

Voces: DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ RELACION DE CONSUMO ~ PUBLICIDAD ~ CONTRATO ~ BUENA FE ~ ASOCIACION DE CONSUMIDORES ~ TELEVISION POR CABLE ~ USUARIO ~ EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION ~ EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ OFERTA ~ PROMESA DE CONTRATO ~ OFERTA PUBLICA ~ NATURALEZA JURIDICA ~ CODIGO CIVIL ~ CODIGO DE COMERCIO ~ ACEPTACION DE OFERTA ~ MANIFESTACION DE LA VOLUNTAD ~ PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ~ CONSENTIMIENTO ~ LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR ~ DEBER DE INFORMACION ~ PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Título: La heterointegración y la publicidad en el contrato de consumo

Autores: Angelini, Luciano V. Arias Cáu, Esteban Javier

Publicado en: LA LEY 02/12/2011, 02/12/2011, 5

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I ~ 2011-03-17 ~ Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión S.A.](#)

I. Introducción. II. Hechos del caso. III. El proceso contractual. IV. La integración de la publicidad con el contrato de consumo. V. Conclusión.

I. Introducción

El estudio de la publicidad y sus aplicaciones prácticas en los casos judiciales parece ser un tema demasiado trillado y que no concita el interés de los juristas. Es un tópico demasiado académico o teórico, ya que se parte de un preconceito o una aceptación implícita que resulta obvia: Todos conocemos que la publicidad no dice toda la verdad.

Sin embargo, ya desde antaño con la aplicación del principio de la buena fe y recientemente con los —relativamente— nuevos instrumentos brindados por el derecho del consumidor se han verificado modificaciones sustanciales en el proceso contractual y en particular en la promoción de bienes o servicios, y que no han tenido consecuencias prácticas en los estrados judiciales.

El fallo "Padec c. Cablevisión" puede ser un punto de inflexión para tomar conciencia que no existe un derecho a ser engañado o que el dolo bueno que tradicionalmente se reconoció a los comerciantes debe tener un límite, especialmente en nuestra sociedad de consumo, en la cual la publicidad se ha transformado en un medio necesario e imprescindible para hacer conocer siempre las bondades de un producto, pero nunca sus defectos.

II. Hechos del caso

De la lectura del fallo se pueden extraer los hechos del caso y que servirán de sustento para nuestra opinión. Con fecha 10 de octubre de 2006, la asociación PADEC (Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor) promovió una demanda ante el Juzgado Civil N° 49, que tramitó por Expte. N° 84.791/2006, por cumplimiento de contrato en contra de la empresa Cablevisión S.A., en la cual reclamaba los siguientes puntos: a. Se condenara a la demandada a respetar el precio promocional ofertado mediante la publicidad por la vigencia total del contrato, esto es de 24 meses; b. Que se obligara a la empresa a no discriminar entre usuarios anteriores a la oferta y los posteriores que adquirieran el servicio; c. Que se declarara la nulidad de la prórroga de jurisdicción incluida en el contrato tipo por parte de la demandada.

La empresa demandada opuso excepción de falta de legitimación activa de la Asociación Civil como también impugnó la constitucionalidad del art. 55 de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125), en adelante LDC.

El titular del Juzgado Civil N° 49 al emitir su sentencia condenó a la demandada a "reintegrar a cada uno de los usuarios o consumidores contractualmente incluidos o registrados en el período julio 2005-abril 2007 del divulgado y comercialmente promocionado servicio de Internet por banda ancha (FiberTel) de la totalidad de los importes dinerarios que, excediendo el guarismo original del abono publicitado u ofertado en su oportunidad (\$24 ó \$40, según el caso), les hayan sido debitados a partir del mes inmediatamente posterior a su ingreso efectivo al mentado servicio y hasta la fecha de imposición de la presente demanda o de su voluntaria rescisión contractual...". Es decir, hizo lugar al reclamo identificado como a., guardando silencio con respecto a los puntos b. y c., originando la apelación de PADEC.

Con respecto a la excepción de falta de legitimación opuesta por Cablevisión, el magistrado de primera instancia la desestimó con sustento en la reforma constitucional de 1994, afirmando que la "tutela de derechos o intereses individuales homogéneos es perfectamente aceptable dentro del esquema de nuestro derecho", lo que motivó a su vez la queja de la empresa demandada.

Las apelaciones de ambas partes fueron decididas por la Sala I de la Cámara Civil, mediante fallo de fecha 17 de marzo de 2011, resolviéndose revocar la sentencia apelada, rechazándose la demanda en todas sus partes, pero imponiendo las costas por el orden causado.

Los argumentos esgrimidos por la Cámara fueron los siguientes: En primer término, con respecto a la excepción de falta de legitimación y con especial remisión a la doctrina de la causa "Halabi", la Cámara

consideró que la acción promovida se encuadraba en la categoría de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En segundo lugar, con relación al fondo de la cuestión, es decir el carácter engañoso de la publicidad, el tribunal de alzada entendió que en el caso no se configuraba el instituto. Para ello consideró que debe distinguirse previamente entre publicidad e información; luego, con cita de la Directiva 84/450/CEE, define a la publicidad engañosa como aquella que "de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor", concluyendo que en los autos pudo existir "información parcial pero no falsa". En tercer término, refiriéndose al supuesto trato discriminatorio en el que habría incurrido la demandada, afirmó que no existe "en nuestro derecho norma alguna que impida a cualquier proveedor de productos o servicios realizar promociones ... y ello no importa un trato discriminatorio entre consumidores". Por último, con respecto a la nulidad de la cláusula que atribuye competencia —en el caso, el Tribunal General de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires—, sostiene que "ni siquiera se indica en qué consistiría el desmedro de los derechos de los usuarios".

Por nuestra parte, por razones de espacio, trataremos únicamente la cuestión de fondo, es decir, sobre la existencia de publicidad engañosa en el caso y su efecto vinculante con el contrato de consumo suscripto, como también analizaremos el enfoque brindado por la Cámara sentenciante.

III. El proceso contractual

Corresponde adelantar que el consentimiento se forma con la oferta y la aceptación, y de este modo implica "la conformidad de los interesados acerca del objeto, condiciones y causa del contrato". (1)

III.1 La oferta. Su concepto

La doctrina civilista afirma que la "oferta o propuesta es una exteriorización o declaración de voluntad unilateral y recepticia que tiene por destinatario al aceptante". (2) Se infiere que estamos en presencia de un acto jurídico unilateral y que tiene —por lo general— (3) carácter recepticio, es decir, que debe haberse elegido previamente a la otra parte o centro de interés, para determinarla, siendo los vocablos "oferta" o "propuesta" equivalentes (art. 1144, Cód. Civil). En iguales términos, y parafraseando a López de Zavalía, sostenemos que la oferta es "un acto jurídico unilateral destinado a integrarse en un contrato, constituido por una expresión de voluntad que se postula como penúltima". (4)

Corresponde indagar, desde el punto de vista terminológico, los distintos vocablos utilizados por el Código Civil y la doctrina para conocer su significado. Así, se afirma que el Codificador utilizó como sinónimos (5) de "oferta" los términos "propuesta" (art. 1151) y "promesa" (6) (art. 1148).

Sin embargo, para Nicolau, en cambio, debe distinguirse la oferta de la promesa por los siguientes argumentos: (7) a. La promesa es la obligación de realizar una prestación, es decir, es vinculante; en cambio, la oferta en nuestro derecho no es vinculante; (8) b. La promesa no es recepticia y va dirigida a persona indeterminada; en cambio, la oferta para ser válida debe ser recibida por la otra parte y debe ser dirigida a persona determinada; c. La promesa es irrevocable; en cambio, la oferta hasta tanto no sea remitida o enviada puede ser revocable.

También se ha distinguido la oferta de otras manifestaciones de voluntad, a saber: (9) a. La invitación a oír ofertas (10) (invitatio ad oferendum) privadas o al público; b. La oferta modificable a voluntad del ofertante o sin comprometerse; c. La oferta irrevocable por cierto tiempo; d. Las tratativas previas al contrato o tanteos sin propuesta en firme.

Existe acuerdo en la doctrina, con relación a los requisitos para que la oferta sea válida, debiendo incluir los siguientes: (11) a. Completa; b. Contener la intención de obligarse; c. Estar dirigida a persona determinada. (12)

III.2 La oferta pública en el Derecho Civil. El problema del art. 1148 del Cód. Civil

El último requisito de la oferta consiste en estar dirigida a persona determinada. La doctrina infiere este requisito del texto del art. 1148 del Cód. Civil, cuando afirma: "Para que haya promesa, ésta debe ser a persona o personas determinadas sobre un contrato especial, con todos los antecedentes constitutivos de los contratos". Se sostiene (13) que este criterio concuerda con el art. 454 del Cód. de Comercio y que permite sentar la regla que las ofertas al público carecen de validez.

La afirmación anterior, adelantamos, contiene un aspecto práctico sustancial. En efecto, cabe interrogarse, pues, sobre la naturaleza jurídica de esta declaración. En otros términos, las proposiciones dirigidas al público, por naturaleza indeterminado, ¿son meras ofertas o en realidad son invitaciones a ofertar? De la respuesta al interrogante se originarán consecuencias diferentes, porque si son verdaderas ofertas, su aceptación concluirá el contrato; por el contrario, si son una mera invitación a realizar ofertas, quedará a criterio del invitado ofertar o no.

En doctrina, la posición estricta es sustentada por López de Zavalía, quien concluía en el "rechazo de la validez de las promesas al público que surge —como regla— del artículo 1148 (y que) sólo puede ser superado por la vía de una reforma legislativa". (14) Para una posición más flexible, el vocablo persona determinada debe

leerse como "determinable". (15)

Para nosotros, desde el punto de vista civil, en primer término; y siguiendo a autorizada doctrina, (16) hemos distinguido conceptualmente la oferta de la promesa en virtud de que configuran institutos diferentes, para lo cual el art. 1148 no puede ser asimilado a la oferta. En segundo término, esta regulación legal se refiere a los denominados contratos paritarios o negociados, no a la contratación masiva que es lo usual en nuestros días, no siendo extrapolables sus consecuencias. Por lo cual, siguiendo a Farina, podemos afirmar que "no existe en nuestro Código Civil norma que expresamente desestime la eficacia jurídica de la oferta al público". (17)

Si bien es sabido que como regla debe ser completa y por excepción se puede integrar la voluntad recurriendo a la ley o terceros (árbitros o juez), siempre el límite se encuentra en la razonabilidad, "ya que lo importante queda en manos del emisor y no es habitual que el futuro aceptante decida cuál es la obligación que asumirá el ofertante". (18)

III.3 Oferta al público en el Código de Comercio

La doctrina comercialista se ha ocupado también de la oferta al público, teniendo en cuenta que en dicho ámbito lo común es, precisamente, que la oferta sea dirigida al público.

En tal sentido se la ha definido como una "manifestación de voluntad que reúne los requisitos de una oferta, excepto su carácter recepticio, es decir, que no ha sido dirigida a persona o personas determinadas, sino al público en general". (19) Corresponde distinguir la oferta al público regulada en el Código Civil y en el Código de Comercio, reiterándose que —por lo general— en el comercio la mayoría de las ofertas son al público, dirigido a personas indeterminadas o in certam personam.

En el comercio resulta una práctica habitual utilizar distintos medios de publicidad para hacer conocer los productos o servicios ofrecidos a los clientes, recurriéndose a carteles, circulares, prospectos, pantallas televisivas, cortos publicitarios en televisión o en Internet, etc. Empero, a diferencia del Código Civil, nuestro Código de Comercio carece de una regulación general aplicable a la oferta, conteniendo sólo un artículo, al regular la compraventa comercial.

Así, el art. 454 del Cód. de Comercio expresa: "Las ofertas indeterminadas contenidas en un prospecto o en una circular, no obligan al que las ha hecho". En primer lugar, si bien utiliza el término técnico de oferta —no de promesa, por ejemplo— la califica como indeterminada, por lo tanto carente de precisión, refiriéndose por tanto a cosas genéricas: como "se venden muebles o artículos del hogar". En segundo lugar, la indeterminación también estriba en que carece del elemento precio. Por lo cual, inferimos que no se trata de una verdadera oferta, por lo menos desde el punto de vista conceptual, porque carece de los requisitos de completividad y seriedad, siendo indistinto que se dirija a persona determinada o indeterminada, puesto que en ambos casos la solución es idéntica: no obliga. Son simples avisos.

Compartimos nuevamente la opinión de Farina cuando expresa "en materia comercial hay oferta incluso cuando no se hace a persona determinada, sino al público en general, por los más diversos medios impuestos por la dinámica mercantil, siempre que se precise el contenido de la prestación (que no sea indeterminada, dice el art. 454, Cód. de Comercio) y se fije el precio y las demás condiciones de contratación (con todos los antecedentes constitutivos de los contratos, art. 1148, Cód. Civil)". (20)

Como vemos, desde el punto de vista legal, no puede afirmarse la invalidez de las ofertas al público o dirigidas a personas indeterminadas ni invocando el art. 1148 del Cód. Civil ni tampoco el art. 454 del Cód. de Comercio. (21) Entonces, nos preguntamos ¿por qué la doctrina afirma su invalidez?

En nuestra opinión, para interpretar correctamente las ofertas al público debemos previamente situarnos en la clase de negociación que debemos analizar. Así, participamos de la opinión que el requisito que la oferta sea a persona determinada es propio de los contratos paritarios o discrecionales, regulado en el Cód. Civil, que al momento de su sanción constituía la regla en materia de contratación. Los contratos se discutían y se negociaban de frente, cara a cara, en el cual las partes se encontraban en situación de igualdad jurídica y económica.

En cambio, en nuestros días, en virtud de la sociedad de consumo en la cual la producción o intercambio de bienes o servicios se efectúa en forma masificada, la técnica contractual de la celebración por adhesión, las condiciones generales de la contratación, constituyen la regla en materia de contratación. La mayoría de las ofertas son a personas indeterminadas o al público en general y se realizan con mayor asiduidad, siendo regidas tanto por el Derecho Comercial como por el Derecho del Consumidor. Pudiéndose concluir que constituyen en la actualidad la norma en materia de contratación, siendo la excepción los contratos regulados por el Código Civil. En suma, se trata de verdaderas ofertas, y no de meras invitaciones a ofertar.

Veamos las consecuencias prácticas de sostener una u otra tesis. Si una proposición al público es oferta, la respuesta de uno de entre el público tendrá la fuerza de aceptación y el contrato quedará perfeccionado. Por el contrario, si sólo es una invitación a realizar ofertas, la respuesta sólo tendrá fuerza de oferta sujeta a la aceptación del invitante. En una posición particular, tomando como ejemplo la promesa pública de recompensa (art. 2536, Cód. Civil), en opinión de Spota y Leiva Fernández, la oferta al público es una verdadera oferta y el

fundamento de su eficacia radica en "la declaración unilateral de la voluntad dirigida al público". (22)

Sin embargo, la posición mayoritaria sostiene la naturaleza jurídica de la oferta al público como una invitatio ad offerendum, por lo cual quien la emite "no está obligado a aceptar, cuando alguien del público manifiesta su interés en contratar, sólo podría deber daños y perjuicios". (23)

Esta es la solución, a nuestro juicio, con respecto a los denominados contratos paritarios regulados por el Cód. Civil y Cód. Comercial (contratos entre empresas), en los cuales se cumplen los postulados de libertad de conclusión y configuración. Por el contrario, a partir del año 1993, con el dictado de la Ley 24.240, el legislador ha optado por regular de modo diferente a aquellos contratos o relaciones en los cuáles uno de los términos sea una parte débil, a los fines de restablecer el equilibrio contractual.

III.4 Efectos de la oferta al público. Régimen del consumidor

A poco de sancionada la LDC, se sostuvo que la situación legal descrita en el Cód. Civil, y para aquellos contratos de consumo allí regulados, se había modificado y con fundamento en dos normas, los arts. 7 y 8 de la LDC.

Conceptualmente, para el derecho del consumidor, la oferta "es la propuesta que una persona hace a otra determinada o determinable, para celebrar un negocio individualizado en sus detalles esenciales y con el propósito de obligarse a cumplirlo si el destinatario la acepta". (24) Por lo general, desde el punto de vista empresario, la publicidad y la exposición en vidrieras de productos, con diferentes características y precios, constituye un modo o práctica habitual de desarrollar su negocio. Por ello, el régimen del consumidor intenta proteger al consumidor en todas aquellas situaciones en las cuales el proveedor pretenda escudarse, afirmando que sólo manifestó una invitación a ofertar, y no una verdadera oferta. Se dijo que la "norma comentada innova respecto del Código Civil, aunque no aparezca con claridad acerca del carácter vinculante de la oferta y, así mismo, en lo que hace a la admisión de una oferta al gran público o a persona indeterminada (arts. 1148, 1150 y concs., Cód. Civ.)". (25)

El consentimiento, en el régimen del consumidor, comprende todas aquellas etapas previas (tratativas, publicidad) (26) y tienen su efecto en el perfeccionamiento del contrato como en su posterior ejecución (art. 10 bis, LDC)

Por lo cual, corresponde adelantar que habrá oferta al público cuando "ésta debe tener la virtualidad de que una aceptación perfeccione el contrato sin más". (27) Conforme el texto del art. 7, de la LDC: "La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones". (28)

La regulación legal implica una evidente modificación para aquellas relaciones implicadas en el ámbito del derecho del consumidor, sosteniéndose que producen efecto vinculante para el proveedor las ofertas al público o "consumidores potenciales indeterminados". Para Gabriel Stiglitz, estamos en presencia de verdaderas ofertas, derogando el art. 1148 del Cód. Civil. Comparten el aserto Mosset Iturraspe y Wajtraub, quienes, con relación al tópico, afirman: "Podríamos decir que, de alguna manera, el carácter vinculante de las ofertas al público que consagra la Ley de Defensa del Consumidor importa una derogación, para el ámbito regido por esa normativa, de la exigencia contenida en el Código Civil en el sentido de que las ofertas deben, para considerarse tales, ser dirigidas a persona o personas determinadas o determinables". (29)

Para López de Zavalía, por el contrario, esta norma es una excepción al principio del art. 1148 del Cód. Civil en virtud de que requiere una vestimenta especial, por ej.: "fecha precisa de comienzo y finalización", por lo cual, si "falta ese dato, la proposición dirigida al público consumidor seguirá estando regida por las reglas generales". (30)

Por nuestra parte, consideramos que la técnica legislativa es precisa, y por lo cual la oferta, como acto jurídico unilateral destinado a concluir un contrato, dirigida a consumidores, obliga a la parte proponente para todos aquellos contratos regidos por el derecho del consumo, debiendo contener algunas (31) modalidades previstas en dicho artículo. De lo contrario, para el supuesto de considerarse que no existió oferta, se "estaría premiando al proveedor incumplidor al no quedar éste obligado frente a los consumidores potenciales". (32)

Por último, la Ley 26.361 incluyó un párrafo que reza: "La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el artículo 47 de esta ley". De este modo, se fortalece la validez y eficacia de la oferta al público incluyéndose una sanción, para el supuesto de incumplimiento del proveedor.

IV. La integración de la publicidad con el contrato de consumo

IV.1 La publicidad y su efecto en el contrato

La actividad publicitaria es un "fenómeno de la comunicación cuyo desarrollo se produjo principalmente en el campo de la economía con la finalidad de aumentar la difusión de los productos que se producen en escala". (33)

El régimen del consumidor modificó también el estadio de las tratativas previas acomodándolas a las nuevas modalidades y a la contratación en masa, incluyendo a la publicidad que realizan los proveedores de los bienes y servicios. En particular, consideró obligatorias aquellas precisiones incluidas por medios publicitarios, que deben ser entendidas en sentido amplio y que se tienen por incluidas en el contrato de consumo.

Así, el art. 8 de la LDC expresa: "Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor." Esta norma es fundamental a los fines de establecer aquellos efectos derivados de la publicidad, cualquiera sea el medio de difusión que se utilice por el anunciante, a petición del proveedor, y que pasan a integrar el plexo contractual del eventual contrato de consumo. El sustento radica en la "generación de confianza que el anuncio transmite al consumidor y constituye corolario de ello que si las precisiones incluidas en la publicidad difieren del plexo contractual, prevalecen las insertas en la publicidad". (34)

Se ha precisado, por parte de Farina, (35) la existencia de tres supuestos que habría que distinguir, según la modalidad que utilice el proveedor; y que tendrían diferentes soluciones: a. Ofrecimiento de producto o servicio mediante publicidad, prospecto o circular, sin determinar sus características específicas ni el precio; b. Ofrecimiento del producto o servicio con determinación de características y precio; c. Mercadería exhibida con su precio, en el local comercial.

En el primer supuesto a., comparte la opinión de Spota y concluye que más que ofrecerse, se anuncia, por lo cual no existe efecto jurídico de vincularse, pero sí podría existir cierta responsabilidad para el caso que el anuncio fuera antifuncional (art. 1071, Cód. Civil). En el segundo supuesto b., existe mayor responsabilidad, concluyéndose que "no es necesaria la firma en el folleto, sino que es suficiente la autoría del prospecto, circular o anuncio". (36) En el tercer supuesto c. constituye una verdadera oferta, por lo cual el comerciante no puede revocar su oferta.

La precisión, compartiendo la opinión de autorizada doctrina, debe ser entendida "no con un criterio meramente material de inclusión o mención, sino que debe aludir a aquello que pueda considerarse asertivo o afirmativo en el mensaje, con relación a las cualidades del producto o servicio". (37) Desde otro punto de vista más práctico, se ha dicho que el vocablo debe interpretarse como "precisiones relativas a la oferta, es decir: precio, calidad, funcionalidad de la cosa, garantías. En estos casos, la publicidad integra el contrato, es decir, es un fenómeno de heterointegración". (38) La fuerza vinculante "no se limita, a nuestro juicio, a los supuestos no previstos en el contrato escrito", (39) sino que incluye las precisiones publicitadas aunque no incluidas en el instrumento posterior, pero que fueron motivo para la contratación. Por lo cual, si existieran diferencias entre el contenido publicitario y el de la oferta "debe interpretarse a favor del consumidor". (40)

IV.2 Nuestra opinión: El fallo "Padec" era un caso de heterointegración

El fallo sostiene la diferencia entre publicidad e información, afirmando que la primera —mientras no induzca a engaño— tiene una finalidad de atraer a la clientela; en cambio, la segunda debe ser veraz conforme el art. 4 de la LDC, no pudiendo exigirse los mismos requisitos "en la noticia publicitaria". Por otra parte, afirma que de las bases y condiciones de la promoción se extrae la diferencia del precio y por lo cual "cumple en cuanto a las condiciones económicas de la oferta de contratación las previsiones del art. 4 de la ley".

A nuestro modo de ver, si bien esto es opinable, la acción no debería haberse sustentado en el instituto de la publicidad engañosa, sino en el art. 8 de la LDC, en cuanto regula la heterointegración del contrato de consumo.

De los hechos del caso se infiere una diferencia de precio, sujeta a una promoción por un tiempo determinado, y que luego las precisiones diferían de las bases y condiciones incluidas en la oferta, subida a su página web y del posterior contrato de consumo perfeccionado. Es cierto que la publicidad no debe contener toda la información relevante del eventual contrato y que su finalidad es atraer al potencial consumidor; por lo general, tiene una presentación atractiva y pretende inducir —ya sea en forma directa o subliminal— a la creación de una necesidad, sobre un producto o servicio. Pero, tampoco no es menos cierto, que la publicidad y el bombardeo mediático no permite al consumidor analizar todas las variantes y sólo se guía por la necesidad de adquisición, potenciando las ventajas del producto o servicio y minimizando sus desventajas.

En el caso anotado existió un ofrecimiento del producto o servicio con determinación de características y precio, si bien sujetos a un tiempo y a una promoción, quedando integrada la publicidad en el contrato de consumo perfeccionado por el servicio de banda ancha. Se ha configurado, por tanto, el fenómeno de la heterointegración, por lo cual las características y el precio del servicio, incluidos en la publicidad, han integrado el contrato, (41) siendo vinculantes y por ende obligatorias para el proveedor.

Una vez concluido el contrato, si estas precisiones son incumplidas, se produce técnicamente una frustración del interés "que el consumidor tenía legítimamente derecho a esperar del bien o servicio objeto del contrato" (42) originando el nacimiento de una "acción de cumplimiento del contrato, o puede rescindirlo con derecho a restitución de lo pagado con más los daños y perjuicios". (43)

Concluyéndose que si existieron diferencias en las precisiones o bien fueron contradictorias (44) con relación a la oferta, y con posterioridad a las cláusulas contenidas en el contrato de consumo, deberá estarse a

aquellas que sean más favorables al consumidor o bien a la interpretación de los principios del consumidor que sean más favorables (art. 3, LDC).

V. Conclusión

Como ya habrá advertido el lector, el fallo anotado nos deja con un sabor amargo en virtud que decidió correctamente el aspecto formal, pero negativamente el fondo de la cuestión.

En efecto, tiene una rigurosidad técnica impecable pero la justicia del caso fue defraudada. Hubiera sido una estupenda oportunidad de sentar criterios más estrictos con relación a la publicidad, ya sea engañosa o subliminal, pero enfatizando la especial regulación contenida en el régimen del consumidor.

Por nuestra parte, esperamos que en un futuro cercano la magistratura profundice sus directivas, no sólo abrevando en la fría letra de la ley, sino en la justicia de los hechos que lleguen a sus estrados, no olvidando dos premisas: a. Las partes ponen los hechos, el juez el derecho; b. La Ley 24.240 es una ley de orden público, conteniendo directrices imperativas, que deben aplicarse de oficio, con independencia de lo que digan o dejen de decir las partes del proceso.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) CIFUENTES, Santos (Director) - SAGARNA, Fernando A. (Coordinador), "Código Civil. Comentado y anotado", La Ley, Buenos Aires, 2003, t. II, p. 16. Comentario al art. 1144.

(2) SPOTA, Alberto G. - LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Contratos", 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 480.

(3) Decimos por lo general, porque en el régimen del consumidor (art. 7, ley 24.240) se regula la oferta al público con carácter vinculante, como veremos luego.

(4) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos. Parte general", 4ª edición (1997), Reimpresión, Zavallía, Buenos Aires, 2003, p. 180. Ver la noción de oferta en el Código Europeo de Contratos, Academia de Pavía: Art. 13.1 "Una declaración dirigida a la conclusión de un contrato tiene valor de oferta si contiene todas las condiciones del contrato a estipular o indicaciones suficientes en cuanto a la posibilidad de determinar el contenido, en modo de poder ser objeto de una aceptación pura y simple, y si además expresa, al menos implícitamente, la voluntad del autor de la oferta de considerarse vinculado en caso de aceptación". Utilizamos la edición de la Biblioteca Iberoamericana de Contratos, traducida por José Luis DE LOS MOZOS y Carlos ROGEL, Temis-Ubijus-Reus-Zavallía, Zaragoza, 2009, p. 37.

(5) Cfr. SCHVARTZ, Liliana, "Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios. Manual teórico-práctico", García Alonso, Buenos Aires, 2005, p. 69.

(6) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos. Parte general", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 258, cuando afirma: "El artículo 1148 del Código civil exige que la oferta sea hecha a persona o personas determinadas".

(7) Seguimos los argumentos desarrollados en NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos de derecho contractual. Teoría general del contrato", La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 97. También ha distinguido conceptualmente la oferta al público de la promesa al público, el Código Europeo de Contratos, en sus artículos 22 y 23, respectivamente.

(8) En efecto, "la oferta en nuestro derecho no es vinculante: en principio, quien oferta no se obliga". Cfr., NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos...", cit., t. I, p. 97.

(9) Seguimos la enumeración de CIFUENTES, Santos (Director) - SAGARNA, Fernando A. (Coordinador), "Código Civil", cit., t. II, p. 16. Comentario al art. 1144.

(10) Código Europeo de Contratos, Academia de Pavía: Art. 13.2 "Una declaración que no responde a las condiciones del párrafo precedente o que, dirigida a personas indeterminadas, presenta el carácter de una comunicación publicitaria no constituye una oferta y no es, por tanto, susceptible de ser aceptada. Ella constituye una invitación a hacer una oferta, salvo si formula una promesa a favor del que cumpla una acción o revele la existencia de una situación determinada; en ese caso constituye una promesa al público a los fines y para los efectos previstos en el artículo 23".

(11) CIFUENTES, Santos (Director) - SAGARNA, Fernando A. (Coordinador), "Código Civil...", cit., t. II, p. 21. Comentario al art. 1148. a. A persona determinada; b. Que se refiera a un contrato con sus elementos constitutivos; c. La intención de concluir el contrato.

(12) Cfr., LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado...", cit., p. 256, quien agrega que la justificación de los requisitos se encuentra en el "fundamento voluntarista de la obligación contractual: se requiere comprobar la intención, y que ésta sea dirigida a persona determinada y sobre puntos precisos, ya que de lo contrario quedaría en manos de terceros establecer hacia quién se obliga una persona y con qué contenidos".

(13) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos...", cit., p. 194.

(14) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos...", cit., p. 200.

- (15) ALTERINI, Atilio A., "Contratos. Teoría general", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 272.
- (16) Seguimos los argumentos desarrollados en: FARINA, Juan M., "Contratos comerciales modernos", 2ª edición actualidad y ampliada, Astrea, 1997, p. 192 y 203; NICOLAU, Noemí L., Fundamentos..., cit., t. I, p. 97.
- (17) FARINA, Juan M., "Contratos...", cit., p. 192.
- (18) Cfr., LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado...", cit., p. 259.
- (19) NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos...", cit., t. I, p. 99, brindando como ejemplo, la colocación de mercadería en una vidriera para la venta.
- (20) FARINA, Juan M., "Contratos...", cit., p. 194.
- (21) En contra: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos...", cit., p. 194.
- (22) SPOTA, Alberto G.- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., "Contratos...", cit., t. I, p. 500, quienes concluyen: "Es el principio ético que vincula al prometiende consigo mismo, frente a él mismo, independientemente de toda aceptación de aquel a quien se dirige la promesa, y la necesidad de seguridad jurídica en las transacciones".
- (23) NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos...", cit., t. I, p. 99: "Después que haya aceptado alguna de las propuestas que las personas del público le hicieran, queda obligado como aceptante, no como oferente".
- (24) ARIZA, Ariel, "Formación del consentimiento en el contrato de consumo", en NICOLAU, Noemí L., Fundamentos..., cit., t. I, p. 459.
- (25) MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Defensa del consumidor. Ley 24.240", 2ª edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 35.
- (26) Como bien lo explica autorizada doctrina: "El oferente difunde sus declaraciones a través de los medios y éstas crean un ambiente de mensajes en el que el consumidor actúa". Cfr., ARIZA, Ariel, "Formación del consentimiento en el contrato de consumo", en NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos...", cit., t. I, p. 454.
- (27) FARINA, Juan M., "Contratos...", cit., p. 198.
- (28) En los folletos por lo general se especifica el número o stock de unidades disponibles del producto, para evitar incumplimientos posteriores.
- (29) MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H., GOZAÍNI, Osvaldo A., "Ley de defensa del consumidor. Ley 24.240", 1ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 90.
- (30) LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., "Teoría de los contratos...", cit., p. 196.
- (31) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, p. 197, quién sostiene: "si lo que faltan son elementos referidos a las limitaciones, condiciones, etcétera, que no hacen a la existencia de un contrato, sino a la comprensión del consumidor, habrá oferta y contrato, con incumplimiento del deber de informar".
- (32) MOSSET ITURRASPE, Jorge, WAJNTRAUB, Javier H., GOZAÍNI, Osvaldo A., "Ley de defensa del consumidor...", cit., p. 91.
- (33) ARIZA, Ariel, "Formación del consentimiento en el contrato de consumo", en NICOLAU, Noemí L., "Fundamentos...", cit., t. I, p. 477.
- (34) SCHVARTZ, Liliana, "Defensa de los derechos de los consumidores y usuarios...", cit., p. 82.
- (35) FARINA, Juan M., "Contratos...", cit., p. 196 y ss.
- (36) FARINA, Juan M., "Contratos...", cit., p. 197. En contra: ZAVALA RODRÍGUEZ, Carlos J., "Código de Comercio y leyes complementarias, comentadas y concordadas", Depalma, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 42.
- (37) ARIZA, Ariel, "Formación del consentimiento en el contrato de consumo", en NICOLAU, Noemí L., Fundamentos..., cit., t. I, p. 481.
- (38) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado...", cit., p. 690. Ampliar en PIZARRO, Ramón D. – STIGLITZ, Rubén S., "La publicidad como fuente heterónoma de integración del contrato", La Ley, 2009-E, p. 1082.
- (39) Conf. TINTI, Guillermo P.- CALDERÓN, Maximiliano, "Derecho del consumidor. Ley 24.240 de Defensa del consumidor", 2ª edición, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2011, p. 60.
- (40) Conf. LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 239.
- (41) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado...", cit., p. 690.
- (42) Conf., PIZARRO, Ramón D. – STIGLITZ, Rubén S., "La publicidad como fuente heterónoma...", LA LEY, 2009-E, 1082.
- (43) SANTARELLI, Fulvio G., "Acciones contra la publicidad engañosa", DJ, 2005-3-565.
- (44) Ver el art. 7 inc. a. del dec. 1798/94 (Adla, LIV-D, 4525), cuando afirma: "Cuando por cualquier causa en una oferta se hubieren incluido precisiones contradictorias, se estará siempre a la más favorable al

consumidor o usuario".