

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y SUS REPERCUSIONES EN RELACIÓN CON LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El derecho del consumidor y los principios básicos del derecho contractual.* III. *Del campo de incidencia del Código del Consumidor.* 1. *De los fundamentos constitucionales.* 2. *De los conceptos del consumidor y del proveedor.* 3. *productos y servicios.* IV. *Conclusiones.*

Si la justicia social impone la protección del contratante económicamente más débil y lleva a desconocer el principio de la fuerza obligatoria de los contratos, la seguridad y la estabilidad de las convenciones imponen, al contrario, su respeto.

Es, pues, con prudencia, que para corregir el desequilibrio entre el profesional y el consumidor, el legislador, y dentro de su competencia, el juez, están aumentando las obligaciones de los profesionales y, por otro lado, aliviando las de los consumidores.

Gérard Cas y Didier Ferrier

I. INTRODUCCIÓN

1. La sociedad industrial adoptó una nueva concepción de las relaciones económicas y sociales que, superando el principio de igualdad formal asegurada constitucionalmente, intenta corregir las desigualdades naturales o existentes, de hecho, entre sus participantes. Hay, pues, una tendencia en el sentido de proteger al económicamente más débil contra el más fuerte, al lego contra el profesional. Así surgió y se desarrolló, especialmente a partir de la iniciación del siglo, un conjunto de reglas que constituyen, hoy, el orden público económico. En el pasado, algunos autores llegaron a enfatizar la importancia creciente de un derecho nuevo, que llamaron "derecho social", pero otros les respondían, adecuadamente, que todo derecho era social. De cualquier modo, se entendió necesario establecer una

protección especial que atendiera los casos concretos, en los cuales las normas jurídicas generales podían llevar a cometer injusticias.¹

2. Si a los juristas del siglo pasado, superada la faz de la *exégesis* vinculada a las nuevas legislaciones encabezadas por el Código de Napoleón, otorgaron mayor importancia a la sociología, fue a la economía y, consecuentemente, al derecho económico y de desarrollo, que se dedicaron, con más ahínco, los estudiosos del derecho, especialmente a partir de la década de los cincuenta.² La llamada "sociedad de consumo", que surgió después de la Segunda Guerra Mundial, fue caracterizada por los economistas como el imperio de productores, fabricantes y distribuidores, que utilizando la máquina agresiva de la propaganda y técnicas apropiadas de embalaje, publicidad y *marketing*, conseguían convencer a los consumidores para comprar, cada vez más, un mayor número de artículos.³

3. Cuando los economistas admitieron que las necesidades del consumidor no dependían más de sus elecciones racionales, y sí estaban condicionadas por los fabricantes,⁴ que inducían al público a comprar sus productos, mediante promesas de calidad, que no siempre existían, los juristas, políticos y legisladores reconocieron que podían existir, en este caso, abusos de derecho, que debían ser evitados y corregidos, para que se restableciese la justicia y se respetase la real voluntad de las partes.

4. El derecho del consumidor surge, así, en la medida en que se impone a los fabricantes e intermediarios, respectivamente, la responsabilidad por la calidad de su producto y la transparencia (*disclosure*) de sus defectos al público, y el Estado interviene para evitar que las cláusulas contractuales sean impuestas unilateralmente por los productores y vendedores a los adquirentes de bienes de consumo para uso propio.

5. Aunque la condena del abuso de derecho ya constase, en forma explícita o implícita, en los códigos civiles⁵ o en leyes especiales, y la jurisprudencia y la doctrina hubiesen consagrado su importancia y aplicación en el derecho actual, se sintió la necesidad de crear

1 Ripert, Georges, "L'ordre économique et la liberté contractuelle", en *Études gény.* y Farjat, Gérard, *Droit économique*.

2 Wald, Arnaldo, *O direito do desenvolvimento*, relación presentada en el Congreso de la Orden de los Abogados del Brasil en 1970.

3 Galbraith, John, *A sociedade afluyente y o novo Estado industrial*; Geours, J. Saint, *Vive la société de consommation*, Hachette, 1972.

4 Galbraith, John, *O novo Estado industrial*.

5 Artículo 160 del Código Civil. Cfr. Wald, Arnaldo, *Direito civil, Parte geral*, 6ª ed., 1989, p. 190.

una *legislación especial* para proteger al consumidor, del mismo modo que se concibió el derecho del trabajo, a partir del fin del siglo XIX y, en forma más sistemática en nuestro país, desde 1930, para regir las relaciones entre empleado y empleador.

6. El derecho del consumidor se caracteriza, pues, como un derecho especial destinado a corregir los llamados "efectos perversos" de la sociedad de consumo, restableciendo una igualdad jurídica que debe compensar la desigualdad económica y manteniendo, así, el equilibrio entre las prestaciones de ambas partes, que debe existir en los contratos conmutativos, con base en los principios de buena fe y de la lealtad entre los contratantes.

7. La especialidad del nuevo derecho, en relación con las normas de derecho comercial y civil, fluye del área específica de su actuación y de la visión propia que tiene de los hechos. Se trata de una legislación que pretende proteger la parte económicamente más débil en determinadas operaciones específicas, definidas por el legislador como constituyendo la *relación de consumo*, del mismo modo que el derecho del trabajo destacó, para incidir en ella, una parte de área de la locación de servicios, que denominó "contrato de trabajo". Cabe, así, definir el derecho del consumidor como el conjunto de leyes y reglamentos que protegen al consumidor, como destinatario final, garantizándole una información adecuada y asegurándole medios eficientes de defensa, que comprenden, inclusive, la acción de las asociaciones y la movilización del Ministerio Público.

8. A partir de la idea de la especialidad del derecho del consumidor, se llegó a la conclusión de que no sustituyó a las demás normas de derecho civil o comercial, y mucho menos las del derecho bancario, del mismo modo que el derecho del trabajo no afectó la aplicación de la locación de servicios fuera del ámbito laboral, y particularmente en las relaciones entre empresas o en la contratación de profesionales liberales sin vínculo de empleo. Se aplica, en todo caso, el principio básico de la Ley de Introducción, según el cual "la ley nueva que establezca disposiciones generales o especiales a la par de las ya existentes, no revoca ni modifica la ley anterior".⁶

9. La analogía entre el derecho del consumidor y el derecho del trabajo llegó a ser reconocida por la doctrina, que señaló la similitud de las condiciones en que ambos surgieron, resultante de movimientos populares y de convicciones de la opinión pública, cuyos líderes son la doctrina y los propios políticos. En realidad, las ideas de

6 Artículo 2º, parágrafo 2º.

estabilidad y de seguridad están presentes, tanto en el derecho del trabajo como en el del consumidor, significando para el primero la continuidad en el empleo, y para el segundo, el mantenimiento de condiciones adecuadas del suministro, y aun la defensa de la integridad física, tanto del empleo como del consumidor, en un caso contra los accidentes de trabajo, y en otro, contra los accidentes derivados de la posesión o utilización del producto. Además, no es por casualidad que la responsabilidad civil en general y la del productor en particular, hayan sufrido una ampliación y un desarrollo paralelos a la garantía otorgada por la ley y por los tribunales, a los derechos del consumidor.

10. Por otro lado, cabe destacar que el derecho del consumidor no es un derecho de clase, razón por la cual no comprende a todos los consumidores, y sí solamente a aquellos que necesitan de una protección especial. Así, ya se afirmó que "el derecho del consumidor se destina, especialmente, a proteger a los consumidores más débiles".⁷ Por otra parte, es necesario reconocer que actualmente muchas personas se presentan simultáneamente como consumidores y profesionales.⁸ De esta manera, el profesional, fuera del ejercicio de su profesión, es un consumidor, y el consumidor pierde esa calidad cuando actúa como profesional o como empresario.

11. El derecho del consumidor es, pues, un derecho aplicable no a personas específicas, pero sí a actos determinados, que podemos denominar como actos o relaciones de consumo.⁹ Si se examina lo que concierne a sus finalidades, podemos decir que el derecho del consumidor trae, a los mecanismos económicos, los correctivos sociales indispensables para la adecuada defensa del consumidor, colocándolo en situación de igualdad con el productor. Por otra parte, en el plano contractual su finalidad consiste en restablecer el equilibrio contractual que debe existir entre las partes en la relación de consumo, y que muchas veces se rompe por la superioridad ejecutiva del profesional, que en el plano técnico y económico tiene condiciones y conocimientos mucho más amplios de los que tiene el consumidor. Ya se hablaba, en el pasado, de la responsabilidad acrecentada del profesional en relación con el no profesional.¹⁰ Ahora, esa

7 Calais-Auloy, J., *Droit de la consommation*, núm. 12.

8 Prefacio de Roger Priouret al Libro de Pons, D., *Consomme et tais-toi*, 1972.

9 Calais-Auloy, J., *op. cit.*, nota 7, núm. 13.

10 Tunc, André, "Ébauche du droit des contrats professionnels", *Études offertes à Georges Ripert*, París, t. II, pp. 136 y ss.; Wald, Arnaldo, *Estudios e pareceres de derecho comercial*, 2ª serie, 1979, p. 9.

responsabilidad pasa a ser institucionalizada para restablecer un equilibrio jurídico que se presumía que existía, pero que se comprobó que había desaparecido en virtud de la desigualdad de hecho existente entre las partes (proveedor y consumidor).

12. La consagración del derecho del consumidor y la ampliación de la responsabilidad civil del fabricante y del profesional en general constituyen una verdadera revolución jurídica, especialmente por la transferencia del *onus* de la prueba, que la jurisprudencia y la ley determinaran. Mientras en el pasado la víctima debía comprobar el dolo o la culpa del responsable, la tendencia de la nueva legislación es en el sentido de hacer del productor una especie de garante de su producto, del mismo modo que la reciente doctrina de la responsabilidad civil pretende asegurar los derechos de las víctimas, afirmando la existencia de un derecho a la vida y a la seguridad, que cuando es violado debe encontrar un responsable, eventualmente supuesto que indemnice el daño. Esa alteración de la visión de los problemas jurídicos implica, necesariamente, la modificación de la conducta del profesional o del proveedor, que deberá procurar garantizarse, por el seguro, contra eventuales indemnizaciones que tendrá que pagar, volviendo a pasar, generalmente, el costo de la operación al consumidor. Así, en esta verdadera "guerra civil" que se traba entre profesionales y consumidores,¹¹ es necesario ponderar que la radicalización, en algunos casos, puede perjudicar al consumidor, retirándole el acceso a determinados productos o servicios o tornándolos más onerosos, no siempre en interés de la sociedad y de los propios consumidores.

13. Si el derecho del consumidor es un derecho revolucionario y modernizador, es necesario, aun, compatibilizarlo con los conceptos y los institutos de derecho tradicional para que ambos se completen y se concilien, en lugar de crear un conjunto de normas incoherentes y conflictivas unas con otras, una verdadera colcha de retazos, que no corresponde hoy a la noción predominante del sistema jurídico característico del propio Estado de derecho, por la generalidad y abstracción de los conceptos que emanan de él.

14. Así, no sólo no cabe abandonar las normas jurídicas tradicionales, que continúan en vigencia, sino que es necesario definir las áreas de competencia del derecho nuevo y del derecho antiguo, interpretando a ambos desde puntos de vista diferentes, pero utilizan-

11 Drivon, Laurence E., *The Civil War on Consumer Right*, Berkeley, 1990.

do conceptos e instituciones idénticos elaborados por la ley y por la ciencia jurídica y consagrados en el tiempo.

15. Veremos, así, que en realidad el derecho del consumidor no abandona los patrones éticos y las finalidades del derecho privado, cuyos principios básicos adopta, y que pretende desenvolver y perfeccionar, dándoles mayor flexibilidad en casos específicos, en que la rigidez de las normas actuales importaría un desvío del derecho, abuso de poder o, también, verdadera injusticia. Definiremos, en lo que sigue, el campo específico de actuación de las nuevas normas, examinando sus repercusiones, especialmente en lo tocante a las instituciones financieras.

II. EL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO CONTRACTUAL

16. Tanto defensores como críticos del derecho del consumidor vislumbraban en él una quiebra del actual sistema jurídico, como un apartarse de la autonomía de la voluntad y una forma de declinación del contrato, sustituido por la decisión del legislador o del juez.

En la realidad no es lo que sucede, pues el nuevo derecho se inspira en los principios clásicos, que desenvuelve y perfecciona, aplicándolos a determinadas categorías de situaciones concretas que exigen tratamiento especial que la legislación anterior no ha previsto ni podía prever.

17. Efectivamente, nuestras leyes civiles y comerciales inspiradas en las viejas ordenaciones lusitanas, del Código de Napoleón y del Código Civil alemán (BGB), reflejan y presuponen un mundo de estabilidad, de monedas cuyo poder adquisitivo parecía no variar, de contratos negociados, uno a uno, por las partes interesadas, de una economía que no llegaba a sentir todos los efectos de la primera Revolución Industrial del siglo pasado, y mucho menos de los de la segunda, que ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial, con la informática, la utilización de la inteligencia artificial, el aprovechamiento de la energía atómica, la producción en masa, la globalización de la economía, las empresas que adquirieron las dimensiones de verdaderos Estados y la *midia* que se tornó un instrumento de formación subconsciente de opinión pública.

18. Del mismo modo que en Roma el derecho pretoriano fue complementando el *ius civile*, en Inglaterra la *equity* evitó las injusticias eventuales del *common law* y, más recientemente, el derecho co-

mercantil flexibilizó las relaciones entre negociantes, superando el formalismo del derecho civil; el derecho del consumidor está hoy perfeccionando y especificando la vieja teoría de los contratos, para que la autonomía de la voluntad sea considerada de modo dinámico, y no apenas en forma estática.

19. En este sentido, podemos afirmar que las nuevas técnicas y las soluciones ahora introducidas por la legislación del consumidor, no significan una declinación del contrato y el advenimiento del dirigismo contractual, sino, al contrario, el restablecimiento de la autonomía de la voluntad y del principio *pacta sunt servanda*, del mismo modo que la corrección monetaria no alteró las prestaciones de los contratantes, ya que superando las soluciones nominalistas y el mito de la estabilidad de la moneda, permitió que se continuara firmando convenciones a largo plazo.

20. En realidad, el derecho del consumidor pretende asegurar la autonomía de la voluntad en la formación del contrato y un equilibrio dinámico en su ejecución, desarrollando, con mayor densidad, las técnicas tradicionales del derecho privado, que aseguraban la libertad de la manifestación de la voluntad de los contratantes, evitando sus vicios (error, dolo, violencia, lesión, abuso del derecho) y la conmutación de las prestaciones, especialmente ante hechos imprevisibles e inevitables (teoría de la imprevisión, cláusula *rebus sic stantibus*).

21. Desde el momento en que el derecho adquiere aspectos multidisciplinarios, en el sentido de no poder despreciar las importantes contribuciones de las demás ciencias humanas, se ha tornado imprescindible apelar a la psicología y a la sociología a fin de determinar el verdadero grado de libertad del contratante, como también se utilizaron datos económicos para garantizar la continuidad de la ecuación contractual, que ya era consagrada por el derecho público y llegó hasta ser materia constitucional, en los contratos administrativos, en los cuales se determinó el mantenimiento del equilibrio económico-financiero.¹²

22. Así, el derecho del consumidor trata de definir la voluntad real, consciente e informada del contratante, retirando de su manifestación algunos de los vicios que la distorsionan, a pesar de que no estuviesen previstos y encuadrados en la reglamentación vigente del derecho privado. En el fondo, lo que el legislador y el juez

¹² Artículo 167 de la Constitución de 1967, con la redacción de la enmienda constitucional núm. 1 y artículo 55 del decreto-ley 2.300.

pretenden es desintoxicar y purificar la manifestación de voluntad, retirando de ella los "efectos perversos" exógenos, para rectificarla y ratificarla en la forma que tendría si el consumidor consiguiera obtener la misma suma de informaciones que su proveedor.

23. La finalidad de la legislación del consumidor consiste, pues, en restablecer la plena autonomía efectiva de la voluntad de las partes, sustituyéndola por las declaraciones que surgieron de una voluntad aparentemente libre, pero, en la realidad, subordinada a factores externos, aunque no conocidos por las partes.

24. Si opusiéramos la autonomía de la voluntad como libertad de contratar (firmar o no el contrato) y la libertad contractual (libertad de definir las cláusulas contractuales), la *heteronomía*, considerada como sujeción del consumidor a la voluntad de otro semejante, en virtud de la inducción a error, dolo o violencia, podremos afirmar que en la sociedad actual son numerosos los casos de contratos en los cuales la autonomía de la voluntad está sustituida por la *heteronomía*.

25. La psicología y la sociología de grupos evidencian que, en diversas ocasiones, el consumidor adquiere bienes o contrata servicios bajo presiones internas (hábitos, costumbres) o externas (publicidad, información inadecuada) que deforman el contrato de consumo, de manera que éste no sea ya un acto voluntario, y sí un acto condicionado, que recuerda en ciertos aspectos los reflejos a los cuales aludía el fisiólogo ruso Pavlov.

26. El eminente jurista francés Jean Carbonnier llegó a afirmar que en cuanto a la anterior generación vislumbraba, en el contrato de consumo, un acto de voluntad, actualmente, con más realismo, cabe caracterizarlo como un acto de emoción, sensibilidad y pasión, que debe ser controlado *a posteriori* por la razón y por la lógica.¹³

27. En cierto sentido, la moda y la publicidad, el *marketing*, la forma agresiva con que se encaminan las ventas, son una forma de coacción, que el Código Civil no ha previsto ni podía prever, pero que equivalen, por su densidad y efectos, a aquellas que los doctores del pasado citaban como ejemplos de vicios de la voluntad.

28. Del mismo modo, el contrato de adhesión, las llamadas condiciones generales de las cuales el consumidor, algunas veces, sólo toma conocimiento por mera remisión que consta en el reverso del contrato en letras ilegibles, sin conocer su texto, la desigualdad en los planos técnico, jurídico y financiero, entre el proveedor y el con-

13 Carbonnier, Jean, *Flexible droit*, 3ª ed., 1976, p. 229.

sumidor, sustituyen la normal negociación del contrato entre las partes, por la imposición de un texto, en el cual el error del consumidor ocurre con cierta frecuencia, inclusive por no ser especialista en la materia y, en consecuencia, no tener la formación y las informaciones de su cocontratante.

29. Esas circunstancias peculiares, que envuelven tanto el acto de comprar un bien o solicitar un servicio (libertad de contratar) como la negociación del contrato (libertad contractual), y finalmente su ejecución, justifican dentro del propio espíritu del derecho privado y del consensualismo, una protección especial para el consumidor, que no es muy diferente de aquella tradicionalmente concedida a los absoluta y relativamente incapaces, ocasionando en el fondo una incapacidad relativa específica para determinados fines.

30. Se verifica, así, que lejos de crearse un "derecho alternativo" rompiendo con el sistema tradicional, la elaboración del derecho del consumidor fue una especialización útil y necesaria, que mantiene los principios y normas del derecho privado y los desarrolla con mayor densidad en relación con actividades y situaciones específicas. Efectivamente, la sistemática del nuevo Código del Consumidor fue inspirada por las normas del Código Civil, que vedan el abuso del derecho (artículo 160) y determinan la prevalencia de la voluntad real sobre su manifestación (artículo 85), y las del Código Comercial que mandan atender, en la interpretación de los contratos, a los principios de la buena fe y a la estructura y naturaleza del negocio jurídico, a los usos y costumbres locales y, en caso de duda, beneficiar al deudor (artículo 131), así como por las posiciones de la jurisprudencia y de los diversos proyectos del Código, que dieran un tratamiento adecuado a los contratos de adhesión y adoptaran, excepcionalmente, la teoría de la imprevisión.

31. Este análisis se hace para demostrar que el derecho del consumidor mantiene, en su terminología, en sus conceptos y en su referencia a los institutos, las definiciones del derecho privado, y que la diferencia de puntos de vista no debe proporcionar una visión de la nueva rama de la ciencia jurídica que esté en conflicto o en confrontación con los principios tradicionales, especialmente en las materias no reguladas o no innovadas por el Código del Consumidor.

32. Afirmados esos principios, examinaremos ahora el campo de incidencia de la nueva legislación, analizando los conceptos de *consumo*, *consumidor*, *producción*, *ahorro*, *destinatario final* y *proveedor*, que son esenciales para la comprensión de la nueva legislación y la delimitación de su campo de actuación.

III. DEL CAMPO DE INCIDENCIA DEL CÓDIGO DEL CONSUMIDOR

1. De los fundamentos constitucionales

33. La Ley 8.078, del 11 de septiembre de 1990 especifica, en su artículo 1º, sus fundamentos constitucionales, refiriéndose a los siguientes textos de la carta magna:

a) El artículo 5º, inciso XXXII: "El Estado promoverá, en forma de ley, la defensa del consumidor."

b) El artículo 170, inciso V: "El orden económico, fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, conforme los dictámenes de la justicia social, observados en los siguientes principios: [...] V. Defensa del consumidor."

c) El artículo 48 de las disposiciones transitorias: "El Congreso Nacional, dentro de los ciento veinte días de la promulgación de la Constitución, elaborará el Código de Defensa del Consumidor."

34. Se verifica, así, que la nueva legislación que "dispone sobre la protección del consumidor y dicta otras providencias", se limita a tratar de esa materia, sin abarcar —y, en consecuencia, sin revocar ni sustituir— ninguna otra disposición de derecho privado o del sistema financiero nacional, que continúan en vigor inalteradas.

2. De los conceptos del consumidor y del proveedor

35. En el *caput* del artículo 2º, la ley define al consumidor: "Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final."

36. Hay, pues, en el derecho del consumidor, dos conceptos básicos que deben ser profundizados: *la relación de consumo y el destinatario final*. El consumo transcurre tanto desde la adquisición o utilización del producto, como de la prestación de servicio, siempre al destinatario final.

37. Para definir productos y servicios se aplican los conceptos del artículo 3º, parágrafos 1 y 2, que examinaremos a continuación.

38. El párrafo único del artículo 2º equipará al consumidor "a la colectividad de personas, aunque indeterminadas, que haya intervenido en las relaciones de consumo", consagrando así la defensa de los intereses difusos.

39. El artículo 3º define al proveedor como "toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desarrollan actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución, o comercialización de productos o prestación de servicios".

40. En sus párrafos 1 y 2, el artículo 3º define:

"1) producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial."

"2) servicio es cualquier actividad suministrada al mercado de consumo, mediante remuneración, inclusive las de naturaleza bancaria, financiera, de crédito y aseguradora, salvo las resultantes de las relaciones de carácter laboral."

41. Inicialmente cabe aclarar que la Ley, siendo de protección al consumidor, sólo abarca las relaciones de consumo, a las cuales, además, se refiere a continuación al tratar la "política nacional de relaciones de consumo" (capítulo II, artículos 4º y ss.). Solamente son objeto de incidencia de la nueva Ley, las relaciones de consumo, que se traban entre el proveedor y el consumidor, cuando éste sea el "destinatario final".

42. Así, partiendo de las distinciones clásicas en economía entre *consumo* y *ahorro e inversión*, y entre *producción* y *consumo*, la Ley de Defensa del Consumidor no se aplica ni al ahorro ni a las operaciones que constituyen el ciclo de la producción; tan es así que el productor es considerado proveedor (artículo 3º, *caput*), no pudiendo ser simultáneamente consumidor.

43. El consumo es la destrucción de un bien por su uso y constituye una de las finalidades de la producción, tanto que para consumir es necesario producir, y no se produce si no hay consumo.

44. A su vez, los recursos financieros del individuo se utilizan para fines o de consumo o de ahorro, dando oportunidad de inversión o permitiendo el consumo (de los recursos ahorrados).

45. Los diccionarios definen el consumo como "gasto", "destrucción por el uso", "medio por el cual se extinguen las cosas consumibles", "satisfacción de las necesidades humanas por el aprovechamiento de los productos propios para ese fin que se desgastan o se extinguen con el uso". El verbo "consumir" significa "destruir, por el uso o por la utilización, un bien o un servicio para atender a una necesidad".

46. Placido e Silva aclara: "En el sentido amplio, consumidor se llama a la persona que consume una cosa. Pero, en sentido de de-

recho fiscal, el vocablo tiene significado propio: entiéndese como consumidor toda persona que adquiere mercadería de un comerciante, para su uso o consumo, sin intención de revenderla." Y agrega:

Consumible, en tal circunstancia, está tomado en sentido realmente de destruible por el primer uso, o deteriorable, por uso continuado.

Entretanto, en la acepción jurídica, hay consumo no solamente cuando la cosa se destruye, sino también cuando se adquiere para uso, aun permanente, esto es, sin destrucción inmediata.

De allí es que viene, entonces, la idea del consumo absoluto y del consumo relativo, en que se distinguen las dos modalidades del sentido de consumo, esto es, tanto el desgaste de la cosa utilizada, como la adquisición para una utilidad.¹⁴

47. La doctrina hace aun la distinción entre el consumo propio e impropio y el consumo físico y económico, así como entre bienes de consumo propiamente dichos —que son absolutamente consumibles y se destruyen enseguida por su utilización— y bienes relativamente consumibles, también denominados bienes de uso, que se deterioran gradualmente con el correr del tiempo, todos ellos envueltos en el concepto genérico de bienes de consumo.

48. En la legislación brasileña, el artículo 51 del Código Civil abarca los bienes natural y jurídicamente consumibles, al aclarar que "son consumibles los bienes muebles cuyo uso importa destrucción inmediata de la propia sustancia, siendo también considerados como tales los destinados a la enajenación".

49. La doctrina explica que al lado de los bienes naturalmente consumibles, como los alimentos, existen los jurídicamente consumibles, destinados a la enajenación, como sería el caso de los libros en una librería o de joyas en una joyería.¹⁵

50. La Ley de Defensa del Consumidor, a los fines de la incidencia de sus normas, amplía, en un sentido, y restringe, en otro, el concepto de bienes de consumo del Código Civil, pues comprende tanto los de consumo como de uso (que se desgastan con el tiempo), pero excluye de su acepción los bienes jurídicamente consumibles manteniendo, solamente, los naturalmente consumibles, por el hecho de que se refieren (para defensa del consumidor) a los productos adquiridos por el destinatario final, lo que no ocurre con los productos

14 Placido e Silva, *Vocabulário jurídico*, vol. I, p. 417.

15 Wald, Arnaldo, *op. cit.*, nota 5, p. 146; Bevilaqua, Clóvis, *Código Civil comentado*, vol. I, pp. 296 y 297; Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, 1944, pp. 41-44.

utilizados para la enajenación a terceros (los libros y joyas arriba mencionados, por ejemplo), pues quien enajena, evidentemente, no es destinatario final; y cuando se habla de adquisición por el destinatario final, se excluye tanto la compra por el revendedor, como la del empresario o productor que utiliza el bien, directa o indirectamente, en su ciclo de producción.

51. Aún más, la mejor doctrina entiende que la defensa del consumidor, en todos los países, se aplica a los "consumidores materiales", y no a los "consumidores jurídicos" (o sea, aquellos que la Ley equipara a los consumidores, pero que no lo son efectivamente).¹⁶

52. Si complementamos, así, sistemáticamente, la interpretación de la norma de la Ley de Defensa del Consumidor con las reglas del Código Civil, verificamos que todos los bienes destinados a la producción o a la enajenación por el adquirente no son bienes de consumo para el fin específico. La relación de consumo se refiere, pues, solamente, a los bienes de consumo o de uso, adquiridos por el destinatario final para uso propio y de su familia.

53. Así, entre los productos referidos en el artículo 2º de la Ley 8.078 no se incluyen ni el dinero ni el crédito. Éste consiste en una promesa de pago diferido, que implica cambio de bienes actuales por bienes futuros, ocasionando una circulación de mercaderías o valores, o, aun más, la permuta de la misma cosa en momentos diferentes, "un intercambio diferido en el tiempo" o, incluso, "una inserción del tiempo en el cambio".¹⁷ Efectivamente, la entrega de dinero bajo cualquier forma (mutuo, descuento, etcétera), o la promesa de entrega de él (apertura de crédito) al contratante o a un tercero, no constituye adquisición del producto (bien mueble o inmueble) por el destinatario final, pues, por su propia naturaleza, la moneda circula y solamente constituiría operación con el destinatario final si se tratase de un coleccionista de monedas que no las transfiera a terceros, hipótesis suficientemente excepcional para que no pueda ser generalizada.

54. El consumidor protegido por la Ley es, pues, la persona que para sus necesidades personales, no profesionales, contrata el suministro de bienes y servicios, no transfiriéndolos a terceros ni utilizándolos como instrumentos de producción.¹⁸

¹⁶ Calais, Auloy, *op. cit.*, nota 7, núm. 1.

¹⁷ Sobre los diversos conceptos de crédito, cotejar con *Enciclopedia del Derecho*, Saraiva, vol. 21, p. 130.

¹⁸ Ghestin, Jacques, *Traité de droit civil*, vol. II, p. 36.

55. La doctrina extranjera enfatiza la caracterización del consumidor como: a) un no profesional; b) que contrata la adquisición o utilización de bienes o servicios para sus necesidades personales y familiares de consumo; c) funcionando como destinatario final.

56. En derecho extranjero, la legislación francesa aclara, en la materia:

Pour les produits, il convient d'entendre par là le consommateur final, c'est-à-dire celui qui les emploie pour satisfaire ses propres besoins et ceux des personnes à sa charge, et non pour les revendre, les transformer ou les utiliser dans le cadre de sa profession.

Pour les prestations de services, il s'agit de leur bénéficiaire sous la forme soit de travaux sur les biens corporels qui lui appartient déjà —par exemple, travaux d'entretien ou de réparation—, soit de services dont sa personne même est l'objet.¹⁹

57. Se discute también, en derecho extranjero, si la persona jurídica puede o no ser consumidora, entendiendo la doctrina, en su mayoría, que el hecho puede acontecer cuando adquiere bienes o contrata servicios sin ninguna relación directa o indirecta con su actividad básica. *El destinatario final* ha sido, así, opuesto, por la doctrina y por los textos legales, al *destinatario* o *consumidor intermediario* que compra productos para transformarlos o revenderlos y no goza de la protección especial asegurada al consumidor por la legislación especial.

58. Y dentro del concepto de empresa moderna, la idea dominante es en el sentido de considerar todas las actividades empresariales, directa o indirectamente, vinculadas a sus finalidades, partiéndose de la presunción de que la empresa sólo adquiere bienes y sólo contrata servicios cuando son útiles o necesarios para la realización de sus fines sociales, conforme determinan la ley y los estatutos.

59. El legislador brasileño no excluye la protección del consumidor en relación con todas las personas jurídicas, entendiendo, en su artículo 2º, que de ellas gozan las que fueren destinatarias finales, en sus contrataciones, en los casos de ocurrencia de relación de consumo. Así, y partiendo del presupuesto de que el legislador no incluye en los textos legales palabras inútiles, podemos admitir dos hipótesis: o el legislador reflexionó acerca de ciertas personas jurídicas de derecho civil sin carácter empresarial, como las fundaciones y las asociaciones, o admite que las personas jurídicas de derecho comercial

¹⁹ Cas y Ferrier, *op. cit.*, p. 9.

también pueden invocar la protección de la ley especial, pero tan sólo en los casos en los cuales la contratación de bienes o servicios de consumo no tuviese vinculación alguna con su actividad productiva o empresarial, no tratándose de bienes o de servicios utilizados o utilizables, directa o indirectamente, en la producción o comercialización.

60. Las dudas suscitadas sobre el particular por la redacción de nuestra ley, también surgieron en el exterior, en particular en el derecho francés, que cuenta en la materia con amplia bibliografía. La tesis dominante en la doctrina francesa es en el sentido de vincular la condición del consumidor a la situación de un no profesional que contrata para atender exclusivamente necesidades personales, entendidas como tales las suyas y las de su familia.²⁰ Se considera, así, acto de consumo "el acto jurídico que permite obtener un bien o un servicio para la satisfacción de necesidades personales o familiares".²¹ Es consumidor quien practica actos de consumo, y cuando los practica de la misma manera que los comerciantes realizan actos de comercio.²²

61. Para evitar dudas y confusiones, algunas legislaciones extranjeras, como por ejemplo la inglesa, caracterizan siempre al consumidor como persona física.

En el mismo sentido, la propuesta de directiva de la Comunidad Económica Europea aclara que consumidor es "toda persona física que no actúa, principalmente, en el cuadro de una actividad comercial o profesional". En otras legislaciones, el énfasis está dado al carácter no profesional del consumidor, sin que se haga la distinción explícita entre personas físicas y jurídicas.

62. La conclusión a la cual se llega es, pues, que en derecho brasileño, compatibilizando la letra y el espíritu de la ley y atendándose a la lección del derecho comparado, la persona jurídica no puede ser considerada "consumidor" o equiparada con él, sino en los casos en que no actúa profesionalmente. En relación con las sociedades comerciales, presúmese que toda utilización por ellas de bienes y servicios, lo es para fines profesionales y sociales, en virtud de la propia estructura y finalidad empresarial que las caracteriza.

20 Cornu, Gérard, *Rapport sur la protection du consommateur et l'exécution du contrat en droit français*, travaux de l'Association Henry Capitant, Journées Canadiennes de 1973, *Les protection des consommateurs*, París, 1975, p. 135.

21 Calais-Auloy, *op. cit.*, nota 7, núm. 1.

22 Imhoff-Scheuer, Anne-Cathérine, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, tesis de doctorado, Ginebra, Librairie de l'Université, 1981. pp. 16 y 17.

3. *Productos y servicios*

63. La distinción entre la adquisición o utilización de productos y la contratación de servicios deriva de la diferencia tradicional que existe entre las obligaciones de dar y las de hacer. En las primeras hay una transferencia de la propiedad o de la posesión del bien mueble o inmueble, material o inmaterial, en tanto que en las segundas el proveedor tiene un comportamiento determinado, una conducta que beneficia al consumidor, sobre la forma más o menos amplia de locación de servicios. Ya tuvimos la oportunidad de escribir que

...es tradicional la diferencia entre obligaciones de dar, hacer y no hacer, que aún hoy encontramos en el Código Civil brasileño. La obligación de dar consiste en transferir la posesión o transmitir la propiedad de un objeto al acreedor, en tanto que la obligación de hacer importa la realización de actos o servicios en interés del acreedor.²³

64. En relación con los productos, no se aplica la nueva reglamentación de defensa del consumidor a las instituciones financieras, por no concebirse la posibilidad de que el dinero sea usado —o el crédito— por el destinatario final, pues los valores monetarios se destinan, por su propia naturaleza, a la circulación.

65. Consecuentemente, la nueva Ley no determina su aplicación al sector bancario, ni a sus productos, y no comprende los empréstitos, descuentos, avales, aperturas de crédito y demás operaciones bancarias, en las cuales hay entrega inmediata, diferida o hasta condicional, de un producto; sino, al contrario, manda que sean aplicadas sus normas exclusivamente a los servicios bancarios.

66. Como tales deben ser entendidas las obligaciones de hacer, como, por ejemplo, las que los bancos pueden asumir en la custodia de bienes y valores, a contar de la caracterización de la relación de consumo.

Así, desde la locación de cajas-fuertes, considerada por la doctrina como contrato *sui generis* de custodia, que implica mantener el cofre a disposición del cliente y garantizar el no acceso a él de terceros, y hasta el eventual suministro oneroso de informaciones a sus depositantes o inversores, *siempre que se caracterice la oferta del servicio a*

²³ Wald, Arnaldo, *Obrigações e contratos*, 8ª ed., São Paulo, 1989, p. 13, y *Da invalidade da cláusula penal destinada a impedir a entrada no mercado de empresa concorrente*, Río, Dictamen, 1974.

los consumidores, la prestación de servicios podrá ocasionar, eventualmente, la responsabilidad del proveedor, en virtud de la Ley de Defensa del Consumidor. Es éste el sentido que atribuimos a la referencia y a la actividad de naturaleza bancaria y financiera mencionada en el artículo 3º, parágrafo 2, de la Ley 8.078.

67. La propia función de la moneda como "sangre de la economía", que proporciona una reglamentación del propio sistema financiero, que ejerce, en cierto sentido, una función pública subordinada al Banco Central y al Consejo Monetario Nacional, justifican que las normas que rigen el crédito al consumidor obedezcan a lo dispuesto por las autoridades monetarias competentes. Se evitan, así, conflictos de competencia, que no contribuyen a la estabilidad y seguridad del sistema jurídico vigente. La multiplicación de las competencias para decidir respecto a los mismos asuntos puede, al contrario, llevar a la sociedad a un verdadero laberinto de normas, ocasionando el caos normativo.

68. Fue ésa la razón por la cual, en los otros países, la disciplina del crédito al consumidor fue objeto de leyes específicas. Fue lo que sucedió en Inglaterra, con el *Consumer Credit Act*, y en los Estados Unidos con una serie de diplomas legislativos, entre los cuales se destacan el *Consumer Credit Protection Act*, o *Equal Credit Opportunity Act*, o *Fair Credit Reporting Act*, o *Truth-in-Lending Act* y el *Uniform Consumer Credit Code*. También Bélgica, Francia y Suecia prefirieron tener una legislación propia con referencia al crédito al consumidor, dando mayor énfasis a la transparencia y estableciendo normas generales de derecho bancario.

69. En realidad, la Ley 8.078 trata, en su artículo 52, del crédito al consumidor estableciendo determinadas obligaciones para el proveedor.

70. La reglamentación legal de las normas referentes al crédito al consumidor constituyó, además, materia polémica en derecho comparado. Ann-Catherine Imhoff-Scheier, en una monografía sobre la protección del consumidor y los contratos internacionales, que se dedica también al derecho extranjero, comenta a este respecto:

Un problème épineux se pose lorsque l'acquisition d'un bien ou d'un service de consommation à crédit n'est pas financée directement par le fournisseur du bien ou du service, mais par l'intermédiaire d'un tiers, en général d'une banque. Le plus souvent par l'entremise du vendeur, l'acheteur contracte un prêt auprès d'une banque, prêt lié au financement de son achat qui devra être remboursé à la banque en plusieurs versements. Bien que sur le plan économique une

telle opération constitue un tout, sur le plan juridique, elle se divise en deux contrats distincts. Cette dualité juridique entre le contrat de vente et le contrat de prêt pose notamment la question de savoir si le contrat de prêt échappe à la réglementation protectrice malgré son lien indiscutable avec le contrat de fourniture de biens ou de services. D'un autre côté, elle peut avoir pour fâcheuse conséquence d'obliger le consommateur à continuer à rembourser le prêt bien que le vendeur se trouve en défaut, le bien livré étant défectueux ou non conforme au contrat.

71. La estudiosa suiza recuerda que la solución dada en el caso del crédito al consumidor ha dependido de su naturaleza, haciéndose la distinción entre los créditos vinculados o afectados o la adquisición del bien o contrato del servicio y los créditos libres, desvinculados y sin afectación. En relación con éstos, no es aplicable la reglamentación específica que protege al consumidor, pudiendo ser diferente la situación de aquellos en los cuales el suministro y la financiación pasan a constituir verdaderos contratos coligados, con repercusiones mutuas y recíprocas. Desde otro ángulo, los efectos de la coligación de los contratos han sido discutidos en derecho brasileño, con estudios doctrinales y manifestaciones jurisprudenciales; inclusive el Supremo Tribunal Federal hizo referencia a que las convenciones constituyen "verdaderos hermanos siameses".

IV. CONCLUSIONES

72. Después de la visión general de los problemas suscitados, especialmente en cuanto al campo de incidencia de la nueva legislación en relación con las instituciones financieras, nuestras conclusiones son las siguientes:

a) La nueva Ley no se aplica a las operaciones de producción, ahorro e inversión, o sea, en el campo específico en que se colocó el dictamen, a la captación de recursos por las instituciones financieras, bajo cualquier forma.

b) La nueva Ley tampoco se aplica a las operaciones de préstamos y otras análogas realizadas por los bancos, pues el dinero y el crédito no constituyen productos adquiridos o usados por el destinatario final, siendo, al contrario, instrumentos o medios de pago que circulan en la sociedad y en relación con los cuales no hay destinatario final (a no ser los coleccionistas de moneda y el Banco Central, cuando retira la moneda de circulación).

c) El consumidor, según la Ley, es el destinatario final de bienes y servicios consumibles, absoluta o relativamente, abarcando a las personas físicas, dentro de los límites en que atienden sus necesidades personales y familiares, y a las personas jurídicas, cuando no actúan empresarial o profesionalmente (asociaciones civiles, fundaciones, etcétera).

d) De tal forma, las instituciones financieras, en las contrataciones de bienes y servicios para su actividad empresarial, no son consideradas consumidores para los fines legales específicos.

e) Los servicios bancarios a los cuales se aplica la Ley comprenden tan sólo actividades y comportamientos, o sea, obligaciones de hacer cuando son caracterizadas como relaciones de consumo.

f) En los casos de crédito al consumidor, en los cuales la institución financiera es interviniente o participante, en virtud de la concesión de créditos vinculados a la compra de bienes o prestación de servicio, se podría entender que incide lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley, en lo que comprendiera se ha hecho la adecuada distinción entre el proveedor y el financista.

g) Las nuevas normas contenidas en la Ley 8.078 probablemente ejercerán una influencia sobre todo el sistema jurídico, fortaleciendo tendencias jurisprudenciales que apreciaban con más severidad los contratos de adhesión, la represión a los abusos de derecho y a la aplicación más amplia de la propia teoría de la imprevisión, justificándose, así, un trabajo preventivo de eventual reexamen de las cláusulas contractuales y de algunos modelos operacionales.

Arnoldo WALD