

A JORGE CARPIZO.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DEL MERCADO

JORGE A. SÁNCHEZ-CORDERO DÁVILA

SUMARIO: I. *Introducción.* A. *El derecho del mercado.* B. *La protección del consumidor:* a) *Concepto del consumidor;* b) *Concepto de comerciante.* II. *Información del Consumidor.* A. *Obligación de información.* B. *Publicidad comercial.* C. *Indicación de la cantidad, peso, etcétera, del producto.* CH. *Publicidad de la información en las operaciones a crédito.* D. *Promoción y oferta.* III. *Operatividad de la ley en el ámbito contractual.* A. *Contratos que instrumentan crédito;* a). *Reglamentación del crédito. El interés;* b). *Sanción.* B. *Ventas a domicilio.* C. *Contenido contractual:* a). *Partes contratantes;* b). *Atribuciones de la Procuraduría del consumidor;* c). *Consideración crítica;* d.) *Sanciones contractuales;* e). *Corolario.* CH. *Garantía contractual:* a). *Sistema del Código Civil.* b). *Sistema de la ley de protección al consumidor.* D. *Objetos peligrosos.* E. *El principio de la relatividad de los contratos.* F. *Contratos de distribución de bienes técnicos.* G. *Inejecución del contrato.* IV. *Sanciones establecidas por la ley.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN*

A. *El derecho del mercado.* Es indispensable en un primer término definir lo que debe entenderse por derecho del mercado. En palabras del doctor Ulf Bernitz,¹ el derecho del mercado es la parte del sistema legal que busca determinar normas aplicables al ejercicio de la actividad comercial en el mercado, a través de reglas concernientes al establecimiento de empresas, a la comercialización, a la concurrencia y a la protección del consumidor. En efecto, el profesor de la Universidad de Estocolmo² destaca la necesidad de estudiar los instrumentos legales relativos a la estructura del mercado y a su comportamiento, así como a sus interrelaciones. Estos instrumentos legales constituyen elementos importantes en el trazo de la política económica y de la dirección y control del mercado. A través de ellos el Estado frecuentemente busca estimular determinadas conductas de algunos sectores, mediante el empleo de ciertos esquemas. Con el empleo de estos instrumentos legales la intervención estatal se ha dejado sentir al intentar controlar o modificar las reglas del mercado.

Es necesario en este lugar hacer un breve análisis del concepto del derecho del mercado que señalamos anteriormente. Primeramente, en cuanto a la terminología.

*NOTA. Cada vez que se emplea la palabra ley se hace referencia a la Ley Federal de Protección al Consumidor.

¹ Bernitz, Ulf, "Harmonisation et coordination de la législation du marché, la notion de droit du marché", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 24, année, n.º 1, janvier-mars, 1971, p. 21.

² *Ibid.*, p. 1.

El empleo del término "derecho del mercado"³ se justifica, ya que está fuera de toda sospecha de carácter ideológico; aun en economías mixtas como la de México, existe un mercado.

La definición distingue algunos sistemas que integran al derecho del mercado, entre los que destacan:⁴

1. El establecimiento de la empresa.
2. La restricción de la concurrencia.
3. La competencia desleal.
4. La protección del consumidor.

Estos sistemas se relacionan íntimamente entre sí, especialmente con la concurrencia. Así, verbigracia, la información que recibe el consumidor estimula la concurrencia. De ahí que una de las más importante funciones que desarrolla el Instituto Nacional del Consumidor conforme al artículo 68, incisos b) y c) de la Ley de Protección al Consumidor, sea la de informar y capacitar al consumidor en el conocimiento y ejercicio de sus derechos, y auspiciar hábitos de consumo. Esto demuestra asimismo que la intervención estatal no tiende únicamente a reducir la libertad de movimiento y acción en el mercado, sino a estimularla.

B. *La protección del consumidor.* El presente trabajo tiene por objeto el análisis de uno de los sistemas que integran el derecho del mercado, que es la protección del consumidor, tomando como base de la explicación la Ley federal de Protección al Consumidor del 22 de diciembre de 1975, que entró en vigor el 5 de febrero de 1976.

La expedición de normas que tiendan a la protección del consumidor es la respuesta a cambios en la estructura de la economía y de sus formas de producción y distribución: en otras palabras la expedición de normas protectoras del consumidor obedece a un cambio en el desarrollo, consistente en la creación de grandes empresas y en la comercialización masiva, basada esta última, en una intensificación de los procedimientos de mercado.⁵ Consideraciones sociales también han desempeñado un papel importante. Existe una gran parte de consumidores, quienes con bajo salario, deficiente educación y conocimiento del mercado, están mal conformados frente a las prácticas comerciales sofisticadas y por ello necesitan normas protectoras. La frase "el pobre paga más", de Caplovitz, ha hecho ya fortuna.⁶ Los juristas estamos obligados a desarrollar nuevos principios y conceptos jurídicos e intentar abordar los problemas tradicionalmente reservados al derecho privado con una nueva óptica. Frecuentemente, las soluciones más recomendables son combinaciones de las diversas ramas del derecho privado, derecho penal y derecho público.

La tendencia a organizar normas que tengan por objeto proteger al consumidor, se ha manifestado, por otra parte, ya en varios derechos positivos. Citaremos algunos casos. En Europa Occidental: Francia, con la Ley número 73-1193 del 27 de diciembre de 1973; Bélgica, con la Ley sobre prácticas del comercio del 14 de julio de 1971; Suecia, con la *Consumer Sales Act* del 9 de diciembre de 1973 y, en América Latina, Venezuela, con la Ley de protección al consumidor del 5 de agosto de 1974. En el

³ *Ibid.*, p. 21.

⁴ *Ibid.*, p. 6.

⁵ Bernitz, Ulf, "Consumer Protection aims, methods and tends in Swedish Consumer Law". Almvist y Wiksell Tryckeri, Ab. Uppsala, Sweden, p. 14.

⁶ Citado por Bernitz, "Consumer Protection", *op. cit.*, p. 14.

plano internacional, como lo señala Von Hippel,⁷ destacan los estudios de la *Organization for Economic Co-Operation and Development* (OECD) sobre la política del consumidor en sus Estados-miembros.

a) *Concepto de consumidor.* En el presente análisis y por lo que respecta a nuestro ordenamiento positivo es necesario en un principio precisar la noción del consumidor, concepto que en su origen es un concepto económico. El término "consumidor" es indicativo de diversas situaciones contractuales que, como lo afirma el profesor Fontaine,⁸ integran un tema extraordinariamente extenso. Así puede ser consumidor, verbigracia; el asegurado, el comprador, el arrendatario, etcétera.

El artículo 3º de la ley mexicana define al consumidor, como aquel quien contrata para su utilización la adquisición, uso o disfrute de bienes o la prestación de un servicio. Del análisis del texto de la ley se concluye que no únicamente es consumidor quien contrata para su utilización *personal* bienes o servicios. Con ello plantea la ley la alternativa de que los intermediarios en el circuito de distribución, que en nuestro medio son excesivamente numerosos, puedan hacerla valer en su favor. La fórmula empleada es, consecuentemente, defectuosa porque desvirtúa la idea misma de consumidor: lo que se intenta proteger es a la persona *privada* que se procura un bien o servicio para su uso *personal*;⁹ así, verbigracia: al comprador no comerciante, etcétera. El consumidor es la terminal en el proceso de producción y distribución y, en consecuencia, en él se repercuten los problemas de la producción y del mercado. La relación que se intenta normar es, precisamente, la existente entre comerciante y consumidor particular.

b) *Concepto de comerciante.* Es importante, por lo tanto, la precisión del concepto análogo en el otro extremo de la relación, que en nuestra opinión es la de comerciante.

El Código de comercio y la doctrina mexicana se habían esforzado hasta antes de entrar en vigor la ley de Protección al Consumidor, para definir al comerciante. En efecto, por una parte, el Código de comercio en su artículo 3º preceptúa que en derecho se reputa comerciante:

1. A la persona que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hace de él su ocupación ordinaria.
2. Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles.
3. Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio.

El artículo 4º de dicho ordenamiento, finalmente señala, que las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hacen alguna operación de comercio aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ello a las leyes mercantiles.

Por otra parte, la doctrina mexicana en base a estos preceptos, intenta dar su definición de comerciante; así, el distinguido jurista Mantilla Molina,¹⁰ define al comer-

⁷ Von Hippel, Elke, "Verbraucherschutz", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 4º Jahrgang, 1976, Heft 3-4, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, p. 514.

⁸ Fontaine, Marcel, "La protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belges", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 27e, année, de, 2 avril-juin, 1974, p. 200.

⁹ *Ibid.*, p. 200; Bernitz, Ulm, "La protection des Consommateurs en Suède et dans les pays nordiques", *Revue International de Droit Comparé*, 26e, année, juillet-sept, 1974, p. 547.

¹⁰ Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 16a. edición. Editorial Porrúa, S. A., México, MCMLXXVII, p. 91.

ciente, la persona que sea titular de una negociación mercantil, es decir, del conjunto de cosas y derechos combinados para obtener u ofrecer al público bienes o servicios sistemáticamente y con propósito de lucro. Esta definición resulta de la interpretación sistemática del Código de Comercio, específicamente, del artículo 3º, como lo señala dicho jurista.¹¹

La ley de Protección al Consumidor en su artículo 3º, entiende como comerciante a quien hace del comercio su ocupación habitual o realiza, aunque accidentalmente, un acto de comercio cuyo objeto sea la compraventa o arrendamiento de bienes-muebles o la presentación de servicios. La definición de la ley como bien puede apreciarse, está desarrollada a partir de los textos del Código de Comercio, circunscribiéndola únicamente a las personas comprendidas en los artículos 3º, fracción 1 y 4º del Código de Comercio, conceptos expuestos anteriormente. Adopta también la tesis del artículo 4º del Código de Comercio, únicamente en lo relativo a compra-venta o arrendamiento de bienes-muebles o la prestación de servicios.

Con todo acierto el distinguido jurista Barrera Graf,¹² critica el concepto de comerciante de la ley, ya que indica que la realización accidental de comercio, aun cuando esté sometido a las leyes mercantiles, no puede determinar el carácter de comerciante “porque en la tradición multiselular del derecho mercantil una mercancía *non facit mercatorum sed professio et exercitium*”.¹³

La ley, sin embargo, utiliza un concepto que pretende ser más amplio y que es el de proveedor. En efecto, el artículo 2º de la ley incluye, junto a los comerciantes, a los industriales, prestadores de servicios, así como a las empresas de participación estatal, organismos descentralizados y los órganos del Estado, en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, y que son los obligados al cumplimiento de la misma.

Desconocemos cual haya sido el criterio que, en función de la realización de actividades de producción, distribución o comercialización, haya tenido en cuenta el legislador para distinguir los conceptos de comerciantes —se entiende en sentido jurídico— y el de industriales y prestadores de servicio, y aun el de empresas de participación estatal y organismos descentralizados del Estado.

En este aspecto, en nuestra opinión, la ley incurre en varios contrasentidos.

a) Establece la noción de comerciante para después situarla junto a la del industrial y prestadores de servicios, sin especificar que debe entenderse por éstos, originando únicamente con ello que conforme a la letra de la ley, industrial, prestador de servicios y comerciante sean nociones diferentes; pero sin poderse precisar en los términos de la ley en donde estriba la diferencia.

b) La enumeración de la ley, es taxativa y, por lo tanto aplicable únicamente a comerciantes, industriales o prestadores de servicios *en cuanto* desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores.

c) En nuestra opinión, siguiendo las ideas de Mantilla Molina,¹⁴ conforme a nues-

¹¹ *Ibid.*, p. 21.

¹² Barrera Graf, Jorge, “La Ley de Protección al Consumidor”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, julio de 1976, núm. 8, p.

¹³ *Ibid.*, p.

¹⁴ *Supra*, nota 10.

tro sistema de derecho, la piedra angular en la noción de comerciante es la negociación mercantil que también ha recibido el nombre de empresa. Y si se parte de la noción que anteriormente citamos de la misma, los conceptos de comerciante, industrial y prestador de servicios, para el propósito que nos ocupa, deben ser uno solo.

d) Asimismo, en la idea misma de comerciante y con ella la de negociación mercantil va implícita la afirmación de la empresa es decir de "la organización concreta de los factores de la producción para obtener una producción determinada, y en cuanto visión definida de su marcha económica en un periodo determinado".¹⁵

e) Es confuso, pues, que la ley distinga —o pretenda distinguir— entre comerciantes, industriales y prestadores de servicios y es ocioso que los obligue al cumplimiento de la ley en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores.

Del análisis de la ley se desprende que ésta emplea el concepto de proveedor como concepto unitario y de base en el esquema que desarrolla.

Habiendo precisado los conceptos anteriores, es posible proseguir con nuestro análisis.

II. INFORMACIÓN DEL CONSUMIDOR

Una de las libertades que se encuentran dentro de una economía del mercado es la del consumo. Esta libertad consiste en la libre elección de mercancías y de servicios, que tiene el consumidor. Para poder ejercitar esta libertad, el consumidor debe de tener acceso a una buena información de los bienes y servicios que ofrece su mercado nacional.¹⁶ Se debe establecer de base una obligación de información del proveedor y se debe reglamentar en forma detallada esta obligación de información: se debe informar y se deben corregir las informaciones que se manifiestan en publicidades engañosas. El *marketing* debe ser organizado conforme a los buenos usos comerciales. Por lo que respecta a la información del consumidor podemos destacar los siguientes tópicos.

A. *Obligación de información*. El artículo 5º de la ley establece una obligación general, consistente en que el proveedor debe informar veraz y suficientemente al consumidor y abstenerse de toda clase de publicidad, leyendas o indicaciones que induzcan a error sobre el origen, componentes, usos, características y propiedades de toda clase de productos o servicios.

B. *Publicidad comercial*. Podemos definir la publicidad comercial, en los términos del artículo 19 de la ley belga del 14 de julio de 1971, que indica que ésta es toda información difundida con el propósito directo o indirecto de promover la venta de un producto o servicio en el público, cualquiera que sea el lugar o el medio de comunicación empleado.¹⁷ La Ley de Protección al Consumidor posibilita al proveedor a obtener la autorización de su publicidad al respecto. Sin embargo el artículo 5º pre-

¹⁵ Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 12ª edición. Ed. Porrúa, México, p. 411.

¹⁶ Bernitz, Ulf, "Harmonisation et coordination", *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Bernitz, Ulf, "Harmonisation du Consommateur en Belgique", *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 40 Jahrgang. Heft 3-4.2, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, p. 621.

ceptúa que el proveedor debe informar veraz y suficientemente al consumidor, y carece de las bases sobre las que se pueda normar la publicidad comercial en su conjunto. Así la publicidad debe de permitir una elección racional de los bienes y servicios que se ofrecen¹⁸ en el mercado.

Podemos afirmar que bien se puede tomar como criterio el de la veracidad. La veracidad implica, como lo afirma Bernitz,¹⁹ que la información no sea inexacta o engañosa, y debe hacerse extensiva tanto a la publicidad escrita, como a la oral. Así la ley prohíbe la utilización de fórmulas como "producto de exportación", "calidad de exportación" etcétera que pueden crear problemas en la elección del producto en el mercado o el condicionamiento de la venta del producto, o la prestación del servicio a la adquisición o contratación de otro en los términos de los artículos 10 y 14 de la ley.

El problema que se plantea, respecto a la publicidad, estriba en el *onus probandi* de la ausencia de su veracidad: ¿quién debe probar la falta de veracidad de la publicidad? Conforme al análisis de los textos legales será la autoridad la que deberá probarla. La única referencia que hace la ley de protección al consumidor a este respecto es para el caso en el cual los anunciantes (*sic*) soliciten a la autoridad competente opinión o dictamen sobre la publicidad que pretendan realizar y le hayan suministrado datos falsos. Sin embargo, la solicitud en los términos del artículo 5º de la ley es potestativa para el anunciante.

Nuestro sistema de derecho conoce otras reglamentaciones precisas en este contexto. El artículo 93 bis de la Ley de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares obliga a éstas a someter a la previa aprobación de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros cualquier clase de propaganda que pretendan efectuar relacionada con sus operaciones, ya sea en territorio nacional o en el extranjero. El artículo 59 de la Ley General de Instituciones de Seguros hace lo propio con las instituciones de seguros. La ley federal de Radio y Televisión contiene también ciertas reglamentaciones al respecto.

El principio general que establece esta última es que la propaganda comercial no transmita propaganda o anuncios de productos industriales, comerciales o de actividades que engañen al público o le causen algún perjuicio por la exageración o falsedad en la indicación de sus usos, aplicaciones o propiedades.

Citaremos solamente algunos ejemplos regulados por la Ley Federal de Radio y Televisión:

A. Toda propaganda de instalaciones y aparatos terapéuticos, tratamiento y artículos de higiene y embellecimiento, prevención o curación de enfermedades necesita autorización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

B. La propaganda o anuncio de loterías, rifas y otra clase de sorteos, necesitan la autorización de la Secretaría de Gobernación.

C. La publicidad de bebidas, cuya graduación alcohólica excede de 20 grados, deberán abstenerse de toda exageración y combinarla o alternarla con propaganda de educación higiénica y de mejoramiento de la nutrición popular. En la difusión de esta clase de publicidad *no* podrán emplearse menores de edad; tampoco podrán ingerirse real o aparentemente frente al público, los productos que se anuncian.

¹⁸ Bernitz, Ulf. "La protection", *op. cit.*, p. 560.

¹⁹ *Ibid.*, p. 555.

D. Deben hacer uso del idioma español. Sin embargo, la Secretaría de Gobernación puede autorizar, en casos especiales, el uso de otros idiomas, siempre que a continuación se haga una versión al español, íntegra o resumida, a juicio de dicha Secretaría de Estado.

Por otra parte, el reglamento de la Ley Federal de Radio y Televisión tiene como principal preocupación, en este campo, intentar establecer un "prudente" equilibrio entre el tiempo destinado al anuncio comercial y el conjunto de la programación.

En relación a la publicidad propiamente dicha contiene únicamente referencias a la publicidad de bebidas alcohólicas. La única publicidad que prohíbe es la referente a: a) cantinas; b) la que ofenda a la moral, el pudor y las buenas costumbres, por las características del producto que pretenda anunciar.

No es el lugar de pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento de las reglamentaciones que se comentan, pero sí sobre la articulación de diversas disposiciones que pretenden referirse a un mismo aspecto. Debemos entender las disposiciones de la Ley Federal de Protección al Consumidor más extensas en su aplicación que los contenidos fundamentalmente en la Ley Federal de Radio y Televisión. Consideramos que la ley del consumidor es más positiva en el mecanismo que establece, ya que hace obligatorio informar veraz y suficientemente al consumidor. Se debe partir del hecho que la publicidad, con sus defectos, es la principal fuente de información del consumidor y se deben establecer proposiciones positivas de información en el contenido de la publicidad, como por otra parte, la ley lo hace respecto de las llamadas "operaciones de crédito".

En materia de publicidad la ley del consumidor también exige que la propaganda escrita esté redactada en español y su redacción se haga en términos comprensibles y legibles. Nuestro sistema de derecho ya conocía un antecedente al respecto. En efecto, el artículo 24 de la Ley de Contrato de Seguro preceptúa que la póliza de seguro, los documentos que contengan cláusulas adicionales de la misma y, en general, todos los documentos usados en la contratación del seguro, para que puedan surtir efectos probatorios contra el asegurado será indispensable que estén escritos o impresos en caracteres fácilmente legibles.

Finalmente, es necesario destacar la importancia de distinguir claramente entre la falta de veracidad de la publicidad y su aspecto doloso, es decir la inducción al error. En efecto, consideramos que conforme al artículo 8º de la ley la falta de veracidad en la publicidad por sí misma debe ser causa de responsabilidad, aun cuando no se demuestre que haya inducido al error al consumidor. El criterio de dolo lo establece el artículo 1815 del código civil, al considerar como tal cualquier sugerencia o artificio que se emplee para inducir al error. La experiencia ha demostrado la dificultad que representa anular un contrato por vicios de la voluntad de una de las partes, uno de cuyos casos es el dolo. La importancia de esta distinción es pues importante, para poder hacer efectiva la responsabilidad civil que establece el artículo 8º de la ley. La operatividad de esta responsabilidad nos ha valido ciertos comentarios que expondremos más adelante.

C. *Indicación de la cantidad, peso, etcétera, del producto.* Una de las protecciones fundamentales de base del consumidor es la indicación en la publicidad de proposiciones positivas. En este contexto se inserta la obligación de indicar el peso, cantidad, etcétera, del producto.

Inexplicablemente se deja esta obligación de indicar en el producto sus componentes, así como su peso, propiedades o características e instrucciones de uso y conservación del producto a la discrecionalidad de la Secretaría de Comercio. La necesidad de estas indicaciones en los productos en el mercado es necesaria, para una racional elección del producto, y sería deseable que constituyese una obligación general; constituiría una protección de base para el consumidor.

Por otra parte la ley establece con un buen sentido, la necesidad de incorporar en los productos peligrosos, o en instructivo anexo a los mismos, las advertencias e informes para que su empleo se realice con la mayor seguridad posible, siempre y cuando la peligrosidad sea notoria, se derive de la propia naturaleza del producto o servicio o haya sido definida por autoridad competente.

Ante la ausencia de otros textos que normen este problema es sumamente importante esta reglamentación en nuestro derecho positivo. La introducción de un texto de base en la publicidad de objetos peligrosos era indispensable en nuestro sistema.

CH. *Publicidad de la información en las operaciones a crédito.* A semejanza de la ley belga, estas operaciones están sujetas a cierta publicidad que deberá contener como mínimo de información lo preceptuado por el artículo 20 de la ley; es decir la obligación del proveedor de informar previamente al consumidor el precio de contado del bien, o servicio de que se trate; el monto de los intereses y la tasa a que éstos se calculan si es una operación a crédito; el total de los intereses a pagar; el monto de cualquier cargo si lo hubiere; el número de pagos a realizar, su periodicidad; la cantidad total a pagar por dicho bien o servicio y el derecho que tiene a liquidar anticipadamente el crédito, con la consiguiente reducción de los intereses. No está prevista, sin embargo, ninguna sanción contractual cuando se incumpla esta disposición. Únicamente está sujeta a las sanciones administrativas civiles y penales que como sanción general establece el artículo 90 de la ley. En efecto, la responsabilidad civil que menciona este precepto deriva de la inobservancia de la ley por el proveedor o comerciante, pero el contrato continúa con toda su eficacia jurídica. Ella demuestra cómo la ley no se basa esencialmente en el funcionamiento y adaptación de mecanismos contractuales. Muy a este propósito son las ideas de Marcel Fontaine,²⁰ quien afirma que la legislación de política comercial es menos sutil que la legislación contractual, pero acompañada de sanciones penales, más disuasiva.

D. *Promoción y oferta.* El artículo 6º de la ley le da facultades a la Secretaría de Comercio para ordenar que se hagan las modificaciones procedentes a los sistemas de venta de cualquier tipo de bienes. Como la ley no distingue la clase de bienes que norma, debemos entender que es extensiva tanto a los inmuebles como a los muebles. Esta facultad puede ser decisiva en el trazo de una política general comercial. A la fecha, sin embargo, no ha hecho uso de ella la Secretaría de Comercio. En el ordenamiento positivo, únicamente se establecen mecanismos legales relativos a la promoción y oferta.

Estas dos formas de comercialización son, por otra parte, las más recurridas en el mercado; pero la ley se abstiene de controlar la posible competencia desleal que con estas prácticas comerciales se pudieren plantear y mantener con ello el régimen de libre concurrencia. Pudiera afirmarse que la Procuraduría del Consumidor tiene

²⁰ Fontaine, Marcel, "La protection du Consommateur en droit civil", *op. cit.*, p. 224.

facultades para ello al poder denunciar ante las autoridades competentes los casos en que presuma la existencia de prácticas monopólicas o tendientes a la creación de monopolios. (Artículo 59 VII de la ley).

La ley se concreta únicamente a reglamentar la forma de operación de la promoción y oferta. Así, conforme al artículo 16 de la ley se deberán indicar las condiciones, el término de duración o el volumen de los productos que se ofrezcan; éstos se presumen que son indefinidos hasta en tanto se haga del conocimiento público la revocación de la promoción u oferta de modo adecuado y por los mismos medios de difusión. Únicamente se requiere la previa autorización de la Secretaría de Comercio, por lo que respecta a las promociones, no así por lo que atañe a las ofertas. Tanto la "promoción" y "oferta" deben ser entendidas como contenidos de actos jurídicos unilaterales que nuestro Código Civil organiza bajo la forma de la oferta hecha al público (artículo 1860 del Código Civil).

III. OPERATIVIDAD DE LA LEY EN EL AMBITO CONTRACTUAL

Es necesario hacer previamente una consideración crítica. Existen varios problemas en esta materia por lo que respecta a la congruencia de la ley. Como explicábamos, el concepto de comerciante establecido por la ley al incorporar el régimen del artículo 4º del Código de Comercio, determinó como tal a la persona que realice contratos de compra-venta o de arrendamiento de bienes-*muebles* (artículo 3º de la ley). La parte relativa a la compra-venta en abonos (artículo 28 de la ley) la hace, sin embargo, también extensiva a bienes inmuebles. El problema lo complica el artículo 2º de la ley, pues señala que las personas obligadas al cumplimiento de la misma lo son —como se explicó— los *comerciantes*, industriales, prestadores de servicios, así como las empresas de participación estatal, organismos públicos descentralizados y los órganos del Estado en cuanto desarrollen actividades de producción, distribución o comercialización de bienes o prestación de servicios a consumidores, y siendo la ley de orden público y, por lo tanto, de interpretación estricta, únicamente ellos están obligados a su cumplimiento. Con las ideas que se manejan se pueden derivar las siguientes proposiciones:

1. En base al concepto que de comerciante tiene la ley, la compra-venta en abonos de bienes *inmuebles* no puede ser realizada por los comerciantes en tanto tales, ya que éstos lo son únicamente cuando realizan actos de comercio, *aunque* fuere accidentalmente —se entiende que con mayor razón cuando lo hagan en forma habitual— y cuyo objeto sea la compra-venta de bienes-*muebles*. De igual modo no cabría interpretar que la comercialización de los bienes inmuebles se entendiese atribuida a personas comerciantes que hiciesen del comercio su ocupación habitual, pues la ley expresamente se refiere a la comercialización de bienes y entre ellos únicamente a los *muebles*, cuando ella se realiza por comerciantes.

2. Respecto de los demás proveedores obligados al cumplimiento de la ley, que son los enumerados en el artículo 2º —enumeración que debe entenderse taxativa— la comercialización de bienes inmuebles es de importancia menor, máxime que algunos de ellos (los organismos públicos descentralizados y "órganos" del Estado) están sujetos al respecto a leyes precisas como son la Ley General de Bienes Nacionales

y la Ley para el control por parte del Gobierno Federal de los Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal.

3. Existe, finalmente, el problema de determinar quiénes de los enumerados en el artículo 2º de la ley —pues son los únicos obligados a acatarla— pueden figurar como parte vendedora en la comercialización de bienes inmuebles.

4. Entendemos que el legislador quiso referirse a los comerciantes —aunque textualmente se haya expresado con muy poca claridad.

5. La experiencia, sin embargo, es contraria a la interpretación descrita, ya que existe una práctica generalizada de que los comerciantes se sometan a la ley cuando efectúan la comercialización de inmuebles, como es el caso de las compañías dedicadas a los fraccionamientos.

A. *Contratos que instrumentan crédito.* Por una parte, los contratos en que se instrumenta crédito entran en el debate de la libertad contractual que nuestro derecho contempla bajo la óptica de la autonomía de la voluntad. Nuestro sistema de derecho es liberal, ya que mantiene el principio liberal “está permitido todo aquello que no esté prohibido” (artículo 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Lo prohibido será siempre la excepción. Como lo señala Jean Carbonnier,²¹ la autonomía de la voluntad en cuanto al fondo se manifiesta en dos planos en el momento de la formación del contrato: 1) la opción de contratar, y 2) la determinación del contenido del contrato. Específicamente es este último punto lo que se denomina libertad contractual. La libertad contractual en una economía del mercado, se traduce en la libertad de establecer las condiciones de compra y venta, y con ello la de crédito y la de crear sociedades. Es importante hacer notar, por lo tanto, la estrecha relación que existe entre la teoría de la venta y el consumidor, ya que a través de la primera se instrumenta fundamentalmente la comercialización. El contrato de compra-venta en el mercado cobra así una gran relevancia junto con el crédito. En la gran mayoría de los casos el crédito se instrumenta en el contrato de compra-venta. La importancia que tienen las operaciones a crédito en el mercado nacional se reflejan no solamente en las relaciones particulares, sino también en la capacidad financiera y en la política monetaria.²² Finalmente, es de destacar las disposiciones que tienden a regular el contenido de los contratos que instrumentan créditos, como una limitación a la libertad contractual.

a) *Reglamentación del crédito. El interés.* La única reglamentación del crédito que hace la ley es en relación al interés. Esta reglamentación debe hacerse extensiva a toda la forma de contratación que implique un préstamo para el consumo, como lo son los contratos de mutuo y el contrato de compra-venta en sus modalidades de compra-venta en abonos y con reserva de dominio, no así a los contratos preparatorios, a pesar que estos últimos hayan sido muy recurridos en nuestro medio, fundamentalmente, para canalizar el tráfico inmobiliario, y en donde existe una instrumentación de crédito considerablemente importante.

En el artículo 21 de la Ley de Protección al Consumidor se organiza el sistema de cómputo de intereses que deberán únicamente causarse sobre la diferencia que resulte entre el precio total y el “enganche”, es decir, la cantidad inicial dada a

²¹ Carbonnier, Jean, *Droit Civil, 4/ Les Obligations*, Presses Universitaires de France, 83 édition mise à jour, 1975, p. 34.

²² Cfr. Fontaine, *La protection du consommateur en droit civil, op. cit.*, p. 208.

cuenta de precio. Los intereses deberán calcularse únicamente sobre saldos insoluto, como lo ordena el artículo 25, y su pago no podrá exigirse por adelantado, sino únicamente por períodos vencidos. Finalmente, ordena en su artículo 23 que el interés moratorio no podrá exceder al interés fijado por la Secretaría de Comercio, previa opinión de una comisión consultiva integrada entre otros organismos, por un representante del Banco de México, S. A. No podrán cobrarse intereses sobre intereses devengados y no pagados ni capitalizar intereses. La sanción específica que establece la ley es la de asimilar toda contravención en relación al pacto de intereses, con el tipo penal del fraude (artículo 387 fracción VIII del Código Penal).

b) *Sanción.* En este sistema destaca nuevamente la tendencia de la ley de crear mecanismos de control fuera del contrato, ya que, además, de la sanción penal, las infracciones se encuentran sujetas a la sanción general que establece el artículo 90 de la ley.

En cuanto a los mecanismos contractuales de control, el Código Civil diverge de la ley de protección al consumidor en cuanto al método. En efecto, en sus artículos 2396 y 2397, el Código Civil establece las siguientes sanciones contractuales, organizadas con motivo del contrato de mutuo:

a) Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses (anatocismo), y

b) En caso de haberse convenido un interés más alto del 9% anual (interés legal) el deudor después de 6 meses, contados a partir de la celebración del contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.

Por su parte, la Ley Federal de Protección al Consumidor establece en su artículo 22, como tasa máxima y con carácter de orden público, la establecida por la Secretaría de Comercio, de tal suerte que si se pacta una tasa superior, la diferencia conforme a nuestro sistema sería ilícita y en consecuencia nula absoluta (artículos 2225, 2226, 2238 del Código Civil). Es importante destacar que conforme a la doctrina dominante en este caso sería una nulidad parcial, ya que es evidente que el contenido contractual subsiste, en su parte conducente, sin que las partes contratantes puedan manifestar que al celebrarse el contrato, su fin determinante era que éste subsistiera solamente con una tasa ilícita (mayor que la autorizada): la regla *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar en su provecho su propia ilicitud), se los impediría.

La consecuencia práctica que esto representa estriba en que el consumidor al pagar conforme a una tasa mayor que la autorizada (y por lo tanto tasa ilícita) paga lo que no debe y con base en el pago de lo indebido (artículo 1883 del Código Civil) puede repetir en contra del proveedor, quien deberá restituirla con el pago de daños y perjuicios.

A efecto de entender el alcance de la ley es necesario destacar que el *accipiens* de mala fe debe abonar, conforme al Código Civil, el interés legal si se trata de capitales (artículo 1884 del Código Civil). Si esta sanción es el criterio para determinar que *accipiens* es de mala fe, la ley de protección al consumidor establece de base una presunción en contra del proveedor (en este caso *accipiens*) al considerar que éste siempre actúa de mala fe, ya que lo obliga a la restitución de la diferencia entre la tasa superior pactada y la tasa autorizada, diferencia que es el objeto del pago de

lo indebido, más el pago de daños y perjuicios. Éstos deberán ser evaluados en nuestra opinión conforme al artículo 2117 del Código Civil, que en su segundo párrafo dice:

Si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

El criterio de la ley coincide, por lo tanto, con el descrito por el artículo 1884 en su primera parte.

Es de subrayarse que la ley no es aplicable en el caso en que el acreedor sea una institución de crédito, conforme a lo establecido en el artículo 21 *in fine* de la ley.

B. *Ventas a domicilio*. En este punto es de destacar desde luego las ventas a domicilio. La Ley de Protección al Consumidor, en su artículo 46, señala que son ventas a domicilio las que se proponen a una persona física en el lugar donde habite en forma permanente o transitoria, o en el de su trabajo.

Consideramos más propia una definición, cuyo centro de gravedad se sitúe en la figura del vendedor, y considerar, por lo tanto, como venta a domicilio aquella que se realiza fuera del establecimiento del comerciante. La bondad del régimen jurídico de la venta a domicilio recomienda ampliarlo en beneficio del consumidor.

Se excluye la venta de bienes perecederos recibidos por el consumidor y pagados de contado. Conforme al artículo 45 del mismo ordenamiento la venta a domicilio se perfecciona a los 5 días hábiles contados a partir de la firma del contrato respectivo. El comprador-consumidor tiene la posibilidad de "revocar" su consentimiento sin responsabilidad alguna. La revocación deberá hacerse mediante aviso, o también entregando el bien personalmente al agente en su caso, o asimismo remitiendo, por correo certificado con acuse de recibo, o por otro medio fehaciente el bien correspondiente. Establece, por lo tanto, virtualmente un derecho de "arrepentimiento".²³

La fórmula empleada en nuestra opinión es poco feliz, ya que va en contra de los artículos 1796 y 1797 del Código Civil, que son una de las piedras angulares de nuestro derecho positivo, a saber: a) la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, y b) la fuerza obligatoria de los contratos. Técnicamente se deja al arbitrio de una de las partes, cumplir o no dentro de los 5 días posteriores a la celebración del contrato, lo que es contrario al sistema descrito.

En nuestra opinión se debió recurrir a la oferta con plazo. Se debió reglamentar, en forma detallada, esta polémica y no considerar al contrato como perfeccionado sino después de transcurrido cierto tiempo. La ausencia de responsabilidad del presunto comprador-consumidor sería entonces evidente. Se debería también invertir la carga de la prueba y obligar al vendedor a demostrar que el comprador-consumidor aceptó su oferta. Transcurrido el término sin que el comprador-consumidor se haya manifestado al respecto, se debería considerar la oferta como rechazada. Esto instrumentaría mecanismos importantes que obligarían, por una parte, a reflexionar al comprador-consumidor y en este caso su consentimiento se exteriorizaría en forma más consciente y, por la otra, corregir prácticas viciosas que han venido observándose en el mercado.

²³ Cfr. Fontaine, Marcel, *La protection du consommateur*, *op. cit.*, p. 625.

C. *Contenido Contractual.* La ley se preocupa por los llamados contratos de adhesión conceptuándolos en su artículo 4º como aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte, para aceptarlo, pueda discutir su contenido. Se faculta a la Procuraduría Federal del Consumidor, cuyo antecedente es sin duda el *Consumer Ombudsman*,²⁴ para que vigile que los llamados contratos de adhesión no contengan cláusulas que establezcan prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores o les impongan obligaciones inequitativas. No se ha observado, sin embargo, en el pasado reciente el trazo de una política comercial con carácter general por parte de la Secretaría de Comercio al respecto, que permita establecer fuera de la discrecionalidad de la Procuraduría del Consumidor, el criterio de cómo deberá considerarse la desigualdad contractual, es decir, su "desproporcionalidad" y su "inequidad".

Un análisis serio de los contratos de adhesión escapa a los límites de este trabajo, pero es conveniente destacar algunos puntos controvertibles, que se derivan del texto de la ley.

a) *Partes contratantes.* La ley hace únicamente referencias como partes del contrato al proveedor y a su contraparte, pero no la limita al consumidor, con lo que se desvirtúa el espíritu de la ley hipertrofiándola en este aspecto innecesariamente. La misma circunstancia se presenta por lo que respecta a las cláusulas uniformes generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, machotes o reproducidas en serie mediante cualquier procedimiento y, en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicios sin que la contraparte, no necesariamente el consumidor, tenga la posibilidad de discutir su contenido.

b) *Atribuciones de la Procuraduría del Consumidor.* La ley de protección al consumidor presenta dificultades considerables respecto a su interpretación en las atribuciones que establece en esta materia en favor de la Procuraduría del Consumidor, tanto por la confusión de ideas, como por la mala redacción del texto legal. En él se indica que la Procuraduría de Protección al Consumidor vigilará que los contratos de adhesión no contengan cláusulas que establezcan prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores o les impongan obligaciones inequitativas.

La misma atribución se ejercerá respecto a las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, machotes o reproducidos en serie mediante cualquier procedimiento y, en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor del bien o servicio sin que la contraparte tuviera la posibilidad de discutir su contenido.

Cuando estos contratos hubieran sido autorizados o aprobados, conforme a las disposiciones legales aplicables por otra autoridad, ésta tomará las medidas pertinentes, previa audiencia del proveedor, para la modificación de su clausulado, a moción de la Procuraduría Federal de Consumidor.

Cuando los contratos en cuestión no requieren autorización o aprobación por parte de alguna dependencia del ejecutivo federal, la Procuraduría del Consumidor en

²⁴ Cfr. Sheldon, James E., *Consumer Protection and Standard Contracts: The Swedish Experiment in Administrative Control*, *The American Journal of Comparative Law*. Vol: 22 No. 1, Winter 1974 p. 27, Stenberg, Hans, L'Ombudsman nédois pavles consommateurs. *Revue International de Droit Comparé* 26e. Année. No. 3 Julio-Sep. 1974 pp. 577 y ss.

representación del interés colectivo de los consumidores, gestionará en un plazo no mayor de 5 días a partir de que conozca el caso, ante él o los proveedores respectivos la modificación del clausulado para ajustarla a la equidad. En caso de no obtenerse en el término de 30 días un resultado satisfactorio, la Procuraduría del Consumidor podrá:

1. Hacer del conocimiento del público para su debida advertencia por sí o a través del Instituto Nacional del Consumidor, su opinión respecto al contrato de que se trate.

3 Elevar a la consideración del ejecutivo federal las medidas conducentes para regular el contenido de los contratos en cuestión.

c) *Consideración crítica.* Es necesario para entender el alcance del citado precepto, una distinción clara y elemental:

1. Por un lado, tenemos las condiciones generales de contratación, es decir policitaciones u ofertas al público que emiten los proveedores en forma unilateral y que constituyen prácticas comerciales de mercado.

2. Por otro lado, tenemos al contrato ya formado que implica el acuerdo de dos o más voluntades con fuerza obligatoria respecto de las partes que lo celebraron, en los términos del artículo 1794 fracción I y 1796 del Código Civil.

Conforme a nuestro sistema de derecho el poder creativo del contrato es ilimitado. El orden público —por hipótesis contenido en normas de carácter general— tiene como principal función ser el límite de la libertad contractual. A pesar de su extensión en nuestro sistema liberal, el orden público sigue siendo de excepción y, por lo tanto, de interpretación estricta. La conformidad del contrato al orden público representa una exigencia general de validez absoluta; en otras palabras, el contrato ajustado al orden público es jurídicamente válido. Por lo tanto, el contrato de adhesión ajustado al orden público continúa siendo un contrato plenamente válido. Con base a estas ideas, facultar a la Procuraduría del Consumidor para intervenir en contratos ya concluidos, es trastocar todo nuestro sistema de derecho. La Procuraduría del Consumidor, respecto de estos contratos, es ajena totalmente a la relación contractual, es *res inter alios acta*, y el interés jurídico que pudiera invocar para intervenir en ellos no puede fundamentarse en el criterio de equidad que tiene, si es que tiene, que nadie conoce ni tiene forma de conocer. El orden público al que el contrato tiene que ajustarse, debe estar contenido en normas jurídicas generales expedidas conforme a nuestro orden constitucional.

d) *Sanciones contractuales.* Las sanciones a las dos hipótesis descritas deben ser estructuradas en diferentes términos.

d-1) En las policitaciones, como ofertas al público, la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor debe intentar establecer conforme al artículo 63, inciso c) de la ley, una política comercial con carácter general y de interés público; el ejecutivo de la Unión conforme a nuestro orden constitucional tendría que someterla a la consideración del Congreso de la Unión. Ello reflejaría una política comercial consistente y la técnica legislativa adecuada para ajustar las condiciones generales de contratación al orden público.

d-2) Una vez los contratos ya formados la Procuraduría del Consumidor —como representante de consumidores— estaría en consecuencia legitimada para demandar la

nulidad de las cláusulas contrarias al orden público.²⁵ Esto sí sería congruente con nuestro sistema, ya que la nulidad absoluta puede ser intentada por todo interesado, en los términos del artículo 2226 del Código Civil. La Procuraduría del Consumidor tendría, en consecuencia, ya interés jurídico y con ella se evitaría el tener que recurrir a nociones vagas e imprecisas como "la equidad", etcétera, y en transgresiones serias a nuestro orden jurídico. El orden público, que es de excepción, debe contenerse en normas generales que limiten la libertad contractual, es decir, la posibilidad de fijar el contenido contractual.²⁶

e) *Corolario.* Lo que es cierto, es que en el momento actual existe una ausencia total de política comercial al respecto y si se toma en consideración que la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor es el centro de gravedad del desarrollo de los derechos de los consumidores, específicamente en este tipo de contratos, la situación es preocupante. La experiencia hasta la fecha demuestra que la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor ha intentado la revisión de ciertos contratos individuales ya concluidos conforme a su vago y propio criterio de "equidad",²⁷ violando en esa forma nuestro sistema jurídico.

CH *Garantía contractual*

a) *Sistema del Código Civil.* El Código Civil, bajo el rubro de incumplimiento de las obligaciones (capítulos I y II, título cuarto del libro cuarto), organiza la responsabilidad civil como consecuencia del incumplimiento y las garantías generales de saneamiento para el caso de evicción y la de vicios ocultos, en sus artículos 2142 y siguientes:

Las reglas especiales del Código Civil relativas a la garantía de vicios ocultos por el enajenante, constituyen en el plano contractual la piedra angular de la protección del adquirente contra los productos *defectuosos*.

El esquema que desarrolla el Código Civil es el siguiente:

1. El adquirente goza de dos acciones:

- a) *La redhibitoria*, y
- b) *La quantis minoris*.

2. Si el enajenante actúa de *mala fe*, es decir, si conocía los defectos ocultos de la cosa y no los manifestó al adquirente, tiene este último además de la *quantis minoris*, la acción *redhibitoria*, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios si ejercita esta última acción. El criterio expuesto se corrobora, ya que conforme al artículo 2148 del Código Civil, el enajenante que desconocía los vicios, es decir, el enajenante que actuó de *buena fe*, únicamente debe restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado.

²⁵ El Departamento de Justicia Sueco considera tan similares a los términos contractuales y a las prácticas comerciales que la Contract Terms Act puede ser considerada como una extensión del Marketing Practices Act, en Sheldon, James E., *op. cit.*, p. 33.

²⁶ Así se podría establecer el criterio que indica el Artículo 60., del Código Civil que únicamente admite la renuncia de los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros; Carbonnier, *op. cit.*, p. 34.

²⁷ Cfr. Sheldon, *op. cit.*, p. 66 y ss.

El Código de Comercio desarrolla un sistema muy precario en esta materia, ya que únicamente en dos de sus artículos hace referencia a este problema.

El artículo 393 que preceptúa:

El comprador que dentro de los cinco días de recibir las mercancías no reclamare al vendedor por escrito, las faltas de calidad o cantidad en ellas, o que dentro de treinta días, contados desde que las recibió, no le reclamasen por causa de vicios internos de las mismas, perderá toda acción y derecho a repetir por tales causas contra el vendedor.

Y el artículo 384 que dice: "El vendedor, salvo pacto en contrario quedará obligado en las ventas mercantiles a la evicción y saneamiento."

El sistema del Código Civil es el que rige, en consecuencia, tanto en materia civil como mercantil, ya que como se aprecia, cumple su función en este caso de ley supletoria del Código de Comercio conforme al artículo 20 de este último.

b) *Sistema de la Ley de protección al consumidor.* La Ley Federal de Protección al Consumidor mejora notablemente este mecanismo contractual. En su artículo 31 organiza un sistema similar al del Código Civil, pero circunscrito únicamente al contrato de compra-venta. En él posibilita al consumidor a que con el ejercicio, tanto de la acción *retributoria* como la *quantis minoris*, pueda pedir el pago de daños y perjuicios. Si tomamos en consideración el criterio del Código Civil que distingue entre enajenante de *mala y buena fe* tenemos que calificar en todo momento al proveedor como de *mala fe*, ya que la Ley de Protección al Consumidor opta por este régimen. La ley, en consecuencia, establece de principio la mala fe del vendedor profesional y con ello del vendedor-fabricante. En otras palabras: la ley establece una presunción *juris et de jure* en contra del vendedor-fabricante de que éste conocía los vicios ocultos de la cosa, ya que el sistema de la ley no le permite probar su ausencia de culpa y con ello exonerarlo de la responsabilidad civil. Ello coincide con la preocupación que ha tenido tanto la doctrina como la jurisprudencia de algunos países europeos, por lo que respecta a la responsabilidad del vendedor-fabricante.²⁸

Una última consideración: en algunos países europeos se muestra la tendencia de considerar la noción de vicio en forma más funcional; considerar como viciada una cosa que aunque perfecta en sí misma sea imprópria al uso a la que está destinada. De ahí que como afirma Bernitz, la política comercial debe esforzarse en compaginar el interés del consumidor con el desarrollo y fabricación de productos. No es el caso de tener que prohibir la fabricación de productos cuando éstos satisfagan para el consumidor una función. Con ello se intervendría en la etapa primaria de la planeación del producto, con la consiguiente corrección en la estructura.

D. *Objetos peligrosos*

El problema de fondo que presenta es el de los productos *no* defectuosos, pero peligrosos, problema que debe plantearse en términos diferentes al de los vicios ocultos. En numerosos países se ha esforzado el legislador en proteger al consumidor de los defectos o productos peligrosos. Concretizándose estos intentos, como es

²⁸ Fontaine, Marcel, *La Protection du Consommateur*, *op. cit.*

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DEL MERCADO 241

el caso del proyecto de uniformidad de la responsabilidad del vendedor-fabricante en los países de la Comunidad Económica Europea.²⁹

Los intentos se han desarrollado sobre estos 2 planos:

1. En un primer plano se esfuerzan por introducir mecanismos suficientemente adecuados para hacer efectiva la responsabilidad civil fundamentalmente del fabricante, cuando existan defectos en la fabricación de sus productos, o cuando no instruye suficientemente al consumidor del peligro en el manejo de sus productos, responsabilidad que se haría efectiva en el plano contractual.

2. A través de controles administrativos, que deben operar como protección preventiva del consumidor. El caso más significativo en este respecto es la *Consumer Product Safety Commission*, creada en los Estados Unidos de América por la *Consumer Product Safety Act* que entró en vigor el día 26 de diciembre de 1972. Interesante es destacar en todo caso la bondad de los trabajos de esta comisión, a la que puede recurrir todo interesado, que se caracterizan por brindarles a los diversos sectores industriales en cuestión, la posibilidad de que propongan soluciones propias, y no tomar unilateralmente medidas de seguridad impracticables.

3. En nuestro derecho positivo, por lo que respecta a los daños provenientes de objetos peligrosos, habíamos propuesto en otro lugar³⁰ que con base en el artículo 1913 del Código Civil la responsabilidad objetiva derivada del daño causado por objetos peligrosos se desarrollaría en la vía extracontractual sobre el modelo francés de la guarda de la cosa. Dicho precepto dice que, cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrolleen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque *no obre ilícitamente*, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima. En efecto, sobre la base de una responsabilidad extracontractual se podría considerar como responsable al guardián de la cosa, es decir, al que tuviera el poder de control de mando y dirección sobre la cosa. Cuando ésta provocara un daño podríamos destacar la diferencia entre la guarda del comportamiento y la guarda de estructura conforme a la distinción que pudiera hacerse entre la naturaleza de la cosa y en consecuencia de los accidentes que pudieran derivar de su comportamiento, de una parte, y de la otra, a su estructura, es decir, a su estado interno, a sus caracteres propios. En este caso sería el propietario el guardián de la estructura —criterio que recoge nuestro Código Civil en su artículo 1932, cuando establece una presunción de responsabilidad en contra del propietario—³¹ ya que es el único que conoce la cosa y que eventualmente puede hacer desaparecer el peligro destruyéndola.

Los mecanismos de la responsabilidad de los artículos 1913 y 1932 y los de la ley del Consumidor deben ser implementados en contra de quien tiene la posibilidad de prevenir el daño, tesis que tendría como principal soporte una adecuada política de prevención.³²

La bondad de modelar la responsabilidad derivada de daños provenientes de

²⁹ Von Hippel, "Verbraucherschutz", *op. cit.*, pp. 516 y 517.

³⁰ Sánchez-Cordero Dávila, Jorge Antonio, *La Responsabilidad objetiva*, tesis profesional Méjico 1974, p. 225.

³¹ *Ibid.*, p. 192.

³² Carbonnier, *op. cit.*, p. 298

objetos peligrosos y no defectuosos en el plano extracontractual consistiría en que aun cualquier tercero —consumidor perjudicado— la podría hacer efectiva.

4. En base a las 3 proposiciones anteriores se puede comprobar la diversidad de mecanismos que pueden llegar a ser operativos para hacer efectiva la reparación del daño por objetos peligrosos: contractuales, extracontractuales y administrativos.

E *El principio de relatividad de los contratos*

Otra peculiaridad de la ley resulta de la derogación del principio de la relatividad de los contratos, principio del que nuestro derecho en el artículo 1796 del Código Civil hace una regla de oro. En efecto, el circuito de distribución hacia imposible que el productor-fabricante fuese contractualmente responsable hacia el consumidor; si bien es cierto que, como lo afirma Marcel Fontaine,³³ es posible a través de una "cadena" de responsabilidades hacer efectiva su responsabilidad. La Ley de Protección al consumidor posibilita al consumidor hacer efectiva la garantía que organiza la ley indistintamente al vendedor o al fabricante; proveedor y vendedor fabricante son solidariamente responsables de la garantía de vicios ocultos, aun cuando el vendedor-fabricante no haya sido parte del contrato. Es una protección de base que tiene el consumidor y una derogación expresa de *la res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, que establece con buena técnica la ley.

Teóricamente la doctrina ha intentado explicarlo en dos formas diversas: 1) que esta garantía es un accesorio de la cosa y que se transmite junto con ella; 2) por responsabilidad objetiva derivada del hecho de haber introducido en el mercado un bien peligroso.

F *Contratos de distribución de bienes técnicos*

Finalmente, es de destacar que conforme al artículo 37 de la ley los fabricantes de productos deberán asegurar el suministro oportuno de partes y refacciones durante el lapso en que aquéllos fabriquen, armen o distribuyan sus productos y, posteriormente, durante el lapso razonable en función de la durabilidad de los mismos. Este precepto intenta establecer una solución de principio a los contratos de distribución de bienes técnicos, sumamente importantes ya en nuestro medio, pero cuyo análisis escapa del presente trabajo.

G *Inejecución del contrato*

Es únicamente respecto de una modalidad del contrato de compraventa que la ley establece una normación específica: contrato de compraventa en abonos. Es un hecho por otra parte, que es la forma de contratación más recurrida en el mercado.

En este contexto es importante señalar que uno de los mayores problemas que se habían presentado en nuestro sistema eran las llamadas cláusulas de caducidad que hacían el contrato enormemente gravoso para el comprador cuando éste incumplía. Estas cláusulas de caducidad consistían en pactar en un contrato de com-

³³ "La Protection du consommateur en droit civil", *op. cit.*, p. 206. Tanto en Bélgica como en Francia, el consumidor puede hacer efectiva la responsabilidad directamente al vendedor originario.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL DERECHO DEL MERCADO 243

praventa en abonos en que si el comprador-consumidor incumplía con su obligación, perdía en beneficio del vendedor las prestaciones que hasta esa fecha hubiere realizado.

Nuestro sistema de derecho incorporó en el Código Civil en su artículo 2111 su prohibición. En efecto, el citado artículo preceptúa, que si se rescinde la venta el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho: el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador, la restitución de la cosa y por el uso de ella el pago de un alquiler o renta que fijaran peritos y una indemnización también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa.

Por su parte, el comprador tiene derecho a la restitución de la cantidad que entregó y a los intereses legales (que ascienden al 9% en materia civil) de dicha cantidad.

La sanción contractual que establece es la siguiente: Las convenciones más onerosas que las expresadas serán nulas y debe entenderse en este caso nulidad absoluta, pues se percibe que la disposición contenida en el artículo 2311 del Código Civil es de orden público.

La Ley Federal de Protección al Consumidor reproduce en lo sustancial en su artículo 28 el contenido del precepto citado del Código Civil con algunos matices diferentes relativos a mecanismos de solución de conflictos que pudiere presentarse entre el vendedor y comprador. Fundamentalmente los puntos de diferencia son los siguientes:

1. En caso de mutuo disenso (resolución voluntaria del contrato) serán primordialmente las partes y, posteriormente, los peritos los que evalúen la restitución de las prestaciones.

2. El comprador tiene derecho, además de que se le restituya la cantidad ya entregada, a que sobre ella se le paguen intereses computados conforme a la tasa autorizada por la Secretaría de Comercio; en caso de que esta tasa *no* se hubiere establecido, serán computados a la misma tasa con que se pactaron para su pago al vendedor.

3. Aun cuando el proveedor demande ya sea la resolución del contrato de compra-venta a plazos o el cumplimiento forzoso del mismo, el consumidor podrá optar, si ha cubierto más del 50% del precio, entre la resolución del contrato o el pago adeudado vencido, más únicamente las costas y gastos judiciales. En este aspecto se hace abstracción del interés que el proveedor tenga en que el consumidor cumpla puntualmente con su obligación y la posibilidad de evaluarla en una indemnización moratoria, es decir, en daños y perjuicios. En nuestra opinión el legislador extendió más allá del límite razonable la protección al consumidor, pues imposibilita al proveedor de ver indemnizado el menoscabo sufrido en su patrimonio, por la falta del puntual cumplimiento de la prestación a cargo del consumidor. Se trastoca con ello considerablemente, en forma nociva, nuestro régimen de responsabilidad contractual.

4. La pretendida innovación de darle al consumidor la opción de la vía cuando ha cubierto más del 50% del precio es relativa, ya que por hipótesis se parte de un problema de incumplimiento que en la gran mayoría de los casos se origina en la imposibilidad del consumidor de solventar su obligación.

IV. SANCIONES ESTABLECIDAS POR LA LEY

La violación a la Ley de Protección al Consumidor se encuentra sujeta a la sanción general que establece el artículo 90 de la ley. La sanción general que se establece por el incumplimiento de la ley participa de diversas naturalezas. Puede ser: 1) de índole administrativa, que comprende la multa, clausura temporal, arresto administrativo; 2) de índole penal (la ley únicamente contiene la asimilación a un tipo penal específico que es la usura para el caso del pacto de intereses mayores a los establecidos por la Secretaría de Comercio) y, finalmente, 3) de índole civil, que establece la responsabilidad civil a cargo del infractor.

Respecto a esta última es importante precisar qué sistema de responsabilidad civil adopta la ley. Del análisis del texto de la Ley de Protección al Consumidor, fundamentalmente su artículo noventa, se desprende que es aplicable el sistema de responsabilidad por culpa que organiza el Código Civil, y que es el sistema general de dicho ordenamiento. Este sistema, sin embargo, hace poco operativa la sanción por la dificultad de la prueba de la culpa.

Existen, además, sanciones específicas atribuidas a incumplimientos determinados. Estas sanciones específicas se sitúan en dos planos diversos: se pueden distinguir soluciones en mecanismos contractuales y sistema de control fuera del contrato.

A. Mecanismos contractuales

Por lo que respecta a la promoción y oferta se consideran como modalidades de las ofertas hechas al público; es decir, como contenidos de actos jurídicos unilaterales que obligan al solicitante a sostener su ofrecimiento. Dentro de esta óptica si el consumidor acepta, el contrato queda formado y, en consecuencia, todo incumplimiento del proveedor se lleva sobre el plano contractual, de tal suerte que el consumidor podrá optar entre pedir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato y en ambos casos el pago de daños y perjuicios evaluados por la ley en un mínimo que consiste en la diferencia "económica" (*sic*) que resulte entre el valor del bien o servicio convenido en la promoción y oferta y su precio corriente en el mercado.

B. Mecanismos de control fuera del contrato

La sanción general, en nuestra opinión, debe ceder en favor de las sanciones específicas que para casos concretos establece la ley.

Una de las sanciones específicas establecidas en la ley es la relativa a la publicidad.

En este aspecto, primeramente, más que de sanción podemos hablar de suspensión de la publicidad. Existe, además, la posibilidad de que la autoridad exija al anunciantre que a su costa se realice la publicidad correctiva en la forma que estime conveniente. La falta de veracidad en los informes o instrucciones y en la publicidad da lugar a la responsabilidad civil conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la ley. El mecanismo empleado suscita algunas dificultades en su aplicación, ya que es difícil sacar en claro si son los consumidores los que directamente puedan

hacerla efectiva o es la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor la que como promotora y protectora de los derechos e intereses de los consumidores y en representación de éstos pueda comparecer ante las autoridades jurisdiccionales para hacerla valer (artículos 57 y 59 fracción II de la ley). El problema que se plantea, posteriormente, es la evaluación de los daños y perjuicios y la aplicación de la reparación.

V. CONCLUSIONES

1. De manera general se puede decir que existen ya un sinnúmero de leyes tendientes a la protección de la colectividad, como lo son la Ley del Seguro Social, la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, etcétera. En los términos en que está redactada la Ley Federal de Protección al Consumidor, comprende una serie de aspectos que comprenden ya otras disposiciones legislativas.

La noción de consumidor de la ley está hipertrofiada y carece en consecuencia de una función de cohesión.³⁴ Se debe, por lo tanto, limitar el concepto del consumidor y circunscribirlo únicamente cuando éste solicite en el mercado para sí ya sea la adquisición o el empleo de bienes o de servicios.³⁵ La ley debe ser un correctivo y un control dentro de un sistema de economía de mercado.³⁶

Es sumamente importante destacar que la política de protección al consumidor debe ser considerada en el marco de una economía de mercado, en donde el *marketing* es determinado por un número considerable de personas en condiciones variables; en consecuencia, en este contexto las críticas que se enderezan en contra de la economía de mercado en tanto tal, deben dejarse a un lado. Bernitz³⁷ con toda claridad señala las áreas básicas de protección al consumidor:

- a) Protección contra objetos peligrosos.
- b) Protección contra prácticas comerciales viciosas e información deficiente.
- c) Protección contra contratos de adhesión.
- d) Posibilidad efectiva de hacer valer sus derechos.

La política de protección al consumidor está enormemente ligada a una política de precios y de estímulo a la competencia. Fundamentalmente el estímulo de la competencia se estructura no sólo bajo una directiva de protección socioeconómica general, sino también de protección al consumidor, y ambas deben constituir aspectos de una adecuada política social. La política de protección al consumidor debe estar sujeta a una condición necesaria: una igualdad razonable en las condiciones de competitividad entre los proveedores.³⁸

2. En las operaciones a crédito el único punto de control que tiene el Estado mexicano en los términos de la ley, es la posibilidad que tiene de fijar la tasa de interés. Debería ampliarse sus facultades, verbigracia, para fijar el máximo término

³⁴ Bernitz, Ulf, "La protection", *op. cit.*, p. 548.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ *Ibid.*, p. 550.

³⁷ Consumer Protection", *op. cit.*, p. 26.

³⁸ Bernitz, "Consumer Protection", *op. cit.*, p. 28.

que pueden fijar las partes para el pago del precio en la venta en abonos, ya que con ella se puede regular el volumen de ventas a crédito³⁹ y la capacidad financiera de los particulares, lo que sería de gran utilidad en determinadas coyunturas económicas.

Se podría sugerir a este respecto la conveniencia de que la Secretaría de Comercio, en los términos del artículo 6-III de la ley, en su oportunidad ordenase las modificaciones procedentes a los sistemas de venta.

En forma expresa debería ampliarse la reglamentación de los contratos que instrumenten crédito a los particulares. Así, verbigracia, al contrato de promesa de compraventa, que es una forma muy recurrida en el mercado para canalizar el crédito privado en el tráfico inmobiliario.

3. La Procuraduría del consumidor debería enfocar su atención no tanto a la controversia de casos particulares, sino a la coordinación de los diferentes sectores interesados, en el trazo de líneas generales a las que pudiera cernirse la comercialización. Se debe sustituir un control represivo de prácticas comerciales viciosas por un control global preventivo, con el consiguiente ahorro en el costo social que representa el riesgo de la responsabilidad.

4. En materia de información, aun en el caso de una información objetiva, no se le proporciona al consumidor una perspectiva de conjunto en el mercado que es una condición de una elección óptima.

Es por ello que Von Hippel ha recomendado⁴⁰ la creación de un sistema de información que le proporcione al consumidor el mayor número de datos que solicite. Aunado a ello se debe partir, como lo afirma Bernitz, de un punto de vista diverso de la publicidad en la relación que guarda con su recepción en el consumidor. Debe prescindirse de una pretendida antítesis entre la publicidad y el conocimiento del consumidor. La publicidad es hoy por hoy la principal fuente de información del consumidor: se debe pues desarrollar esa publicidad a efecto de que ésta tenga obligatoriamente un contenido informativo: en otras palabras, que en la óptica comercial se contengan proposiciones positivas en el contenido de la publicidad.⁴¹

5. El problema de los contratos de adhesión es un problema de política jurídica de control, efectiva en esta clase de contratos.⁴² La Ley de Protección al Consumidor parte de la aceptación de los contratos de adhesión: los contratos de adhesión conformados al orden público son plenamente válidos.

6. La política comercial, uniforme y general, debe tener un efecto preventivo a efecto de prohibir ciertas prácticas de mercado y proteger a los consumidores en tanto colectividad. La intervención de la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor actuando en representación de los consumidores para fines de *control activo* y verificación sería decisiva, ya que un sinnúmero de contratos no están sujetos a un registro específico, etcétera, donde se pudiere controlar administrativamente su legalidad. El orden público económico de protección es la técnica jurídica, mediante la cual el Estado puede ampliar o disminuir la libertad contractual; es decir, la posibilidad de determinar su contenido, de una manera amplia regular el *marketing*.

³⁹ Fontaine, Marcel, "La protection du consommateur en droit civil", *op. cit.*, p. 210.

⁴⁰ Von Hippel, *Verbraucherschutz*", *op. cit.*, p. 521.

⁴¹ Bernitz, Ulf, *Schwedisches Verbraucherschutzrecht*, *op. cit.*, p. 603.

⁴² Bernitz, "La protection", *op. cit.*, p. 565.

Así, verbigracia, Suecia, con la *Consumer Sales Act* establece ciertos derechos mínimos del consumidor en materia de responsabilidad, de resolución, etcétera.

7. La experiencia sueca —uno de los primeros países que organizaron una Procuraduría del Consumidor (Consumer Ombudsman)—demuestra que la Procuraduría del Consumidor debe establecer, en concordancia con los representantes de los sectores correspondientes, cambios y cláusulas generales en los contratos-tipo o en las condiciones generales de contratación;⁴³ con ello se justificaría, en gran medida, la representación que por ley se le ha conferido a la Procuraduría de los intereses de los consumidores. La política de la Procuraduría del Consumidor debe estar orientada a una valoración de casos-tipo y no a la consideración casuística de determinadas relaciones.

La Procuraduría del Consumidor representa una muy buena alternativa en nuestro medio, en donde, por una parte, un alto porcentaje de consumidores tienen un desconocimiento de sus derechos particulares y, por la otra, existe una enorme dificultad para hacerlos valer.

8. En el plano estrictamente contractual es de adoptarse las tesis fundamentalmente francesas y belgas,⁴⁴ por lo que respecta a la interpretación de dichos contratos:

- a) Todo pacto oscuro o ambiguo debe interpretarse contra el proveedor.
- b) Las cláusulas exoneratorias de responsabilidad son de interpretación estricta.
- c) Ante la duda debe de interpretarse en contra de quien redactó el contrato.⁴⁵

Es de señalarse que estas reglas de interpretación tendrían en nuestro derecho perfecta aplicación, fundamentalmente conforme al artículo 20 del Código Civil: cuando hay conflicto de derechos se debe decidir en favor de quien intente evitarse un perjuicio, y no en favor de quien pretenda obtener un lucro.

9. A pesar de sus enormes deficiencias jurídicas provenientes quizá de un desprecio a la legalidad y una ausencia de información de lo que significa nuestro sistema de derecho, la Ley de Protección al Consumidor es una alternativa que con un adecuado empleo puede sentar bases de solución adecuadas a nuestro mercado. Posiblemente en un futuro no lejano, como lo augura Bernitz, el control administrativo y los mecanismos de derecho privado sean integrados en un sistema, para funcionar unitariamente.⁴⁶

⁴³ Bernitz Ulf, "Schwedisches Verbraucherschutzrecht", *op. cit.*, p. 607.

⁴⁴ Fontaine, Marcel, "La protection du Consommateur en Belgique", *op. cit.*, p. 624.

⁴⁵ Carbonnier, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁶ Bernitz, "Consumer Protection", *op. cit.*, p. 36.