



“(...) porque así como la competencia perfecta existe solo en la teoría, mientras en la realidad la competencia es siempre imperfecta, el mercado está siempre – fisiológicamente – expuesto a las fallas.”

Regulación del mercado e intereses de referencia: ¿De la protección del consumidor a la protección del cliente? * **

361

Vincenzo Roppo ***

I. ¿CONSUMIDOR, U OTRA COSA?

La opinión común da por descontado que entre los fines últimos de la disciplina *antitrust* la protección de los consumidores ocupa una posición absolutamente central. Y quién es el “consumidor” – en sentido propio o técnico – está aclarado por las definiciones legales: “la persona natural que actúa con fines distintos a la actividad empresarial, comercial, artesana o profesional eventualmente desarrollada” (art. 3, inciso a) del Código de Consumo).

Pero el área con los intereses relevantes, de la cual el *antitrust* se hace cargo, no puede ser delimitada de manera tan restringida. Las políticas de protección del mercado y de la competencia están orientadas hacia un horizonte más vasto de aquel definido bajo la categoría de los consumidores en un sentido estricto. De esta perspectiva más amplia dan cuenta las siguientes formulas normativas: el bienestar de los consumidores sí está indicado como parámetro de evaluación *antitrust* en los arts. 3, párrafo 1, inciso b) y 4, párrafo 1 de la ley n. 287/1990; pero cuando los arts. 2, párrafo 2, inciso c) y d) y 3, párrafo 1, inciso c) y d) hacen referencia a la posición de “otros contratantes” a tutelar contra acuerdos restrictivos o prácticas abusivas, evocan a clases de sujetos que evidentemente no se identifican necesariamente con los consumidores. ¿Quiénes son estos “otros contratantes”? Pueden ser consumidores; pero pueden también ser sujetos que no sean personas naturales (empresas, entidades sin fines de lucro, entidades públicas), o, en todo caso, sujetos que actúan en el mercado con fines ya no distintos, sino inherentes a la propia actividad

* Contribución destinada al libro promovido por la Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado por la celebración de su vigésimo aniversario. Publicado en Italiano en AA.VV - “Rivista di Diritto Privato” (2010). Número 3. Bari: Cacucci Editore, pp. 19-35.

** Traducción autorizada del artículo original en Italiano titulado “Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?” por:

LEON PACHECO, José Francisco. Abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Asociado del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade. Egresado de la Maestría en Regulación con mención en Infraestructura y Servicios Públicos – Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (2010). Estudios de Postgrado en Derecho de la Construcción (2011) y en Derecho de las Concesiones (2009) – Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

*** Profesor ordinario del Departamento de Derecho Privado, Internacional y Comercial “G.L.M. Casareggi”, Sección de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Università degli Studi di Genova.

empresarial profesional – por tanto, sujetos que no son consumidores.

El tema aquí tratado es precisamente el siguiente: si, y por qué vías, la *market regulation* de nuestros tiempos – y por tanto la acción *antitrust*, la cual es un factor importante en la regulación del mercado – extiende el ámbito de los sujetos y de los intereses protegidos por la categoría del consumidor, para cubrir con las políticas de protección también a sujetos e intereses diversos.¹

De dicha extensión se desprenden – a mi parecer – señales muy claras del desarrollo de la legislación, tanto a un nivel de derecho interno como europeo. El proceso parece moverse en dos direcciones diferentes. Y su resultado es que el escenario de la regulación del mercado – tradicionalmente monopolizada por los consumidores – viene a poblarse de nuevos actores, de nuevas relevantes figuras subjetivas.

II. DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA PROTECCIÓN DE LA EMPRESA “DÉBIL”: A NIVEL DE DERECHO INTERNO...

Es innegable que las disciplinas del *market regulation* están orientadas en gran parte a relaciones B2C, con el objetivo de proteger a los consumidores, identificados como la parte “débil” por excelencia en el escenario de las relaciones de mercado. Sin embargo existen también – y no son irrelevantes – previsiones directas en lugar de la regulación de relaciones B2B, en la cual la parte que amerita protección no es un consumidor sino es una empresa que por asimetría informativa u otro factor de “debilidad” sufre estructuralmente de un déficit de fuerza contractual en la relación con una empresa “dominante” (de ahora en adelante designaré las relaciones de mercado caracterizadas por el mencionado desequilibrio como relaciones “asimétricas”, y denominaré “asimétricos” a sus correspondientes contratos).

Es, típicamente, el caso del subcontratista en las controversias con comitente; o del *franchisee* en las controversias con el *franchisor*. Y la ley n. 192/1978 sobre subcontratos, así como – respectivamente – la ley n. 129/2004 sobre la afiliación comercial, son ejemplos paradigmáticos de una disciplina de relaciones B2B “asimétricas”, inspirada en la protección de la empresa débil frente a la empresa con superior fuerza en el mercado.

III. ... Y A NIVEL DE DERECHO COMUNITARIO

Los dos casos apenas mencionados están relacionados con disciplinas puramente nacionales. Pero el panorama

se amplía en modo significativo si volcamos la atención a la legislación europea. Directivas como aquellas sobre agentes de comercio (1986/653) y sus retrasos de pago en las transacciones comerciales (2005/35) son también ejemplos de regulación de relaciones B2B asimétricas, destinada a la protección de empresas que por su posición de mercado resultan débiles en la relación con empresas en posición de fuerza: donde la debilidad de los agentes está en su sustancial “dependencia” económico-organizativa de los principales; mientras la debilidad de los titulares de los créditos comerciales es la del operador que ya ha provisto el bien o servicio a la empresa adquirente pero todavía espera de recibir el precio, y así arriesga tensiones financieras o en todo caso soporta el costo de aquello que en sustancia es un financiamiento otorgado gratis a la contraparte.

Siempre sobre el terreno de la legislación comunitaria, huellas importantes de una política de protección de la empresa débil en las relaciones de mercado B2B se aprecian en el Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (n. 593/2008). El considerando 23 indica con claridad que entre las políticas centrales del Reglamento se encuentra la protección de la parte “débil” en las relaciones de mercado asimétricas. Con igual claridad el considerando 24 indica que tal protección se dirige en primer lugar a los contratos de los consumidores (a los cuales se dedica una disciplina *ad hoc* con el art. 6), pero que no se agota en el área de las relaciones B2C. Encontramos confirmación de ello en el art. 4.1 incisos e) y f), que están dedicados a dos clases de contratos típicamente asimétricos B2B, como los contratos de *franchising* y los contratos de distribución; y con evidencia persiguen objetivos de tutela de la empresa *franchisee* y respectivamente de la empresa distribuidora, vistas como las partes estructuralmente débiles de la relación.

En esta perspectiva, no parece inadecuado evocar otra veta de la normativa comunitaria, que representa una auténtica mina de materiales preciosos porque se ocupa del derecho europeo de los contratos, modalidad en la perspectiva de los contratos B2B, y que lleva a un contacto más cercano con el universo del *antitrust*: la disciplina de las exenciones de bloque para los acuerdos restrictivos de la competencia con efecto beneficiosos para el mercado art. 81, párrafo 3 del Tratado, y en particular aquella relativa a los acuerdos verticales. Es verdad que aquí la *policy* primaria no es tanto la protección de la empresa débil que enfrenta a la empresa fuerte en la relación de distribución, sino más bien la eficiencia del mercado. Y sin embargo la disciplina en algún modo se relaciona con el equilibrio de los derechos y de las obligaciones entre las partes, en la medida en que quiere impedir que los

1 Al tema (considerado bajo la perspectiva específica del derecho de los contratos) he dedicado en el transcurso de los últimos años investigaciones y reflexiones, a partir de lo cual me permito hacer remisión a abundante argumentación y documentación: V. Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, en *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 769 y siguientes (ahora también en V. Roppo, *Il contratto del duemila*, 2º ed., Giappichelli, Torino, 2005, p. 23 y siguientes); Id., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici* (con nota sobre el “terzo contrato”), en *Rivista di diritto privato*, 2007, p. 669 y siguientes; Id., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, en *Corriere giuridico*, 2009, p. 267 y siguientes; y finalmente, con mayor aplitud, Id., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, en *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 y siguientes.

acuerdos en cuestión puedan “imponer a las empresa interesadas restricciones que no son indispensables para alcanzar” los resultados de interés general que justifican la exención (art. 81, párrafo 3, inciso a) del Tratado).

De otra parte, la conexión entre disciplina *antitrust* y protección de la parte débil en las relaciones B2B se encuentra plasmada - siempre a nivel de derecho comunitario - en una notoria decisión tomada en el 2001 en la Corte de Justicia: me refiero al caso *Courage*.² Aquí en verdad se ha decidido que la empresa (distribuidora), involucrada con otra empresa (productora) en un acuerdo que resulta vejatorio y perjudicial en detrimento de la primera y a su vez ilícito por anticompetitivo, se encuentra legitimada (no obstante su participación en el acto ilícito) a reclamar los daños y perjuicios a la empresa contraparte, siempre y cuando demuestre que se encontraba, cuando concluyó el acuerdo restrictivo, “en una posición de significativa debilidad respecto de la otra parte, tal de comprometer seriamente o incluso excluir su libertad de contratar las cláusulas del acuerdo”.

IV. SOBRE LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: O BIEN, LO QUE VALE PARA LAS RELACIONES B2C DEBERÍA VALER TAMBIÉN PARA LAS RELACIONES ASIMÉTRICAS B2B

Todavía refiriéndose al caso judicial apenas mencionado, se puede decir que el Sr. Crehan, el pobre administrador del pub forzado a aceptar el acuerdo restrictivo impuesto por el productor y proveedor de cerveza *Courage*, ha sufrido de este último algo que se asemeja bastante a una práctica comercial desleal (y más precisamente “agresiva”, si lo analizamos bajo la notoria dicotomía entre práctica “agresiva” y práctica “engañososa”): aquella tipología de reprochables conductas de mercado que forma objeto de la directiva comunitaria 2005/29, trasladada a nuestro ordenamiento en los arts. 18 y siguientes del Código de Consumo. Resulta penoso, sin embargo, que el Sr. Crehan no pudiese invocar dicha disciplina: no solo porque en el momento en que ocurrieron los hechos todavía no existía, sino también porque, aunque hubiera estado vigente, no habría sido aplicable al caso. En verdad las normas que tutelan a las víctimas de prácticas comerciales desleales estuvieron pensadas por el legislador europeo a beneficio exclusivo de los consumidores; y por tanto solo en la lógica de las relaciones B2C.

Esta limitación es un dato normativo innegable. ¿Pero es también innegable su divisibilidad como punto de *policy*? ¿O al contrario es lícito discutirla, considerando la eventualidad - o la oportunidad - que la represión de las prácticas comerciales desleales pueda alcanzar en modo

sustancialmente homogéneo no solo a los consumidores si no también a las empresas que por su posición de mercado sufren asimetrías de poder contractual en sus relaciones con otras empresas que gozan de superior *bargaining power*? Una respuesta tendencialmente afirmativa no sería la mera expresión de opinión libre no calificada; pero encontraría un sólido sustento en tomas de posición a cargo de la autoridad político-institucional.

En tanto a nivel de derecho comunitario, es posible resaltar al menos dos significativas expresiones. La primera es del mismo legislador europeo a quien se debe la directiva 2005/29: en el octavo de los considerandos que preceden al articulado, se aprecia en verdad que “existen otras prácticas comerciales que, aunque no lesivas para los consumidores, pueden dañar las empresas clientas”, y se observa que “la Comisión debería atentamente considerar la exigencia de una acción comunitaria... más allá de la finalidad de la presente directiva, y si fuera el caso presentar una propuesta legislativa que cubra estos otros aspectos”. La segunda expresión se lee en el *green paper* sobre la revisión del *consumer acquis*, elaborado por la Comisión entre 2006 y 2007, donde se lee:³ “Algunas empresas, como las empresas individuales o pequeños negocios, pueden algunas veces encontrarse en similar posición a la de un consumidor cuando adquieren determinados bienes o servicios, lo cual genera la interrogante de si ellos deben beneficiarse de cierto alcance de la protección que se brinda a los consumidores”.⁴

Pero en este contexto resulta necesario indicar la adopción de una posición “interna” en el ordenamiento italiano. Aunque no con carácter autoritativo: en la presentación de la última Relación anual de la Autoridad *antitrust*, el Presidente (de acuerdo con la recuperación de la competencia por la Autoridad en materia de cláusulas vejatorias y de intereses difusos) ha explícitamente indicado como “necesario... ampliar el radio de intervención del *Antitrust* de modo que incluya a las prácticas comerciales desleales y a los daños de las pequeñas y medianas empresas”.⁵ Como decir: una disciplina nacida del área circunscrita de las relaciones B2C debe ser extendida también a sectores de las relaciones B2B, caracterizadas por una análoga asimetría entre los actores del mercado.

V. ... Y VICEVERSA

En el párrafo precedente se ha tomado en consideración la línea por la que determinadas disciplinas de protección, previstas en favor de los consumidores con referencia a relaciones B2C, podrían/deberían extenderse - en favor de las empresas débiles - también a relaciones asimétricas B2B. Pero puede formularse como hipótesis una línea que proceda en un sentido inverso: aplicar a los

2 *Courage v. Crehan*: caso C-453/99, resuelto en la Corte de Justicia mediante sentencia del 20 setiembre de 2001.

3 La cita que obra en el texto original del artículo es la siguiente: “Some businesses, such as individual entrepreneurs or small businesses, may sometimes be in a similar position as consumers when they buy certain good or services, which raises the question whether they should benefit to a certain extent from the same protection provided for to consumers”.

4 Comisión de la Comunidad Europea, Libro verde su “Revisión dell’acquis relativo ai consumatori”, 8 de febrero de 2007: COM (2006) 744 final, punto 4.1. del cuestionario para la consulta.

5 Autoridad Garante de la Competencia y del Mercado, Relazione annuale 2008, 16 de junio de 2009, Presentazione del Presidente Antonio Catricalà, p. 12.

consumidores normativas de protección formalmente dictadas con atención a empresas débiles involucradas en relaciones asimétricas con empresas dominantes, y por tanto expandir en el campo del B2C regímenes nacidos en el recinto del B2B.

Va exactamente en esta dirección una lectura del art. 9 de la ley n. 192/1998, recientemente propuesta por Mario Libertini. Frente al problema de la eventual nulidad “derivada” de los contratos entre empresas y consumidores, concluidos “aguas abajo” de un acuerdo restrictivo estipulado entre la empresa, él niega que tal nulidad pueda automáticamente inferirse de la sola concesión entre contrato “aguas abajo” y acuerdo “aguas arriba”; e identifica, como único camino para darle ingreso, una aplicación analógica del citado art. 9 donde – en el párrafo 3 – dice nulo el contrato “a través del cual se realiza el abuso de la dependencia económica”. Más precisamente: Libertini formula como hipótesis que dicha norma, incluso expresamente referida a relaciones asimétricas B2B (para la tutela de una empresa afectada por la dependencia económica en las controversias con una empresa dominante), pueda extenderse por analogía también a relaciones B2C, en favor de sujetos en la condición de consumidores y no de empresa.⁶

Y aunque esta es agua llevada al molino de quien sostiene la tendencial superación de las barreras que separan la disciplina de las relaciones B2B de aquella de las relaciones B2C, en favor de una consideración dentro de lo posible homogénea de todas las relaciones de mercado asimétricas: quiera que la parte débil al interno de ellas sea un consumidor enfrentado a un profesional, quiera que sea una empresa dependiente dominada por una empresa dominante.

VI. DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA PROTECCIÓN DEL CLIENTE: LA RATIO

Estamos hablando del proceso por el cual la protección de la parte débil en las relaciones de mercado asimétrica tiende a evitar el ámbito de las relaciones B2C, para cubrir intereses y sujetos que van más allá de la figura del consumidor; y hemos anticipado que tal proceso se desarrolla en dos diferentes direcciones. Se encuentra apenas delineada y documentada la primera de ellas, resumiéndola en la fórmula “de la protección del consumidor a la protección de la empresa débil en las relaciones B2B desequilibradas”. Vamos ahora a la segunda dirección de desarrollo, la cual hace referencia a una fórmula todavía más seca: “de la protección del consumidor a la protección del cliente”.

El tema puede ser introducido partiendo de las dos referencias al cuadro comunitario, indicadas arriba, en la secc. 4. ¿En que términos resultan allí calificadas las empresas en favor de las cuales las instituciones UE formulan como hipótesis la extensibilidad de ciertas protec-

ciones legislativas pensadas para los consumidores? Son calificadas como “empresas *clientes*” (considerando 8 de la directiva 2005/29), o como empresas que en el mercado “*adquieren bienes o servicios*” (formula del libro verde sobre la revisión del *consumer acquis*). Aquí el dato que significativamente las asimila a la posición de los consumidores: como estos, aunque aquellas operan en el mercado “del lado de la demanda”, y por tanto en la condición de adquirentes de bienes o servicios prestados por una (otra) empresa que, colocándose “del lado de la oferta”, le produce y/o distribuye – en una palabra, operan en condición de clientes.

¿Pero porqué los “clientes” como tales – independientemente de su estado subjetivo – ameritan en general de ser tutelados en las relaciones de mercado con las empresas proveedoras? ¿Cuál es el específico factor de asimetría que los deja “débiles” frente a una contraparte? La razón está en las posiciones de las partes respecto de la “prestación característica” del contrato: en esencia, el bien o servicio ofertado, demandado, provisto. En las controversias sobre estos asuntos, el cliente es generalmente un *outsider*, privado del conocimiento específico y de las capacidades técnico-organizativas que permiten el control de la prestación característica a él destinada; este conocimiento y capacidad se encuentran todas concentradas en la empresa proveedora, que otorga al *insider* la prestación característica ya que tiene por así decir el dominio. Pero la parte que domina la prestación característica, domina el contrato; y si en el contrato hay una parte estructuralmente dominante, se abre la exigencia de proteger la parte estructuralmente dependiente: el cliente, cuya estructural debilidad deriva de la objetiva posición de *outsider* de la prestación característica, y por tanto se prescinde de la calificación subjetiva – persona natural, o tal vez organización – y de las razones de la presencia en el mercado – fines personales/familiares, o tal vez fines profesionales/empresariales. En suma: el cliente se encuentra protegido – indiferentemente – tanto en las relaciones B2C como en las relaciones B2B.

Quisiera resaltar, en el desarrollo de las legislaciones, una tendencia a colocar a la tutela del cliente cada vez más al centro de las políticas de la regulación del mercado; a proteger la parte débil de las relaciones asimétricas de mercado no porque se trate de un consumidor (la persona natural que... etc. etc.), sino porque se trata, puntualmente, de un cliente. Parecen confirmarlo importantes bloques de disciplinas contractuales, referidas a clases de contratos que no son propiamente ni B2C ni B2B, pero pueden ser indiferentemente una cosa o la otra. Contratos que, por insistir con el juego de los acrónimos, podemos llamar B2C solo asumiendo que la “C” no esté por “*consumer*” sino por “*customer*”; pero que para evitar confusiones sería mejor llamar S2C (“*Supplier-to-Customer*”).

VII. ... Y LAS COMPARACIONES: A NIVEL COMUNITARIO

6 M. Libertini, Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II), en *Danno e responsabilità*, 2005, p. 248-249.

Una importante legislación orientada a la protección del cliente en los contratos S2C viene floreciendo, últimamente, en el terreno del derecho comunitario.

Materia interesante en ese sentido se encuentra en el mismo Reglamento Roma I, del cual hemos ya citado normas para la protección de empresas débiles en relaciones asimétricas B2B. No menos interesantes – como indicadores de una política de protección a los clientes, cualquiera sea su estado subjetivo – son los arts. 5 y 7 en la elección de la ley aplicable a los contratos de transporte y respectivamente de seguro. Aquí la idea es que por la “particular naturaleza” de los contratos, o mejor de los servicios, en cuestión, sus usuarios merecen “un adecuado nivel de protección”: no porque tenemos calidad de consumidores (tan es verdad que los arts. 5 y 7, constituidos *ratione materiae*, prevalecen sobre el art. 6, constituido *ratione subjectus* para los contratos de los consumidores); sino porque son clientes que adquieren y utilizan aquellos particulares servicios.

Pero sobre todo, hay un bello paquete de directivas.

Para comenzar, la directiva general sobre los servicios (2006/123). En la medida (en verdad no grande) en que contiene reglas de derecho de los contratos, ella claramente persigue una *ratio* de protección del destinatario (cliente) sobre el prestador del servicio, que posee el control cognoscitivo, técnico, organizativo del servicio mismo, de lo cual en cambio el primero carece. Y el cliente protegido puede ser – por el expreso dictado de la norma (art. 4, n. 3) – así una persona natural como ente organizado, que actúa con fines no profesionales pero también profesionales. En pocas palabras: la disciplina abarca relaciones ya sean B2C o B2B, porque no protege a consumidores sino a clientes.

Lo mismo puede decirse por las directivas sobre los seguros: de vida (2002/83) y otros (1988/357; 1992/49). Aunque aquellas prefijan una tutela mínima de los asegurados (también con normas de derecho de los contratos, por ejemplo en materia de retiro y deberes de información): pero la constituyen en modo tendencialmente indiferenciado por clientes consumidores y por clientes profesionales.

Análoga inspiración de fondo produce la directiva sobre los servicios de la sociedad de la información (*e-commerce*: 2000/31). Es verdad que, en el contexto de una disciplina orientada también aquí a la protección de los usuarios, un par de normas muy particulares se dirigen específicamente a los consumidores en sentido técnico: pero gran parte prevalente de la disciplina cubre la generalidad de los clientes, una vez definidas con una fórmula que expresamente incluye personas naturales como organizaciones, animadas por fines no profesionales como profesionales – en suma, consumidores y no consumidores.

Idéntico modelo – normas marginales que delinean un pequeño régimen especial para los consumidores, al interior de una muy consistente disciplina para protección de todos los clientes como tales – encontramos recientemente en la directiva sobre los servicios de pago (2007/64). Que explicita esta *ratio* con la claridad de las

palabras escritas en el considerando 20: “En cada caso, determinadas *core provisions*” – como aquellas sobre derechos y obligaciones de las partes relacionadas a la prestación característica del contrato – deberían ser siempre aplicables, para prescindir del estado del usuario del servicio”.

La indiferencia al estado subjetivo del cliente (a su posibilidad de ser calificados como consumidores) está más marcada en las directivas Mifid sobre los servicios de inversión (2004/39; 2006/73). En ellas ninguna norma delinea un régimen especial para los consumidores. Serán tutelados (todos) los destinatarios de servicios de inversión. Es verdad que éstos son estratificados en clases, a cada una de las cuales corresponde una necesidad distinta y un diferente nivel de tutela: pero entre estas clases – contrapartes calificadas, clientes profesionales, clientes al detalle – ninguna, y menos aquella de los clientes al detalle, se identifica con la categoría de los consumidores en sentido propio y estricto.

Síntomas del indicado proceso evolutivo “de la protección del consumidor a la protección del cliente” se aprecian también en otra legislación comunitaria relacionada a servicios: el Reglamento sobre el transporte aéreo N° 266/2004; las directivas sobre electricidad (2003/54) y sobre el gas (2003/55). Algo más que un simple síntoma se aprecia de la directiva sobre los paquetes turísticos (1990/315). Aquí la parte protegida – la usuaria de los servicios de los *tour operators* – es llamado “consumidor”; sin embargo, la definición legal deja de lado, considerándolas irrelevantes, las dos principales características del consumidor normativamente tipificado: la calidad de persona natural, y el fin personal/familiar de la adquisición del paquete. Pero si el sujeto tutelado en cuanto adquiere el servicio turístico puede ser también un ente organizado, y puede también hacer la adquisición para fines profesionales o empresariales, este sujeto es en verdad un cliente y con certeza no es un consumidor.

VIII. ... A NIVEL DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: LOS “DECRETOS BERSANI”

Es curioso notar un idéntico desfase entre la esencia de las cosas y la palabra empleada para decirla (llamar al beneficiario de la protección legislativa “consumidor”, cuando en realidad es un “cliente”) se registra en la legislación doméstica. Es más que preciso en dos dispositivos que imagino importantes para el *Antitrust*: los “decretos Bersani” del 2006 y 2007.

Comenzamos con el decreto ley n. 223/2006 (convertido en ley N. 248/2006). El título I se encuentra expresamente titulado con la fórmula “tutela de los consumidores”, y contiene normas en materia de seguros y bancaria. En el campo de la distribución de pólizas para auto, con el otro impone al intermediario dejar transparente la entidad de los propios corretajes dando de ello “preventiva información al consumidor” (art. 8, que revela el código de los seguros). Pero es claro que en realidad el beneficiario de la información no es un “consumidor” en sen-

tido técnico, ex art. 3, párrafo 1, inciso a) del Código de Consumo, sino es cualquier cliente o potencial cliente de la compañía: podrá ser la persona natural que cubre la propia póliza para auto en perspectiva puramente personal (y entonces será consumidor en sentido propio); pero podrá ser también la empresa que se asegura en relación a la circulación de los autos pertenecientes a la flota de la empresa (en cuyo caso no es del todo un consumidor). Más minucioso del léxico legislativo parece el art. 10, que rescibe el art. 118 del *Testo Unico Bancario* (tub) sobre el *ius variandi* en los contratos bancarios: que la parte protegida en las controversias de la banca (que podrá ser persona natural o jurídica, podrá actuar por razones personales/familiares, o bien profesionales/empresariales) no es llamada con un término restrictivo y empeñoso cual “consumidor”, sino con la más neutra fórmula de “cliente”. Y todavía resta que aunque esta disciplina está idealmente bajo el paraguas de aquella “tutela de los consumidores” que el decreto presenta como el objetivo unificante de todas las normas comprendidas en el título I.

Vayamos al decreto ley n. 7/2007 (convertido en la ley n. 40/2007), que se ocupa todavía de la actividad bancaria y seguros; y también de *utilities*. Aquí la separación entre la palabra y la cosa se hace aún más marcada. Más marcado es, por un lado, el énfasis puesto sobre la palabra de orden de la “tutela de los consumidores” (que encontramos ya en el título general del decreto, y reencontramos después en el título del capítulo I). Y más marcado resulta, por otro lado, el destino de la disciplina a favor no específicamente de los consumidores, sino de la generalidad de los clientes que adquieren bienes o servicios a las empresas de los considerados sectores del mercado: clientes de *utilities*, como se dijo (las empresas de telecomunicaciones del art. 1; las gestoras de redes viales y autopistas del art. 2; los veedores aéreos del art. 3); clientes de seguros y bancas. Es sobretodo en el campo de seguros donde la contradicción emerge con más nitidez. El título del art. 5 parece inequívoco acerca de los beneficiarios de la tutela: “Limitada por la... *tutela del consumidor* en los servicios de seguros” (y de “consumidor” como parte protegida habla también el párrafo 3). Pero de nuevo el léxico del título ha revelado la sustancia de la disciplina: que se dirige en general a todos los contratos de seguros y a todos los asegurados, sean aquellos consumidores en sentido propio o no.

El segundo decreto Bersani introduce después una figura nueva, en el panorama de los sujetos de mercado “débiles” y por ello merecedores de protección legislativa en la relación asimétrica con contrapartes más fuertes: el “cliente persona natural”, que figura como destinatario de tutela frente a las compañías aseguradoras (en relación a la adquisición de una nueva póliza de seguros para auto) en el nuevo art. 134, párrafo 4-bis del Código de Seguros, y frente a los bancos (con la prohibición de penalidades por la extinción anticipada de mutuos inmobiliarios) en el art. 7, párrafo 1 del Decreto. Es una figura nueva y un poco híbrida: más restringida que aquella del cliente *tout court*, para que cubra solo los clientes que sea personas naturales excluyendo los clientes entificados; y más

amplia que aquella del consumidor, porque comprende a las personas naturales que financian la adquisición de inmuebles para destinarlos (no solo como vivienda, y por tanto por razones personales/familiares) también “al desenvolvimiento de la propia actividad económica o profesional”, y por tanto por razones incompatibles con la condición de consumidor. También desde este punto de vista, la figura del consumidor por así por así decirlo “en puridad” sufre erosiones y contaminación.

IX. ... Y OTRA TODAVÍA

Que la tradicional condición de consumidor (entendido en sentido propio como la persona natural que opera por razones personales/familiares) sea una condición actualmente muy restringida para adaptarse bien a las figuras de mercado que exigen protección legal en sus relaciones asimétricas con partes fuertes, es un asunto que encuentra otras confirmaciones.

Una está dada por el art. 7 del d.lgs. n.164/2007, que introduce el nuevo artículo 32-bis del *Testo Unico della Finanza* (tuf). La finalidad es: extender las formas de tutela colectiva, previstas en los arts. 139-140 del Código de Consumo en favor de los únicamente consumidores, más allá de este restringido ámbito para hacerles gozar a una más amplia platea de beneficiarios, y por tanto indistintamente a todos los “inversionistas” en cualquier modo involucrados en la “prestación de servicios y actividad de inversión y de servicios accesorios y de gestión colectiva del ahorro” (“inversores – es el caso de decirlo – que bien pueden no ser personas naturales sino jurídicas, y pueden buscar servicios de inversión no para asignar los ahorros personales/familiares sino en función específica de su actividad profesional o empresarial). El sentido es: un régimen jurídico que vale para los consumidores, no se ve por qué no debería valer del mismo modo para otras figuras – incluso empresariales – análogamente víctimas de asimetrías informativas o de otros factores de falla del mercado.

Veo después otro indicio de este proceso, que empuja un poco a los límites la tradicional figura del consumidor para traer al centro del escenario una más amplia figura del cliente, no encerrada en la calidad subjetiva de persona natural ni en el dato funcional del actuar con fines meramente personales/familiares. El indicio es este: mientras una disciplina orientada al cliente y una distinta disciplina orientada al consumidor resultarían ambas abstractamente aplicables al mismo supuesto de hecho, que presenta las condiciones de uso sea de una o de la otra, la disciplina orientada al cliente tiende a prevalecer sobre la disciplina orientada al consumidor. Del problema se hace cargo por ejemplo, indicando esta solución, el Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: si un consumidor hace un contrato de transporte o de seguro, a eso no se aplica el art. 6 sobre el contrato del consumidor, sino el art. 5 o el art. 7 sobre el contrato de transporte y respectivamente de seguro. Esto es dicho expresamente en el art. 6 del Reglamento.

No hay una previsión adicional explícita que regule el virtual conflicto entre la disciplina de las prácticas comer-

ciales desleales y la disciplina del mercado financiero: la primera de las cuales se orienta, como es conocido, a los únicamente consumidores operando exclusivamente en el área de las relaciones B2C; mientras la segunda abarca todas las relaciones – también B2B – entre las empresas de inversión y sus clientes, en la perspectiva de proteger estos últimos. Y entonces: ¿que sucede si un sujeto con calidad de consumidor entra en el mercado financiero, y allí es víctima de conductas desleales por parte de la empresa de inversión que resultarían sancionables sea bajo los arts. 18 y siguientes del Código de Consumo (y por tanto por obra de la Autoridad *antitrust*) sea bajo cualquier pertinente artículo del tuf (y por tanto por obra de la *Consob*)? ¿Cuál de las dos complejas normativas se aplica? ¿Cuál de las dos Autoridades es competente? En falta de una clara previsión normativa *ad hoc*, la respuesta compete a la hermenéutica. Y esta se ha pronunciado, a través del Consejo de Estado en sede consultiva: afirmando que el supuesto de hecho recae sobre la disciplina del tuf (no del Código de Consumo) y en la jurisdicción de la *Consob* (no de la Autoridad *antitrust*)⁷. No me pronuncio sobre los pasajes argumentativos de la motivación, por concentrarme sobre el sentido último del párrafo: las normas para la tutela de los clientes dan importancia a las normas para la tutela de los consumidores; aquello que comanda la operatividad de la disciplina no es el status o la finalidad subjetiva del adquirente; es más bien la objetiva condición de cliente que, en un determinado mercado, adquiere determinados bienes o servicios.

X. REGULACIÓN DEL MERCADO Y FIGURA DEL CONSUMIDOR: LOS ESCENARIOS POSIBLES

De las páginas precedentes surgen señales de una posible tendencia; aunque todavía una tendencia definida y consolidada. Y no es fácil profetizar si aquellas señales se multiplican y refuerzan, dando finalmente cuerpo a una tendencia tal; o si en cambio dejan fugaces huellas de un proceso que parecía encaminarse, pero que no logró obtener un significativo desarrollo y cumplimiento. Ambos escenarios parecen hoy posibles.

Es posible el escenario por el cual el consumidor (el individuo que actúa por meros fines personales/familiares) continúa siendo el protagonista exclusivo o al menos principal de la regulación orientada a corregir las fallas del mercado; una figura cuyas características y exigencias de protección se mantienen así específicas, y diferenciadas respecto de aquellas otras figuras subjetivas involucradas en relaciones de mercado asimétricas, de requerir regímenes *ad hoc* contruidos para aquella y por aquella únicamente. Que esto sea un escenario posible, está demostrado por las recientes intervenciones del legislador y de gran peso sistemático: a nivel de derecho doméstico, la decisión misma (del 2005) de dedicar a los consumidores un amplio, articulado y autónomo cuerpo norma-

tivo como el Código de Consumo; a nivel de derecho comunitario, la decisión – de análogo sentido – que ha sido traducida en la iniciativa de la Comisión de presentar una propuesta de directiva de amplio espectro “sobre los derechos de los consumidores”, que reordena y coordina en un cuadro más orgánico una serie de precedentes directivas.⁸

Pero también es posible el escenario alternativo: aquel por el cual la figura de los consumidores como tal pierde la exclusividad y sitio central que tradicionalmente le competen en el cuadro de la regulación del mercado, para reducirse a una figura de límites más amplios: aquella del sujeto de mercado inmerso en una relación asimétrica con otro sujeto de mercado – una empresa – estructuralmente dominante respecto de ella. El sujeto tutelado bajo este título podrá ser una empresa proveedora (cuya debilidad está precisamente en el rol de quien provee bienes o servicios en un determinado contexto o bajo determinadas condiciones: agentes de comercio, titulares de créditos comerciales, subcontratistas, distribuidores). O bien podrá ser indiferentemente una empresa o un consumidor, siendo lo importante que opere como cliente, que se presenta en el mercado para adquirir determinados bienes o servicios de una empresa proveedora, como tal *master and commander* de la prestación característica del contrato. Todos estos sujetos están involucrados en relaciones que pueden llamarse asimétricas; todos sus contratos pueden calificarse como contratos asimétricos.

Dado que mi propuesta reconstructiva coloca al centro la categoría de los contratos asimétricos⁹, veo necesario precisar mejor los límites. El punto clave es que la asimetría de poder contractual entre las partes debe depender de factores fisiológicos (pertenecientes por tanto al funcionamiento fisiológico del mercado) y no patológicos. En esta perspectiva la categoría incluye obviamente los contratos entre profesionales y consumidores, que son el prototipo de los contratos fisiológicamente asimétricos; pero también los contratos entre un profesional y otro profesional, cuyos respectivas posiciones están objetivamente separadas por grado de fuerza contractual, dependientes de fisiológicos datos del mercado. En suma, cubre todos los contratos que se presentan afectados por factores de *market failure*, dándose por consensuado que tales “fallas” pertenecen a la fisiología y no a la patología del mercado: porque así como la competencia perfecta existe solo en la teoría, mientras en la realidad la competencia es siempre imperfecta, el mercado está siempre – fisiológicamente – expuesto a las fallas.

Más precisamente ahora. Considero “patológicas” las asimetrías de poder contractual (o, si se prefiere, las disminuciones de las libertades negociales) determinadas por factores que explican su relevancia en el momento en el que inciden sobre la esfera subjetiva del contratante (en la cual se reflejan en modo individualizados y no estandarizados): como los vicios de la voluntad, que en-

7 Consejo de Estado, secc. I, opinión 3 diciembre 2008, n. 3999/2008.

8 La propuesta presenta como fecha el 08 de octubre de 2008: COM (2008) 614 final.

9 V. los trabajos citados anteriormente, en el pie de página 1.

cuentran remedio en su anulabilidad; o los estados de peligro y de necesidad, que abren al remedio de la rescisión. Considero en cambio “fisiológicas” las asimetrías de poder contractuales resultantes – en términos no individualizados, sino estandarizados por enteras clases de contratantes – en las objetivas posiciones de mercado ocupadas por una y otra parte del contrato. Son fisiológicamente débiles el consumidor respecto profesional, el *franchisee* respecto al *franchisor*, el subcontratista respecto del comitente, el agente respecto al principal, el proveedor que espera el pago de la empresa adquiriente, el cliente que adquiere bienes o servicios respecto de la empresa que los provee. Es en cambio patológica la debilidad frente a la contraparte, que aflige al errante, al engañado, al amenazado: las correspondientes relaciones nada tienen que ver con la asimétrica categoría del contrato; los remedios a aquellos aplicables van buscando en el tradicional instrumento del Código Civil, no en las nuevas disciplinas de regulación del mercado.

XI. ... Y LOS PARÁMETROS DE DECISIÓN: CINCO RÉPLICAS A ZOPPINI

No oculto tener una propensión por el segundo de los escenarios apenas descritos (con las precisiones que he provisto indicar). Pero la propensión está justificada. Y la justificación requiere que cada uno de los escenarios alternativos arriba delineados se encuentren limitados por dos preguntas:

Una la advierto un poco: desde el punto de vista del orden sistemático, ¿es preferible que un cuadro normativo basado en la fragmentación/proliferación de las figuras subjetivas relevantes, y su segmentación/diferenciación de los correspondientes regímenes jurídicos, o bien un cuadro normativo que reduciendo las figuras y unificando los regímenes en la mayor medida posible, ayude un sistema exageradamente interrumpido y desconectado a recuperar linealidad, unidad, coherencia? Voto con decisión por la segunda alternativa, y esto inevitablemente me lleva a proponer la perspectiva unificante del contrato asimétrico. Me limito aquí a la afirmación, omitiendo la argumentación que en otra parte, del resto, ya he ofrecido en términos más distensos (con razonamientos que evocan un paralelismo entra la actual “*consumerizzazione*” del derecho de los contratos y el cambio de mitad del siglo XX, que madura en torno al nuevo Código Civil de 1942 y a la abrogación contextual del Código de Comercio, y que se suele declinar en términos de “*commercializzazione*” del derecho de los contratos).¹⁰

Dedico un poco más espacio a la segunda cuestión, que en realidad es perjudicial: ¿la posición del consumidor (del individuo que opera en un rol no profesional) tiene una especificidad tal que requerir un paradigma normativo intestado exclusivamente a esta figura, y rigurosamen-

te diferenciado de los paradigmas asignados a otras figuras de mercado por necesidades de protección por estar involucradas en relaciones asimétricas (cuales proveedores débiles, o clientes)? ¿O bien no presenta, respecto de otros sujetos débiles del mercado, especificidades y diferencias así surgidas, y la prevalencia de características y exigencias comunes sugiere más bien la posibilidad de regímenes tendencialmente unitarios (al menos para ciertos perfiles) para todas las situaciones de fisiológica asimetría de poder contractual? Andrea Zoppini responde en el primer lugar, fundamentando con consideraciones que deberían explicar la imposibilidad de extender a las relaciones entre empresas los paradigmas establecidos por los contratos de los consumidores, dada las profundas diferencias entre los unos y los otros, y su irreductibilidad a un cuadro unitario¹¹. Todas estas consideraciones merecen atención; ninguna, por otro lado, me parece irresistible. Trato de indicarlas una por una, y a replicar con extrema síntesis.

Según Zoppini, el contrato del consumidor está caracterizado por una asimetría informativa sobre los contenidos de la regulación negocial, a la cual la ley quiere poner remedio “para concentrar sobre el precio la controversia de las ofertas presentadas en el mercado”; en cambio en los contratos entre empresas se vería en juego “un reglamento contractual negociado entre partes informadas”. Replico. Que la asimetría informativa afecte exclusivamente a los consumidores mientras las empresas estarían por definición siempre inmunes, me parece muy discutible en línea de hecho: la empresa (no necesariamente pequeña) operante – que conoce – en el comercio al por mayor de flores, o en la producción de muebles, en el momento en que contrata con la gran empresa informática por la provisión del sistema ICT, o con la banca por cualquier sofisticada fórmula de financiamiento o bien de utilizar poco la liquidez empresarial, me parece expuesta a la asimetría informativa no mucho menos que un consumidor. El asunto me parece en cualquier modo resuelto incluso normativamente: si la empresa que contrata con otra empresa no sufriera jamás de asimetría informativa, ¿como se explica que el f.lgs. n. 129/2004 imponga a la empresa *franchisor* la obligación de ofrecer en fase precontractual a la empresa *franchisee* la enorme cantidad de información prescrita en el art. 3, párrafo 3, 4, 6, párrafo 1 (claramente destinadas a remediar la falta de conocimiento del *franchisee*)? Es más, de obligaciones de información – dirigidas a recuperar las asimetrías informativas que sufre el cliente respecto al prestador del servicio – están llenas las disciplinas de los contratos para la prestación de servicios bancarios y financieros: ¡pero los clientes así protegidos en el plano de la información pueden bien ser impresionados! Finalmente, se sostiene que las asimetrías entre los actores del mercado no son solo aquellas “informativas”: probablemente no hay par-

10 V. ROPPO, Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici, cit., p. 692-700; Id., From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts, cit., p. 343-349.

11 A. ZOPPINI, Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, en Rivista di diritto civile, 2008, I, p. 515 y siguientes, especialmente 536-541.

ticulares asimetrías informativas a cargo del agente que contrata con el principal, y del subcontratista que contrata con el comitente; pero ninguno puede negar que aquellos sufren respecto a la contraparte de asimetrías de poder contractual determinadas en las distintas posiciones de mercado, que hacen de aquellos contratantes débiles merecedores de protección legal.

Según Zoppini, lo indicado precedentemente se encontraría confirmado en la circunstancia que en los contratos de los consumidores la ley no reacciona en presencia de un precio desequilibrado (siempre que esto sea formulado en términos transparentes, o cualquier forma objeto de una cláusula individualmente negociada). Replico. La afirmación es verdad, pero no concluyente. Sería concluyente, si se pudiese sostener que en los contratos entre empresas – al contrario – la ley reacciona contra el precio desequilibrado. Pero a mi parece que este no es sostenible: a parte un caso muy específico y circunscrito, como aquel expresamente introducido en el art. 6 de la ley n. 192/1998, que a una pena de nulidad establece un “congruente resarcimiento” por la cesión al comitente de propiedad industrial o intelectual del subcontratista, aunque aquí vale en general la regla de la insindicabilidad del precio. Ni me parece que un sindicato sobre el equilibrio económico del intercambio sea legitimado en el art. 9 sobre el abuso de dependencia, que hace referencia a índices de desequilibrio de tipo no económico sino normativo: sea a nivel de definición general del supuesto de hecho ex párrafo 1 (“excesivo desequilibrio de derechos y de obligaciones”: ¡la misma fórmula que califica como vejatorias las cláusulas en los contratos de los consumidores!); sea a nivel de ejemplificación específica ex párrafo 2 (“condiciones contractuales injustificadamente gravosas o discriminatorias”). Aquello que tal vez vale la pena de preguntarse es si la derogación del principio general de la insindicabilidad del precio, introducida a favor de los consumidores para los casos de precio no transparente, no podría oportunamente extenderse también a los contratos asimétricos B2B.

Según Zoppini, la disciplina de los contratos de los consumidores apunta a la tutela individual del contratante singular, con la consecuencia que la invalidez predicada por ella tiene naturaleza relativa; no podría decirse lo mismo de la invalidez de aquel conminada para los contratos entre empresas, en razón de los intereses supraindividuales (la tutela de la competencia y del correcto funcionamiento del mercado) cuya disciplina responde. Replico. No me convence la contraposición que asocia los contratos de los consumidores a intereses individuales y los contratos entre empresas a intereses supraindividuales: en ambos casos están en juego intereses que son al mismo tiempo supraindividuales (en razón de categoría, y no de individuos), y intestados a una de las partes del contrato – la parte que pertenece a la categoría protegida. Esta última característica empuja “naturalmente” a la invalidez relativa: a veces enunciada expresamente en la ley (en los contratos de los consumidores; pero también en los contratos bancarios y en aquellos financieros – art. 127, párrafo 2 tub; art. 23,

párrafo 3 del tuf –), que puede ser buenísimos contratos entre empresas); otras veces no hecha objeto de indicaciones expresa, pero no de menos tranquilamente obtenible por vía interpretativa. Considerar las nulidades de los contratos típicamente B2B como aquellas que en los contratos de subcontratistas ex ley n. 192/1998 afectan la cláusula de rescisión en contravención del art. 6, párrafo 2 o la cláusula de cesión de propiedad industrial o intelectual sin “congruente resarcimiento” en contravención del art. 6, párrafo 3. ¡No creo que Zoppini haya querido sostener que – efectuada la rescisión del comitente en actuaciones de cláusula nula, y resultando tal rescisión no desagradable al subcontratista interesado también en extinguir la relación – un juez puede declarar de oficio la nulidad, o el mismo comitente rescindido puede hacerla valer, con la consecuencia de dejar ineficaz la rescisión y mantener con vida la relación en contraste con el interés efectivo y concreto del subcontratista! ¡O que – cedida propiedad industrial sin el “congruente resarcimiento” al subcontratista cedente, pero en términos considerados por estos de cualquier modo satisfactorios – la cesión pueda ser declarada nula por el juez de oficio, o incluso bajo pedido de comitente cesionario! Me parece realmente difícil sostener que estas no sean nulidades relativas, que solo el subcontratista se encuentra legitimado a invocar.

Según Zoppini, la disciplina de los contratos de los consumidores incorpora también una *ratio* de tutela de la persona del consumidor y de su dignidad, que presupone en la parte protegida la calidad de persona natural, y que no sería dado aplicar en favor de sujetos organizados como entidades, y orientados a la búsqueda de ganancias. Replico. Aún cuando sea verdad, negar a las entidades la tutela de tal dimensión “personalística” me parece un poco retrógrada y en cualquier modo disonante respecto de la contraria tendencia evolutiva de la jurisprudencia que siempre con más fuerza reconoce no solo a las personas naturales pero también a las entidades la tutela aquiliana de los derechos de la personalidad, otorgando resarcimientos por daños no patrimoniales.¹²

Según Zoppini, la corrección o cancelación de los contratos son remedios más temibles y de aplicar con mayor cautela en las relaciones entre empresas, en nombre del valor de la estabilidad que en cambio sería bastante menos esencial respecto de los contratos de los consumidores. Replico. De un lado observando como Zoppini que afirma esto, entra un poco en contradicción con Zoppini que – como se ha visto poco antes – sostiene el carácter absoluto de las nulidades referidas a los contratos entre empresas (con esto patrocinando una solución que incrementa el ámbito de las posibles invalidaciones, y así agrava las temidas perspectivas de desestabilizaciones de las relaciones correspondientes); reconociendo al mismo tiempo el carácter relativo de estas nulidades, que yo sostengo, en buena medida neutralizarían las consecuencias temidas. Del otro lado resalto que tal consecuencia puede encontrar ulteriores eficaces factores limitantes en el nuevo sistema de los remedios (que nada le impide dejar operativo también los contratos entre empresas), que siempre

privilegian más el camino de la nulidad solo parcial respecto de la nulidad total, y el mantenimiento del contrato inválido (previa adecuación) antes que su ablación.

XII. CONCLUSIONES

Más que pretenderse concluyentes, las consideraciones desarrolladas en el párrafo precedente tienen la sola am-

bición de contribuir a un debate en torno a los intereses referidos a la actividad de regulación y control del mercado, que se encuentra todavía en fase incipiente y debe nutrirse adecuadamente de datos y reflexiones posteriores. *I have a dream*. que la Autoridad *antitrust* – entre todas las instituciones, la más calificada a hacerlo – pueda proponerse como sede y agente impulsor del desarrollo de esta discusión.