

# Ulteriores y breves consideraciones sobre los contratos concluidos con arreglo a ofertas dirigidas a los consumidores

**Yuri Vega Mere(\*)**

Abogado. Profesor de derecho civil en la Universidad Particular San Martín de Porres. Asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil.

## **1 Recapitulando algunas ideas sobre la oferta, la oferta al público y la oferta a los consumidores.**

Hace algunos pocos años, atraídos por el desarrollo del derecho del consumidor, analizamos la incidencia de la legislación sobre tal materia en uno de los aspectos capitales de la contratación: la oferta.

Con tal propósito, dedicamos unas escasas líneas a la oferta simple o común, así como a la oferta al público (y su naturaleza jurídica), destacando cómo la Ley de Protección al Consumidor había introducido - sin mayor advertencia por parte de la doctrina- una nueva figura que se reclamaba por parte de algún autor

a través de una actualización del significado de la oferta al público<sup>(1)</sup>. Nos referimos a la figura de la oferta a los consumidores.

Sin perjuicio de definir, en aquel trabajo<sup>(2)</sup>, a la oferta común como manifestación (o declaración) de una voluntad negocial enderezada a alcanzar un acuerdo si el destinatario concuerda con las condiciones contenidas en ella<sup>(3)</sup>, y de indicar sus notas señalativas (recepticia, autosuficiente o completa, seria, formalidad -de ser el caso-), nos adentramos en la inteligencia de la oferta al público según el régimen que le asigna el Código Civil.

Entonces señalamos que, cuando la oferta se formula al público, está dirigida a un número

(\*) A Max Arias Schreiber Pezet, Maestro ejemplar y modelo de constancia en la enseñanza y difusión del derecho, como muestra de admiración, gratitud y aprecio por su confianza en los jóvenes.

(1) Nos referimos al trabajo de FORNO FLÓREZ, Hugo. *La oferta al público: razones para una discrepancia*. En: *Derecho*. Lima, Pontificia Universidad Católica, No.45, Diciembre 1991. pp.215 y ss. Es necesario hacer justicia al señalar que el bien logrado trabajo de este autor se escribió antes de la promulgación del Decreto Legislativo No.716, de modo que sus comentarios se basaron en el régimen que el Código Civil dedica a la oferta al público.

(2) VEGA MERE, Yuri. *Oferta, información y consumidor (Oferta al público y oferta a los consumidores)*. Inicialmente publicado en: *Gaceta Jurídica*. Lima, Tomo 35, Octubre 1996. pp.35-A y ss.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis. *La formación del contrato*. En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, Tomo XLVIII, fasc. I, enero-marzo 1995. p.6.; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol.I Madrid: Cívitas, 1993. p.281; DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Vol.XI, Primera Parte, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 1991. pp.220-223; ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis. Tomo I. Contratos: Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1995. pp.144 y 145.

indeterminado de personas, careciendo, por ello, de temperamento recepticio.

Añadimos que, en una sociedad en la que los bienes se producen y se comercializan en masa, la oferta al público es el procedimiento usual al cual recurren los proveedores, combinando, por lo demás, algunas técnicas modernas como el *mailing*, que pretende personalizar lo aparentemente impersonalizable<sup>(4)</sup>.

En aquella ocasión convinimos en que la oferta al público plantea un problema de política legislativa dado que el legislador debe decidir cuál es el tratamiento más adecuado que debe recibir, es decir, si, pese a no tener carácter recepticio, se le debe atribuir fuerza vinculante y, de ser autosuficiente, entender que el contrato se perfecciona si algún o algunos destinatarios han aceptado sus términos o si, por el contrario, debe tener la naturaleza de invitación a ofrecer.

Aun cuando el codificador de 1984 no fue ajeno a la contratación en masa, por haber regulado la oferta al público, el contrato por adhesión y las cláusulas generales de contratación, consideramos -y ello lo hemos ratificado después<sup>(5)</sup>- que la figura del consumidor no gravitó en su obra.

Ante las opciones posibles, el Código Civil dio a la oferta al público el valor de una invitación a ofrecer, considerando oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente, salvo que éste hubiere indicado que su propuesta tiene la fuerza vinculante de una oferta (artículo 1388).

Ha dicho bien Forno cuando señala que la invitación a ofrecer no es una oferta; es, simplemente, una incitación para que se formulen propuestas de contrato. Por ende, no tiene carácter negocial, no vincula ni obliga a quien la realiza. Tiene como fin dar pie a tratativas y, por tanto, no tiene por qué reunir las características de la oferta, pues la precede<sup>(6)</sup>. Ello,

sin embargo, exige un esfuerzo hermenéutico de parte del operador, pues éste debe determinar si una oferta al público tiene el valor de una invitación a ofrecer o bien de una verdadera oferta.

Tras llegar a dicha constatación, dijimos que el régimen por el cual se inclinó el legislador no se encontraba exento de críticas, dado que el consumidor -al menos, hasta antes del Decreto Legislativo No.716- no sólo no participaba en la formación de los precios y en la elaboración de las condiciones con las que se ofertaba públicamente un bien o un servicio, sino que -como fue observado hace algunos años por Bullard<sup>(7)</sup>- el consumidor debía, al recibir una invitación a ofrecer, formular una propuesta cuyos términos se encontraban definidos por la propia invitación, es decir, por la oferta al público, con la subsecuente posibilidad de que el destinatario de su propuesta -el autor de la oferta al público- variase, si así lo creía conveniente, las condiciones de comercialización del bien o del servicio.

A ello agregamos que el código no contenía (ni contiene) normas que tutelasen al consumidor ante el incumplimiento del proveedor de bienes o servicios respecto de los términos con los cuales publicitaba su invitación a ofrecer. Los proveedores gozaban de la solución plasmada en el código al tener la libertad de poder lanzar todo tipo de ofertas al público -salvo declaración expresa de su autor- con la seguridad que su declaración sólo tenía el valor de una invitación a ofrecer. La consecuencia lógica era que el destinatario de la propuesta se convertía en un “invitado a ofrecer” y si, en efecto, tenía interés en concluir alguna transacción con el proveedor, debía formular una propuesta cuyo contenido estaba delineado en la invitación. El proveedor, como es claro, podía “aceptar” o rechazar esa oferta o imponer nuevas condiciones. Por ello fue que Forno lanzó duras críticas

(4) Como dijimos, diversas empresas hacen uso de comunicaciones u ofertas, consistentes en impresos (revistas, encartes, folletos, etc.) que son dirigidas a un considerable número de personas, debidamente identificadas con su nombre. Se trata de la técnica *marketera* denominada *mailing* que pretende personalizar lo impersonal de la oferta al público que se inserta en los medios de comunicación masiva. El *mailing*, que espera una mejor atención de la doctrina, es una zona gris entre la oferta recepticia y la oferta al público (dirigida a *incertam personam*).

(5) VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, contrato y sociedad postindustrial*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1998. p.61.

(6) FORNO, Hugo. Op.cit.; p.241.

(7) BULLARD, Alfredo. *Contratación en masa: ¿Contratación?*. En: *Themis, Revista de Derecho*. Segunda Epoca. Lima, No.15, 1989. p.54.

a la solución del Código Civil respecto de la oferta al público<sup>(8)</sup>.

Afortunadamente, la introducción de la Ley de Protección al Consumidor, promulgada mediante Decreto Legislativo No.716, dio una respuesta adecuada a este problema. Sin embargo, este régimen especial no modificó las condiciones en que debe formularse una oferta al público. Por el contrario, el autor de esta norma (conciente o inconcientemente) introdujo una nueva figura: la oferta a los consumidores.

La aparición de esta institución la dedujimos del artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor, que señala: “La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad<sup>(9)</sup>. Su contenido, las características y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigidas por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido”.

La primera tarea que nos propusimos fue la de determinar cuáles eran los alcances del término “oferta” del artículo 20, sobre todo teniendo en cuenta que en el tráfico mercantil dicho vocablo no es, necesariamente, entendido como declaración negocial encaminada a la celebración de un contrato, sino más bien como una disminución del precio de un bien o servicio para favorecer su consumo.

A pesar de aquella dificultad, encontramos en el artículo 22 del propio Decreto Legislativo No.716 una apoyatura interesante para entender que este nuevo régimen distinguió implícitamente -ahora con mayor precisión y de modo explícito, gracias a la modificación introducida por el artículo 18 del Decreto Legislativo No.807- la oferta, en sentido técnico-jurídico, de la rebaja de precio -que es el significado que los proveedores atribuyen a la oferta o promoción de un

bien en el argot comercial-. El referido artículo 22, en ese sentido, prescribe que: “La publicidad relativa a ofertas, rebajas de precios y promociones deberá indicar la duración de las mismas y el número de unidades a ofertar. En caso contrario, el proveedor estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas”.

Ante esta distinción, concluimos que la oferta formulada por un proveedor a los consumidores se alejaba del régimen del Código Civil (artículo 1388). Desde entonces fue posible -y así lo hemos percibido desde hace cuatro años- identificar dos tipos de ofertas masivas: la oferta al público y la oferta a los consumidores<sup>(10)</sup>.

---

**La oferta al público se considerará,  
en principio, como una invitación a  
ofrecer. La oferta a los  
consumidores valdrá como  
una oferta firme, irrevocable**

---

Para poder distinguir una de otra, deslizamos algunas posibles pautas de diferenciación entre la oferta al público de la oferta a los consumidores. Para configurar esta última sugerimos que:

a) En primer término, la oferta debe ser hecha por un proveedor, en ejercicio de su actividad habitual.

b) Complementariamente, señalamos que ella debe estar dirigida a los consumidores o destinatarios finales de un bien o servicio. Lo que quiere decir que, si la propuesta, a pesar de ser efectuada por un proveedor, recae sobre productos que serán involucrados en un nuevo proceso productivo, no podrá ser considerada como una oferta dirigida a “consumidores”, dada la calidad de los adquirentes. Será, en todo caso, un supuesto sujeto al régimen del Código Civil.

(8) Ver ampliamente sus críticas en FORNO, Hugo. Op.cit.; pp.243 y ss.

(9) Ver el Decreto Legislativo No.691 y el Decreto Supremo No.20-94-ITINCI.

(10) En las primeras ediciones, al menos en la dos primeras que hemos visto, de los años 1986 y 1987, de la *Exégesis*, Tomo I, del destacado profesor y jurista Arias Schreiber Pezet, nada se dice sobre la incidencia de la Ley de Protección al Consumidor, pues aún no había sido promulgada. En cambio, en aquella otra que hemos citado en la nota 4, p.152, que no señala el número de edición, el autor señala, brevemente, y tras analizar la oferta al público, que: “El artículo 22 del Decreto Legislativo No.716 contempla un caso singular en que la oferta al público tiene el carácter obligatorio de una oferta”.

c) Las condiciones dentro de las cuales se formula la oferta y el objetivo que se persigue también deben gravitar en este panorama.

Si el mecanismo al cual se recurre -la publicidad o, más ampliamente, el *marketing*- tiene como propósito incrementar el objetivo de ventas, siempre y cuando se cumplan los dos anteriores requisitos, no cabrá duda que la propuesta debe ser entendida como una oferta a los consumidores.

Una de esas condiciones es que la oferta sea lanzada al mercado, o sea, que ingrese al canal de intercambio de bienes y servicios, en el cual se desenvuelve habitualmente el proveedor y al cual concurren los consumidores.

Distinto, por ello, es el caso que planteamos en el sentido de que, por ejemplo, "X", que es un empresario (o proveedor) que comercializa, por ejemplo, lapiceros, formula una oferta para vender el inmueble de su propiedad. En este supuesto, se despoja de su calidad de proveedor, no persigue comercializar masivamente ningún producto ni busca consumidores en un número elevado. Sólo pretende transferir un único bien al mejor comprador. Su oferta al público (si, por ejemplo, insertó avisos en un periódico) no es una oferta a los consumidores. Es una oferta al público que podrá valer como invitación a ofrecer o ser tomada, dependiendo de los términos en que quedó redactada, como una verdadera propuesta, vinculante.

A diferencia de la oferta a los consumidores, la oferta al público es tal si:

a) Es formulada por quien no es proveedor o, si lo es, se despoja de dicha condición. Si no se libera de su oficio, no busca destinatarios finales, sino simple y llanamente adquirentes que iniciarán un nuevo proceso productivo. A ello añadimos, ahora, que si la oferta la formula como proveedor y persigue consumidores, dejará de ser oferta al público regulada por el Código Civil y se considerará como oferta a los consumidores, con el añadido que su declaración jamás tendrá el carácter de invitación a ofrecer, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Protección al Consumidor.

b) Complementariamente, la oferta al público es

una propuesta dirigida a un número indeterminado de personas, pero sin el objetivo de contar con un universo amplio de consumidores. Sólo se busca al mejor (o a adquirentes no finales). Si pretende un elevado número de adquirentes, éstos no deben ser usuarios finales.

c) Los bienes que están en juego serán, posiblemente, ciertos; no obstante, esta naturaleza también se presenta en el caso de la oferta a los consumidores (por ejemplo, venta de automóviles).

d) El adquirente puede, como no, ser destinatario final de un bien o servicio. Ejemplo del primer caso es quien adquiere una casa para habitarla, ofertada por un particular. Ejemplo del segundo caso es la adquisición de cobre para fabricar cables para electricidad.

Las transacciones entre proveedores no reciben la tutela dispensada por el Decreto Legislativo No.716 y, por tanto, se regulan por las normas del Código Civil.

Ahora bien, nadie puede negar que los consumidores, en su conjunto, pueden ser entendidos como el "público". Sin embargo, a nivel de la oferta que se formule, ambos términos dan lugar a la aplicación de dos regímenes legales diversos.

Por ello, sostuvimos que toda oferta a los consumidores -por la forma en que se realiza- es una oferta al público; pero no toda oferta al público es una oferta a los consumidores.

La mayor diferencia se aprecia en cuanto al tratamiento legislativo que recibe cada una de esta dos ofertas masivas. La oferta al público se considerará, en principio, como una invitación a ofrecer. La oferta a los consumidores valdrá como una oferta firme, irrevocable.

Como dijimos en el trabajo en cuestión<sup>(11)</sup>, dado que la oferta a los consumidores se manifiesta por medio de la publicidad, los destinatarios de ella no sólo podrán exigir las condiciones que figuren en el contrato o en el comprobante extendido, sino también aquellas contenidas en la publicidad, pues ésta ha sustituido a las negociaciones o tratos preliminares e, igualmente, genera expectativas en los consumidores.

A modo de conclusión, advertimos que, en una economía de mercado en la que la tutela del

(11) VEGA MERE, Yuri. *Oferta, información y consumidor...* Op.cit.; p.44-A.

consumidor es una necesidad de orden primario, todo parece indicar que la oferta al público, regulada por el artículo 1388 del Código Civil, tiene, hoy en día, un espacio más modesto desde la promulgación del Decreto Legislativo No.716.

Esta necesaria recapitulación ha tenido como propósito dar un rápido sobrevuelo a las conclusiones a las que llegamos hace algunos pocos años. El paso siguientes desarrollar algunas consideraciones adicionales sobre la oferta a los consumidores que hemos advertido con posterioridad.

## **2 Algunos aspectos adicionales a tener en cuenta respecto de contratos concluidos sobre la base de ofertas a los consumidores.**

### **2.1 Ideas preliminares.**

Las ideas que hemos recapitulado no agotan, en nuestro concepto, los problemas que se pueden derivar de las diferencias entre la oferta al público y la oferta a los consumidores. En verdad, existen otras consecuencias que se pueden presentar (como de hecho se presentan) en la experiencia y que, llegado el caso, exigen un mayor y mejor análisis.

En particular, nos interesa incidir en algunos aspectos que se revelan como problemáticos en la aplicación de aquella diferencia. Con tal propósito, quisiéramos vincular el tema de la oferta a los consumidores con las implicancias que se derivan del uso de la publicidad, así como del recurso a las cláusulas generales de contratación por parte de los proveedores.

Sabido es que, en el mercado, con el propósito de racionalizar la comercialización de bienes producidos en masa, o la prestación de servicios que se ofrecen a un número elevado de posibles clientes, los proveedores o empresas hacen uso de condiciones generales de contratación que tienen como objeto dar

un trato uniforme a todos aquellos con quienes contratan.

De esa manera, al predisponer de clausulados que serán aplicados a un número considerable de contratos que celebrarán en el futuro, se da carácter uniforme a los acuerdos alcanzados, pese a que se sacrifique la etapa de tratos preliminares -y los *costs of bargaining*- en razón que quienes contratan con el predisponente se adhieren, o no, -sólo tienen la opción que se revela a través de la frase *take it or leave it*- a los módulos elaborados o usados por los proveedores<sup>(12)</sup>. Con ello, además, se propende a una mejor previsión y administración de los contratos y a una más pareja interpretación<sup>(13)</sup>.

No obstante, es bueno señalar, con Guido Alpa, que los contratos predispuestos no son modificables por los adherentes, sino impuestos a éstos. Si bien garantizan un trato similar, no se caracterizan por ser equilibrados y, por ende, no son instrumentos de igualdad. Como dice el propio Alpa, es una técnica que no se inspira en el principio de equidad; simple y llanamente se trata de un modo igual a los adherentes para ahorrar los costos y para simplificar los procedimientos de estandarización. Anota, sin embargo, que no por ello esa estandarización debe ser abandonada; se debe, solamente, establecer criterios de comportamiento a las empresas que los usan para eliminar las cláusulas abusivas<sup>(14)</sup>.

Ya con anterioridad, en nuestro medio ha sido puesto en relieve, por uno de los más destacados civilistas, Manuel de la Puente y Lavalle, que el tratamiento de las cláusulas generales de contratación y el denominado estatuto de protección del consumidor conforman dos regímenes diferentes, autónomos, con algunos puntos de contacto<sup>(15)</sup>. Como señala el autor citado, la disciplina legal de la contratación masiva del Código Civil pretende agilizar el tráfico de bienes y servicios, en tanto que las normas de protección del consumidor apuntan a

(12) En este sentido, TULLIO, Antonio. *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*. Milano: Giuffrè Editore, 1997. pp.13 y ss.

(13) VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, contrato...* Op.cit.; p.33. Ver, asimismo, VEGA MERE, Yuri. *Breves notas sobre las cláusulas generales de contratación*. En: *Gaceta Jurídica*. Lima, Tomo 44, julio de 1997. pp.57-C y ss.

(14) ALPA, Guido. *Status e Capacità*. Libri del Tempo Laterza. Roma-Bari, 1993. p.33.

(15) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas generales de contratación y la protección del consumidor*. En: *Themis. Revista de Derecho*. Segunda Epoca. Lima, No.31, 1995. pp.15 y ss.

la tutela de los usuarios finales de bienes y servicios en caso de no contar con información que les permita obtener un consentimiento suficientemente informado para contratar. Ello, en razón que en el mercado quienes poseen mayor información sobre los bienes y servicios objeto de tráfico son los proveedores. Los consumidores, como ha sido destacado por De la Puente, pueden gozar de una doble protección (se benefician con ambos regímenes) si contratan con arreglo a condiciones generales de contratación, en tanto que aquellos que, sin ser consumidores, se adhieren a módulos predispuestos, gozan sólo de la protección que les brinda el Código Civil.

En diversas oportunidades nos hemos pronunciado por la permanencia de ambos regímenes<sup>(16)</sup>, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la experiencia de algunos países europeos, sobre todo a partir de la Directiva de la (antes llamada) Comunidad Económica Europea (hoy Unión Europea) del 5 de abril de 1993, que contiene un régimen de protección a favor de los consumidores por el uso de cláusulas vejatorias por parte de profesionales (comprendiéndose en esta calificación tanto a los proveedores de nuestra ley como a los profesionales liberales, que hoy también en nuestro país caen dentro del régimen del Decreto Legislativo No.716, a partir de las modificaciones del Decreto Legislativo No.807, a despecho de algunos pocos recalcitrantes). Algunos países como Italia y España ya se han adecuado a la Directiva y, por tanto, han expedido las leyes nacionales respectivas. En tanto que Italia ha introducido, dentro del Código Civil, el Capo XIV-bis, bajo el título *Dei contratti del Consumatore*, por medio del artículo 25 de la *Legge 6 febbraio 1996, n.52, in attuazione della direttiva 93/13/CEE*; España ha promulgado un régimen *sui generis* a través de la Ley

No.7/1998, del 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que modifica y se complementa con la Ley No.26/1984, del 19 de julio, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta diferenciación de regímenes legales, sin embargo, no debe llevarnos a la conclusión de que el Código Civil contenga un régimen satisfactorio. En verdad, el tratamiento del código es pobre y exige un esfuerzo dialéctico del intérprete para poder vincular sus normas con el estatuto de protección del consumidor.

Además de las críticas que ya hemos lanzado en contra de la escasa aprobación administrativa de las condiciones generales de contratación que actualmente existe, y cuya aplicación hemos sugerido debe trasladarse, sin eliminarse de la legislación -quizá sí del código-, a leyes sectoriales -de allí que no compartamos la opinión del destacado jurista Eduardo Benavides de encomendar al INDECOPI la aprobación de cuanto clausulado se use en el mercado<sup>(17)</sup>-, consideramos que el artículo 1393 y las sanciones de invalidez -muy limitadas- del numeral 1398 del Código Civil pretenden sacralizar las condiciones generales, olvidando que al burócrata que tome conocimiento y apruebe algún módulo contractual no se le puede dar la capacidad de decisión que corresponde a los consumidores.

Aun cuando no sea el lugar ni la ocasión propicia para esbozar alguna crítica, pues el tema exige mayor detenimiento, no podemos dejar de decir, como ya lo han hecho otros, que el artículo 1398 debe ser abiertamente reformulado. Es cierto que la Comisión de Reforma del Código Civil ya ha ensayado una propuesta de modificación, haciendo extensiva la sanción de invalidez a toda cláusula general que sea vejatoria para el adherente. Sin embargo, quizá sea bueno aprovechar este espacio para señalar que en la

(16) En nuestros trabajos citados en la nota 13. No está demás remarcar que esta duplicidad (no reiterativa) de regímenes legales permite ofrecer protección a los no consumidores cuando se adhieren a los módulos o formatos que usan los proveedores. En esa medida, las empresas (especialmente las pequeñas y medianas) pueden hacer uso de las normas del Código Civil cuando existe abuso o se incluyen en los clausulados las estipulaciones sancionadas con invalidez por el artículo 1398 del Código. Ello evita, como se viene proponiendo en algunos países europeos, la ampliación del concepto de consumidor a empresas adherentes a los condicionados generales que carecen de poder de influenciar en contenido de estos, básicamente porque la legislación comunitaria de Europa restringe la protección de las cláusulas vejatorias a los consumidores personas naturales.

(17) BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La contratación moderna y el Código Civil peruano*. En: *Ius et Veritas*. Lima, No.12, junio de 1996, pp.27 y ss; especialmente pp.33 y 34. Nuestra crítica en VEGA MERE, Yuri. *Consumidor, contrato...* Op.cit.; p.70, nota 127.

redacción que se ha propuesto<sup>(18)</sup> debería establecerse -como lo hace la Directiva del 5 de abril de 1993, de la Unión Europea, o la reforma del Código Civil italiano- que toda cláusula es vejatoria porque contradice el principio de la buena fe y crea una significativa desproporción en los derechos de las partes. Con ello, el juez tendrá un mejor criterio interpretativo de las condiciones que revelan un evidente abuso en su contenido.

## 2.2 Publicitación de la oferta a los consumidores y sucesiva suscripción de cláusulas generales de contratación.

Las ofertas a los consumidores se suelen difundir, usualmente, por medio de la publicidad o, más ampliamente, a través del mercadeo de productos o servicios.

No es fácil definir la publicidad<sup>(19)</sup>. Empero, consideramos que es una forma de comunicación que puede tener como propósito la difusión de mensajes, orgánicamente estructurados, con el propósito de promover el suministro de bienes y servicios a fin de incentivar su consumo, en cuyo caso a este tipo de publicidad se le denomina comercial.

Mientras que para algunos autores la publicidad y la propaganda son sinónimos<sup>(20)</sup>, otros establecen diferencias. Así, se señala que la publicidad transmite al público hechos concretos -como las calidades de un bien, con probabilidades de ser ciertas- siendo su fin comercial. La propaganda, en revancha, busca transmitir una particular interpretación de la realidad -la verdad que lleva implícita es subjetiva y conlleva una valoración moral- con fines de carácter

ideológico<sup>(21)</sup>.

La publicidad, por otro lado, no es sinónimo de información. Como bien se ha dicho, en el mercado la información tiene el sentido funcional de racionalizar las opciones del consumidor. La publicidad, en cambio, procura mostrar el producto de una manera más persuasiva, resaltando sus ventajas o bondades. El objetivo de la publicidad no es informar sino vender, convencer a los consumidores sobre la necesidad de adquirir un producto<sup>(22)</sup>.

En este mismo orden de ideas, se ha dicho que a la contratación mercantil le interesa que la publicidad venda, no que informe: el arte de vender es su preocupación. Es conocida la apreciación que tenía H.G. Wells sobre la publicidad: el arte de enseñar a la gente a necesitar cosas<sup>(23)</sup>.

A pesar de que ello pueda ser cierto, la publicidad, en línea de principio, contiene un mínimo de información. El *quid* reside, en verdad, en si la información transmitida es verdadera, si se ha distorsionado, si se ha magnificado o si induce a un resultado indeseable (si es discriminatoria, despectiva, ofensiva, generadora de conductas antisociales, etc.)

La información que contenga exige que la publicidad se sustente en el principio de veracidad, que sea auténtica y que no sea filtrada como información objetiva, que no lesione intereses de los espectadores ni de los competidores y que guarde coherencia o pertinencia<sup>(24)</sup>. La publicidad, en suma, no debe ser contraria a principios morales o ilícita, engañosa, sutil ni denigratoria<sup>(25)</sup>.

En una economía de mercado, la publicidad es un bien apetecible e indispensable para los proveedores. Los que carecen de la posibilidad de

(18) Texto sugerido por la Comisión para el artículo 1398: "En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, facultades de suspender la ejecución del contrato, de resolver injustificadamente los efectos del contrato, de prohibir a la otra parte el derecho de oponer medios de defensa o a prorrogar o renovar tácitamente el contrato y, en general, todas aquellas estipulaciones que a juicio del juez sean vejatorias".

(19) Así lo reconoce KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Publicidad y consumidores*. En: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. Rubinzal-Culzoni, No.5, Separata. p.71.

(20) Por ejemplo KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op.cit.; p.74.

(21) DELGADO ZEGARRA, Jaime y CÁCERES VALLE, Crisólogo. *Publicidad. Régimen jurídico y práctica comercial*. Lima: Instituto de Derecho del Consumidor, 1993. p.21.

(22) MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Lorenzo. *Defensa del Consumidor. Ley 24.240*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1993. pp.79 y ss.

(23) FARINA, Juan M. *Defensa del consumidor y del usuario*. Buenos Aires: Astrea, 1995 p.477.

(24) Ver DELGADO ZEGARRA, Jaime y CÁCERES VALLE, Crisólogo. Op.cit.; pp.25 y 26.

(25) Ver KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op.cit.; pp.77 y ss.

recurrir a ella saben que podrán ser desplazados por quienes lanzan campañas agresivas. En una sociedad donde el consumo se ha masificado, se requiere de estrategias publicitarias que estén encaminadas a suscitar el deseo de consumo en la mayor porción posible de los destinatarios. Por ello, determinadas empresas invierten considerables sumas de dinero, a pesar que el costo luego es trasladado a los propios adquirentes<sup>(26)</sup>.



Pese a que existe una amplia libertad para promover los productos que se comercializan, la publicidad puede generar responsabilidad en el anunciante y en la empresa que realizó la campaña. No pueden dejar de existir ciertos parámetros puestos por el legislador si los publicitarios no se ajustan a un código de ética profesional.

En un elevado número de casos, después de que la publicidad se coloca en el mercado para atraer a los consumidores, los productos se venden sin que el proveedor haga uso de clausulados generales y, por ende, la transacción termina con el intercambio de bien

por precio. Estas transacciones no suelen presentar mayores dificultades; sin embargo, es bueno reiterar algo que ya está previsto en la Ley de Protección al Consumidor y que ha sido hartamente comentado por la doctrina. Nos referimos a lo prescrito por el artículo 20 de dicha ley, para el cual la publicidad de los productos o servicios se ajustará a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad. Su contenido, las condiciones y garantías ofrecidas, dan lugar a obligaciones de los proveedores que serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido, si existiere algún contrato escrito.

Ello equivale a decir que, aun cuando no exista documento que establezca condiciones de comercialización, la publicidad que contiene una oferta a los consumidores integra dicha oferta. En pocas palabras, la publicidad es parte del contenido vinculante de dicha oferta.

Las razones son varias y quizá convenga sintetizar algunas: (i) Como ya se ha anotado, la publicidad no es, siempre y necesariamente, información; la primera induce a la compra, la segunda provee datos para un adecuado consentimiento. En esa medida, dado que la única información que recibe el destinatario de la oferta a los consumidores es la que se vuelca a la publicidad, ella equivale a información que persuade al consumo; (ii) la publicidad genera expectativas en el consumidor y, por tanto, debe protegerse la confianza que éste deposita en aquélla; (iii) la publicidad sustituye la negociación y, por tanto, las condiciones de comercialización, definidas siempre por el proveedor, deben vincularlo; y (iv) el consumidor puede dejar de lado otras opciones que, de no ser cierta la publicidad del producto por el cual se inclina finalmente, podría ocasionarle la pérdida de una *chance*.

Es claro que la solución no varía si al momento de concluirse la transacción el consumidor debe adherirse al condicionado elaborado o usado por el

(26) He aquí un tema que siempre hemos querido precisar. Generalmente (incluyéndonos en primera línea) se sostiene que la estandarización de los contratos, a través de condicionados generales, representa una drástica disminución de los costos de transacción que favorece, inclusive, a los propios consumidores. Sin embargo, es conveniente no dejarse seducir por tal afirmación, pues ella sólo encierra una verdad a medias (si es que ésta existe). Y es que, dado que la publicidad ha eliminado en gran parte las tratativas y sus costes, la inversión que las empresas hacen en publicidad luego es trasladada a los consumidores.

proveedor. Es más, no interesa que los términos con que se dio promoción a los bienes (a sus características y aptitudes) no figuren en el módulo que se hace firmar al adherente. El clausulado se ve integrado con la publicidad con la que se dio a conocer la oferta vinculante. Inclusive, si alguna o algunas de las cláusulas del módulo fuesen contradictorias respecto de los términos de la oferta, ésta prevalecerá. La única forma en que se pueda sostener lo contrario sería la prueba que tendría que aportar el proveedor en el sentido que negoció con el consumidor el dejar sin efecto los términos de su oferta (publicitada) y que, por tanto, el usuario celebró el contrato únicamente sobre la base del condicionado general. Por cierto que no bastará aquella cláusula de estilo que se suele incorporar a los formatos o impresos que señalan que el adherente ha leído íntegramente las cláusulas y que por ello firma voluntaria y libremente los términos que contienen. El proveedor será quien tendrá que acreditar por otros medios (tortuosos, por lo demás) que el consumidor asintió en no exigir las condiciones de la oferta lanzada por el proveedor.

Si el consumidor advirtiera la falta de adecuación, *ex post*, es decir, después de su adhesión a las cláusulas generales de contratación, ello no lo perjudica, pues debe entenderse que su transacción se regula por los términos de la oferta y que ésta, en tanto no se pruebe lo contrario, habrá de dejar sin efecto los términos del formato impreso que la contradigan.

### 2.3 La prueba del uso final de los bienes cuando son ofrecidos a consumidores. El denominado uso promiscuo.

Uno de los presupuestos que hemos detallado al describir la diferencia entre la oferta al público y la oferta a los consumidores -con incidencia en el régimen legal aplicable a cada una de ellas- está dado por la condición del adquirente o usuario de los bienes.

Si el contrato paritario dejó de lado este tipo de consideraciones, al extremo que los Códigos Civiles han ideado un modelo de contrato “neutro”, sin importar los fines para los cuales se contrata, tenemos que convenir con Tullio en que la protección de los

consumidores confiere relevancia a la calidad subjetiva de los contratantes y atribuye especial destaque a la finalidad por la cual se contrata, haciendo de estas consideraciones presupuestos de aplicación de la disciplina de tutela<sup>(27)</sup>.

En consecuencia, si el adquirente compra un bien al haber aceptado una oferta dirigida a consumidores, gozará de la protección de la ley especial. Si, además, se adhiere a módulos predispuestos por el proveedor, podrá invocar las normas que el Código Civil dispensa a las formas de contratación masiva, de ser el caso.

Pero, ¿qué sucede si el proveedor alega que el adquirente no es un usuario final? Si dicho proveedor pretende liberarse de la aplicación del régimen de tutela a los consumidores, deberá probar que el adquirente no es consumidor.

Si lo lograra, ¿será de aplicación el artículo 20 del Decreto Legislativo No.716? Es claro que, por tratarse de una oferta enderezada (tendencialmente) a consumidores, en caso que el adquirente no lo fuese, la propuesta valdrá como una oferta al público y, por tanto, será de aplicación el trato que el Código Civil dispensa a esta figura. Si, además, el adquirente suscribió algún condicionado general, podrá hacer uso de las normas que regulan tal modalidad de contratación en serie. Sin embargo, ¿qué sucede con la confianza que se generó en el adquirente respecto de los términos ofrecidos por el proveedor? Una interpretación estricta del artículo 20 antes citado ¿conduciría a la conclusión de que las condiciones de comercialización que aparecen en los términos de la oferta no sean exigibles? La respuesta parece injusta, pero ella fluye de *lege lata*, en la medida que se debe tomar en cuenta la condición y calidad del adquirente: ¿*summum ius summa iniuria*?

No variará la conclusión si se hubiere suscrito algún condicionado general por parte del adquirente, con la única diferencia que, de no mediar cláusulas generales de contratación, la transacción se regirá por las normas del Código Civil que sean aplicables al contrato en particular.

Aun cuando ello también suponga una tarea

(27) TULLIO, Antonio. Op.cit.; pp.6 y 7.

sumamente delicada y hasta diabólica, no se le puede pedir al consumidor que sea él quien aporte la prueba de su uso personal o final. La prueba atañe al proveedor, es decir, éste es quien debe acreditar que el bien permanece dentro del circuito del mercado.

Este problema se puede presentar, por otra parte, cuando estamos frente a aquello que Tullio denomina uso “promiscuo”, es decir, cuando se adquiere un bien para satisfacer usos personales y comerciales de modo simultáneo -que tal autor, condicionado por la legislación comunitaria europea e italiana, califica de “profesionales”-. Piénsese sino, como lo hace Tullio, en una computadora, en un vehículo, en una enciclopedia, etc. Para este autor italiano surgen tres posibles soluciones: (i) no aplicar la legislación de tutela, debido a que el acto de consumo es merecedor de protección sólo si no se usa para fines comerciales; (ii) aplicar tal normativa aun cuando el bien reciba los dos usos; y (iii) aplicarla según la prevalencia del uso del bien al cual sea destinado.

Para el autor que venimos citando es preferible la solución del apartado (ii), en especial porque el derecho común prescinde de la condición subjetiva del adquirente, razón por la que, en caso de zonas grises, debe retenerse válida la aplicación de la ley de protección; así como por el hecho de que lo contrario no se adecuaría a la *ratio* de tal legislación<sup>(28)</sup>. No podemos dejar de compartir tal solución.

Ya en el año 1996, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en la causa 102-95 C.P.C., mediante Resolución No.101-96-TDC, había reconocido en el acápite III (Ambito de tutela subjetiva de la Ley de Protección al Consumidor) del apartado III (Análisis de la cuestión en discusión) de dicha resolución, la existencia de zonas grises, enunciando que además de la prudencia con la que se debe actuar en estos casos, ante la duda debe presumirse que el bien es destinado al uso personal, familiar o del entorno social inmediato del

consumidor<sup>(29)</sup>. En consecuencia, y en tanto el proveedor no pruebe en contrario, se favorecerá con tal presunción jurisprudencial al consumidor. Si el proveedor prueba que el bien se usa para fines comerciales, la otra parte sólo podrá valerse de la protección del Código Civil.

#### 2.4 Los obsequios publicitados en las ofertas a los consumidores y la regulación contenida en las cláusulas generales de contratación.

Es este otro punto sobre el cual queremos incidir, quizá con mayor detenimiento a lo que hemos señalado en otra oportunidad<sup>(30)</sup>.

No es inusual, en la práctica de algunos proveedores, ofrecer en su publicidad obsequios o regalos si los consumidores compran algún producto. Este adicional suele ser, en un nada despreciable número de casos, la atracción y motivo determinante para elegir un determinado proveedor de ciertos bienes. Es parte de una sana competencia entre proveedores en su búsqueda por anchar el universo de clientes.

Sucede, sin embargo, que cuando el consumidor adquiere el producto, adhiriéndose al clausulado predispuesto por el proveedor –en los casos en que ello ocurre- las condiciones de contratación se ciñen al producto principal que dio lugar a la transacción, limitándose las garantías o seguridades a dicho bien. Tampoco es extraño que el obsequio sea un bien de marca poco conocida o que se entregue sin ningún tipo de garantía, manual de funcionamiento, indicaciones, etc. Ni qué decir sobre el servicio técnico a que se encuentran obligados los proveedores (ver artículo 31 de la Ley de Protección al Consumidor), pues en la mente de éstos tal obligación se restringe al bien objeto de la operación, mas no al regalo. La ley de la materia no dice nada sobre el particular.

Aun cuando en los términos de la oferta se precise que por la adquisición de un determinado

(28) Ibid.; pp.26 y 27.

(29) Resolución contenida en el CD-ROM *Diálogo con la jurisprudencia*. Compendio electrónico de jurisprudencia. Lima: Gaceta Jurídica, Registro 94,661.

(30) VEGA MERE, Yuri. *Daños por falta de información (Algunas ideas preliminares y su vinculación con el consumo)*. En: *Scribas, Revista de Derecho*. Arequipa, Instituto de Investigación Jurídico-Notarial, No.3, 1997. pp.149 y ss.; especialmente p.154.

producto, el consumidor recibirá otro, gratuitamente<sup>(31)</sup>, sin más, y pese a que se pretenda reducir la aplicación de las condiciones generales de contratación al bien que llamaremos por comodidad principal, sostenemos que la protección que se debe dispensar al consumidor debe extenderse también al producto que fue obsequiado. En esa perspectiva de pensamiento, todas las obligaciones exigibles al proveedor en materia de información sobre características, riesgos, propiedades, reparación gratuita y responsabilidad por producto defectuoso se han de tener aplicables a todo bien que entregue al consumidor. La publicidad y la preferencia del usuario que acepta la oferta formulada no puede quedar desvirtuada. Es más, también deberá hacerse extensivo el conjunto de condiciones predispuerto por el proveedor en el clausulado al cual se adhiere el adquirente, si efectivamente se hubiere hecho uso de condiciones generales de contratación.

## 2.5 La oferta formulada a consumidores y aceptada por varios interesados: unos consumidores, otros no.

Interesa, finalmente, complementar el supuesto analizado supra 2.2, pero en una vertiente diversa. Ya no estamos ante un consumidor que usa los bienes que adquirió en aceptación de una oferta formulada por el proveedor, para fines diversos, unos personales y otros comerciales. Estamos, más bien, ante la hipótesis en que un mismo bien, adquirido por más de un sujeto, es usado para ambos fines, dado que cada cual le asigna un destino distinto. Piénsese, sino, en la casa que es adquirida por una pareja matrimonial: la esposa le da uso de casa familiar, en tanto que el marido usa parte de la primera planta para su oficina. Dos hermanos adquieren un vehículo automotor; después que uno de ellos se desplaza a su centro de trabajo, dándole un uso personal, el otro lo retira para usarlo como taxi y, llegada la hora de salida del hermano de su centro de trabajo, lo deja en dicho lugar para el uso personal que este último le da. ¿Qué trato debemos darle a estos casos?

También estamos frente a una zona gris, de difícil solución. Pero, ¿es válido y legítimo aplicar a uno de los contratantes el régimen de protección a los consumidores y al otro no? Si el bien sufre algún daño cuando lo usa quien lo destina a fines comerciales, ¿se le debe aplicar el derecho común? ¿Puede alegar el proveedor que su oferta estuvo dirigida a todo interesado, pero que, siendo uno de los adquirentes un usuario no final, no le resulta de aplicación la normativa que tutela sólo a consumidores? ¿Podrá, tal proveedor, alegar dolo de parte de ese adquirente o inducción a error que le autorice a pedir la anulación del contrato? ¿Esa solución perjudicará al contratante que utiliza el bien para fines personales? ¿Se debe establecer qué uso prima para determinar el tratamiento legal a tal transacción?

Tullio -en el ámbito de la experiencia italiana- se inclina por considerar que es aplicable la legislación protectora, es decir, de tutela del consumidor, por las mismas razones por las cuales estima que esta normativa es la adecuada en el caso del adquirente que emplea el bien para fines comerciales y personales<sup>(32)</sup>. Su opinión es coherente, pues en nada cambia el hecho de que la cosa -usada por uno o más sujetos- tenga ambos usos.

Sin embargo, la solución es controvertida, especialmente si se llegase a probar que un gran -y quizá el mayor- porcentaje de uso del bien es para fines no personales. ¿Acaso se deberá aplicar un régimen legal a uno y un régimen legal distinto al otro? Las consecuencias de tan disparate tratamiento serían verdaderamente absurdas y extremas. En rigor, parece ser que ninguna de las soluciones parece totalmente justa. Es un problema que todavía no se ha presentado en la jurisprudencia del INDECOPI -menos en la judicial-. Ante ello, habrá que optar, teniendo conciencia de que ninguna de las respuestas que se dé será totalmente satisfactoria. Nos inclinamos, no obstante, por la de considerar que en caso de duda debe favorecerse la aplicación de la Ley de Protección al Consumidor.

(31) Es claro que para el proveedor el costo de tal obsequio se encuentra internalizado en el precio de venta del producto. De no ser así, sería una práctica comercial suicida.

(32) TULLIO, Antonio. Op.cit.; pp.28 y 29.

### 3 Conclusiones.

Una inevitable conclusión de este conjunto disperso de ideas –provocadas por la invitación a escribir en esta prestigiosa revista y por mi buen amigo, el joven jurista Walter Gutiérrez, que en diversas ocasiones me ha mostrado su adhesión a la diferencia entre la oferta al público y la oferta a los consumidores- es que tal distinción no se presenta, necesariamente, como químicamente pura.

En efecto, basta citar el último de los problemas que acabamos de describir para poner en evidencia que, para acertar cuando estamos ante un supuesto u otro, será indispensable examinar los hechos en su conjunto, no sólo en la formulación de una oferta sino, también, en la sucesiva celebración del contrato que se concluye con arreglo a ella y en el destino que el adquirente le da al bien o servicio.

Una interpretación del Derecho (que supone, además, elegir la disciplina legal aplicable) no se agota en una lectura de las normas, sino que exige, ante todo, una primaria valoración de los hechos y de los intereses en juego, a fin de arribar a una posterior determinación de los principios que deben regular tal o cual especie.

Las diferencias, por ende, no hacen de las figuras antes examinadas, compartimientos estancos,

incomunicables. Muchos de los fenómenos jurídicos que se posan ante nuestra mirada, para un reflexivo análisis, son, en no pocos casos, capaces de movilizarse e intercambiarse de modo que, bajo ciertas circunstancias, nos obliguen a tratarlos de esta o de aquella otra manera. La contratación masiva no está exenta de esta posibilidad de desplazar las hipótesis de una cobertura legal hacia otra. Por tanto, el operador ha de ser prudente al tiempo de elegir y sugerir las soluciones que proponga para cada situación conflictual.

Esta conclusión, por lo demás, debe partir de la puesta en escena de personajes que, si bien se complementan en sus roles y fines -se requieren y exigen recíprocamente-, son portadores de intereses señalados: consumidores y proveedores. Toda reflexión, por ello, debe favorecer la conciliación de los papeles que cumple cada cual, sin perjuicio de la debida protección que merecen los usuarios finales por su posición en el mercado, quizá no de débiles en sentido lato, pero sí de menos influyentes en las condiciones de comercialización y de contratación de los bienes y servicios. Aunque, quién sabe, esta menor capacidad de influjo bien puede ser balanceada por su indispensable presencia en el mercado, pues sin demanda no hay oferta que valga. Menos aun si ella se endereza, de modo específico, a los consumidores. <sup>AFB</sup>