

CONTRATOS

ÁLVAREZ

20/4/17

EL CONTRATO DE CONSUMO EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

POR FULVIO G. SANTARELLI

Sumario: I. Antecedentes.— II. El tratamiento de la estandarización en la Argentina, desde el Código de Vélez hasta el dictado de la ley 24.240.— III. La impronta de la ley 24.240: el concepto de cláusula abusiva.— IV. Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el nuevo Código Civil y Comercial.— V. El contrato de consumo.

I. Antecedentes

I.a. Del contrato negociado al adhesivo

El recurso a matrices contractuales preconcebidas reconoce como fundamento una multiplicidad de razones, algunas, provenientes de la masificación de la demanda y la consecuente uniformidad de la oferta; la creciente internacionalización de las compañías elaboradoras de productos de consumo masivo, y su búsqueda por asegurar similares condiciones más allá de las fronteras; otras, originadas por la producción, y su marcada evolución, en cantidad y en calidad, que obligan a poner foco en contratos como el de suministros, o la amplia gama de subcontrataciones, o aquellos de locación de servicios que ciertas industrias necesitan, snelen celebrarse mediante contratos pre redactados por aquel que define su necesidad o prestación de determinada manera; por su parte, la complejidad de avanzar sobre todas "las geografías" y segmentos posibles, ha desarrollado contratos que organizan canales de comercialización, adecuados a una estrategia de penetración del predisponente; etc. Es que el contrato se ha constituido en vital elemento de gestión del riesgo de la empresa, ya que contribuye a organizar nada menos que la producción y su llegada al mercado.

La especialización y ejercicio habitual de cierta actividad industrial o comercial, van evolucionando de modo tal que el ordenamiento legal no

puede seguir su ritmo; por lo cual, la práctica profesional, corporativa ha sustituido al legislador⁽¹⁾ en la regulación de su particular necesidad, de tal modo el plexo contractual adquiere una impronta reglamentaria, dado su carácter general y permanente⁽²⁾.

En estos supuestos la etapa de formación del consentimiento contractual aparece monopolizada por la acción de una de las partes la cual propone el reglamento contractual para la aceptación o no del otro contratante, en cuyo caso, solo le cabe adherir, ya que no le es dado modificar, sino en opciones ya conferidas por el predisponente, o en cuestiones no sustanciales⁽³⁾.

Por comprensible que sea este proceso, no puede dejar de apreciarse una tendencia antista en el manejo del aludido riesgo que se termina por despreñar al propio sinalagma; la obligatoriedad del contrato conjugada con esta modalidad da un precipitado de contrato injusto que ha suscitado soluciones en salvaguarda de un reparto equi-

(1) GHESTIN, Jaques "La formation du contrat", nro. 93, pág. 74. 3ª ed.

(2) FLOUR - AUBERT - SAVAUX, "Les obligations. l'acte juridique", n° 179, p. 139. 13ª ed.

(3) El art. 28 del proyecto Scrivener —el antecedente francés de la regulación de la contratación predispuesta— refiere a un contrato "modelo" y a la carencia del consumidor de posibilidades de modificación de la propuesta.

tativo del riesgo intentando neutralizar aquella "unilateralidad".

I.b. Predisposición o adhesión: los caminos del consentimiento

El Proyecto de 1998, en su art. 899, distinguía al contrato discrecional como aquel que se caracterizaba en razón de que sus "estipulaciones han sido determinadas de común acuerdo por todas las partes"; y al predispuesto, como a "aquel cuyas estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes"; como condiciones generales, llamaba a las cláusulas predispuestas por alguna de las partes con alcance general y para ser utilizadas en futuros contratos particulares, y todavía caracterizaba al contrato celebrado por adhesión como el "contrato predispuesto en que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación". Más allá de la ponderación práctica de tales distinciones, es demostrativa del rol que la negociación alcanza para configurar un tipo de contrato discrecional, y su distinción de otras formas de construir el consenso. Por otro lado, en la descripción precedente se diferencia la predisposición —como actitud de uno de los contratantes— y la adhesión del otro, quedando configurados los elementos relevantes de la figura en análisis. Hay otro componente relevante en la configuración de la modalidad adhesiva, que aparece sugerido en cierta connotación terminológica del contrato discrecional, cuando se lo denomina "paritario", lo que alude a la equidistancia de las partes, la que faltaría en el contrato de adhesión a cláusulas predispuestas.

Para analizar el régimen del nuevo Código es menester partir del concepto de contrato suministrado en el art. 957, que en lo que en el particular atañe, define al contrato como "el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento..."; sin desconocer las discusiones eternas respecto al consentimiento, vale entender, cabe insistir, a los efectos del presente, que se hace referencia a las coincidencias de las voluntades que alcanzan cierto grado de expresión y cognoscibilidad mutua entre los otorgantes; a partir de lo cual, en la forma adhesiva alcanza virtualidad para la distinción y categorización, el modo en que se llega a tal "consentimiento".

I.c. El contrato "no negociado" y el elemento "sorpresa"

El tipo adhesivo involucra dos cuestiones a atender: por un lado las menguadas o nulas posibilidades del adherente de incidir en el reglamento contractual, y por el otro, la opacidad

propia que el sistema de formación del consenso implica para el no predisponente, que no es otra cosa que la ignorancia, o la incertidumbre acerca de las obligaciones asumidas por una y otra parte, lo que a la hora de la ejecución del contrato puede frustrar expectativas mediante la puesta en funcionamiento de cláusulas que modelan el cumplimiento de ciertas prestaciones, limitan ciertas responsabilidades, etc.

I.d. Un precedente paradigmático

El Código italiano de 1942, afrontó el fenómeno de las condiciones generales de contratación bajo el perfil de la formación del contrato (arts. 1341 y 1342), intentando evitar que integren el contrato cláusulas que el adherente —ajeno a su elaboración— no ha podido conocer, o reflexionar⁽⁴⁾. El primer párrafo del art. 1341 establece el principio de que las condiciones generales del contrato son eficaces respecto del contratante, si es que al momento de la conclusión del contrato el adherente tuvo oportunidad de conocerlas, o debió haberlas conocido usando la ordinaria diligencia. El segundo párrafo avanza sobre un elenco de cláusulas gravosas⁽⁵⁾, exigiéndose a su respecto no solo la cognoscibilidad, sino la expresa aprobación por escrito del adherente. El sistema se completa con el art. 1370 que dispone el principio de interpretación de las cláusulas contra el predisponente.

Respecto de la cognoscibilidad del régimen citado, se precisa que el conocimiento no sólo versa respecto de la existencia de las condiciones generales, sino de su contenido; de modo tal que el sentido de la norma es establecer el límite dentro del cual el adherente puede considerarse vinculado a una cláusula que no conoce⁽⁶⁾. Traduciendo esta regla en términos de obligaciones del predisponente, este debe dar clara noticia de la existencia de las condiciones generales, que estas sean accesibles para el adherente y además comprensibles para un contratante medio, todo ello al momento de la celebración del contrato⁽⁷⁾.

(4) SACCO, Rodolfo DE NOVA, Giorgio "El contrato", pág. 363, 3ª ed.

(5) Ellas son: i) cláusulas limitativas de la responsabilidad en favor del predisponente, ii) las que facultan a la rescisión del contrato por parte del predisponente, iii) aquellas que limitan la posibilidad de oponer excepciones al adherente, iv) la que reserva al predisponente la tácita reconducción o renovación automática del contrato, v.) la cláusula compromisoria, la prórroga de jurisdicción.

(6) ROPPO, Vincenzo "El Contrato", pág. 906.

(7) ROPPO, ob. cit., loc. cit.

I.e. Una construcción doctrinaria decisiva

Si Italia lo legisó, fue la doctrina francesa pionera en calificarlo, en la primera década del siglo pasado, Saleilles describió el fenómeno en su obra "De la déclaration de volonté". Modernamente la doctrina distingue los siguientes rasgos característicos: 1) El primer elemento caracterizante es la modalidad de la oferta, la cual tiene carácter general, en tanto dirigida al público, o a una categoría determinada de contratautes eventuales. Tales cláusulas tienen —además— una impronta de permanencia en los contratos tipos, con pretensión de completitud, en tanto previenen todas las vicisitudes del contrato⁽⁸⁾. 2) el contrato de adhesión supone una desigualdad económica, o social o profesional (de conocimiento sobre el negocio en cuestión), entre las partes⁽⁹⁾; en definitiva, un poder económico que deriva en la posibilidad de imponer las condiciones contractuales⁽¹⁰⁾. Con todo, los contratos de adhesión no tienen, en el país galo, un régimen propio, sin embargo, a muchos de ellos les alcanza la normativa del consumidor, y el régimen de cláusulas abusivas⁽¹¹⁾. Respecto de aquellos contratos no alcanzados por la normativa consumerista, la jurisprudencia ha ejercido el control de ciertas cláusulas, haciendo una interpretación del code que fue ajeno a la categoría⁽¹²⁾, verbigracia, respecto de las cláusulas limitativas de responsabilidad—, declarando su ineficacia sobre la base del art. 1645 del code⁽¹³⁾; o bien amparados en el concepto de causa tan fructífero en aquel sistema jurídico⁽¹⁴⁾. El proyecto de reformas al Código Civil francés de las obligaciones, define al contrato de adhesión como aquel en el cual las condiciones, sustraídas a la discusión, son aceptadas por una de las partes, tal como la otra las ha unilateralmente determinado (art. 1102-5). De donde surge, pues, que el aspecto decisivo de la calificación es la no negociación⁽¹⁵⁾.

(8) FLOUR - AUBERT - SAVAUX, ob. cit., n° 178, 138.

(9) TERRE - SIMLER - LEQUETTE n° 188, p. 155

(10) FLOUR - AUBERT - SAVAUX, ob. cit., 178, p. 138.

(11) MALAURIE - AYNES - STOFFEL MUNCK, "Les obligations" n° 426, p. 193, 2004.

(12) MALINVAUD, PHILIPPE n° 314, p. 223, 10ª ed.

(13) La norma establece el precepto de responsabilidad del vendedor: Si el vendedor conocía los vicios de la cosa, está obligado, además que a la restitución del precio recibido, a afrontar los daños e intereses causados al acreedor. Esta norma es aplicable al vendedor profesional, respecto de quien se reputa que —por tal carácter— debe conocer los vicios y defectos de lo vendido.

(14) MALINVAUD, ob. cit., n° 306, p. 216.

(15) FLOUR - AUBERT - SAVAUX, ob. cit., n° 178, p. 138

II. El tratamiento de la estandarización en la Argentina, desde el Código de Vélez hasta el dictado de la ley 24.240

Similar a la situación francesa, el Código de Vélez, naturalmente, no contempló el contrato por adhesión a cláusulas predispuestas, sin que ello sea óbice a su recepción, ni tampoco a serle aplicables normas de aquel ordenamiento dirigidas a obviar los efectos perjudiciales para el adherente. Así, se consideró como "legítima" la modalidad de "contrato de adhesión" en tanto media acuerdo de voluntades, aún cuando este acuerdo se reduzca a la mera adhesión de una de las partes a la que otra preordenó como ley del contrato⁽¹⁶⁾. No faltaron disquisiciones respecto de la denominación⁽¹⁷⁾, pero, cabe seguir el sendero de quien, con ajustada razón, entendió que todas las diferencias o matices quedau irrelevantes ante el fenómeno de la estandarización de los contratos⁽¹⁸⁾.

A la hora de referir las normas que sirvieron para incidir en los efectos del contrato predispuesto, el cual, naturalmente, presenta un campo propicio para las cláusulas abusivas, los tribunales echaron mano de los arts. 502 (causa ilícita), 953 (que veda la licitud del objeto del acto jurídico, por contrario a la ley, moral o buenas costumbres); 954 (que reacciona frente a la grave desproporción de las prestaciones, producida por la necesidad, inexperiencia o ligereza de uno de los contratantes), el 1071 (en cuanto veda el ejercicio antifuncional de los derechos) 1198 (en tanto exige que los contratos se celebren, interpreten y ejecuten de buena fe)⁽¹⁹⁾; convirtiéndose —estos dos últimos principalmente— en verdaderas cláusulas generales en la materia.

Así las cosas, el centro de atención se desplaza hacia la interpretación del reglamento contractual unilateralmente redactado. En tal sentido, cabe recoger los siguientes ejemplos: la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que en el caso de cláusulas contractuales predispuestas cuyo sentido es equivoco y ofrece dudas para de-

(16) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis R.P. (actualizador) "Contratos" T° I, p. 419, 2ª ed.

(17) ALTERINI, Atilio A. "Contratos. Civiles - Comerciales - De Consumo", p. 128 y sgtes. WAYAR, Ernesto, "CONTRATOS", p. 299, Zavañía.

(18) VALLESPINOS, Carlos G. "El contrato por adhesión a condiciones generales", p. 239.

(19) WAYAR, ob. cit., p. 327. MULLER, Enrique C. "Las cláusulas abusivas en el marco contractual de los derechos del consumidor" en RDPyC 2009 - I, p. 195.

terminar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, debe prevalecer la interpretación que favorece a quien contrató con aquél o contra el autor de cláusulas uniformes⁽²⁰⁾. La desigualdad de las partes, ha jugado también su rol, al considerar que proteger a la parte más débil, significa presumir la ignorancia legítima por parte del adherente⁽²¹⁾. El sinalagma, que involucra la idea de contraprestaciones recíprocas, es realizado en la idea de que las limitaciones de responsabilidad en favor del predisponente son válidas, sólo en la medida en que hayan sido dinamizados los derechos que de ella emergen, de conformidad a los principios que vedan el abuso del derecho y realzan la buena fe⁽²²⁾.

Estas formulaciones fueron posibles gracias a una verdadera evolución del concepto romano del *favor debitoris*, hacia el *favor debilis*; lo que permitió el recurso al art. 218, inc. 7º del Código de Comercio, que establece: "En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación". Y ello así en mérito de que la doctrina y jurisprudencia nacional fueron permeables a las doctrinas consumeristas que se desarrollaron en el mundo y que encontraron consagración legislativa en este medio en los tempranos años de la década del 90, mediante la ley 24.240. Que si bien absorbió gran parte de la problemática, en tanto el adherente pueda ser configurado como consumidor, en los términos de los arts. 1 y 2 de la ley citada; deja aplicable el derecho común para los contratos por adhesión a cláusulas predisuestas, en donde está fuera de aquel ámbito. En definitiva, deudor, fue leído como débil: "sin duda el *favor debitoris*, debe ser tenido en cuenta por los jueces como principio orientador al interpretar la ley, pero adviértase que el fundamento de esta regla es siempre una finalidad de justicia, ya que se propone restablecer el equilibrio entre las partes..."⁽²³⁾; rescatado este principio, poco importa la posición concreta en el contrato, sino el acento en la debilidad.

(20) CSJN, "R. V. de D. S. c/ Qualitas Médica S.A.," del 15/12/98. LA LEY 1999-B, 118.

(21) CNFed.Cont.Adm. Sala II, in re "Ombú Automotores S.A. c/ Secretaría de Comercio e Inversiones", del 04/03/99, LA LEY 2000-B, 318.

(22) CNCCom. Sala B, "Ravaglia, Clemente c/ Banco Mercantil Argentino" del 30/12/98. LA LEY 1999-C, 359.

(23) MOISSET DE ESPANÉS, Luis y TINTI, Guillermo "El consumo, el derecho del consumidor y la regla *favor debitoris*", en "Defensa del consumidor", LORENZETTI-SCHOTZ, Dir. P. 109.

No sería completo este panorama de la legislación nacional, sino se reseñan dos antecedentes, que relacionados con la problemática del acceso a la vivienda y crédito; ámbito en donde los "boletos de compra y venta inmobiliaria a plazo" constituían una de las manifestaciones más usuales de la estandarización contractual⁽²⁴⁾. Uno de ellos (la ley 14.005), alcanzó un grado relevante de aplicación práctica, y consecuentemente trascendencia social, el otro, tal vez con mayor virtuosismo jurídico, no alcanzó los fines propuestos (la referencia es a la ley 19.724). La primera de ellas estableció pautas para el ejercicio de la resolución del contrato de compra venta inmobiliaria por parte del vendedor, de modo tal que esta no resultara abusiva, ya que la modalidad habitual ante el incumplimiento del comprador: era que el vendedor recuperaba la posesión del lote —si es que la había conferido—, además de apropiarse de lo pagado, en concepto de cláusula penal, estableciendo, la ley que luego de abonado más del 25% del precio, o bien si el comprador había realizado mejoras por más del 50% del valor del lote se cercenaba aquella facultad del vendedor. Por su parte la precitada ley de "prehorizontalidad" fue la expresión de la influencia directa del Código italiano de 1942, en donde revisió de formalidades al documento de adquisición de una unidad funcional en el régimen de propiedad horizontal, de modo de cumplir con la exigencia de cognoscibilidad antes expuesta, pero no resolvió la cuestión⁽²⁵⁾.

III. La impronta de la ley 24.240: el concepto de cláusula abusiva

No es el caso de explayarse acerca de la trascendencia de esta ley que inauguró un capítulo preponderante en lo concerniente a recrear mecanismos para la salvaguarda de la justicia o equilibrio contractual, sino de centrarse en su nota

(24) Vale subrayar que gran parte del desarrollo suburbano fue mediante "el loteo", es decir, el fraccionamiento de extensiones de tierra en unidades de terreno para la vivienda familiar. La oferta y venta de tales unidades, en cómodas cuotas, se realizaban —habitualmente— en carpas en el lugar, y allí, en oferta que consistía en largos planes de cuotas, se accedía a la vivienda. En cambio, la realidad urbana y la proliferación de la edificación en altura, propició la venta de unidades funcionales desde que el constructor empezaba la obra (en la actualidad referiríamos al "desarrollador"), permitiéndole, a la vez que financiarse, al comprador permitirle facilidades crediticias para el acceso a la vivienda.

(25) HERNÁNDEZ, Carlos A. "El desequilibrio en los contratos paritarios, predisuestos y de consumo", en RDPyC 2007-I, p. 253.

distintiva, que es que hasta el dictado del nuevo Código Civil y Comercial, es el único ordenamiento que caracterizó la cláusula abusiva; concepto que adquirió un dinamismo expansivo y sintetizador de la compleja patología del desequilibrio contractual. Hasta que sus términos se internalizaron en la aplicación práctica, no sería aventurado expresar que la cuestión del equilibrio contractual, fuera de los casos legislados, como la lesión, la imprevisión, o la cuestión de los intereses excesivos o la cláusula penal excesiva, tenía un marco de acción previsiblemente delimitado tanto por las normas que las concebían, como por una fecunda labor jurisprudencial; fuera de estos casos, en los contratos adhesivos, la norma de interpretación en contra del predisponente traspasó las fronteras que le eran propias, convirtiéndose en un eufemismo, ya que debía ser aplicable, aún sin caso de duda, sino directamente cuando aparecía abusiva.

En este marco, la ley 24.240, en su capítulo IX, "De Los Términos Abusivos Y Cláusulas Ineficaces", introdujo el Art. 37, que dispone:

"Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenientes: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario". El sistema podría ser descripto como un control judicial sobre las cláusulas abusivas mediante la herramienta de la ineficacia parcial de la cláusula impugnada⁽²⁶⁾.

(26) Si bien, en rigor, no es el único modo de control, ya que el art. 38 prevé un sistema preventivo a cargo de la autoridad de aplicación, lo cierto es que este recurso no ha sido mayormente explorado. El mencionado artículo dice: "Contrato de Adhesión. Contratos en Formularios.

Es momento de centrarse en el concepto de "cláusula abusiva" y la imprecisión y vaguedad de sus definiciones no parecen ser congruentes con la trascendencia del concepto, basta con remitirse a la revisión de la legislación comparada y la doctrina, como para sostener el aserto⁽²⁷⁾. Esta imprecisión, acompaña al intérprete en todo momento del análisis, sea al teórico, que pretende asir la idea, sea al práctico que analiza cierto reglamento contractual o a quien debe apreciar y juzgar una impugnación de abusividad. Pero cabe hacer un esfuerzo de, sino precisión, desmenuzamiento de sus elementos primordiales:

III.a. Desequilibrio significativo, afectación al sinalagma, a la lógica contraprestacional, desnaturalización de las prestaciones, perjuicio al consumidor

Todos estos términos recogen un aspecto sustancial que es menester retener para su mejor conceptualización; empero, es oportuno agregar la única referencia legislativa conceptual que está dada por el decreto reglamentario de la ley 24.240, nro. 1798/94, en cuyo art. 37 dice "Se consideran términos o cláusulas abusivas las que afectan inequitativamente al consumidor o usuario en el coitejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes". Para unir estos conceptos desperdigados e intentar enhebrar una idea común, es menester partir de la idea más esencial del contrato, cuyo modelo de negociación entraña la idea de intereses opuestos, que realizando concesiones mutuas persiguen un fin común que redunde en el reglamento contractual. El contrato negociado, pues, es aquel en donde las tratativas adquieren este tenor tensional de los intereses que, aún en contraposición, buscan un cauce común. El concepto subyacente, es que esa tensión es la que garantiza el equilibrio de las prestaciones. Cierto es que en la contratación predispuesta, por definición, esta lógica es sustituida por la adhesión, en tales casos la normativa de protección reacciona otorgando esta protección, en ocasiones, el rol de contratante frente al predisponente, lo toma

La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviera posibilidades de discutir su contenido".

(27) Ver STIGLITZ, Rubén S. "Contratos civiles y comerciales. Parte general", nros. 569 y sgtes. p. 34 y sgtes.

la misma administración al realizar un control previo del reglamento contractual.

El concepto de la falla contraprestacional, involucra, pues, la idea de quien realizó un sacrificio, concesión, a cambio de no recibir nada, o bien algo, pero no equivalente a aquel sacrificio. Tal desequilibrio, en ocasiones, es evidente a la luz del reglamento contractual, otras, se manifiesta en la actuación de los efectos del contrato; por ello que la ineficacia que se deriva de la cláusula abusiva es distintiva de la nulidad emanada de los vicios del acto jurídico. Esta "abnsividad funcional" aparece luego de dos operaciones: el predisponente hace su interpretación del contrato, luego actúa (resuelve, intima, se excusa, etc.) es por esta razón que la materia de las cláusulas abusivas aparecen siempre envueltas en cuestiones de interpretación.

Así, se aprecia el modo en que la inequidad de las prestaciones afecta a la expectativa del consumidor, quien, vgr., compra un electrodoméstico, y accesoriamente, le ofrecen abonar extra una garantía por desperfectos, resulta defraudado en sus legítimas expectativas cuando ocurrido el defecto, se le achaca "uso indebido", probablemente, la cláusula en sí no sea abusiva, sino que la presunción de mal uso que en los hechos aplica el proveedor determina una "situación abusiva".

Con más rigor técnico y con, tal vez, mayor abo- lengo en nuestra cultura jurídica, valga referirse a la desnaturalización de las obligaciones; giro que involucra el sinsentido técnico del término obligación; desde que el resultado práctico de la cláusulas abusivas es que el contratante sale indemne, limita —a extremos intolerables— su prestación; mengua la entidad de su prestación; en una visión casi metafórica: sólo aparece como obligado, pero se preocupa tanto de limitar su riesgo que termina por "desnaturalizar su obligación". La mirada para este juicio, siempre es de contexto, es decir en el cotejo de las obligaciones emanadas del contrato. La neutralización de este "vaciamiento prestacional" registra antecedentes en el Código de Vélez, vgr., en el art. 507, en tanto veda la dispensa anticipada del dolo, y en prohibición de la condición puramente potestativa (art. 54) en tanto constituyen solo apariencias de compromisos obligacionales, cuya aceptación por parte del ficticio acreedor, no revela más que su debilidad.

III.b. La cláusula sorpresiva

De ningún modo la cláusula sorpresiva es esencialmente diferente a la abusiva, en rigor adquiere

méritos explicativos, pero de índole científicos, sino prácticos: el problema central de la cláusula abusiva, no es su conceptualización, ni su comprensión, sino su detección y calificación en la dinámica contractual real. En efecto, así como los clásicos vicios de la voluntad apelan a conductas de alguno de las partes que repercuten en el consentimiento del otro, perjudicándolo, este concepto "genérico" de cláusulas abusivas, también se conecta con la omisión —o cumplimiento defectuoso— de deberes de la etapa precontractual, y el más asiduamente violado es el de información, que, a su turno y como se decía en párrafos anteriores, combinado, con interpretaciones interesadas por el predisponente termina ejecutando el contrato de un modo tal que "*verosíblemente la generalidad de las personas bien intencionadas no lo hubiesen hecho*". Es decir que en este punto previsibilidad y expectativa se dan la mano para generar en el contratante la esperanza cierta del contenido prestacional de su crédito.

IV. Los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas en el nuevo Código Civil y Comercial

IV.a. Definición

El art. 984 del CCyC lo define como contrato "*mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción*".

IV.b. Pautas de redacción

Seguidamente, el art. 985 enumera los requisitos formales de redacción de las cláusulas; hace referencia a la consecuencia por su incumplimiento y alude al ámbito de aplicación. En efecto, la predisposición válida debe ser comprensible; y a este carácter contribuyen las notas de claridad, completitud y legibilidad. La autosuficiencia refiere fundamentalmente a la técnica expositiva empleada en el reglamento contractual, es decir la concatenación y coordinación entre las cláusulas, de modo tal que una excesiva dispersión o desarticulación de aquellas facilita la contradicción, el juego oscuro de reglas y excepciones, el uso de terminología similar, pero técnicamente con matices distintos autorizando una gama variable, flexible de interpretaciones, remisiones complejas a distintos secciones del contrato que no sólo conspiran contra su comprensión, sino derechamente contra su lectura. En definitiva, la norma impone una directiva de técnica contrac-

tual, en cual la exposición de las reglas contractuales pueda ser presentada y explicada; lo cual no es menor, existen complejos reglamentos contractuales, de contratos sinmamente usuales —como la telefonía móvil— que no es que sean incomprensibles, sino imposibles de ser explicados, es decir, el propio reglamento contractual impide el ejercicio del derecho de información por parte del proveedor.

Los atributos de la comprensibilidad, no son, sino, manifestaciones del mandato comportamiento leal, integrante de la directiva de la buena fe de los arts. 9 y 961 CCyC. La redacción en lenguaje accesible, con construcciones gramaticales amigables, autosuficiente, que remite a un imperativo lógico de antecedente —consecuente; de descripción de hipótesis y solución aplicable, está asociada a lo esencial del contrato, que, naturalmente, constituye un programa prestacional; lo que no es más que un programa de conductas mutuas y su eventual consecuente.

IV.c. Remisiones perjudiciales incompletas

El segundo párrafo de la norma en comentario fulmina con la ineficacia a aquellas normas que remitan o reenvíen a textos o documentos anexos al contrato que no fueron suministrados al adherente en forma previa o simultáneamente a la conclusión del contrato. Esta sanción, se suma a lo que pueda merecer el contrato predispuesto por otros defectos u omisiones.

IV.d. Los soportes de la contratación predispuesta

La expresión final del art. 985 "*la presente disposición es aplicable a la contratación telefónica, electrónica o similares*" admite ser interpretada en el sentido de la variedad de soportes en los cuales el contrato sea propuesto; de modo tal que el ámbito de aplicación está fijado por la modalidad: siempre que medie una propuesta contractual conformada por la predisposición unilateral, los que requiera sólo una respuesta de índole adhesiva, con opciones, en todo caso, preordenadas, se estará bajo las normas en comentario.

IV.e. Reglas de interpretación

Los arts. 986 y 987, suministran dos pautas de interpretación; para lo cual, el primero de ellos define a las cláusulas particulares, como aquellas que "negociadas individualmente, amplían, limitan, suprimen o interpretan una cláusula general"; otorgando primacía al sentido de estas dis-

posiciones por sobre las prerredactadas que informan el reglamento general. El segundo de los artículos mencionados aporta la ya clásica regla de interpretación en contra del predisponente para el supuesto de cláusulas ambiguas.

IV.f. Las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos: concepto y ámbito de aplicación

El art. 988 CCyC., describe a las cláusulas abusivas en estos términos:

"En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente; b.) las que importen renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias; c.) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles".

Como se aprecia de su sola lectura, la línea conceptual es consecuente con la expuesta *supra* en el sentido que el concepto rector finca en la ruptura de la lógica contraprestacional del contrato. Y a su turno, cuando el Código, en el cap. 4º, de la sección XX, vuelve sobre la cláusulas abusivas, pero ya en el contexto específico de la relación de consumo, remite no sólo a las leyes especiales (tal como la ley 24.240), sino expresamente evoca al art. 988; es decir que existe una total coherencia en la reglamentación que sin superponerse, se va enriqueciendo con disposiciones específicas, tales como: el control de incorporación del art. 1.118, o la definición de situación jurídica abusiva del arts. 1.120 del CCyC.

Lo expuesto adquiere plena justificación si se repara en el ámbito de aplicación; en efecto la reglamentación del contrato predispuesto y la de la contratación de consumo, no se superponen; no todo contrato de consumo es adhesivo; y no todo contrato de adhesión es de consumo. En efecto, el propio art. 1.119 del CCyC en referencia a la cláusula abusiva en el contrato de consumo dice: "*...es abusiva la cláusula que habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un equilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor*". Es decir, hay contrato de consumo sin prerredacción. Y en el elenco de contratos entre profesionales, hay contratos predispuestos y lógica adhesiva; especialmente —aunque no únicamente, ya que los ejemplos son inacabables— en aquellos que organizan canales de comercialización (franquicia, distribución, concesión, etcétera).

IV.g. ¿Supletoria imperatividad?: La regla de la norma supletoria justa

En este sentido toma dimensión una connotación de la cláusula abusiva en el contrato de adhesión a la que se refiere el art. 988 que no está contemplada en las precisiones de la ley 24.240 y que ahora el nuevo Código aporta, el inciso b del art. 988 dispone que se deben tener por no escritas las cláusulas "que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias".

Esta trascendente innovación; que reconoce su antecedente en la jurisprudencia alemana en interpretar el art. 242 del BGB que refiere al principio de la buena fe; lejos de convertir en imperativas a las normas supletorias, lo que propone en una "puesta en valor", para el intérprete, de la parte especial de los contratos. En efecto, la regla de la "norma supletoria justa" requiere hacer una distinción en la regulación de las figuras contractuales típicas, y rescatar de entre ellas aquellas que refieren a un reparto equitativo de los riesgos del contrato, de conformidad a su tipicidad⁽²⁸⁾, a su lógica negocial concreta⁽²⁹⁾. Estas reglas, desde el miraje de la justicia contractual adquieren un valor superlativo, pero no las vuelve imperativas, pero es natural que el intérprete deba encontrar en el reglamento contractual adhesivo, una buena razón (en términos sinalagmáticos) como para que el predisponente se haya apartado de la solución del legislador. Ejemplificativamente, pueden citarse, el art. 1.221 CCyC, en cuanto dispone las consecuencias de la resolución anticipada en el contrato de locación; o en el mandato, el supuesto de revocación contemplado en el art. 1331 y sus efectos.

V. El contrato de consumo

El Código regula lo medular del contrato de consumo: i.) lo concerniente a su ámbito y entorno; ii.) lo propio en cuanto a la formación del consentimiento; iii.) las reglas que imponen particulares modalidades de contratación masiva; y iv.) el control de las cláusulas abusivas. Y este es el método que cuadra seguir. No sin antes intentar una proposición en cuanto a la relación entre las normas consumeristas.

(28) Esta función del tipo contractual, ya la había advertido DE NOVA, GIORGIO; en "El tipo contractuale", ver págs. 24 y sgtes. y en particular los ejemplos de págs. 30 y sgtes. Padova 1974.

(29) NORDMANN, Philippe, "Le contrat d'adhésion. Abus et remèdes" n° 77, p. 111. Fribourg, 1974.

V.a. Vicisitudes normativas

La materia del consumo mereció una primera regulación que data del año 1994, ley 24.240, luego su protección mereció tutela constitucional, en el art. 42; más tarde, el nuevo Código Civil y Comercial reglamenta el contrato de consumo; esta "singularidad asistemática"⁽³⁰⁾ aun cuando parece contradecir la ideas de "estándar" o "microsistema", no deben impedir la actuación de la tutela efectiva al consumidor, y en este sentido cabe rescatar al art. 1094 del nuevo Código que en materia de interpretación y prelación normativa dispone: "Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable. En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor".

V.b. Ámbito y entorno del contrato de consumo

Es compleja la comprensión del concepto de relación de consumo, si se pretende atenerse sólo a los términos del art. 1092 del CCyC. Tal vez sea aconsejable, comenzar por el concepto más estricto y técnico de contrato de consumo, el que es definido por el art. 1093 en estos términos: "...es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social". La definición gana en definición respecto de la laxitud de los términos en que la ley 24.240 quedó redactada luego de la reforma de la ley 26.361⁽³¹⁾. En efecto, además de acentuar la idea de consumo final, refiere al productor como "empresa", lo cual no debe ser inter-

(30) LORENZETTI, Ricardo, "Consumidores" p. 72.

(31) Ya se advertía antes de la norma citada que "La permanencia obstinada en la figura del consumidor lleva a crecimientos deformados en la disciplina. Por ejemplo, se pretende ampliar mediante la figura del consumidor "fáctico", con lo cual ya no se sabrá quien es consumidor y quien no, y se corre el riesgo de la banalización de la protección. La protección del consumidor no puede crecer seriamente si no se define adecuadamente quien es el proveedor responsable o si se la limita a los supuestos contractuales, o si no hay modos de actuación colectiva que permitan reequilibrar la ecuación de poderes en la sociedad civil..." LORENZETTI, Ricardo, "Consumidores" p. 73.

pretado en sentido estricto, pero sí refiere a cierta organización, o vocación de oferta al público, o bien pretensión de actuación en el mercado, por parte del proveedor de bienes y servicios, permitiendo, al menos una nota distintiva de la profesionalidad⁽³²⁾.

Entendida la especie, puede irse hacia el género: la relación de consumo, que incluye al contrato, naturalmente, empero que no se agota en él: "queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" (art. 1092, 2º párrafo)⁽³³⁾. Y un ejemplo se encuentra en el art. 1097 cuando refiere al principio de trato digno: no se le debe sólo al contratante, sino a todo potencial consumidor; entablándose a partir de la mera oferta y direccionamiento hacia el potencial consumidor deberes de conducta por los proveedores bajo el amparo del concepto de "relación de consumo".

Esta concepción se justifica desde el siguiente miraje: "el consumidor es un sujeto de derechos pero no el fundamento de la disciplina. El fundamento es el principio protectorio constitucional aplicado a partir del acto de consumo, lo que da lugar a una relación jurídica de consumo"⁽³⁴⁾. En efecto, hoy se asiste a un "derecho de consumo" más que a un "derecho del consumidor" y este juego de palabras cabe entenderlo en términos de progreso de la finalidad utílica no ya del sujeto, sino del ambiente en el cual se desarrolla su vida económica⁽³⁵⁾; de este modo la protección es una política de organización del mercado⁽³⁶⁾.

V.c. La formación del contrato

Dentro del capítulo 2 del Título IIIº dedicado a los contratos de consumo se encuentran tres secciones: la primera concerniente a las "prácticas

(32) Ver SANTARELLI, Fulvio G. comentarios a los arts. 1 y 2 de la ley 24.240, en "Ley de defensa del consumidor. anotada y comentada" PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA Dir., p. 44.

(33) La norma conduce hacia la confusión, ya que debió haber dicho "... quien sin ser parte de un contrato de consumo..."

(34) LORENZETTI, Ricardo ob. cit., p. 73.

(35) SANTARELLI, Fulvio G. "De la debilidad, sistema y paradigmas" en RCyS 2014-II. (tapa).

(36) SAUPHANOR BROUILLAUD, NATACHA. "Les contrats de consommation règles communes", p. 3. Paris, 2011.

abusivas"; la siguiente a la "información y publicidad dirigida a los consumidores"; y finalmente, la tercera destinada a tratar "modalidades especiales" de este contrato.

V.c.1. Las prácticas abusivas

Las prácticas comerciales son aquél conjunto de actos que los oferentes de productos y servicios dirigen al mercado de modo tal de posicionar su producto, o su servicio, o constituirse como una opción preferente frente a los potenciales consumidores; como se aprecia se trata de un conjunto de conductas anteriores al contrato, pero que tienen vital incidencia en su contorno, de modo de contribuir a la transparencia y al juego leal de la oferta. Y es por esta razón que esta sección tiene una impronta principista. En efecto, las premisas de trato digno que debe dispensarse al consumidor (art. 1097); la de trato equitativo y no discriminatorio (art. 1098); y el aseguramiento de la libertad de contratar (art. 1099), contienen una fuerza fundante del sistema, y comparten el sentido que Rodotà le imprime a los derechos fundamentales: "expresan un doble límite que el derecho se impone a sí mismo, encarnan una causa final, cuya realización deviene en condición de legitimidad del sistema y, por lo tanto, en filtro necesario para la realización de otros fines, restituyendo al derecho la capacidad para el gobierno de lo social y de las personas"⁽³⁷⁾.

Estos conceptos ya presentes en el texto constitucional en su art. 42: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios..." fueron también incorporados por la ley 26.361 al régimen de la ley 24.240⁽³⁸⁾ encontrando ahora mejor exposición y sistematización, ingresando al cuadro construido a partir de los antecedentes de derecho

(37) RODOTÀ, Stefano "La vida y las reglas" p. 53.

(38) Ver KIPER, Claudio M. en "Ley de defensa del consumidor comentada y anotada" PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA, Dir.; comentario al art. 8 bis., p. 120 y sgtes.

comparado⁽³⁹⁾ y la doctrina⁽⁴⁰⁾; 1.) Derechos Primarios fundamentales: a) Derecho de acceso al consumo (que involucra a la libertad de elección y la no discriminación ni arbitrariedad, trato equitativo y digno en el acceso al consumo); b) Derecho a la educación al consumo. 2.) Derechos sustanciales: a) derecho a la seguridad (derecho a la vida, salud, integridad, protección del medio ambiente y prevención de daños); b) Derecho a la información; c) Derecho a la protección de los intereses económicos (calidad de productos y servicios, justicia contractual y reparación de daños). 3.) Derechos instrumentales: a) Derecho a la organización; b) Derecho de participación (representación, consulta y expresión (ser oído)); c) Derecho de acceso a la solución de conflictos (asesoramiento y asistencia; acceso a la justicia).

El fin práctico de esta sección es que confirma la potencialidad de la figura del "expuesto a una relación de consumo", quien cuenta con una acción para el cese de las conductas que configuran una violación a estos principios, si bien ella carece de una norma expresa, como lo tiene la sección siguiente en el texto del art. 1102, ello no es óbice para aplicarlo análogamente, máxime que la ley 24.240 mantiene toda su virtualidad y ya contenía este efecto⁽⁴¹⁾.

V.c.2. Información y publicidad: el remedio contra la publicidad engañosa

La obligación de informar es menester entenderla dentro del principio de la transparencia que debe regir en las relaciones patrimoniales intersubjetivas⁽⁴²⁾; ello lleva a admitir que esta obligación no es territorio único del derecho de consumo, sino que pertenece a un contexto más

amplio⁽⁴³⁾; pero, es en este marco en donde tuvo su desarrollo más significativo, con capacidad de influir en las relaciones marginadas del ámbito del consumidor. Así la finalidad de lograr niveles adecuados de transparencia no se obtiene sólo con agudizar el deber de información en cabeza del proveedor de bienes y servicios en la relación singular para con el consumidor; sino que es necesario implementar políticas que contribuyan a incrementar los niveles de información del consumidor medio en general.

El régimen de contratación del consumidor tiene por finalidad la defensa de los intereses económicos del consumidor; de modo que éste no se vea defraudado en su decisión de consumo; es decir que el precio que pague por una prestación se ajuste a las expectativas que un consumidor razonable tenga de dicha operación comercial; de tal modo el consumidor debe contar con información necesaria como para definir el producto o servicio que mejor se ajusta a sus necesidades y, luego para poder comparar adecuadamente las ofertas similares del mercado⁽⁴⁴⁾. Además, la otra arista del deber de información se refiere al reglamento contractual, es decir, debe tener claridad sobre el alcance de sus obligaciones, como de las que asume el proveedor de bienes y servicios; en este sentido, el art. 988 del CCyC., en su inc. c) considera abusivas a las cláusulas que "por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles" (aplicable al contrato de consumo por remisión del 1117 CCyC.)⁽⁴⁵⁾.

El Código aquí también desanda el sendero constitucional, cuyo art. 42 de la CN ha consagrado el deber de informar al consumidor como

(43) En contra ABDALA, Martín, quien sin desconocer la trascendencia del deber de información, sostiene que debe "... mantener su carácter de obligación excepcional, que no puede ser admitida como una regla general de conducta, sino que sólo puede ser aceptada para aquellos casos en los que realmente se justifique su reconocimiento". En "El deber de información en la contratación", LA LEY 2006-E, 1437.

(44) SANTARELLI, Fulvio G. comentario al art. 4º ley 24.240, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", cit., p. 63.

(45) Por otro lado, existe una relación directa entre información y seguridad: la interiorización al consumidor de las condiciones de uso, materiales que componen el producto, enumeración de riesgos habituales, etc., alcanza la función preventiva de daños en el consumidor por la indebida utilización del producto. Conf. SANTARELLI, Fulvio G. comentario al art. 4º ley 24.240, en "Ley de defensa del consumidor. Comentada y anotada", cit., p. 63.

garantía explícita: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo... a una información adecuada y veraz"; se ha enmarcado bien esta garantía propia de las relaciones patrimoniales dentro del proceso de decodificación a manos de la constitucionalización del derecho privado⁽⁴⁶⁾.

El deber de información pesa sobre el proveedor de bienes y servicios desde que oferta sus productos al mercado, y en cada oportunidad de contacto con sus potenciales compradores está la exigencia de información; la cual adquiere diversas funciones; en efecto, en la etapa precontractual el objetivo es que el consumidor preste un consentimiento esclarecido, superada la etapa de elección, se requiere información para la ejecución del contrato; si bien esta distinción dista de ser nítida⁽⁴⁷⁾ es útil para explicar los diferentes contenidos que deben presidir al deber de información. El acto publicitario es una oportunidad de contacto entre el oferente de bienes y el consumidor, por tanto la publicidad puede ser vehículo de información, aunque no deba ser siempre así. En efecto, la publicidad que decide aludir a las descripciones del producto ofrecido o sus condiciones de contratación se convierte en medio de información y le son aplicables todas sus reglas, en orden a la objetividad, claridad, precisión, etc. Y además, tales precisiones se consideran contenidas en la oferta contractual, por lo tanto obligan al oferente en tales términos. Esta regla ya presente en el art. 8º de la ley 24.240, aparecen ahora ratificados como efectos de la publicidad en el art. 1103.

Ahora bien, es lícito que la publicidad se desinterese por informar y se remita a otro tipo de mensaje; en tanto persiga atraer, sugerir, motivar, el consumo de un objeto, de una marca, etc.⁽⁴⁸⁾. Aun en estos casos, la publicidad no puede atentar contra el principio de transparencia, es decir inducir a confusión o a error respecto de los elementos esenciales del producto o sus formas de comercialización; en este sentido, el inc. a.) del art. 1101 prohíbe toda publicidad que "contenga

(46) SOZZO, Gonzalo "Antes del contrato" pág. 424. Buenos Aires 2005.

(47) La distinción fue objeto de críticas, por su dificultad, atento que la distinción entre la etapa contractual y precontractual no aparece siempre nítida, ver: TERRE - SIMLER - LEQUETTE "Droit civil. Les obligations; n° 250; 6ª ed. Paris 1996, asimismo, PIEDELIEVRE, Stéphane, n° 53; pág. 38. Paris, 2008.

(48) LÓPEZ CABANA, Roberto M. "La información al consumidor", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 7, pág. 253.

indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio"⁽⁴⁹⁾.

V.c.3. Información y publicidad: La publicidad comparativa

La comparación publicitaria no es de sencilla definición, la ley española (29/2009) refiere, de modo general a "Actos de comparación" y precisa: "La comparación pública, incluida la publicidad comparativa, mediante una alusión explícita o implícita a un competidor". Este concepto es suficiente para poder asentar el sinuoso camino que ha recorrido la comparación publicitaria en nuestro medio; en efecto, a la publicidad comparativa se la ha combatido con los siguientes argumentos: i. La publicidad comparativa al valerse de la mención de la marca competidora, se está aprovechando del prestigio de esta última, permitiendo que se edifique el buen nombre de una sobre el ya ganado por otra, desde esta perspectiva se la considera parasitaria. Esta visión es congruente con el reconocimiento de cierto señorío a la marca mayoritaria sobre su porción de mercado: derecho a la clientela⁽⁵⁰⁾. ii. El uso de la marca es excl-

(49) Naturalmente que las normas del Código Civil y Comercial se integran no sólo a la ley consumerista, sino que también a decretos y resoluciones que se dictan en relación al ordenamiento de consumo, Verbigracia, et art. 4º del decreto reglamentario de la ley 24.240, n° 1798/94, establece que el proveedor tiene la obligación de informar en todo momento acerca de la peligrosidad que hubiese advertido o descubierto con posterioridad a la introducción del producto en el mercado, aún cuando ya los efectos de la relación con el consumidor singular se hayan agotado; el que fue calificado como un supuesto de un deber de información post contractual. Conf. ARANCET, Alejandra en GHERSI - WEINGARTEN "Tratado de Danos Reparables"; pág. 22.

(50) Es la doctrina que se expresa en el fallo "Rolex c. Orient". Los autores, a su turno, acompañan tal tesis: "La clientela es un bien susceptible de valor, una propiedad que no puede a través de la publicidad comparativa, es decir atribuyendo al nuevo producto el favor que el producto comparado había adquirido antes entre los consumidores, buscando desviar la clientela y apoderarse del magnetismo comercial de la marca ya adquirida" (ARACAMA ZORRAQUÍN, Ernesto, "Medios distintivos y publicidad comparativa en el derecho argentino", en LA LEY 1991-E, 1603) esta visión fue llevada también al ámbito penal, al interpretar el art. 159 del Cód. Penal, se ha dicho que el bien jurídico tutelado es la propiedad de la clientela y no el consumidor. (LÓPEZ, Claudia Ida Mónica, "Propaganda comparativa: información legal o denigración del rival?"; en LA LEY 1992-A, 566).

(39) Principalmente la Declaraciones y Directivas de la Unión Europea que desde sus inicios ha enarbolado la necesidad de la protección de los consumidores en el marco de un mercado común, lo que ha dado lugar a un extraordinario desarrollo normativo al respecto. Asimismo el análisis de la normativa latinoamericana protectoria del consumidor.

(40) STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel en "Derechos y defensa del Consumidor", pág. 40. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1994.

(41) SANTARELLI, Fulvio G. "Novedades en el régimen de contratación con el consumidor", en "Reformas a la ley de defensa del consumidor", VÁZQUEZ FERREYRA Dir.; p. 143.

(42) CARBONNIER, Jean "Droit civil. Les biens. Les obligations" n° 997, pág. 2061. Paris 2004.

sivo de quien la ha registrado para sí. El uso de la marca ajena a los fines de la publicidad comparativa, constituye un uso indebido de la marca⁽⁵¹⁾.
 iii. Toda comparación es denigratoria. Por ende ilícita⁽⁵²⁾.
 iv. La publicidad comparativa es incompleta debido a la necesaria selección de los puntos de comparación favorables a quien compara, lo que la torna —además de denigrante— engañosa⁽⁵³⁾. En este mismo sentido se sostuvo que “es una síntesis parcializada y con fines persuasivos”⁽⁵⁴⁾. Sin embargo, la paulatina evolución hacia la aceptación de la publicidad comparativa en verdad es el corolario de una concepción del derecho concurrencial más amplia, abandonando una visión individualista de cada oferente, en donde el ilícito concurrencial estaba encuadrado como lesivo de los derechos subjetivos del empresario, para ir hacia una visión protectora que comprende a los consumidores y al interés público⁽⁵⁵⁾.

Es que la protección de la iniciativa económica privada como el régimen de la concurrencia se justifican —cabe insistir— en tanto proveen al bienestar general, ínsito en el régimen de la competencia comercial, basada sobre el mejoramiento cualitativo de los productos y servicios ofrecidos; por lo cual se justifica el derecho de cada empresario de resaltar públicamente las carencias del producto ajeno, informando —al propio tiempo— al consumidor y contribuyendo a la transparencia del mercado⁽⁵⁶⁾; de este modo el prestigio de la marca no guardará sino estricta relación con la calidad del producto que identifica⁽⁵⁷⁾.

Bajo este prisma, es fácil advertir que aún cuando quien busque compararse con otro producto, sea un competidor minoritario, con quien ostenta la porción más importante del mercado, tal comparación no resulta parasitaria, ya que es

(51) O FARREL, Miguel B.; ob. cit.

(52) O FARREL, Miguel B.; ob. cit., loc. cit.

(53) O FARREL, Miguel B.; ob. cit., loc. cit. En igual sentido O FARREL, Ernesto “La publicidad comparativa vista desde la publicidad”, en LA LEY 1995-C, 1065.

(54) MERCURIALLI, Carlos y GIAY, Gustavo “Publicidad comparativa. Un aporte al debate sobre su legalidad o ilegalidad”, en Diario LA LEY, 2/3/2005, p. 1.

(55) ACEVEDO, Rafael A. “El modelo de la competencia basada en la eficiencia de las propias prestaciones y la publicidad desleal”, en RDCO, 1998-495.

(56) GHIDINI, “Introduzione allo studio della pubblicità commerciale”, Milano 1968, citado por BERTI, Carlo, “Pubblicità scorretta e diritti dei terzi”, Milano, 2000.

(57) ALONSO, Fernando M., “Publicidad comparativa (análisis de un reciente fallo)”, en LA LEY 1991-C, 526.

propio de la concurrencia que la demanda oscile libremente entre los competidores y que la pertenencia de la clientela a un oferente no permanezca más tiempo que el que verdaderamente merezca⁽⁵⁸⁾.

El argumento recién expresado rompe un tandem otrora inescindible: oferente - marca - clientela; en donde la marca era la amalgama que otorgaba el denominado “derecho a la clientela”⁽⁵⁹⁾. Puesto el derecho marcario en su sitio⁽⁶⁰⁾, no queda sino hacerse cargo de lo relativo a la denigración o a la deformación de la información que puede dar lugar a la comparación publicitaria (verdaderos puntos débiles de los actos de comparación); para lo cual es menester analizar las reglas bajo las cuales recibir este método promocional. Nuestro sistema normativo no ha prestado la atención que merece el fenómeno publicitario. Sólo tímidamente, los arts. 7 y 8 de la ley 24.240, dieron atención a la publicidad engañosa; luego la incorporación del principio de “trato digno”, abrió otros caminos de lealtad publicitaria, no debidamente recorridos, lo que justifica el reclamo por un sistema más completo de regulación de la materia⁽⁶¹⁾.

La publicidad comparativa⁽⁶²⁾, ha merecido —bajo ciertas reglas y condiciones— opiniones

(58) ZAPIOLA GUERRICO, Martín. “La publicidad comparativa (aspectos jurídicos)”, en LA LEY 1988-C, 772.

(59) VITOLO, Alfredo M. “La publicidad comparativa. La perspectiva constitucional”, en LA LEY 2005-A, 1046.

(60) “La publicidad comparativa en cuanto nombra o muestra una marca competidora atribuyéndola al producto o servicio de su legítimo titular, para luego comparar aquellos con el producto o servicio anunciado, no incurre en uso de marca ajena en los términos de la ley de marcas. Tal situación sólo se plantearía en el caso de que el anunciante se atribuyera o asociara la marca competidora al producto o servicio anunciado” ZAPIOLA GUERRICO, Martín, ob. cit., loc. cit. En igual sentido ver VITOLO, Alfredo M., ob. cit., loc. cit.

(61) Ver SANTARELLI, Fulvio G. “La protección del consumidor frente a la publicidad engañosa en la República Argentina”, en “Obligaciones y contratos en los albores del siglo XXI”. Homenaje a Roberto M. López Cabana - Aneal - Tanzi Directores; pág. 915. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

(62) Para recorrer la evolución de su concepto y argumentos en pro y en contra de tal práctica ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida, “Publicidad y consumidores”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 5 “Consumidores, en especial, pág. 103 y sgtes. Santa Fe, 1994. SANTARELLI, Fulvio G. “Bases para la aceptación de la publicidad comparativa” en RCyS 2005, 487.

auspiciosas tanto a nivel doctrinario⁽⁶³⁾ como jurisprudencial⁽⁶⁴⁾. Ellas son⁽⁶⁵⁾:

1. Los consumidores tienen el derecho constitucional a una información adecuada y veraz y a la protección de la libertad de elección y, por su parte las empresas que actúan en el mercado local tienen derecho a concurrir conforme a las prácticas leales y lícitas; como así también tienen derecho a acciones positivas de las autoridades tendientes a evitar toda forma de distorsión indebida.

2. La referencia a la marca ajena puede constituir una actitud legítima cuando se reconoce que otro es el titular y no se trata de desacreditarla o denigrarla.

3. La publicidad comparativa es aquella en la que el anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores identificados o inequívocamente identificables, con el resultado directo o indirecto de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos.

4. La publicidad comparativa no se encuentra por sí vedada en nuestro ordenamiento positivo.

(63) ALONSO, Fernando M., ob. cit., en LA LEY 1991-C, 526. ZAPIOLA GUERRICO, Martín. “La publicidad comparativa (aspectos jurídicos)”, en LA LEY 1988-C, 772.

(64) Ver fallo “Cervecería y Maltería Quilmes c/ Casa Isenbek”, en RCyS 2005, 487.

(65) El fallo en comentario, toma las premisas europeas de admisión de la publicidad comparativa que emanan de la Directiva del Consejo 84/450/CEE, del 10/09/1984, modificada por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/55/CEE del 06/10/1997, y a su turno modificada, pero no en lo sustancial que aquí se expone, por la Directiva 2006/114/CE, del 12 de diciembre de 2006.

5. Cuando hay mala fe la publicidad comparativa no es legítima, pero para mostrar la mala fe debe mostrarse alguna falsedad en esa publicidad.

6. Deben confrontarse productos y características homogéneas.

7. La confrontación debe ser leal y veraz, en condiciones de equivalencia para todos los objetos comparados.

8. Debe compararse de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de esos bienes y servicios; no debe dar lugar a confusión en el mercado entre un anunciante y un competidor, o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor. Además los productos deben pertenecer a una misma categoría o satisfacer una misma necesidad.

Sobre este panorama el art. 1101 del CCyC prohíbe “toda publicidad que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”; la expresión en tono de prohibición es observable, antes que nada por redundante, resulta reiterativo exponer que la publicidad engañosa (que conduce a error) está prohibida. Luego, podría haberse condicionado más detalladamente la comparación publicitaria permitida, en tanto constituye un instrumento que incrementa el nivel de información general del mercado, en tanto y en cuanto se tengan presentes las reglas de admisión antes reseñadas. En efecto, la comparación objetiva y verificable coopera en la selección eficiente por parte del consumidor, a la vez que propone un límite al elemento persuasivo de todo mensaje publicitario, que pueda distorsionar el dato característico que rescata la comparación. ♦