamental la educación del consumidor. Presten atención a esto: Si el consumidor ignora sus derechos, favorece a la pasividad y al desconcierto ante la agresión de los proveedores. Sólo el consumidor consciente de sus derechos es el que se encuentra capacitado para advertir, aunque no sea con la real dimensión del caso, cuándo sus prerrogativas como tal están siendo avasalladas por aquella disparidad de fuerzas de la que hablábamos al comienzo.

Al mismo tiempo, es relevante la adecuada descentralización del sistema estatal de protección del consumidor. En este sentido, también se expresa la asociación Protectora, quienes afirman que generalmente el consumidor más desprotegido e inexperto es aquél que se encuentra alejado de los grandes centros urbanos o polos de consumo. Por ende, la atomización de los organismos estatales de protección al consumidor debe atender a esta realidad, brindando un adecuado asesoramiento y una rápida canalización de los reclamos, evitando que la condición social o cultural del consumidor lo haga permanecer «aislado» e impedido de acceder a la protección de sus derechos.

En cuanto a los derechos fundamentales, es conocida la doctrina aplicada de manera horizontal o lineal, que ayuda a comprender por qué el consumidor no es un mero comprador de bienes y servicios, sino también una persona dotada de derechos fundamentales, los que pueden verse afectados por actos lesivos del empresario o proveedor.

A su vez, dichos bienes deben ser jurídicamente cautelados por el Estado con prescindencia de lo que dispongan las partes, las que quedan obligada a respetarlos. No se trata, sin embargo, de estructurar una nueva noción de consumidor, alejada de su calidad de contratante-cliente, destinatario final de bienes y servicios o de sujeto del tráfico económico frente a la empresa organizada. Se trata de sostener que el consumidor, en cuanto persona, cualquiera sea la noción técnico-jurídica que se adopte para definirlo, posee derechos fundamentales concomitantes que deben ser tutelados y promovidos en la relación de consumo.

Como hemos señalado, el Código Civil y Comercial de la Nación trajo consigo un importante avance respecto de los derechos del consumidor, y ha colocado a la disciplina en el centro de la escena del derecho privado.

Es importante destacar que, en esta versión, se impiden ciertas prácticas de comercialización, que subordinan la provisión de productos o servicios a la adquisición simultánea de otros, y “se fundan”, económicamente, en la teoría de la influencia, la que postula que los cambios de conducta o pensamiento que se producen en un sujeto, en

este caso el usuario, debido a una serie de procesos mentales derivados de la comunicación con otros seres o medios.

Al mismo tiempo, las operaciones celebradas fuera de los establecimientos comerciales conforman una clase de supuestos que también requieren una especial atención por parte del Estado, dada la mayor vulnerabilidad a la que se expone el consumidor. Aquí el Código define cuales son los supuestos que deben considerarse enmarcados en esta modalidad contractual para tratar un conjunto particular de regulaciones en aras a la mejor protección del consumidor.

De acuerdo con lo que señala el abogado Javier H. Wajntraub, *“el proceso de inducción a la compra ha tomado sesgos aún más invasivos para el consumidor a través de un fenómeno universal conocido como “ventas agresivas”, caracterizadas como estrategias de comercialización en escala, planificadas y organizadas en las formas más variadas e inusuales, estas operaciones compulsivas, valiéndose de métodos agresivos como el acoso negocial o la técnica de tentación, que aprovechan el estado de inferioridad del consumidor a fin de lograr rendimientos comerciales sobre la base de una demanda de bienes y servicios construida desde la oferta”*.

En este sentido, también se incluyen aquellas propuestas de venta o de servicios que se realizan fuera de los establecimientos comerciales para viabilizar en el lugar de residencia o de trabajo del consumidor, o en el domicilio de un tercero, no correspondiendo la aplicación de estos resguardos a los acuerdos alcanzados en los locales de comercio habituales, cuando simplemente se ha pactado la entrega en un domicilio señalado por el contratante.

En cualquier caso la regulación adopta una fórmula amplia, en donde a partir de la oferta o propuesta del proveedor, el contrato se concluya “en el domicilio o lugar de trabajo del consumidor, en la vía pública, o por medio de correspondencia”, pero además aquellos que “resultan de una convocatoria al consumidor o usuario al establecimiento del proveedor o a otro sitio, cuando el objetivo de dicha convocatoria sea total o parcialmente distinto al de la contratación, o se trate de un premio u obsequio”.

Estas últimas situaciones se relacionan con prácticas muy habituales en los que se pretende “seducir” a partir de una invitación a una recepción, presentación, entrega de regalos, etc., en donde luego se intenta que el consumidor contrate los bienes o

servicios que el proveedor comercializa. Pero también los denominados contratos a distancia son tratados para brindar al consumidor esta protección adicional, por las especiales implicancias que tienen en la regulación consumerista.

Para ello el legislador se refiere a los “medios de comunicación a distancia”, entendiéndose por ellos a los que pueden ser utilizados sin la presencia física de las partes. A modo de ejemplo podemos citar a los medios postales, electrónicos, telecomunicaciones, así como servicios de radio, televisión o prensa. Todo ellos, presuponen la inexistencia de la presencia física de las partes contratantes, lo que significa que no se ven cara a cara, ya que el consumidor emplea cualquier medio de comunicación para iniciar las tratativas. Aquí la oferta requiere de una aceptación expresa pues es desestimable la aceptación tácita.

En tanto, la regulación se refiere a los acuerdos que se celebren a través de medios que importen la no presencia de las partes al momento de su perfeccionamiento, lo que supone para el consumidor tomar el riesgo de recibir una cosa o un servicio que no se adapta a lo esperado, mereciendo una atención especial por parte del régimen de tutelas de sus derechos.

El disfrute de los bienes y servicios por parte del consumidor y el ejercicio de la libertad económica por parte del empresario o proveedor se articulan en vínculos confluyentes, siempre que se los comprenda en el conjunto de marcos normativos que hemos analizado. Para tales efectos, es necesario optar por una concepción compleja del derecho del consumidor, cuyo alcance trasciende las relaciones de justicia conmutativa del contrato de consumo.

Según Wajntraub, en la materia, el Estado tiene el deber de cubrir exigencias de justicia distributiva y de justicia general. Lo que, en concreto, permite identificar los siguientes ámbitos normativos:

- Primero, el ámbito de las relaciones de intercambio del contrato de consumo, donde la confluencia entre los derechos del consumidor y la libertad económica del empresario/proveedor opera a través del paradigma del equilibrio de las posiciones jurídicas de las partes.
- Le sigue el ámbito de las políticas públicas distributivas en orden a la implementación de condiciones satisfactorias generales de consumo para toda la población.

- Y, por último, nos encontramos con el ámbito de la justicia general, donde destacan las normas del derecho público del consumo, el influjo horizontal de los derechos fundamentales y la preservación del orden público económico.

Antes de irnos es importante remarcar que en el plexo de los derechos subjetivos se configura la relación empresario-consumidor en diversos sectores: el del mutuo respeto entre los derechos fundamentales en juego, el de la libertad económica que integra en sus normas regulatorias la legislación del consumidor, y el de la libertad de empresa calificada como libre, leal y suficiente. En una visión más amplia, estas facultades confluyen en el marco de la economía de mercado, que, por la lógica misma del sistema, exige tal concurrencia, con la ayuda de algunos derechos complementarios.