



LA REDACCIÓN LEGAL

Entre el rigor técnico y la comprensión

Págs. 4 y 5 Carlos Ramos Núñez

Págs. 2-3
ARGUMENTACIÓN. Las tecnologías de la información y la comunicación en el ejercicio del Derecho. **Ricardo León Pastor**

Págs. 6-7
NATURALEZA JURÍDICA. Las cláusulas abusivas y la relación con el consumidor. **Esteban Carbonell O'Brien**

Pág. 8
UN DÍA MÁS DE SUELDO. Particularidades del pago por el 1 de mayo, que coincide con el domingo. **Germán Serkovic**

EN LA RELACIÓN CON LOS CONSUMIDORES

Las cláusulas abusivas



ESTEBAN
CARBONELL
O'BRIEN

Abogado. Presidente de la Asociación de Protección al Usuario (APU). Experto además en temas de derecho concursal. Catedrático.

El tema de cláusulas abusivas hoy en el mundo entero ha tomado gran importancia. Es de mucha preocupación, debido al consumo excesivo y la masificación de bienes y servicios, originando problemas de naturaleza jurídica. Dando a relucir una verdad que aún no parecía tan grave; develando problemas jurídicos, como vacíos e ineficiencias legislativas.

Consumidor

En la economía, el consumidor final o también llamado usuario final, se define como la persona que realmente utiliza un producto o servicio, pero no necesariamente lo consume.

Para el Derecho, el término consumidor quiere indicar que no se está hablando de un revendedor del producto, sino de la última persona que lo va a poseer. Mientras que, en materia tributaria, el consumidor

final es quien habrá de soportar el gravamen del impuesto al valor agregado o impuesto sobre el valor añadido. Debido a que este es un tributo de traslación, cuyo hecho imponible es el consumo (1).

Según el Código de Protección y Defensa del Consumidor, son consumidores o usuarios las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en el ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. No se considera consumidor para efectos de este código a quien adquiere, utiliza o disfruta de un producto o servicio normalmente destinado para los fines de su actividad como proveedor.

En caso de duda sobre el destino final de determinado producto o servicio, se califica como

consumidor a quien lo adquiere, usa o disfruta.

El Tribunal Constitucional también se pronunció sobre este tema dejando claro quién era consumidor como precedente en caso de duda razonable por parte de los magistrados. Definiéndolo como “el consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios”(2).

Proveedor

Es otra de las partes importantes en el derecho de protección al consumidor. Es definido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, según el cual son proveedores “las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran,

manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores (3). En forma aclarativa, y no de limitación, se consideran proveedores a:

■ **Distribuidoras o comerciantes.** - Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.

■ **Productores o fabricantes.** - Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.

■ **Importadoras.** - Las personas naturales o jurídicas que importen productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.

■ **Prestadoras.** - Las personas naturales o jurídicas que presten servicios a los consumidores.

Preocupación por el consumidor

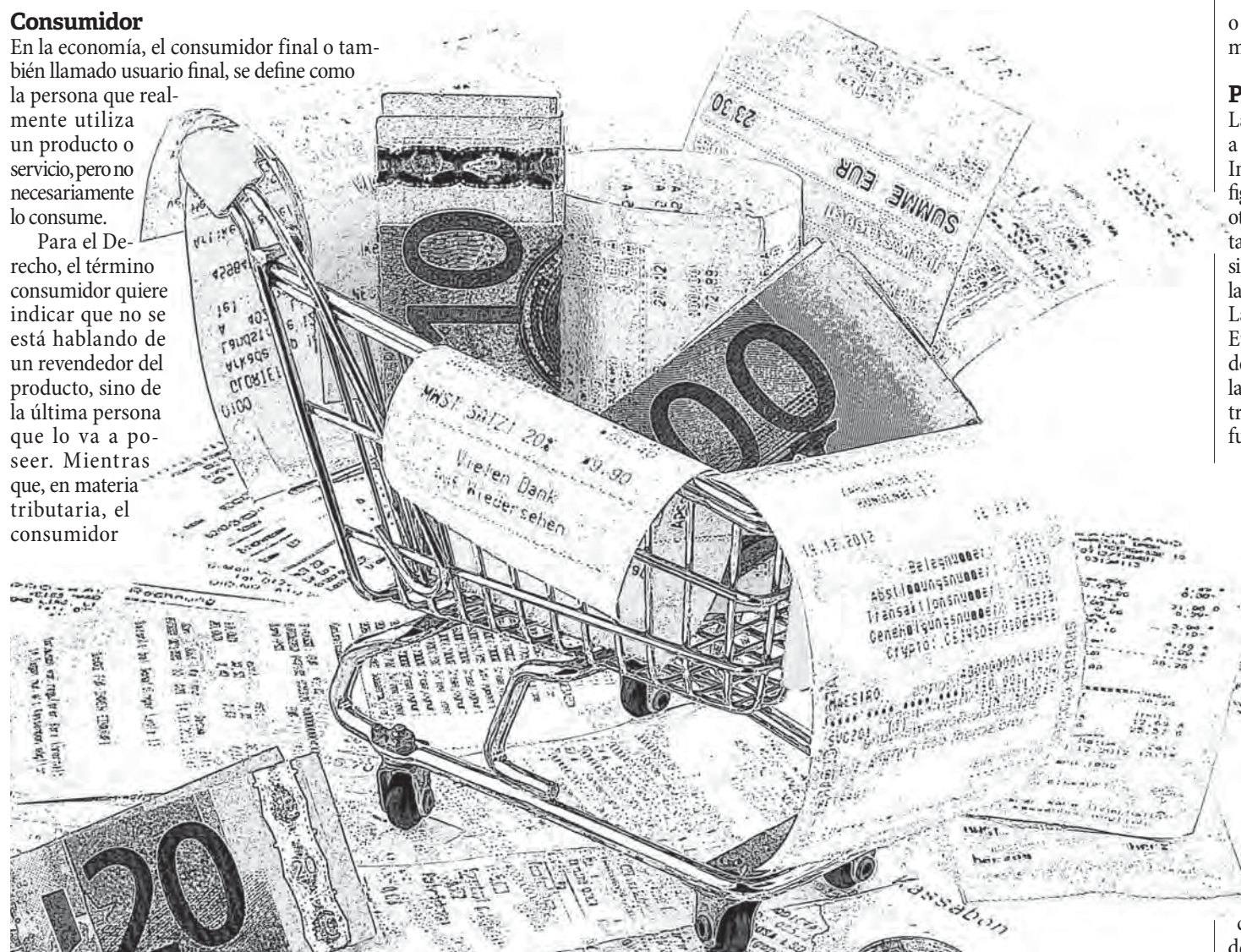
Las primeras políticas legislativas orientadas a proteger al consumidor provienen de Suiza, Inglaterra, Dinamarca y Suecia –que creó la figura del Ombudsman del Consumidor–, entre otros. Va de suyo que la tutela del consumidor también encuentra recepción constitucional, sirviendo de ejemplo, a mero título enumerativo, las constituciones de Portugal y de España (...) La legislación europea y luego la Comunidad Europea han sido pródigas en fijar normas de conducta y atribuir responsabilidades por la calidad de los productos y servicios, por la transparencia en las operaciones y en el óptimo funcionamiento de los mercados (4).

Circunscribiéndonos en el derecho latinoamericano, vemos que el derecho del consumidor se ha desarrollado a nivel constitucional. La Carta Magna de 1993 del Perú, en su artículo 65 prescribe: “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios.

Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y seguridad de la población”.

Prevención del abuso

Los Estados, hoy en nuestros tiempos, creen que hay una relevancia en las relaciones de consumo; por ello, es importante proteger



a la ciudadanía en su faceta de consumidor y por la evidente desventaja que tiene con el proveedor. Por esto se desprende la importancia de que esté plasmado en la Constitución –que es el marco jurídico general para el nacimiento de una ley– para la prevención del abuso de las empresas sobre el consumidor. Si bien es cierto, nuestra Constitución protege al consumidor, controlando más a la empresa privada, mas no tiene mucha vigilancia con referencia a la empresa pública o las instituciones u órganos públicos que ofrecen servicios. Nosotros –consumidores y usuarios– no solo tenemos una relación de consumo con los privados, sino también con el Estado y en muchas ocasiones hemos sufrido un maltrato o un ineficiente servicio, y en muchos casos no podemos hacer absolutamente nada. Por esta razón, creo que recién se está desarrollando el derecho de consumidor en nuestro país y estamos en proceso de evolución que aún está en gestación, ya que apenas hace unas décadas se ha implementado este tipo de derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

La doctrina nacional ha tratado de estudiar este tema, ya que es un problema renuente hoy en día. En su mayoría, los autores justifican la regulación y proscripción de las cláusulas abusivas sobre la base de que el empresario posee mayor información y claramente se refleja en la realidad, ya que ellos son los que redactan el contrato y muchas veces generan las cláusulas abusivas que afectan la buena fe del consumidor.

El Estado debería combatir los oligopolios atrayendo más inversión, ya que este solo tiene un rol subsidiario. La misma Constitución nos refleja que tenemos un sistema liberal con intervención del Estado –aunque mínima y se da cuando no haya un privado que ofrezca el servicio y/o producto o para regular el mercado–, por ello la función del Estado debe dirigirse no solo a reglamentar, sino también a fomentar una cultura económica que garantice la libertad de elección e igualdad.

Haciendo un breve paréntesis para comprender mejor lo antes tratado. Debemos entender y saber diferenciar los tipos de contratos que el Código de Protección al Consumidor hace referencia, las cláusulas abusivas y cláusulas generales de contratación, que es el instrumento práctico que se realiza como herramienta de dominación empresarial y por el cual se justifica la protección al consumidor. El Código del Consumidor no lo deja muy claro y a veces el consumidor no sabe cuál es cuál. Para entender mejor la idea recurriremos a las definiciones por partes. Así,



la cláusula es una condición general cuando está predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes, y no tiene por qué ser abusiva. La cláusula abusiva es la que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa detrimento del consumidor, un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones contractuales y puede tener o no el carácter de condición general, ya que también puede darse en contratos particulares cuando no existe negociación individual de sus cláusulas, esto es, en contratos por adhesión. Y las condiciones generales son las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sean impuestas por una de las partes, con dependencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualquiera otras circunstancias, habiendo sido redactada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos (5).

En la actualidad, el acto abusivo asume diversas facetas que son desplegadas por las empresas con la finalidad de captar una mayor porción del mercado, una de ellas son las prácticas abusivas las que podemos entender como género, mientras que las cláusulas contractuales abusivas constitu-

yen una subespecie de ellas (6). El abuso implica el uso irregular, aludiendo a un acto que excede los límites de la normalidad, regular, indicando a un acto que excede los límites de la normalidad, regularidad, buena fe, contrariando la finalidad y función social (...) (7).

Creemos que podemos ampliar este concepto a partir de considerar que no solo se incluyen las prácticas de comercialización, sino que también debemos hablar de todas las “prácticas empresariales” como las de costos, reclamos, etc., ya que no podemos soslayar que las prácticas abusivas, así como las cláusulas abusivas tienen por objeto la maximización de la tasa de beneficio o ganancia sin causa empresarial, y vulneran la equidad económica, que es un principio general de la contratación introducido por el artículo 954 del Código Civil (8). Nuestro Código de Protección al Consumidor no prevé expresamente una parte especial destinada a las infracciones penales; es evidente que nos falta insertar un capítulo, por la trascendencia de los bienes afectados que forman parte de la relajación como personas –salud, seguridad, interés económicos–; por ello, merecen una expansión a la parte del derecho penal. ▀

Protección

Entendido las figuras jurídicas expuestas por el Código del Consumidor, que son las causas generadoras del perjuicio del consumidor (cláusulas abusivas y cláusulas generales). Vamos a ver las formas de prevenir y controlar el uso de las cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. Iniciemos por la protección autónoma, que es el remedio contra cláusulas abusivas que emana del ejercicio de la autonomía privada de los propios contratantes, pues son ellos los que deciden si tratan o no en determinadas condiciones, si bien es cierto nadie está obligado a someterse a un contrato –en muchos casos las personas (consumidores y usuarios) están en la necesidad de aceptar dicho contrato por urgencia o la falta de más proveedores del mismo bien o servicio. Por

ejemplo, en los servicios de transporte, cuando una persona tiene la necesidad de viajar a otro lugar por una necesidad urgente (las múltiples que tenga: trabajo, salud, etc.); por lo tanto, el consumidor –en este caso– está condicionado a someterse a las reglas de la empresa que va a brindarle el servicio de transporte. Este mecanismo se manifiesta cuando las personas actúan de manera colectiva en la conformación de asociaciones de consumidores o usuarios (9). Desde este presupuesto un consumidor informado decidirá contratar con los empresarios o predisponentes que les ofrezcan mejores condiciones negociables y dejará de adquirir los bienes o servicios en establecimientos o empresas que incorporen cláusulas leoninas que los perjudiquen (10).

[1] Cláusulas Generales de Contratación en el Perú y su relación con el Estado de desprotección de los derechos del consumidor. Véase: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache%3Ahttp%3A%2F%2Fcybertesis.unmsm.edu.pe%2Fbitsream%2Fcybertesis%2F1185%2F1%2FCordova_cy.pdf. Págs. 37, 38 y 39; (2). STC 0008-2003-AI/TC, FJ 28; (3). Ley N°29571. Artículo IV, inciso 2.

(4). Ley de Defensa al Consumidor, Legislación comentada. Graciela G. Pinese- Pablo S. Corbalán. Ley 24.240 modificada por las leyes 24.568; 24.999; 26.361. Pág.33; (5). Véase: <http://www.pedrohernandezabogado.com/2009/12/clausulas-abusivas-y-condiciones.html>; (6). CNCiv., sala A, 23/3/2005, “Escurrea Cáceres, Máxima E. c. Empresa Distribuidora Sur S.A”. LA LEY, 2005-C, 776,5-029. “Es procedente el reclamo a título de daño moral formulado por el usuario de un servicio público cuyo concesionario incluyó en la pertinente factura, durante varios meses y pese a una resolución sancionatoria del ente regulador que declaró inadmisibles tal proceder, el pago de un rubro en discusión y de dudoso valor, ya que según el curso normal de los acontecimientos y conocimientos del hombre medio el actor debió verse obligado en cada oportunidad a concurrir a la sede de la empresa concesionaria y efectuar el reclamo del caso a fin de evitar el corte del suministro, conducta arbitraria y de mala fe que se tradujo en el maltrato y la indiferencia hacia el reclamante”; (7). CNCom. Sala A, 30/08/200, “Podestá, Pedro Miguel c. Banco del Buen Ayre S.A. s/ordinario”, El Dial. “Con independencia de las gravosas consecuencias patrimoniales que resultan de las tasas de interés variable, unilateralmente liquidadas, resulta intolerable por ilícito y abusivo el procedimiento observado por el banco, consistente en mantener el saldo deudor, proveniente de un adelanto transitorio, en la cuenta corriente del cliente como un crédito que devenga ilimitadamente los intereses moratorios y punitivos que le place aplicar, los cargos, comisiones y capitalizaciones y demás rubros hasta que se avino a concluir el contrato, cerrar la cuenta y poner fin tal situación; pues ello exorbita el legítimo interés del acreedor en obtener el cumplimiento de la obligación dineraria y el resarcimiento del daño moratorio, e importa un indebido aprovechamiento de la situación del deudor, al persistir en una práctica deshonesto, inmoral y lesiva al solo efecto de incrementar mensualmente y desproporcionadamente el saldo deudor, sin correlación alguna con el reproche que merece la negligencia inicial del cliente en el control del movimiento de su cuenta, ni con la mora incurrida en el pago de la prestación; generando esa objetiva desproporción de la pena una presunción juris tantum del abusivo aprovechamiento por parte del acreedor (CCiv:954), que hacen procedente la reducción de los intereses excesivos liquidados a sus justos límites, con la consiguiente rectificación del saldo deudor de la cuenta corriente”; (8). Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores. Carlos A. Gherzi y Cecilia Weingarten. Pág. 197; (9). Código de Protección al Consumidor. Ley 29571. Art. 153; (10). Las cláusulas generales de contratación en el Perú y su relación con el estado de desprotección de los derechos de los consumidores. Pág. 242. Véase: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1185/1/Cordova_cy.pdf