

EL MERCOSUR COMO INSTRUMENTO DE CAMBIO EN EL DERECHO INTERNO: EL CASO DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Noemí Lidia Nicolau*

1. No hay dudas de que las profundas crisis por las que atraviesa de tanto en tanto nuestro incipiente Mercado Común del Cono Sur demoran su consolidación. Aun así, creemos que continúa siendo la única posibilidad para enfrentar con algún éxito la globalización y que, por tanto, es posible y necesario continuar trabajando para sentar las bases de la armonización del derecho en la región.

Reiteradamente hemos sostenido que esa armonización debería ser sistemática, en relación a las grandes materias, por ejemplo, en el derecho privado obligacional debería armonizarse, al menos, la teoría general del contrato y el régimen de responsabilidad civil. Esa sería la vía menos tortuosa, sin embargo, como no siempre es posible lo mejor, frente a la realidad actual de nuestro mercado común, parece que sólo podemos aspirar a armonizar algunos sectores del derecho, entre los que se cuenta la defensa del consumidor.

En esta materia el Mercosur viene trabajando casi desde su creación y, aunque a pesar del largo tiempo transcurrido, todavía no ha podido concretar la armonización de los derechos, ha cumplido otro rol no menos importante, contribuyendo a mejorar el derecho interno de los países, es decir, que ha sido un útil instrumento de cambio.

* Investigadora del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario

2. En la actualidad la protección del consumidor no es una cuestión menor. Por lo pronto, tiene jerarquía constitucional en dos de los países miembros del Mercado común, Argentina y Brasil, y es uno de los puntos troncales de contacto entre el Derecho público y el Derecho privado, en ese moderno fenómeno denominado “constitucionalización del derecho privado”.

Cuando el art. 42 de la Constitución argentina o los artículos 5 inc. XXXII, 48 y 170 inc. V de la Constitución Federal del Brasil, refieren especialmente a la defensa del consumidor, están estableciendo una fuerte relación vertical entre normas constitucionales y normas de derecho privado, lo que no es una mera declaración de principios, sino que tiene efectos muy concretos.

A pesar de la importancia del tema, en el Tratado fundacional del Mercosur no se hizo ninguna referencia expresa al mismo. En cierta manera es una paradoja que cuando se estaba constituyendo un “mercado común”, nada se haya dicho expresamente acerca de la defensa del consumidor, uno de los principales sujetos del mercado. Es que la preocupación principal de sus fundadores fue la empresa, no el consumidor, según aparece en los artículos 4, 5 y 8 del Tratado.

No obstante esta carencia normativa, la protección del consumidor y usuario puede considerarse implícita en el art. 4 del Tratado de Asunción, cuando organiza el marco general para la competencia comercial en la región, pues todo intento de mantener y asegurar una libre y leal competencia en una economía de mercado abierto, debe ser orientado también hacia la defensa del consumidor.

En la breve historia del Mercosur ello es evidente, pues desde sus comienzos se constituyó el grupo de trabajo encargado de armonizar la legislación en esta materia (actualmente Comité técnico N° 7), que viene desde entonces elaborando documentos parciales sin que hayan logrado plasmar en una correcta armonización de los derechos ni en un Reglamento único. De todas maneras el Mercosur ha servido, como dijimos, para mejorar notablemente los derechos internos, al menos, de tres de sus miembros, aunque no haya logrado avanzar en miras a los objetivos concretos, en este largo camino recorrido en la década pasada. En efecto,

Paraguay y Uruguay que no tenían ley especial en materia de defensa del consumidor las han dictado, mientras que Argentina logró incorporar a su ley N° 24.240 reformas de importancia, como son la garantía legal y la responsabilidad por el producto elaborado, normas que habían sido vetadas por el P.E. al tiempo de su sanción¹.

En el presente trabajo echaremos una ojeada comparativa a esos microsistemas (incluyendo, por supuesto, la ley brasileña N° 8078 del 11 de setiembre de 1990), al solo efecto de señalar el estado actual del derecho positivo en relación a algunos temas troncales de la defensa del consumidor en la región y comprender los esfuerzos que todavía hay que realizar con miras a la armonización.

3. En octubre de 1998 Paraguay promulgó la ley N° 1.334 y, a mediados de 1999, Uruguay dictó la ley N° 17.189, que entrará en vigencia en julio del corriente año. Ambas ordenan adecuadamente las normas fundamentales para la protección de los consumidores en poco más de cincuenta artículos agrupados en quince capítulos.

Cotejando en sus aspectos más generales las cuatro leyes que rigen, o regirán prontamente, en los derechos internos del Mercosur, se observa que dos de ellas (las paraguaya y uruguaya), adhiriendo a una técnica legislativa más anglosajona, optan por incluir un glosario de definiciones bastante detallado, mientras que las otras dos, sólo contienen algunos conceptos imprescindibles como los de consumidor y proveedor. También se aprecia que todas las leyes, menos la Argentina, tienen un capítulo destinado a los Derechos básicos de los consumidores. Sólo Brasil dedica un capítulo a la política nacional en materia de consumo, y las otras tres leyes no se refieren en extenso a ese tema, sino que dan lineamientos para una política educativa del consumo. Todas las leyes regulan pormenorizadamente la organización administrativa de la defensa de los consumidores, las acciones

¹ El veto presidencial a la ley 24.240, vigente desde octubre de 1993, la privó de sus normas más protectoras del consumidor (arts. 10, 11, 13, 14, 40, 52 al 54 y 56), hasta que la ley 24.999 reparó, en parte, los efectos negativos de ese veto, poniendo en vigencia algunos de los artículos observados.

administrativas y las sanciones, y también todas, menos la uruguaya, se ocupan de la defensa en juicio.

Seguidamente nos ocuparemos de confrontar los sistemas en relación a algunas cuestiones más puntuales: en cuanto al ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, la regulación de la etapa precontractual, el período de formación del contrato, el tratamiento de los contratos celebrados fuera del establecimiento, las normas relativas a condiciones negociales generales y la responsabilidad por el producto elaborado.

4. Para empezar, en el *ámbito subjetivo de aplicación de las leyes* se advierte cierta similitud, pues todas incluyen en el concepto de consumidor tanto las personas físicas como las jurídicas. Sin embargo, la ley brasileña se diferencia de las otras tres porque incluye en el concepto de consumidor a los “grupos de personas” que hayan intervenido en las relaciones de consumo, aunque sean indeterminadas.

Respecto al *ámbito objetivo* las leyes coinciden en regir la adquisición de cosas muebles e inmuebles (la ley brasileña en su art 3º parág. 1º), la uruguaya en el 5 y la paraguaya en el 4 inc. f), con excepción de la ley argentina que en su art 1 excluye la locación y adquisición de inmuebles, salvo que se trate de adquisición de inmuebles “nuevos destinados a vivienda cuya oferta sea pública y dirigida a persona indeterminada”. En cuanto a los servicios, las leyes argentina (art. 2) y paraguaya (art. 4º inc. d), excluyen los servicios profesionales.

En principio, todos los sistemas parecen regular exclusivamente relaciones “onerosas” de consumo, no obstante, la ley uruguaya (art. 4) y el decreto reglamentario de la ley argentina, consideran también la provisión gratuita de cosas o servicios cuando se realizan en función de una eventual relación de consumo. Brasil, por su parte, incluye las muestras gratis (art. 39 parág. único).

Dentro de la *etapa precontractual* merece considerarse, al menos, lo relativo a la publicidad y al deber de información a cargo del proveedor. En materia de publicidad, existe una importante diferencia, pues la ley argentina, apenas hace una referencia a ella en su art. 8, mientras que todas las otras la regulan en un capítulo especial, abordando los problemas más

significativos, como son la publicidad engañosa, comparativa y abusiva y el aspecto procesal de la carga prueba (la ley brasileña en los arts. 36 a 38; la uruguaya en los arts. 24 a 27 y la paraguaya en los arts. 35 a 39).

El deber de información, uno de los más importantes del período precontractual, por la especial vulnerabilidad del consumidor, tiene un tratamiento correcto y similar en los cuatro ordenamientos. La ley brasileña refiere a él en el art. 6 inc. III; la argentina en los arts. 4, 25, 34, 37; la paraguaya en los arts. 6 inc. d) y arts. 8 a 16 y la uruguaya en los arts. 6 inc. c), 13 a 15, 17 a 20, 22 inc. b).

Por lo que se refiere al *período de formación del contrato*, nos interesa señalar cómo están tratados la oferta al público y los contratos celebrados fuera del establecimiento. En materia de consumo, la denominada “oferta al público” es considerada, casi unánimemente, como oferta obligatoria y no como una invitación a ofertar. Las leyes que analizamos adoptan ese criterio pero, salvo la brasileña (art.30), cometen seguidamente un grave error, dado que tanto la ley argentina (art. 7), como la paraguaya (art. 9) y la uruguaya (art. 12) permiten al oferente revocar la oferta, siempre que utilicen el mismo medio empleado para formularla. Esto es una incongruencia significativa, pues si la oferta es obligatoria no puede retractarse válidamente durante el plazo de su vigencia, porque se vulnera la confianza suscitada en el destinatario de la misma.

En relación a los contratos celebrados fuera del establecimiento hay un tratamiento similar en los cuatro países, que acuerdan al consumidor un plazo de reflexión, variable entre cinco y siete días, otorgándole el derecho a resolver el contrato dentro de dicho término, sin expresión de causa. En esta normativa hay que señalar, que de acuerdo a la genérica expresión empleada, quedan comprendidos todos los contratos de consumo, cuando quizás resultara más adecuado excluir alguna actividad, como lo hacen, por ejemplo, las directivas de la Unión Europea respecto al seguro, por su especial modalidad de comercialización con promotores fuera de los locales comerciales.

En estas normas referidas a la contratación fuera del local comercial, nos interesa señalar sus imprecisiones técnicas y terminológicas, dejando a salvo la ley paraguaya (art.26). Sabido es que el plazo de reflexión está

previsto como un medio de protección al consumidor que, sin intención de contratar, termina haciéndolo, porque es sorprendido con una oferta, generalmente muy influida por el marketing y la publicidad. De modo que no sólo hay que referirse a la “venta” fuera del local, como lo hacen dichas normas, sino a “toda contratación” que se celebre fuera del establecimiento. Más grave aún, son los errores técnicos en que incurren la ley argentina (art. 34) al decir que el consumidor puede “revocar su aceptación” cuando en realidad ya tiene un contrato perfecto que, a lo sumo, podrá ser resuelto, y la uruguaya (art.16) al establecer que, cuando la oferta de servicios “se realice en locales acondicionados con la finalidad de ofertar”, el consumidor puede resolver el contrato en el plazo de reflexión, no pudiendo comprenderse cuál es el supuesto de hecho previsto por el legislador ya que todos los locales comerciales “están acondicionados para ofertar”.

También resulta útil confrontar el tratamiento que tienen en materia de condiciones negociables generales, dado que en el derecho comparado existen muy diversos modos de abordar el problema. Hay ordenamiento normativos que no poseen normas expresas sancionatorias de las cláusulas abusivas, otros que contienen listas de cláusulas prohibidas, los que establecen pautas generales, aquéllos que organizan registros de cláusulas prohibidas u ordenan control administrativo sin revisión judicial o con ella.

En el derecho interno de los miembros del Mercosur hay diferencias de relativa trascendencia, visto que todos coinciden en disponer la sanción de nulidad relativa para las cláusulas abusivas, autorizando al juez, en caso necesario, para integrar el contrato. Sólo se diferencian en que las leyes brasileña (arts.51 a 53) y uruguaya (arts.30 y 31) optaron por confeccionar listados de cláusulas abusivas, y, en cambio, la argentina (art.37) y la paraguaya (arts.27 y 28) por fijar algunos criterios generales de interpretación.

Para terminar analizaremos las normas relativas a la responsabilidad civil por el producto elaborado en los cuatro microsistemas, señalando, de entrada, que precisamente en esta materia que es, quizás, el meollo para un mercado común armónico, hay importantes diferencias. Decimos que se trata de una cuestión de enorme trascendencia, tanto en el derecho interno como comunitario, porque está vinculada de manera directa a la transparencia del mercado y la competencia comercial, que se ven

afectadas cuando el régimen de responsabilidad civil no es suficientemente exigente con quienes fabrican y comercializan productos de mala calidad.

La ley brasileña (art. 18 a 25) y, actualmente también, la argentina (art. 40, 11 y 13) imponen responsabilidad objetiva y solidaria frente al consumidor a todos los intervinientes en la cadena de producción y comercialización, por el vicio o defecto de la cosa o de la prestación del servicio, imponiéndoles también la responsabilidad por la garantía legal de los productos y servicios. En cambio, las leyes paraguaya y uruguaya no prevén garantía legal ni incorporan la responsabilidad solidaria entre los integrantes de la cadena de producción y comercialización, limitándose la ley uruguaya (arts.34 a 36) a establecer un régimen muy débil de reparación de daños. Quizás resulte más justo mantener la responsabilidad objetiva y solidaria y tarifar el quantum indemnizatorio, como esta responsabilidad como hace la directiva europea.

En relación a la regulación de las condiciones generales de contratación y la responsabilidad por el producto elaborado la Unión Europea, y por tanto sus países miembros, han adoptado un criterio diferente, dictando normas especiales y minuciosas, fuera de los estatutos del consumidor.

5. Esta somera comparación de los ordenamientos positivos muestra, a nuestro entender, que las diferencias existentes no son fáciles de superar al momento de armonizar las normas para el mercado común, pues en gran medida son la consecuencia de negociaciones con los grupos de interés y responden, en última instancia, a criterios valorativos disímiles en cuanto a la función del Estado, la inversión, la empresa y el consumo.

BIBLIOGRAFÍA

* De los Mozos y de los Mozos, José Luis, "La propuesta de un Código europeo de contratos del "Convegno di Pavia", visto desde España", en "Estudios de Derecho Europeo Privado", Colegio de registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de estudios registrales, Madrid, 1994, pág.181.

* Incontro di studio su il futuro Codice europeo dei contratti, a cargo de Peter Stein, Giuffè, Milano, 1993.

* Larroumet, Christian, La protección de los consumidores y la responsabilidad de los productores en el derecho de la Unión Europea, en Responsabilidad por daños en el tercer milenio, Abeledo-Perrot, Bs.As, 1997, pag.365.

* Rezzónico, Juan Carlos, "Contratos con cláusulas predispuestas", Astrea, Bs.As., 1987.

* Biocca, Stella Maris, Responsabilidad por productos y servicios en el Mercosur", en "La responsabilidad" (Homenaje al Dr. Isidoro Goldenberg), Abeledo Perrot, Bs.As., 1995, pág. 911

* Fresneda Saieg, Mónica, Frustagli, Sandra, Esborraz, David, Hernández, Carlos, "Hacia la unificación del derecho de las obligaciones y de los contratos en el Mercosur", en "Del Mercosur", Edic.Ciudad argentina, Bs.As., 1996, pág. 253.

* Pueden verse también nuestros trabajos:

- "Quelques apports pour un droit contractuel latino-américain uniforme", en Journées de la Société de Legislation comparée, París, 1991,pág.313 y ss.

- Un "código de los contratos" para el Mercosur, en La Ley 1996-B, 941.

- "La armonización del derecho privado en el Mercosur como instrumento de cambio en el derecho interno de los países miembros", en Desafíos del Mercosur, Ediciones Ciudad Argentina, Bs.As., 1997, pág. 183.

El Mercosur como Instrumento de Cambio en el Derecho Interno

- “Necesidad y posibilidad de unificar la teoría general del contrato en el Mercosur” (en colaboración), en *Desafíos del Mercosur*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs.As., 1997, pág. 209.

- “La contratación en los procesos de integración regional. A propósito del Código europeo de los contratos”, (en coautoría) entrega diaria *La Ley*, 4 de diciembre 1998.

- *La Constitución Nacional y los Códigos de Derecho Privado*, en *Trabajos del Centro*, Centro de investigaciones de Derecho Civil, Facultad de Derecho U.N.R. No. 1, pág. 33.

* Directivas de la C.E.E. N° 85/ 577 sobre venta fuera de locales comerciales; N° 87/ 102 sobre crédito al consumo; N° 84/ 450 sobre publicidad engañosa.

