

# LA OFERTA AL PÚBLICO

Manuel de la Puente y Lavalle\*

Recientemente he leído con todo interés el excelente artículo de la doctora Roxana Jiménez Vargas-Machuca, titulado “La oferta al público en el Código civil y en la Ley de Protección al Consumidor”, en el que expresa su preocupación por la deficiente regulación de nuestro Código Civil de una materia básica: la oferta al público, a que se refiere el artículo 1388 de dicho Código.

Sintiéndome yo proponentor mediato de tal artículo por haber sugerido una fórmula similar en mi libro “Estudios sobre el contrato privado”, me siento tentado de defenderlo, exponiendo las razones que, en mi opinión, lo justifican.

## ROL DE LA OFERTA CONTRACTUAL

El contrato se forma por la conjunción de la oferta con la aceptación. Así ha ocurrido en el pasado, sigue ocurriendo en el presente y presumiblemente ocurrirá en el futuro. El comercio electrónico conserva este esquema.

Los Principios de UNIDROIT, aprobados en mayo de 1994, que pueden servir de modelo para la legislación a nivel nacional e internacional, disponen en su artículo 2.1 que todo contrato podrá celebrarse mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea relevante para demostrar la existencia del mismo. Comentando este artículo, dice el propio UNIDROIT que los conceptos de oferta y aceptación han sido tradicionalmente utilizados para determinar si las partes han llegado a un acuerdo y también para determinar el momento en que éste se ha verificado. “Este artículo, agrega, deja en claro que los

*La uniformización y serialización de la producción determinaron el surgimiento de la contratación masiva, donde el titular de los bienes y servicios tiene la necesidad de colocar rápida y continuamente su producción, mientras que existe una masa de personas con similares necesidades, que requieren un instrumento jurídico que les permita satisfacer rápida y sosteniblemente sus necesidades.*

*De esta manera, surgen instrumentos jurídicos como la oferta al público, los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, que facilitan las transacciones comerciales, pero - en determinadas situaciones - podrían resultar perjudiciales para los intereses del consumidor.*

*El presente artículo analiza los institutos de la contratación en masa y la Protección al Consumidor, basándose en criterios de eficacia en el tráfico de los servicios y protección suficiente al consumidor.*

---

\* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Principios conservan estos conceptos como herramientas esenciales para el análisis de la formación del contrato”.

El rol de la oferta en la formación del contrato es proponer al destinatario la celebración del mismo en términos tales que para que éste quede celebrado basta con que el destinatario la acepte.

La oferta, para serlo verdaderamente, debe reunir las siguientes características: que sea completa; que contenga la intención de contratar; que sea conocida por el destinatario; y que contenga la determinación del oferente.

### CARÁCTER RECEPTIVO DE LA OFERTA

Se considera declaración receptiva aquella que ha de dirigirse a determinada persona.

Thur<sup>1</sup> sostiene que la mayoría de las declaraciones de voluntad, sobre todo las que se dan en el campo de las obligaciones, han de dirigirse, para surtir efectos, a una determinada persona, por lo que reciben el nombre de receptivas, agregando que carácter receptivo tiene, muy en primer término, la oferta.

El artículo 1374 del Código Civil peruano, que es copia casi textual del artículo 1335 del Código Civil italiano, establece que la oferta y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario. Comentando el artículo 1355 del Código Civil italiano, Bianca<sup>2</sup> dice que la receptividad está específicamente sancionada para la oferta, agregando que el carácter receptivo puede depender de la función participativa del acto o puede responder a una exigencia de tutela del destinatario.

Al mencionar la oferta entre las declaraciones contractuales dirigidas a determinada persona, el Código Civil está reconociendo el carácter receptivo de la oferta, desde que, como se ha visto, declaración receptiva es aquella que debe dirigirse a determinada persona.

Si se acepta, como yo lo hago ahora, que la oferta tiene carácter receptivo, habrá que llegar a la conclusión que la declaración de voluntad de celebrar un determinado contrato dirigida a personas indeterminadas

no es una oferta, en el sentido estricto de la palabra. No quiero decir con esto que tal declaración sea inválida, ya que, según se verá más adelante, juega determinado rol en la formación del contrato, sino que no tiene el carácter de oferta.

### LA LLAMADA OFERTA AL PÚBLICO

Se considera generalmente oferta al público la propuesta dirigida a personas indeterminadas (el público en general) o a un grupo de ellas (por ejemplo, los miembros de un Colegio profesional) para celebrar un indefinido número de contratos, que pueden ser de un solo tipo o de varios tipos. También puede darse el caso que se trate de un solo contrato que desea celebrarse con cualquier persona que esté dispuesto a hacerlo. Lo característico de estas operaciones es que el proponente no sabe con quiénes las va a celebrar.

En otro trabajo<sup>3</sup> opiné que la oferta al público era una verdadera oferta, cuya única peculiaridad radicaba en ser dirigida al público en general, o sea a personas indeterminadas, lo cual le privaba de los efectos propios de la oferta para otorgarle el efecto de una invitación a ofrecer. Justifiqué esta opinión en que, según el artículo 1352 del Código Civil, la oferta obliga al oferente, por lo cual el llamado oferente al público celebraría tantos contratos como personas del público aceptaran su oferta, lo cual lo exponía a incumplir los contratos que excedieran de sus posibilidades. Para evitar este incumplimiento se pensó que la solución aceptable fuera otorgar a la oferta al público el carácter de una invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedieran a la invitación y destinatario al proponente. De esta manera el proponente de la llamada oferta al público podría justificadamente dejar de aceptar las ofertas que excedieran de sus posibilidades, con lo cual no se celebrarían los respectivos contratos.

En el mismo trabajo<sup>4</sup> denominé caprichosamente para los efectos del mismo “policitación” a la propuesta que no ha llegado a conocimiento del destinatario y que, por ello, no tiene fuerza vinculante, y “oferta” a la propuesta conocida por el destinatario, que sí obliga al oferente.

No obstante conocerla, no tomé entonces en consideración la opinión de los Ospina<sup>5</sup>, en el sentido que

<sup>1</sup> THUR, Andreas von, “Tratado de las obligaciones”, Editorial Reus, Madrid, 1934, Tomo I, pág. 122.

<sup>2</sup> BIANCA C. Massimo, “Diritto civile: Il contratto”, Dott A. Giuffrè, Editore, Milano, 1984, pág. 221.

<sup>3</sup> PUENTE y LAVALLE, Manuel de la, “El contrato en general”, Fondo Editorial de la P.U.C.P., Lima, 1991, Tomo II, pág. 418..

<sup>4</sup> IBIDEM, Tomo II, pág. 213.

<sup>5</sup> OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo, “Teoría general de los actos o negocios jurídicos”, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1980, pág. 151.

últimamente la doctrina tiende a considerar que la "propuesta" es un término genérico que comprende dos variantes: la "oferta", que se dirige a personas determinadas, y la "policitación", que se dirige al público en general, enderezándose esta nomenclatura a perfilar la distinción entre las mencionadas clases de propuestas, de ordinario para aplicarles tratamientos diferenciales.

Una reflexión posterior me ha llevado a pensar que los Ospina tienen razón y que la "oferta al público" no es una variante de la "oferta" -una sub-clase de ésta- sino una distinta modalidad de la "propuesta", al igual que la "policitación", con individualidad propia. Siendo así las cosas, la "oferta" tiene efectos diferentes de la llamada "oferta al público", en el sentido que la primera obliga al oferente, dando lugar a la celebración del contrato si es aceptada, y la segunda sólo expresa el deseo del proponente que se le hagan ofertas para, mediante sus respectivas aceptaciones, celebrar sendos contratos.

De esta manera, la "oferta" de que trata el artículo 1382 del Código Civil es distinta, por su naturaleza y efectos, de la "oferta al público" a que se refiere el artículo 1388 del mismo Código, existiendo sólo una similitud de nombres que lleva a confusión.

Debe tenerse presente que el artículo 1388 del Código Civil no deja de percatarse de la diferencia entre "oferta" y "oferta al público" al establecer en su segundo párrafo que si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal. De este modo, la expresión "proponente" utilizada en dicho artículo calza perfectamente con el verdadero cometido de la denominada "oferta al público".

La solución dada por el artículo 1388 del Código Civil peruano no es insólita ni caduca, tan es así que el artículo 14-2 de la Ley Uniforme de la Venta Mobiliaria Internacional, aprobada por la Convención de Viena para ser aplicada a partir del 1 de enero de 1988, establece que una oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada solamente como una invitación a ofrecer, salvo que la persona que ha hecho la oferta no haya indicado claramente lo contrario. Por su parte el artículo 923 del Proyecto de Código Civil de la República Argentina, elaborado en 1999, dispone que la oferta dirigida a personas indeterminadas es considerada como invitación para que se hagan ofertas, salvo que de sus términos o de las circunstancias de su emisión resulte la intención de contratar del oferente.

Sin embargo, para evitar confusiones debidas a la similitud de nombres conviene que, siguiendo el

planteamiento de los Ospina, se llame "policitación" a la "oferta al público", por lo cual se sugiere modificar el artículo 1388 del Código Civil para que quede con el siguiente texto:

Artículo 1388.- La policitación es una propuesta hecha a personas indeterminadas invitándoles a formular ofertas, considerándose oferentes a quienes acceden a la invitación y destinatario al proponente.

Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

La conveniencia de que la policitación sea considerada como una invitación a ofrecer es evidente. Ya se ha advertido el peligro que representa que la propuesta al público sea entendida como una oferta cuando las disponibilidades de bienes o servicios del proponente son inferiores a las demandas de los oferentes. De otro lado, suele ocurrir que el proponente no tiene los conocimientos técnicos necesarios para determinar con exactitud cuáles son las condiciones del negocio que desea celebrar, por lo cual espera que quienes sí poseen esos conocimientos le hagan una oferta concreta.

Esta es la situación vista desde el punto de vista del contrato paritario, o sea aquél que es negociado por los tratantes en la etapa de las tratativas.

## LA CONTRATACIÓN EN MASA

A partir de la segunda mitad del siglo XVIII se ha producido en Europa, sobre todo en Inglaterra, una de las revoluciones más importantes en la historia de la humanidad, quizá sólo comparable en el pasado con el descubrimiento de la agricultura y quizá en un futuro muy cercano, casi una realidad, con el comercio electrónico. Me estoy refiriendo al maquinismo.

El maquinismo fue estimulado y difundido por la industria, y su aplicación a su vez generó la aplicación de las máquinas a los medios de transporte, de comunicación, etc., con el fin de desarrollar una comercialización masiva de su producción.

El comerciante, que inicialmente fue un ambulante, y después, establecido en la ciudad, se convirtió en un promotor del movimiento comercial, aparece ahora insertado en el proceso productivo, como el empresario. Ha invertido su capital en la actividad productiva, y con la introducción de las máquinas la producción se vuelve uniforme y en serie, soltándose al mercado una gran masa de bienes y servicios.

Surge así una realidad nueva, que es la contratación masiva. Con frecuencia cada vez mayor se aprecia una situación real en la cual existe, de un lado, una masa de personas que tiene similares necesidades de bienes y servicios y que requieren un instrumento jurídico que les permita satisfacerlas rápida y sostenidamente. Al otro lado, se encuentran los proveedores de tales bienes y servicios que tienen una similar necesidad de colocar rápida y continuamente su producción y que también requieren utilizar una herramienta jurídica idónea para hacerlo.

Era menester encontrar este instrumento o herramienta y, desde luego, se pensó en el contrato, por ser la única fuente de las obligaciones apta para ello. Sin embargo, el tradicional contrato paritario, en el cual las partes negocian libremente entre sí el contenido contractual, si bien era adecuado para una operación aislada, no lo es, por carecer de rapidez, en el caso de operaciones en serie.

Entre la gama contractual conocida cuando empezó a cobrar auge la contratación masiva, la primera opción fue el contrato por adhesión que, al colocar a una de las partes en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente, sin posibilidad de discusión, la oferta formulada por la otra, permite mediante la formulación de ofertas iguales celebrar simultáneamente un sinnúmero de contratos iguales, con lo cual se lograba o la celeridad buscada.

Sin embargo, pronto se advirtió que la masa de personas estaba compuesta por individuos con necesidades similares, pero no iguales, lo que requería una cierta diferenciación en los contratos. Para satisfacer ese requerimiento se idearon las cláusulas generales de contratación, en las cuales, mediante la pre-redacción de ellas, que contienen los elementos comunes a todos los contratos a celebrarse, se alcanza la celeridad anhelada desde que tales elementos son indiscutibles, a la par que conteniendo la oferta contractual no sólo las cláusulas generales sino también los elementos propios de cada contrato, se satisface la diversificación de los contratos para adecuarse a los requerimientos individuales de los contratantes.

Refiriéndose al auge de la contratación por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación cita Hondius<sup>6</sup> un artículo en la Harvard Law Review (W. D. Lawson, "*Standard form contracts and*

*democratic control of law-making power*") donde se afirma que los contratos a módulo "standarizado" se estiman llegar al 99% de todos los contratos actualmente conocidos. El autor holandés considera que este porcentaje es exagerado, pues haciendo referencia a una encuesta europea las transacciones concluidas mediante condiciones "*standard*" se encuentran entre el 50% y el 60% de la contratación total.

Berlioz<sup>7</sup> y Vallespinos<sup>8</sup> opinan que las transformaciones económicas y la aparición del capitalismo industrial han determinado que el contrato por adhesión abandone su primitiva expresión exclusivamente abusiva para convertirse en un instrumento más idóneo del tráfico en masa.

Los autores del Código Civil peruano de 1984 percibieron con claridad el gran auge de la contratación en masa y para regularla legislaron novedosamente sobre los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, adelantándose así a muchos códigos extranjeros.

Los contratos por adhesión son más aptos para la contratación masiva de bienes y servicios homogéneos, como los supermercados, espectáculos públicos, transporte global, etc., en que todos los clientes son tratados de manera uniforme, sin distinguirse las necesidades de unos y otros.

Las cláusulas generales de contratación, en cambio, se prestan más para la contratación masiva en que, si bien existen estipulaciones comunes a todos los clientes, hay paralelamente situaciones particulares que deben contemplarse en cada caso, como ocurre en las operaciones bancarias, compraventa de vehículos nuevos, contratos de seguros, etc., en que se requiere un acuerdo propio con cada cliente.

Llegado el momento de regular la llamada "oferta al público", o sea cuando la propuesta se dirige a personas indeterminadas, los codificadores, tomando en consideración que la contratación paritaria y la contratación en masa tenían niveles de ocurrencia relativamente iguales, decidieron diseñar una norma que pudiera aplicarse a ambas maneras de contratación.

Para el caso de la contratación paritaria se consideró, en primer lugar, la posibilidad de que el proponente

<sup>6</sup> HONDIUS, Fwoud H., "*Il contratto sulle condizioni generale nel Diritto olandese*" en "*La condizioni generali di contratto*" a cargo de C. Massimo Bianca, Dot A. Gaultre. Editore, Milano, 1981, Volumen II, pág. 403.

<sup>7</sup> BERLIOZ, Georges, "*Le contrat d'adhesion*", Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence", Paris, 1976, pág. 17.

<sup>8</sup> VALLESPINOS, Carlos Gustavo. "El contrato por adhesión a cláusulas generales", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 250.

no deseara obligarse con todas las personas que accedieran a su propuesta. Para ello se redactó el primer párrafo del artículo 1388, que dice:

“La oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente”.

Ya se ha visto el defecto de que adolece esta redacción y la manera de corregirlo. Sin embargo, el sentido es el mismo, o sea que la propuesta no vale como oferta sino como invitación a ofrecer.

De esta manera, el proponente queda en libertad de estudiar cada oferta que se le haga y de aceptar la o las que le convengan.

Tratándose de la contratación masiva, en la que el proponente no quiere verse inmerso en el lento juego de la invitación a ofrecer, la oferta y su aceptación, sino prefiere celebrar inmediatamente sendos contratos con todas las personas que manifiesten su deseo de hacerlo, los codificadores consideraron como solución idónea que el proponente manifestara su voluntad de darle a su propuesta el efecto obligatorio de una oferta y, en tal sentido redactaron el segundo párrafo del artículo 1388 del Código Civil que, como se ha visto, dice así:

“Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal”.

Esta indicación no es algo laborioso o difícil de realizar pues basta que sea hecha en las propuestas o en los establecimientos donde se efectúa el comercio masivo.

No debe ocultarse el peligro que existe de que cada aceptación dará lugar a la celebración de un contrato en los términos de la propuesta, de tal manera que el proponente puede verse en situación de incumplimiento si sus posibilidades de cumplimiento son menores que las aceptaciones expresadas, con la consiguiente responsabilidad por inejecución de obligaciones.

En la elaboración del Código Civil se barajó la solución de que el proponente señale en su propuesta el número de prestaciones que está en aptitud de cumplir, con lo cual ninguna persona que esté dispuesta a aceptar la oferta cuando ya está cubierto el número de posibilidades del proponente podrá considerar que se han burlado sus justas expectativas, ya que estaba

advertida de antemano que esta eventualidad era susceptible de ocurrir.

Esta solución no se ha plasmado en una norma, pero es posible aplicarla en la práctica.

## LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

En el artículo de la doctora Jiménez, que ha dado lugar a la presente exposición, se dice que la legislación sobre protección al consumidor ha traído nuevos aires al concepto de oferta al público. Conviene profundizar esta afirmación.

El artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Legislativo 716 de 8 de noviembre de 1991) dispone que “la oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las características y funciones propias de cada producto y las funciones y garantías, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

Se ha dicho<sup>9</sup> que la oferta, promoción y publicidad de los productos alude a no otra cosa que la oferta al público, agregando que “para el Decreto Legislativo 716 tal tipo de oferta no es una mera invitación a ofrecer que no genera mayor obligación, sino una verdadera oferta obligatoria”. Si el contenido de este tipo de declaraciones “da lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios”, no estamos, ante meras tratativas que no generan ninguna vinculación. No estamos, como ha pensado el Código, en un momento en que el proponente aún no ha decidido contratar en forma definitiva, sino que tan sólo quiere explorar la posibilidad de un negocio.

En realidad, la “oferta” a que se refiere el artículo 20 del Decreto Legislativo 716 es distinta de la contemplada en el artículo 1382 del Código Civil, pues la primera está usada en su sentido coloquial en el tráfico mercantil, o sea como rebaja de precio de determinados bienes con la finalidad de fomentar su consumo, y la segunda como declaración de voluntad que obliga a la celebración de un contrato.

El artículo 3 del Decreto Legislativo 716 del 8 de noviembre de 1991 dispone que se entiende como

<sup>9</sup> BENAVIDES TORRES, Eduardo, “La oferta y la defensa del consumidor”, en *Ius et Veritas*, Año IV, N° 6.

consumidores o usuarios a las personas naturales y jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, productos o servicios.

Por su lado, la parte débil en la negociación contractual es aquella que se encuentra en un estado de necesidad que la lleva imperiosamente a satisfacer tal necesidad mediante la celebración del contrato.

Considero que, si bien es frecuente que el consumidor sea la parte débil en la negociación contractual, no es posible otorgar categoría a la identificación de ambos conceptos, desde que, como se ha visto, lo que caracteriza al consumidor es ser el destinatario final de los bienes o servicios suministrados.

No es extraño que un consumidor no sea la parte débil de la relación contractual, tanto más si el proveedor no ostenta el monopolio del bien o servicio. En efecto, el consumidor que puede satisfacer su necesidad de cierto bien o servicio de varios proveedores, no se ve compelido a celebrar el contrato de adquisición con un determinado proveedor, sino que puede recurrir a varios de ellos, con lo cual el proveedor elegido por el consumidor no tiene la condición de parte fuerte en la negociación contractual.

Por otro lado, el poner fin a la vida económica de un bien o servicios a través de su consumo o uso, que es la función esencial del consumidor, no coloca a éste en una relación especial respecto a su proveedor, pues en igual situación se encuentra quien adquiere el bien o servicio para integrar un circuito de producción o comercialización, que no es considerado como consumidor o usuario.

Mal se puede, pues, caracterizar al consumidor o usuario como parte débil de la negociación contractual cuando su situación no es distinta de quien sin constituirse en destinatario final adquiere o consume bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transferencia, comercialización o prestación de terceros.

Ambos, consumidor y no consumidor, sólo pueden ser parte débil en la negociación contractual si se encuentran en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien o servicios y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse con personas ciertas pueden satisfacer tal necesidad.

La protección que necesita el consumidor o usuario es respecto de los derechos inherentes a su calidad de tal, que están adecuadamente expuestos en el artículo 5 del Decreto Legislativo 716:

- a) Derecho a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en situaciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física.
- b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
- c) Derecho a acceder a una variedad de productos y servicios, relativamente competitivos, que les permitan elegir libremente los que deseen.
- d) Derecho a la protección de sus intereses económicos, mediante el trato equitativo y justo en toda transacción comercial; y a la protección contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación e información equivocada sobre los productos o servicios.
- e) Derecho a la reparación por daños y perjuicios, consecuencia de la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen en el mercado o de su uso o consumo.
- f) Derecho de ser escuchado de manera individual o colectiva a fin de defender sus intereses por intermedio de entidades públicas o privadas de defensa del consumidor, empleando los medios que el ordenamiento jurídico permita.

Debe observarse que la protección de los derechos del consumidor no es necesariamente contra actos del proveedor, sino que está orientada, en realidad, a garantizar que los bienes y servicios que adquiriera el consumidor sean idóneos para su consumo final por éste.

En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación la finalidad es distinta. No se trata ya de proporcionar al consumidor la información adecuada para adquirir los bienes y servicios que satisfacen sus verdaderas necesidades, sino de facilitar la celeridad del tráfico para responder a las necesidades que surgen del tráfico masivo.

En efecto, el tráfico moderno ha puesto de manifiesto algo que quizá ha escapado inicialmente a la perspicacia del legislador, preocupado por garantizar el equilibrio contractual. Lo cierto es que no se trata de un problema de protección al cliente o consumidor sino de atención a las necesidades imprescindibles de dicho tráfico, que requieren de un sistema legal que

permita concertar simultáneamente una gran cantidad de negocios con gentes que se encuentran en similares condiciones en lo que respecta a la provisión masiva de bienes y servicios.

Consumidor y no consumidor sólo pueden ser parte débil en la negociación contractual si se encuentran en estado de necesidad respecto de la provisión de un bien o servicio y consideran que únicamente a través de un determinado contrato a celebrarse con persona cierta pueden satisfacer tal necesidad. Cabe, por lo tanto, afirmar que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la de parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a distintos criterios.

En estas condiciones, las disposiciones del Código Civil sobre contratación en masa están orientadas a permitir la celeridad del tráfico para satisfacer las necesidades de los contratantes

## COLOFÓN

Se ha establecido en el rubro “La protección al consumidor” que no debe identificarse la condición de consumidor o usuario con la parte débil en la negociación contractual, pues la calificación de cada uno de ellos obedece a criterios distintos.

En el mismo rubro se ha llegado a la conclusión que la finalidad primera del contrato por adhesión y de las cláusulas generales de contratación es facilitar el tráfico masivo de bienes y servicios y que sólo en segundo término es proteger a la parte débil en la negociación contractual.

Ahora bien, ¿cuál es, entonces, la relación entre las cláusulas generales de contratación y las normas sobre protección al consumidor?

Pienso que son dos ordenamientos legales distintos, tanto en su génesis como en su finalidad, aunque con evidentes zonas de contacto, motivadas en que el consumidor participa con frecuencia en un tráfico masivo de bienes y servicios.

Cada vez que un consumidor pierde su individualidad y se incorpora a una masa de personas con similares necesidades y semejante premura de satisfacerlas, si contrata con un pre-redactante para lograr esta satisfacción, entra en el campo de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, sin dejar el régimen legal de protección al consumidor. No interesa que sea o no la parte débil en una negociación contractual.

Supongamos determinados bienes o servicios que de conformidad con el artículo 1394 del Código Civil deben contratarse necesariamente con arreglo a cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa. El consumidor de tales bienes o servicios, o sea quien pone fin a su vida económica, se verá colocado en una doble situación. Por un lado, gozará de la protección que brinda el Decreto Legislativo 716 y, por el otro, se aplicarán a los contratos que celebre para la adquisición de los bienes y servicios los contratos de adhesión y las cláusulas generales de contratación referentes a los mismos.

Es posible que existan discrepancias o contradicciones y, en tal caso, pienso que deben primar las normas del Decreto Legislativo 716, por cuanto el artículo 65 de la Constitución encomienda al Estado la defensa del interés de los consumidores y usuarios y, en tal sentido, debe entenderse que el Decreto Legislativo 716 es la expresión de esa defensa. No llevo a afirmar que este Decreto Legislativo sea una norma que interese al orden público –hipótesis en la cual serían nulas las cláusulas generales que se opusieran a ella (artículo V del Título Preliminar del Código Civil)- sino que dicho Decreto Legislativo está orientado a permitir que el Estado cumpla una misión que le encomienda la Constitución, por lo cual debe tener preferencia sobre una estipulación de carácter privado. No se olvide que las cláusulas generales de contratación, pese a su aprobación administrativa, son de naturaleza contractual, por lo que, si forman parte de un contrato de derecho privado, entonces tienen tal carácter.

En los demás casos, ambos regímenes son independientes, de tal manera que rigen en sus respectivos campos de aplicación. Esto da lugar a que, por ejemplo, un consumidor que adquiere bienes o servicios mediante un contrato que no sea por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, no podrá invocar el artículo 1398 del Código Civil para solicitar la ineficacia de las estipulaciones de su contrato iguales a las contempladas en dicho artículo.

En algunos sistemas legales extranjeros, como el argentino, se establecen paralelamente tanto en sus códigos civiles como en sus Leyes de Protección al Consumidor reglas respecto a la ineficacia de determinadas cláusulas vejatorias de los derechos de la parte débil, con contenidos similares.

Así, el artículo 1157 del Código Civil argentino dispone que en los contratos con cláusulas predispuestas por una de las partes o que hagan referencia a condi-

ciones generales, que la otra estuvo precisada a celebrar, se tendrán por no convenidas.

- 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica.
- 2) Las cláusulas que importen renunciaciones o restricción a sus derechos, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo que en ambos casos, conforme a las circunstancias, haya conocido o usando la debida diligencia, o haya debido conocer estas cláusulas antes de concluir el contrato, y las haya aprobado expresa y especialmente por escrito.

Por su lado, el artículo 37 de la Ley argentina 24240 sobre Defensa del Consumidor establece que sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- 1) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- 2) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- 3) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Puede observarse que pese a la similitud de las cláusulas declaradas ineficaces en el artículo 1157 y en la Ley 24240, que hubiera permitido aplicar el primero a las situaciones previstas en la segunda, el legislador argentino ha preferido consignar separadamente, aún

a riesgo de ser repetitivo, reglas en uno y otro ordenamiento para destacar así la total independencia del régimen de las cláusulas generales de contratación con relación al régimen de la protección al consumidor.

Finalmente quiero referirme a un tema que nos preocupa a todos los que, de una manera u otra, trabajamos con las cláusulas generales de contratación, y es el referente a la aprobación administrativa de tales cláusulas.

Gran parte de la eficacia del sistema de las cláusulas generales de contratación radica en establecer el procedimiento de aprobación administrativa de dichas cláusulas que permita su incorporación automática a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas.

La importancia de esta aprobación es muy grande pues el buen éxito del tráfico masivo descansa en gran parte en la celeridad de la contratación, la cual se puede alcanzar con mayor facilidad si se suprime del plano de la negociación contractual el área de las cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente.

Pienso que la institución idealmente apta para llevar a cabo esta labor es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI).

Debido precisamente a su probada eficiencia, INDECOPI está en aptitud legal de hacerlo, pues su Ley de Organización y Funciones (Decreto Ley 25868) le permite encargarse de la aplicación de las normas legales (artículos 1292 a 1404 del Código Civil) destinadas a proteger la contratación masiva de bienes y servicios.