

# La protección de los intereses metaindividuales en Derecho Comparado

Guilherme Fernandes Neto\*

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. La tutela de los derechos metaindividuales. 1. Concepto de derechos metaindividuales y de acciones colectivas. 2. Síntesis del desarrollo histórico de la protección a los intereses metaindividuales. 3. La acción colectiva como medio de acceso a la justicia efectiva. 4. Objeto de las acciones colectivas. 5. Efectos de la cosa juzgada. III. Estudio de los principios del derecho de las relaciones de consumo. 1. Visión neopositivista del derecho de las relaciones de consumo. 2. Principios del sistema del derecho de las relaciones del consumo. IV. El abuso del derecho en las relaciones jurídicas de consumo. V. Combate a la ilicitud transnacional – la imprescindibilidad de la continuidad de la interrelación normativa.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El sistema jurídico de la responsabilidad impone un estudio ante la teoría general de los sistemas y de los nuevos fenómenos que surgen con la sociedad pos-moderna, de forma que posibilite al aplicador del derecho la seguridad necesaria para la protección de los derechos difusos, con el resarcimiento y prevención de daños frente a las nuevas técnicas y manifestaciones antijurídicas, *v.gr.*, los ilícitos transnacionales.

El análisis científico y sistemático de la responsabilidad – delante de los respectivos principios pertinentes al sistema existente – va a posibilitar una mayor coherencia y equidad de los estudios, que hoy son fragmentados cartesianamente<sup>1</sup>, en razón de la proliferación de leyes pertinentes a relaciones jurídicas específicas, en cada ordenamiento jurídico. La inexistencia de tales límites para el comercio internacional, con la

---

\*Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia – UnB y del Instituto del Derecho del Consumidor y de Estudios Sociales Avanzados – IDC ([www.idcesa.adv.br](http://www.idcesa.adv.br)). Es Fiscal de la Fiscalía de Defensa de los Consumidores de Brasilia. E-mail: [gfernandes@yawl.com.br](mailto:gfernandes@yawl.com.br)

<sup>1</sup> El método cartesiano – como también enseña CAPRA – implicó en la fragmentación del pensamiento y de las disciplinas académicas (*Ponto de mutação*, p. 45).

globalización irreversible actual, acaba por disminuir la eficiencia del monopolio estatal de la jurisdicción para recientes actuaciones antijurídicas transnacionales.

La inhibición de la fabricación de un determinado producto o de la prestación de un servicio, por ser considerado perjudicial en determinado país, hace con que las diversas multinacionales continúen con sus actividades inseguras y antisociales en otras sociedades, en razón de la inexistencia de impedimentos jurídicos. Las lagunas existentes en los ordenamientos jurídicos, convierten determinadas sociedades vulnerables a ilícitos no previstos en su sistema jurídico.

Nuevos ilícitos antes impensados precisan ser resueltos por el sistema jurídico propiciado por la legislación existente y por los principios fundamentales. La globalización impone progresiva y continuamente un proceso de interrelación normativa, pues el incremento de las negociaciones transnacionales, genera, *ipso facto*, de forma difusa, actos antijurídicos antes inconcebibles. Tenemos así por desiderativo hacer un análisis perfunctorio del desarrollo de la protección de los derechos difusos, sobre los aspectos procesales y substantivos, con al relación derecho americano, europeo y iberoamericano.

## **II. LA TUTELA DE LOS DERECHOS METAINDIVIDUALES**

### *1. Concepto de derechos metaindividuales y de acciones colectivas.*

No hay, hasta ahora, a nuestro juicio, una posición doctrinaria o jurisprudencial uniforme con relación a los conceptos de derechos metaindividuales, también denominados difusos, e

indebidamente denominados supraindividuales<sup>2</sup>. Es posible verificar tres concepciones básicas: la primera, comprende difusos al lado del colectivo (*lato sensu*), que tiene como subespecie los intereses individuales homogéneos<sup>3</sup>; la segunda, iguala los derechos difusos a los colectivos o genéricos<sup>4</sup>, y, la última concibe metaindividuales como género, teniendo como especies los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos<sup>5</sup>.

Los derechos difusos tienen como características la intensa conflictividad, la indivisibilidad y la indeterminación de los sujetos<sup>6</sup>; los derechos colectivos tienen una relación jurídica entre las partes, pero son también intrínsecamente indivisibles; los derechos individuales homogéneos son divisibles. Todos tienen una característica, que es la metaindividualidad.

---

<sup>2</sup> El prefijo latino *supra* tiene significados dispares (Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española, 22.<sup>a</sup> ed., p. 2112, v. también Dicionário Latino-português, TORRINHA, p. 848 y CAUDAS AULETE, vol. 5, p. 4812), *v.gr.*, supramencionado etc. El prefijo griego *meta* significa después de (Diccionario de la Lengua Española – Real Academia Española, p. 1496) y más allá de (CAUDAS AULETE, vol. 4, p. 3239), *v.gr.*, metafísica.

<sup>3</sup> Así, *v.gr.*, la Suprema Corte Brasileña, en 8/4/2002, en el Recurso Extraordinario 213015, en el cual aceptó la legitimidad del Ministerio Fiscal para defender interés de una categoría profesional, limitando la carga diaria de trabajo, en razón de la naturaleza social de los intereses tutelados.

<sup>4</sup> Cf. ESPIELL, El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos, *in* Aportes Jurídicos 3, del Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, pp. 5,7, 11 e 13.

<sup>5</sup> Así NERY JUNIOR, O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. *Justitia*, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, a. 54, v. 160, p. 248, out./dez. 1992. Semejante es el posicionamiento de Victor Hugo Bermúdez, al efectuar distinción entre los derechos difusos y colectivo (V. El Ministerio Público y la protección de los intereses difusos, Aportes Jurídicos 3, del Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, pp. 24).

<sup>6</sup> Con este sentido, CAMARGO MANCUSO, Interesses difusos, pp. 256 e s.

Así, conceptuamos la acción colectiva (acción civil pública<sup>7</sup> o *class action*) – no olvidando de la polisemia de la expresión acción<sup>8</sup> –, como el derecho del Ministerio Fiscal y/u otros entes legitimados a invocar la tutela jurisdiccional de los derechos metaindividuales. Derechos metaindividuales, género, abarca los derechos difusos (derechos metaindividuales e indivisibles), colectivos (metaindividuales, indivisibles y que tiene una relación jurídica-base) e individuales homogéneos (metaindividuales y divisibles).<sup>9</sup>

## 2. Síntesis del desarrollo histórico de la protección de los intereses metaindividuales

La legislación federal norteamericana de derecho procesal (Federal Rule of Civil Procedure, de 1938), especialmente la Regla n.º 23 que trata acerca de los requisitos para la “class action”, es usualmente noticiada como marco para la defensa colectiva, pero no podemos olvidar que ya el viejo derecho romano tenía las acciones populares (Digesto 47, 23,1: *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur* – Llamamos acción popular aquella que tutela el propio derecho del pueblo), *v.gr.*, *albo corrupto* (acción contra el cambio de edictos), *interdictum de via publica* (acción para desobstruir vías), o sea, ya existían remedios procesales que posibilitaban la protección de los intereses públicos, que, por excelencia son hoy llamados difusos.

---

<sup>7</sup> No hay distinción procedimental entre acción civil pública y acción colectiva en Brasil, razón por la cual utilizamos indistintamente estas expresiones. La expresión acción civil pública, además, fue creada en razón de un paralelo con *acción penal pública*. Tal concepto es también compatible con el concepto de acción como el derecho público, abstracto y genérico de invocar la tutela jurisdiccional en un caso concreto, contra el Estado.

<sup>8</sup> No somos insensibles a la distinción entre *Klage* (demanda) e *Klagerecht* (acción), y a la teoría da substanciación del pedido, lo que torna insipiente la discusión sobre el eventual nombre que se venga a dar a determinada acción, para la tentativa de su clasificación

<sup>9</sup> Tal concepto, además, es, desde nuestro punto de visto, compatible con los artículos 4º e 44º, de la Ley Paraguaya.

El antiguo proceso germánico – conforme enseña Rosenberg<sup>10</sup> – la comunidad (“Umstand”) dictaba la sentencia, afectando a todos; el juez solamente promulgaba la sentencia de la asamblea. En el período romano-barbárico las sentencias continuaban con la eficacia “erga omnes”; o sea, conforme las lecciones de Stephen Yazell y José Frederico Marques<sup>11</sup>, la misma eficacia, *mutatis mutandis*, de la *class action*. Las acciones colectivas y la protección de los derechos difusos no son, así, novedad en el derecho, en realidad hubo un declive de la defensa colectiva con la individualización del proceso, con la imposición de litigios individuales, de demandas átomos. El apogeo de la autonomía de la voluntad alcanzó no solamente a los negocios jurídicos, como también las disposiciones procesales, limitando o vedando una protección jurídica simultánea y homogénea.

Con el auge del liberalismo y de la autonomía de la voluntad, podemos ver algunos códigos de derecho procesal que prohibirán la defensa colectiva, limitando el acceso a la justicia por medio de una de las condiciones de acción, la legitimación, elaborada con estrictos límites, como, por ejemplo, el Código Brasileño de Derecho Procesal, de 1973<sup>12</sup>, el Código Italiano, de 1940,<sup>13</sup> el Código de Proceso Civil de Portugal, de 1961<sup>14</sup>, entre otros.

Hubo una inequívoca uniformización de muchos ordenamientos jurídicos, creando limitaciones impuestas por la citada condición de acción.

---

<sup>10</sup> *Tratado de derecho procesal civil*, vol. I, p. 17.

<sup>11</sup> FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 111.

<sup>12</sup> Cuyo artículo 6.º, dispone así: “Nadie podrá pleitear, en su propio nombre, derecho ajeno, salvo cuando autorizado por ley”, con fórmula muy semejante a ley anterior de 1939 (art. 191), ya revocada. Así, mientras se preveía la defensa de los derechos metaindividuales por la *class action*, en 1938, en los EUA, tal acción no era posible adelante de muchos sistemas procesales.

<sup>13</sup> El “Códice di Procedura Civile”, también ya limitaba la legitimidad en su artículo 81, que fue fuente del artículo brasileño.

<sup>14</sup> Cf. art. 26, 3.

Tentando demostrar la interrelación normativa embrionaria de la protección a los derechos difusos, vemos el surgimiento de un sistema cuyo marco inicial puede ser establecido con la norma americana pertinente a la *class action* en 1938, por las *Federal Rules of Civil Procedure*<sup>15</sup>.

La década del setenta se destaca por el desarrollo de los sistemas jurídicos relativos a los derechos difusos. En los EUA podemos mencionar las prohibiciones de “mensajes subliminales” por el FCC (*Federal Communications Commission*) en 1974; en Europa la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea, del 14 de abril de 1975, que creó el primer programa preliminar para la política de protección e información de los consumidores. Surge en Méjico la Ley Federal de Protección al consumidor, del 18 de diciembre de 1975 (el primer Código de Defensa del Consumidor conocido); en la Alemania la *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* – AGB-Gesetz, de 1976 (ley que trata de las cláusulas contractuales) y Ley n.º 78, del 10 de enero de 1978 (Francia), entre otras.

La década de ochenta continua con el desarrollo de esos sistemas, siguiendo con el Código Brasileño de Auto-reglamentación Publicitaria - CBAP, del 5 de mayo de 1980, Decreto-ley n.º 421, del 30 de septiembre de 1980 (Código de la Publicidad - Portugal), por el

---

<sup>15</sup> Con diversas modificaciones ocurridas en 1948, 1961, 1966 etc., apuntadas por Stephen C. Yeazell – *Federal Rules of Civil Procedure*, p. xv., destacándose la Regla n.º 23, que reglamenta la acción civil pública americana. La legislación federal norteamericana pertinente a acciones colectivas tiene por lastro la mencionada Regla n.º 23, que trae, básicamente, cuatro prerequisites para la *class action*: la clase de personas debe ser numerosa tornando impracticable la reunión de todos; las cuestiones de hecho y de derecho deben ser comunes a la *class* e los pedidos (*claims*) deben ser típicos de la *class*, por fin, los representantes deben proteger los intereses de la *class* con justicia (*fairly*) y adecuadamente. El problema que hemos percibido en la doctrina norteamericana es pertinente la representación adecuada; en virtud de todo y cualquier miembro de la clase poder representarla, lo que otorga significativa parte del poder para la magistratura, y una necesidad de notificación de todos os interesados. Si por un lado no retrocedió, vedando la legitimidad, poco evolucionó en lo que atañe esta condición de la acción, desde 1938.

Resolución del 19 de mayo de 1981, creando un segundo programa de la CEE para una política de protección y información de los consumidores y siguiendo con otros diversos diplomas: Resolución del 19 de mayo de 1981 (relativa al segundo programa da CEE para una política de protección y información de los consumidores); Ley n.º 29, del 22 de agosto de 1981 (Portugal – revocada); Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, n.º 20, del 19 de julio de 1984 (España); Resolución n.º 39/248, del 9 de abril de 1985, da Assembleia-General da ONU. Surge en Brasil la primera ley que reglamenta una acción colectiva para la defensa del consumidor, la Ley Federal n.º 7.347/85<sup>16</sup>; en Europa la Directiva n.º 85/374, del 25 de julio de 1985/CEE y el *avant-projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, del 23 de junio de 1987 (Francia).

La década de noventa comienza con el Código Brasileño de Defensa del Consumidor (Ley n.º 8.078/90 – CDC<sup>17</sup>); la Ley n.º 93, del 24 de julio de 1993 (*Code de la Consommation*

---

<sup>16</sup> La legitimidad del ordenamiento jurídico brasileño fue modificada por la Ley Federal n.º 7.347/85<sup>16</sup> (con importantes alteraciones en 1990 y 1994. La “ley de acción civil pública” fue fruto de discusiones del Ministerio Fiscal en el XI Seminario Jurídico - MP en 1983, teniendo Nelson Nery Junior, fiscal del corte, presentado propuesta, que fue aprobada, donde constaba la necesidad de la reglamentación de la investigación por el Ministerio Fiscal para la defensa de los derechos difusos, la necesidad de la creación de un tipo penal en caso de desobediencia de las requisiciones del Ministerio Fiscal, así como las normas para la acción colectiva, lo que fue transformado en un anteproyecto de ley, aprobada por el Congreso Nacional como la Ley n.º 7.347/85, reformada por el Código Brasileño de Defensa del Consumidor. Tuvo por inspiración la *class action* americana, pero con una gran diferencia: un elenco de entes legitimados, comenzando con el Ministerio Fiscal. La “acción civil pública”, una especie de *class action*, inicialmente creada para la defensa del medio ambiente (art. 1.º, I), consumidor (art. 1.º, II), bienes y valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos y paisajísticos (art. 1.º, III), posteriormente fue cambiada habiendo sido añadido por el Código de Defensa de los Consumidores el inciso IV, haciendo posible la defensa de “cualquier otro interés difuso o colectivo”. Finalmente, una ley de 1994 añadió un último inciso (V), posibilitando utilizar la acción civil pública para la defensa del orden económica y economía popular. La Ley Brasileña n.º 7.437/85 debe ser interpretada en conformidad con la parte procesal del Código Brasileño de Defensa de los Consumidores (Ley n.º 8.078/90), por fuerza del artículo 21, de la Ley n.º 7.348/85, habiendo sido creado un sistema jurídico único y harmónico para la defensa de los derechos metaindividuales. Así, mismo para la defensa del medio ambiente, patrimonio público y otros derechos difusos tendrá el interprete que utilizar la Ley n.º 8.078/90 y el principal ente legitimado es el Ministerio Fiscal, que en razón de esta nueva legislación, tuvo ampliada su actuación en la defensa de la sociedad.

<sup>17</sup> El Código Brasileño de Defensa do Consumidor – inspirado en diversas fuentes legislativas extranjeras, entre otras, todas las mencionadas, después de haber sido perfeccionado en diversos congresos nacionales e internacionales – que, por su vez, fue la principal fuente de diversos diplomas iberoamericanos.

de la Francia); Ley Argentina de defensa del consumidor (Ley n.º 24.240, del 22 de septiembre de 1993), la Ley Paraguaya – Ley n.º 1334, del 27 de octubre de 1998, yendo hasta la Ley Uruguaya de defensa de los consumidores – LUDC – Ley n.º 17.250, del 17/8/00), y de diversas directivas pertinentes a los derechos metaindividuales<sup>18</sup>.

Surge, así, un sistema único, disforme en función de las peculiaridades de cada ordenamiento jurídico, que precisa ser estudiado y desarrollado de manera que haga frente a los ilícitos metaindividuales, especialmente cuando son transnacionales (como, por ejemplo, daños ambientales que alcanzan a diversos países o perpetrados en detrimento de consumidores, por empresas lejanas al consumidor etc.), lo que ha hecho difícil responsabilizar a los causadores de ilícitos residentes en países diferentes a los cuales sus efectos fueron sentidos, mediante utilización, *v.gr.*, de propaganda y publicidad transfronteriza antijurídica.

---

<sup>18</sup> Véanse las Directivas: a) 97/7/CE, del 20 de mayo de 1997 – que trata de la venta transfronteriza, siendo definido contrato a distancia, consumidor o proveedor (o proveedor), y, operador de técnicas de comunicación, así entendido como aquel que coloca a disposición del proveedor una o más técnicas de comunicación a distancia, o sea, nuestro proveedor de acceso a la Internet, abarcando el concepto también al responsable por el mantenimiento de la página en la Internet. Tal directiva, de carácter imperativo (art. 12), dispone también sobre plazo de reflexión de siete días para compras a la distancia (del forma similar al art. 49, do diploma brasileiro de defensa do consumidor); b) 97/55/CE, del 6 de octubre de 1997 (que modificó la Directiva 84/450/CEE), sobre publicidad engañosa y comparativa, trayendo en su art. 2.º el estudio de viabilidad para la tramitación de reclamaciones transfronterizas; c) 98/7/CE, del 16 de febrero de 1998, que tras fórmula matemática única para el cálculo de encargos financieros; d) 98/6/CE, del 16 de febrero de 1998, pertinente a la disposición de precio de venta y precio por unidad de medida; e) 98/27/CE, del 19 de mayo de 1998, que, tratando explícitamente la protección a los derechos “colectivos”, impone a los Estados Miembros acciones para la cesación de infracciones, también como la contra-propaganda (art. 2.º), y, por fin, la Directiva 1999/44/CE, del 25 de mayo de 1999, pertinente a las garantías en contratos de compra y venta.



Frente a citados conceptos, diversas son las leyes brasileñas pertinentes a derechos metaindividuales que posibilitan acciones colectivas por parte del Ministerio Fiscal<sup>19</sup>, inclusive contra el propio Estado, tal vez lo que ha llevado el gobierno, por el jefe del Poder Ejecutivo, a limitar la actuación de las asociaciones y también del Ministerio Fiscal para demandar contra ellos <sup>20</sup>.

No es ocioso decir que el Ministerio Fiscal Brasileño tiene como fundamento la autonomía y la independencia funcional, como en el Uruguay. No hay jerarquía entre el Fiscal General de la República y los demás Miembros del Ministerio Fiscal (como la hay en España), lo que justifica, por ejemplo, el hecho del Fiscal General Brasileño estar siendo demandado en acción por el propio Ministerio Fiscal de primera instancia, demostrando evidente control interno.

### *3. La acción colectiva como medio de acceso a la justicia efectiva*

En razón de la producción en masa de bienes, de la prestación en masa de servicios y, especialmente, con la globalización no es posible pensar en obtener justicia efectiva sin una

---

<sup>19</sup> Decreto-ley n.º 41, del 18/11/66 (por el cual el Ministerio Fiscal puede disolver las sociedades civiles de fines asistenciales); Ley n.º 6.024/74 (acción cautelar de arresto en intervención o liquidación extrajudicial de instituciones financieras y acción para responsabilizar a los administradores – arts. 45 y 46); Decreto n.º 83.540, del 4/6/79 (pertinente a la acción de responsabilidad civil por daños provenientes de la polución por aceite (art. 9.º); Ley n.º 6.938, del 31/8/81 (dispone sobre política nacional do medio ambiente) - acción reparativa de daños causados al medio ambiente y a terceros (art. 14, párrafo 1.º); Ley n.º 7.347, del 26/7/85 (ley que reglamenta la acción civil pública); Ley n.º 7.853, del 24/10/89 (dispone sobre acción para la protección de los derechos difusos y colectivos de las personas portadoras de deficiencias físicas (art. 3o); Ley n.º 7.913, del 7/12/89 (dispone sobre la protección de inversores en el mercado de valores mobiliarios); Ley n.º 8.069, del 13/7/90 (Estatuto del niño y adolescente); Ley n.º 8.078, del 11/9/90 (Código de Defensa de los Consumidores); Ley n.º 8.429, del 2/7/92 (ley de improbidad); Ley complementaria n.º 75/93 (art. 6.º, VII – Reglamenta el Ministerio Fiscal de la Federación); Ley n.º 8.625, del 12/2/93 (LOMP – arts. 25 e 80, reglamenta los Ministerios Fiscales de las Comunidades) y la Ley n.º 8.884, del 11/6/94 (Ley anti-trust).

<sup>20</sup> La Medida Provisional n.º 1798-2 (medida de excepción, con rango de ley, firmada por el Presidente Fernando Henrique Cardoso), del 11/3/99, fue expedida para limitar las acciones colectivas contra el gobierno.

demanda colectiva, por tres motivos básicos: uno, porque es impensable para un consumidor o usuario – e inviable para su patrono – ingresar con una demanda para resarcimiento de valores individualmente considerados pequeños; dos, porque millares de consumidores desconocen sus derechos y pocos ingresan con una demanda, lo que significa que poquísimos accedan a la justicia; y tres, porque delante de actividades en masa y globalizadas, la espera por demandas individuales va a tornar tardía y disforme la tutela jurisdiccional.

#### *4. Objeto de las acciones colectivas – derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*

El pedido de condena dineraria es el más tradicional objeto de las acciones colectivas reglamentadas por la *Federal Rule of Civil Procedure*, cuya legitimidad pertenece a cualquier miembro de la *class*, mientras que en España a las asociaciones de consumidores. En Brasil esta desechada la legitimación de las personas físicas, sólo el Ministerio Fiscal u otro entes legitimados (Federación, Comunidades Autónomas etc.), hasta inclusive las asociaciones de defensa del consumidor pueden ingresar con una demanda colectiva. Si la demanda colectiva es realizada en Brasilia la cosa juzgada tendrá eficacia en todo Brasil, beneficiando a todos los consumidores brasileños.

Podemos destacar en la Fiscalía de Brasilia acciones con pedidos constitutivos negativos (declarativa *lato sensu*), con respecto a los contratos de leasing, contra las financieras Safra, Ford Leasing, General Motors Leasing, América do Sul etc. En la citada Fiscalía de Defensa del Consumidor prevalecen las acciones de condena y acciones con precepto

conminatorio (obligación de no hacer)<sup>21</sup>. Se destacan, también, acciones de condena dineraria, *v.gr.*, contra la Constructora Senap, por tener un edificio suyo interdictado por un año, con riesgo de desmoronamiento, quedando 120 familias desamparadas, como también contra diversas instituciones financieras en razón de cobranzas indebidas.

Merece aun ser mencionadas las acciones colectivas en razón de la cartelización de los bancos (brasileños y extranjeros), cuando cambiaron, por ejemplo, el tradicional contrato de leasing, donde fueron incluidas diversas cláusulas abusivas, alterando su estructura, con la condescendencia del Banco Central del Brasil. El contrato no tenía la opción de compra al final (como ocurre tradicionalmente en los contratos de leasing); tenían los consumidores la obligación de pagar precio cierto y no podrían devolver el bien. Ahora bien, contrato con *res, pretium et consensus* no es leasing sino compra y venta y así desde el viejo derecho romano. Los banqueros hicieron esta operación para tener las garantías de los contratos de leasing (conversión cámbial en dólar y otras garantías procesales) aunque sin ningún riesgo de tener los bienes devueltos. Hasta el Banco del Brasil no quedó sin la fiscalización del Ministerio Fiscal, alterando diversas cláusulas, “amigablemente”, mediante acuerdo con la Fiscalía de Brasilia<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Lo que en España se denomina *acción de cesación* (Véase Gema Botana Garcia, Curso sobre protección jurídica de los consumidores, p. 650), con el mismo objeto de la “class action” brasileña. La posibilidad de pretender condena dineraria, hacer o no hacer es, además, explícito en la nueva Ley Española (véase art. 221).

<sup>22</sup> FERNANDES NETO, O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas, p. 123. La actuación del Ministerio Fiscal Brasileño, en la fiscalización de los bancos, hizo con que los banqueros comenzasen tentar declarar la inconstitucionalidad del artículo 3.º, del Código Brasileño de Defensa de los Consumidores, que somete las instituciones financieras al diploma protectivo del consumidor (v. Adin [acción declarativa de inconstitucionalidad] 2592 y artículo “Devem os bancos cumprir o CDC?”, in [www.idcesa.adv.br](http://www.idcesa.adv.br)).

Diversas constructoras brasileñas tenían en sus contratos cláusulas abusivas, como por ejemplo el Grupo Ok, en cuyo contrato de adhesión había la cláusula abusiva denominada “cláusula mandato”, por la cual la empresa podría sacar títulos de crédito (letras de cambio, entre otras)<sup>23</sup>. Por su vez, la extinta Encol S/A, que fue la mayor constructora del mundo, utilizaba en sus contratos adhesivos una condición por la cual cobraba comisión para el caso en que los consumidores quisiesen vender sus inmuebles, solamente porque a favor de la constructora existía una hipoteca<sup>24</sup>; ambas constructoras, entre diversas otras, fueron demandas en acciones colectivas en Brasilia.

Sin embargo, la Fiscalía de Defensa del Consumidor de Brasilia nunca pedía solamente una tutela declarativa, de forma que protegiese solo los derechos colectivos; siempre defendemos la acumulación de pedidos (acumulación objetiva) cuando sea posible, de forma que se protejan todos los derechos metaindividuales.

Así, se pide acumulativamente – pues es usualmente compatible el ejercicio simultáneo – la declaración de nulidad de la cláusula abusiva (derechos colectivos), la tutela de los derechos difusos (obligación de no hacer), prohibiendo a la demandada de incluir tales cláusulas semejantes o con efectos asemejados nuevamente, bajo pena de multa, y, finalmente, la protección de los derechos individuales homogéneos, con la devolución eventual de valores cobrados indebidamente.

##### *5. Efectos de la cosa juzgada de la demanda colectiva*

---

<sup>23</sup> FERNANDES NETO, p. 121.

<sup>24</sup> FERNANDES NETO, op. cit., p. 121.

Podemos decir que la eficacia *erga omnes* es el objetivo de las sentencias dictadas en las acciones colectivas (o *class action*) tanto reglamentadas por la *Federal Rules of Civil Procedure*, por el Código Brasileño de Defensa de los Consumidores e la respectiva acción civil pública<sup>25</sup>, por el artículo 42, del Código General del Proceso Uruguayo (Ley n.º 15.982).<sup>26</sup>No muy divergente es la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de España 1/2000<sup>27</sup>, que innova al otorgar al Poder Judicial la posibilidad de indicar la eficacia subjetiva de la sentencia<sup>28</sup>. Tales ordenamientos posibilitan, en realidad, un verdadero acceso a la justicia, mediante la posibilidad de invocar una tutela jurisdiccional genérica y homogénea.

Cada ordenamiento posibilita conseguir una cosa juzgada diferenciada, de forma que se evite un perjuicio a los consumidores o a los ciudadanos, en el caso de acciones colectivas. De esta forma son atribuidos efectos diferenciados, conforme el destino del litigio, usualmente lo que se denomina cosa juzgada *in utilibus* y cosa juzgada *secundum eventus litis*. Lo que indica de forma explícita la norma brasileña y puede ser adoptado en España, en razón de la amplitud de la nueva norma española.

La cosa juzgada es “in utilibus” porque solamente va a beneficiar los consumidores, y, por tanto tendrán que pedir, por ejemplo, la suspensión de la demanda individual (con el mismo

---

<sup>25</sup> Ley Federal n.º 8.078, de 11 de septiembre de 1990, cuyo artículo 82, atribuye legitimidad al Ministerio Fiscal, à Federación, a las Comunidades Autónomas, a las asociaciones, entre otros entes, para ingresar con “ação civil pública”, similar a *class action*.

<sup>26</sup> Sobre el tema v. ESPIELL, *El artículo 42 del Código General del Proceso y la Defensa de los Intereses Difusos*, in *Aporte jurídicos* 3, mayo 2000, de la Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay.

<sup>27</sup> Cf. artículo 11, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

<sup>28</sup> Véase art. 221, 2.ª, de la citada Ley Española.

objeto),<sup>29</sup> hasta el juzgamiento de la demanda colectiva. La cosa juzgada *secundum eventum litis* dependerá del destino del litigio: el efecto *erga omnes* solamente ocurrirá en caso de procedencia. En caso de improcedencia por insuficiencia de pruebas, podrán los legitimados incoar nueva demanda, con nuevas pruebas.<sup>30</sup> Es técnica semejante a la demanda utilizada para la defensa del patrimonio público – derecho difuso por excelencia<sup>31</sup> – y puede ser el camino seguido por los tribunales españoles en virtud de la nueva ley de enjuiciamiento civil.

### III . PRINCIPIOS DEL DERECHO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

#### 1 . *Visión neopositivista del derecho de las relaciones de consumo*

Cabe inicialmente como etapa lógica realizar una introducción, aun siendo de manera perfunctoria, a la teoría de los principios, inclusive porque será la mejor manera de divulgar y tornar efectiva la protección al consumidor frente a las pequeñas diferencias entre los ordenamientos jurídicos.

Al estudiante de derecho le pueden surgir dudas, ya que las conceptualizaciones se alteran conforme la corriente a la que adhirió el autor, o incluso por la influencia por él recibida en escuelas del derecho natural, del positivismo o del moderno neopositivismo<sup>32</sup> por el que tanto las reglas como los

---

<sup>29</sup> Cf. art. 104, del Código Brasileño de Defensa del Consumidor. No obstante la ley española imponga llamar al proceso quien tenga la condición de perjudicado (véase art. 15), no impide, al nuestro entender, la eficacia *in utilibus*.

<sup>30</sup> Cf. art. 103, I, del Código Brasileño de Defensa del Consumidor.

<sup>31</sup> Hay en Brasil la Ley n.º 4.717/65, que reglamenta la denominada *acción popular*, que puede ser incoada por cualquier ciudadano, en la defensa del patrimonio público. Con Constitución Brasileña del 1988, el objeto fue ampliado, pudiendo ahora cualquier ciudadano defender el medio ambiente e los principios de la moralidad administrativa, el patrimonio histórico y cultural (Constitución Federal art. 5.º, LXXIII).

<sup>32</sup> Otra denominación, tal vez mejor, pertinente al movimiento, cuyo mejor exponente es Dworkin, es la escuela *neo-analítica* (sobre el asunto, v. Miguel Beltrán, Originalismo e interpretación – Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional, p. 40).

principios poseen un carácter normativo<sup>33</sup>. En el desenvolvimiento del análisis de la teoría de los principios, evolucionó así la doctrina de las conceptualizaciones, visualizándose hoy una dicotomía entre los principios que se consubstancia en la división de principios informativos y principios normativos<sup>34</sup>, en principios informativos y principios fundamentales<sup>35</sup>, y además en principios abiertos y principios con forma de preposición jurídica.<sup>36</sup>

En el derecho del consumidor es inexistente la diferencia. Existen los informativos, o abiertos que incluyen aquellos de carácter programático – que no poseen carácter de norma – y los fundamentales, generales o básicos. Estos últimos poseen carga normativa, y sobre estos se hará un breve análisis en este trabajo.

Los principios – y es bueno no olvidarlo –, regulan siempre la interpretación y principalmente la integración de las lagunas, no obstante posean carácter jurídico-directivo, mediante los cuales es posible obtener una regla directamente aplicable<sup>37</sup>.

Principio básico, a nuestro entender, es la base normativa sobre la cual se asientan las reglas. Es el génesis, el inicio, tiene carácter normativo y las reglas del derecho deben ser aplicadas en conformidad con aquél; existiendo lagunas se aplica pura y simplemente el principio de derecho

---

<sup>33</sup>Sobre la evolución del concepto de principio, se impone analizar BONAVIDES, en su Curso de direito constitucional, donde hace un precioso análisis sobre la juridicidad de los principios en diversas fases, inclusive positivismo y postpositivismo (pp. 228/254).

<sup>34</sup> GOMES CANOTILHO, Direito constitucional, p. 384.

<sup>35</sup> Sobre principios, v. Princípios fundamentais – teoria general, pp. 120 e segs. y Princípios do processo civil na Constituição Federal, pp. 21 e segs., ambos de NERY JÚNIOR.

<sup>36</sup> Es la división conceptual propuesta por LARENZ, en su Metodologia de la ciencia del derecho, p. 584.

<sup>37</sup> En este sentido, LARENZ, cuando al final concluye que, si el principio se aplica de forma inmediata, es *lex* y no solamente *ratio legis* (comprobar, *Metodologia da ciência do direito*, pp. 583 e 584), refiriéndose a los principios por él denominados de *principios con forma de proposição jurídica*, los cuales entendemos aquí como los principios básicos, generales o fundamentales, que se contraponen a los abiertos o informativos.

pertinente<sup>38</sup>, y siendo los principios constitucionales se tornan la base de todo el sistema de normas<sup>39</sup>.

Los principios de derecho son considerados como fuente, como “freno de los fenómenos sociales reprobables”<sup>40</sup>; algunos de los principios a continuación mencionados son explícitos o implícitos en los ordenamientos jurídicos, cuya investigación se da por inducción<sup>41</sup> y por análisis axiológica de los fundamentos del orden jurídico<sup>42</sup> – que, interligados, tienen por objetivo la justicia contractual y la armonización de las relaciones de consumo.

Los principios generales (o básicos), en una definición que merece ser destacada, son “normas fundamentales o generalísimas del sistema”;<sup>43</sup> así, “quien las decepa arranca las raíces del árbol jurídico”.<sup>44</sup> Ese nuevo posicionamiento – como la conceptualización de los principios como derecho – es atribuido al precursor Dworkin, cuyo movimiento, iniciado por sus estudios, es denominado por Bonavides de “revuelta antipositivista”.<sup>45</sup>

---

<sup>38</sup>“Principio” – asevera CLEMENTE – “es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las disposiciones singulares de derecho de una institución jurídica, de un Código o de todo un Derecho Positivo” (O método na aplicação do Direito Civil, *in* Revista de Derecho Privado, ano IV, n.º 37, octubre/16, p. 290, *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 229).

<sup>39</sup>Conferir, BONAVIDES, *op. cit.*, p. 231. Posteriormente, el autor, de forma correcta, dice que las nuevas concepciones y la jurisprudencia de Cortes Constitucionales denotan tendencia irreversible a la valoración y eficacia de los principios como normas-llave del sistema jurídico (*op. cit.*, p. 257).

<sup>40</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nic.*, Libro IX.

<sup>41</sup> HELENA DINIZ, *op. cit.*, p. 235.

<sup>42</sup> En este sentido, BETTI asevera que los principios generales “deben ser concebidos no como el resultado, perquirido a posteriori, por un ávido procedimiento de sucesivas abstracciones y generalizaciones, mas como sumos valores normativos, principios y criterios axiológicos que constituyen el fundamento del orden jurídico y que poseen una función genética con relación a las normas particulares” (Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milão, 1949, pp. 205, 207, 210 e 212, *apud* HELENA DINIZ, p. 239).

<sup>43</sup> Es la definición de BOBBIO, v. Teoria dell'ordinamento giuridico, Turim, Giappichelli, s/d, pp. 181/182, *apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 236.

<sup>44</sup> *Op. cit.*, p. 259.

<sup>45</sup> *Op. cit.*, p. 238. En la continuación de sus estudios, BONAVIDES, analizando los principios normativos, acompañando al jurista germánico Esser, enseña que “(...) los principios normativos son apenas aquellos institucionalmente eficaces, y lo son en la medida en que se incorporan en una institución y sólo así logran eficacia positiva” (J. Esser, Principio e norma, p. 88, *apud* BONAVIDES, p. 242).



Para la interpretación de cualquier norma, debe el intérprete – en la tentativa de amoldar la ley al caso concreto, o incluso de suplir eventuales lagunas del texto legal – recurrir no solamente a las reglas de la hermenéutica, sino también prioritariamente a los denominados principios monovalentes, que se refieren a una determinada ciencia y posteriormente, si es el caso, a los principios generales del derecho.

El hermeneuta debe, de esta manera, valerse de los principios básicos del derecho del consumidor, siendo o no la regla deficiente, entendiéndose por derecho deficiente las lagunas e incorrecciones.<sup>46</sup>

El derecho de las relaciones de consumo viene creando un sistema propio, con subsistemas que le dan soporte, con base en principios que socorren al estudioso en la exégesis y en la integración de las normas de consumo. Tales principios son lastres teóricos del derecho del consumidor.

En la utilización de la teoría del abuso del derecho, por ejemplo, cuando se trata de cláusulas abusivas, prácticas abusivas, publicidad abusiva mediante la utilización o no de la personalidad jurídica, hay un microsistema propio, que se contrapone a la teleología de los principios básicos del derecho del consumidor.

El subsistema del abuso del derecho – en el derecho del consumidor – puede ser analizado frente a la utilización ordenada de los conceptos de abuso, en armonía con los principios fundamentales de las relaciones de consumo. Ahí se encuentra la importancia del análisis de los principios del derecho del consumidor, pues del estudio de su unidad se extraen los pequeños sistemas o microsistemas, incluidos en el sistema mayor de las relaciones de consumo.

Se amolda así, el conjunto de las previsiones del abuso del derecho en las relaciones del consumo a las principales características traídas por los estudiosos para la conceptualización o definición del

---

<sup>46</sup> Sobre el denominado “Derecho deficiente”, v. ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, p. 275, donde analiza las dos formas de deficiencia, como las lagunas y las incorrecciones, y las dificultades de distinción entre vacíos e hipótesis de “corrección” de ley. Conceptuando, Engisch esclarece: “Las lagunas son deficiencias del derecho positivo (...), aprensibles como faltas y fallas de contenido de reglamentación jurídica para determinadas situaciones de hecho en que es de esperar esa reglamentación e en que tales fallas postulan y admiten a su remoción a través de una decisión judicial jurídico-integradora” (op. cit., p. 279). Posteriormente, resumiendo, se concluye que las lagunas pueden ser involuntarias o voluntarias, o sea, analiza la hipótesis en que el legislador, de forma proposital, deja una cuestión jurídica “en abierto”, entretanto, los casos de utilización de conceptos vagos (p. 280).

sistema; en este razonamiento, vemos la lección de Kant sobre sistema, según el cual este se consubstancia en “un conjunto de conocimientos ordenados según principios”,<sup>47</sup> pudiéndose inclusive sumar, con razón, los elementos traídos por Wilhelm Canaris – para la configuración de sistema –, que son la unidad y la coherencia que, además, caracterizan el subsistema del abuso del derecho.<sup>48</sup>

Tales principios, en razón de tener por desiderativo la justicia contractual y la armonización de las relaciones de consumo – y como fundamentos la vulnerabilidad del consumidor y la superioridad de los intereses difusos sobre los de cuño meramente individual –, se oponen al desvío de la finalidad de los derechos, de las relaciones de consumo, de la personalidad jurídica, de la afrenta a la equidad, la buena fe y la proporcionalidad. Estas finalidades de los principios de las relaciones de consumo crean la unidad teleológica necesaria para la caracterización del sistema.

## *2. Principios del sistema del derecho de las relaciones de consumo*

Entre los principios usualmente mencionados como fundamentales de las relaciones de consumo podemos mencionar los siguientes:

2.1. Vulnerabilidad del consumidor. El consumidor persona física es vulnerable, razón por la cual habiendo duda (en las interpretaciones de cláusulas contractuales o en la apuración de las informaciones), debe ser extirpada en beneficio de él, y de esta manera se justifica, además, la posibilidad de inversión de la carga de la prueba, cuando es permitida por el ordenamiento jurídico<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, preámbulo, p. IV, *apud* WILHELM CANARIS, *op. cit.*, p. 10.

<sup>48</sup> Pensamento sistemático e conceito de sistema en la ciencia do direito, *passim*.

<sup>49</sup> Es un principio explícito en la Resolución de la ONU, de 09/04/85, en el Código Brasileño de Defesa do Consumidor (art. 4.º, I), implícito en las Leyes Paraguaya (Ley n.º 1334/98) y Uruguaya (Ley n.º 17.250/00). V. también MARINS, Código de Defesa do Consumidor Comentado, p. 44.

2.2. Isonomía real. El ordenamiento no soporta más la idea defendida – cuando la autonomía de la voluntad alcanzó su ápice –, de que todos son iguales, justificando así la elaboración de todo tipo de contrato y la exigencia en la justicia de todos las obligaciones inclusive las inicuas. Se debe tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, en la medida de su desigualdad<sup>50</sup>.

2.3. Indemnización integral (*o restitutio in integrum*). El resarcimiento de los daños debe ser integralmente soportado por los proveedores, no cabiendo pues la llamada indemnización tarifada, como por ejemplo, la que era impuesta por la Convención de Varsovia<sup>51</sup>.

2.4. Prohibición del abuso del derecho. Los ordenamientos jurídicos están progresivamente impidiendo las prácticas, cláusulas y publicidades abusivas, y así se hace usualmente prohibiendo explícitamente tales manifestaciones abusivas o invocando los principios que se oponen al abuso del derecho. Entre otros principios (que no aluden sólo a esta teoría) se destacan: a) función social. No solamente los contratos, sino también la publicidad y las prácticas comerciales deben seguir su función social, siendo inconcebible que un proveedor se utilice del contrato contra la propia sociedad que proporciona a este negocio jurídico la eficacia jurídica necesaria para tornar perfectas y exigibles las obligaciones oriundas del acuerdo de voluntades; b) función económica. La actuación de las personas jurídicas, o mejor dicho, de todos los proveedores, debe seguir su función económica, no admitiéndose

---

<sup>50</sup> Véase, por todos, Nelson Nery Junior, Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, RT, n. 3, pp. 44 e s., set./dez. 1992.

<sup>51</sup> NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 59.

que la empresa actúe caminando para la insolvencia o la quiebra, y vaya así a perjudicar a los consumidores; c) proporcionalidad. Se aplica tal principio a todas las relaciones de consumo<sup>52</sup>. Canotilho lo desdobra en principio de conformidad o adecuación de medios (Geeignetheit), principio de exigibilidad o de la necesidad (Erforderlichkeit) y el principio de proporcionalidad en el sentido restringido (Verhältnismässigkeit)<sup>53</sup>. Pierre Muller también profundiza en la proporcionalidad con las concepciones amplia y estricta<sup>54</sup>. En el análisis del derecho comparado, en lo que se refiere al derecho del consumidor, podemos observar expresamente la adopción del principio de la proporcionalidad en el Brasil<sup>55</sup>, España<sup>56</sup>, Paraguay<sup>57</sup>, Uruguay<sup>58</sup> y en el derecho comunitario<sup>59</sup>.

2.5. Cláusula general de buena fe. Usualmente adoptada en los ordenamientos de defensa de los consumidores en su criterio objetivo, como en el Código Brasileño de Defensa de los

---

<sup>52</sup> FERNANDES NETO, O abuso de direito no Código de Defesa do Consumidor, pp. 68/73 e 92/99.

<sup>53</sup> Direito Constitucional, pp. 382/383.

<sup>54</sup> MULLER, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Band 97, 1978, Basel, p. 531, *apud* BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, p. 356.

<sup>55</sup> En los artículos 4.º, III e VII; 6.º, V; 28 caput; art. 32, párrafo único; art. 39, incisos I e V; art. 42; art. 51, IV, § 1.º, incisos II e III e § 2.º; art. 52, § 2.º; art. 53, caput e § 2.º, entre otros.

<sup>56</sup> Cuya Ley n.º 20/1984, del 19 de julio de 1984, denominada “*Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*”, al reclamar la defensa contractual, impone el equilibrio de las contraprestaciones y así conceptuó las cláusulas abusivas en su ítem 10: “*Las cláusulas abusivas, entendiendo por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor ...*”.

<sup>57</sup> Ley n.º 1334/98, art. 30 (pertinente a la reducción proporcional de los intereses).

<sup>58</sup> Ley n.º 17.250/00, artículos 22, letra C (pertinente a plazos desproporcionales para las obligaciones) y 30, entre otros.

<sup>59</sup> En el art. 3.º, de la Directriz 93/13/CEE, pertinente a las cláusulas abusivas, adoptó como criterio o desequilibrio significativo entre los derechos e las obligaciones de las partes del contrato.

Consumidores<sup>60</sup> y en la Ley Uruguaya<sup>61</sup> de defensa de los consumidores. Federico de Castro y Bravo enseña inclusive sobre la conexión entre la buena fe, las buenas costumbres y el abuso del derecho<sup>62</sup>; la buena fe siempre estuvo ligada al el estudio del abuso del derecho, pues, usualmente, surge el abuso cuando se enfrenta a la buena fe; postulado semejante es el de José Manuel Martín Bernal para el cual por intermedio del principio de la buena fe se puede constatar las manifestaciones del abuso del derecho<sup>63</sup>. Además, es correcto decir que la doctrina alemana desarrolló la teoría del abuso del derecho a partir del análisis de la cláusula general de la buena fe, como consta en el § 242, del BGB<sup>64</sup>.

2.6. Identificación de la publicidad. Tal principio cohibe la publicidad oculta. No se debe decir que esté prohibido el merchandising, pero debe el proveedor informar al comienzo de cada película o telenovela los anunciantes que serán beneficiados con una publicidad. La importancia de este principio ha hecho con que los legisladores conviertan en ley tal primado<sup>65</sup>.

2.7. Vinculación contractual de la publicidad. La publicidad suficientemente precisa integra el contrato que vaya a ser celebrado<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Ley n.º 8.078/90, artículos 4.º, III e 51, IV, entre otros.

<sup>61</sup> Citada Ley n.º 17.250/00, art. 30.

<sup>62</sup> *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, p. 62.

<sup>63</sup> El abuso del derecho, p. 188.

<sup>64</sup> Lección precisa de MENEZES CORDEIRO, en nota na p. 73, à obra *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, de WILHELM CANARIS, por él traducida.

<sup>65</sup> Código Brasileño de Defensa do Consumidor, art. 36; Ley Española 34/1988, de 11 de noviembre, art. 7; Ley Uruguaya de Defensa del Consumidor, art. 24; y hasta en el Código Ético sobre publicidad en Internet de la Asociación de Autocontrol de la Publicidad, aprobado en su Asamblea General Ordinaria celebrada el 14 de abril de 1999, art. 5.

<sup>66</sup> NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 67.

2.8. Conservación del contrato. No obstante existan cláusulas abusivas, debe el magistrado hacer todos los esfuerzos posibles para mantener el negocio jurídico, a no ser que el equilibrio sea roto<sup>67</sup>.

2.9. Veracidad de la publicidad. La publicidad debe ser verídica lo que impide el engaño aún siendo por omisión de dato esencial.<sup>68</sup>

2.10. Carga de la prueba a cargo del proveedor. Debe el proveedor mantener un archivo con los datos de la publicidad a fin de comprobar en juicio la corrección de los anuncios, poseyendo como fuente la Directiva 84/450 de la UE<sup>69</sup>.

2.11. Corrección del desvío publicitario. Siendo vehiculizadas publicidades engañosas o abusivas (incluyendo entre estas la publicidad oculta), debe el proveedor cargar con los costos para una contrapublicidad (contrapropaganda o *corrective advertising*) hasta cesar totalmente el maleficio.<sup>70</sup>

2.12. Protección a la confianza. Recientemente algunos ordenamientos están protegiendo en los negocios jurídicos, no la voluntad (teoría de la voluntad o *Willenstheorie*), ni su declaración (teoría de la declaración o *Erklärungstheorie*); protegen la confianza depositada por los consumidores, la legítima expectativa que proviene de las declaraciones de voluntad, de las publicidades, de las ofertas, en fin todas las informaciones recibidas por los destinatarios. Dentro de este principio incluyo el subprincipio de la información, por el cual

---

<sup>67</sup> NERY JUNIOR, op. cit., p. 62.

<sup>68</sup> NERY JUNIOR, op. cit., p. 67.

<sup>69</sup> En el mismo sentido véase artículo 38, del Código Brasileño del Defensa del Consumidor. V. también NERY JUNIOR, op. cit., p. 67.

<sup>70</sup> *Ibid.*

el proveedor esclarece al comprador todos las contraindicaciones y riesgos del producto o servicio<sup>71</sup>.

#### **IV. EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE CONSUMO**

El abuso del derecho es una doctrina que surgió en razón de la desviación del derecho – lastreada en el concepto itinerante de abuso – y tuvo como antecesora la teoría de los actos emulativos, encontrándose umbilicalmente unido a la cláusula *rebus sic stantibus* y a la teoría de la imprevisión, porque todo aquel que exige el cumplimiento de un contrato, sabiendo – o que por las circunstancias debería saberlo – que hubo alteraciones en las condiciones que formaron la base del contrato y pueden causar desventaja exagerada para la parte contraria, abusa de su derecho. Siendo así, esta es una de las diversas maneras de la manifestación del abuso del derecho en el contrato; en este caso, el abuso se manifiesta en la fase de ejecución.

Puede inclusive ocurrir la desviación del derecho en la fase que antecede a la celebración del contrato – a través de la elaboración y predisposición de cláusulas abusivas en contratos de adhesión –, en su conclusión o en la ejecución, como ya se colocó; puede ella manifestarse en cualquiera de las fases del contrato, sea él de consumo o no. Puede el abuso del derecho manifestarse, inclusive, en la fase de elaboración del contrato, por práctica abusiva, *v.gr.*, cuando el proveedor deja de indicar el plazo para cumplir su obligación; en esta hipótesis, el abuso se manifiesta por omisión.

---

<sup>71</sup> Sobre el principio da información véase MARINS, *op. cit.*, p. 60 y TOURNEAU, *La responsabilité des vendeurs et fabricants*, p. 17.

En la tentativa de fijar el objeto del estudio, entendemos que el abuso del derecho se consubstancia con el desvío de la finalidad económico-social del derecho, de las relaciones e instituciones por el creadas o normatizadas; es el exceso del derecho que enfrenta las proporciones delineadas en la ley, los principios generales del derecho y los sistemas jurídicos a que pertenece.

Los criterios para detectarse la manifestación del abuso del derecho en las relaciones de consumo advienen de la fuerza normativa de los principios básicos, fundamentales o generales del derecho del consumidor – que se contraponen al abuso del derecho –, en razón de la simetría entre ellos existente. Tal correspondencia armónica entre los criterios y los principios es evidente, en razón del análisis sistemático de las leyes de consumo, y de la interrelación normativa.

De la unidad teleológica de los principios básicos que se contraponen al abuso del derecho, se verifica la concretización de subsistemas pertinentes al abuso del derecho, caracterizado por la unidad y coherencia de valores agrupados con el objetivo de evitar la manifestación abusiva en la relación de consumo.

Tales principios sistematizadores de las relaciones de consumo demuestran la poca importancia del principio de la autonomía privada para el sistema jurídico de las relaciones de consumo. El principio de la autonomía privada se funda en la autodeterminación y en la libertad relativa a los negocios, el equilibrio de las relaciones de consumo tienen por lastre la limitación de la libertad de contratar y es a través de esta limitación en el campo contractual que ejerce su mayor eficacia en la protección del consumidor.



La publicidad abusiva es una deformación del derecho de manifestar el pensamiento, pudiendo sus modalidades ser detectadas mediante confrontación entre la publicidad y los principios contrapuestos al abuso del derecho, por lo que se puede utilizar todos los criterios para la constatación de la desviación del derecho, especialmente el desvío de la función social y económica, para verificar si la publicidad es o no abusiva. Se puede abusar, de esta manera, del derecho de manifestar el pensamiento, inclusive porque de todo y cualquier derecho se puede abusar, inexistiendo así derecho que sea absoluto, ni siquiera el derecho a la vida.

Las manifestaciones abusivas pueden ocurrir en la Internet, siendo, abusiva, *v.gr.*, la cláusula incluida en algunos contratos utilizados por proveedores de acceso que actúan con remates virtuales, teniendo por propósito eximir de responsabilidad con relación a la entrega del producto adquirido, o por el no pago del producto vendido. Es abusiva también la cláusula de irresponsabilidad utilizada por proveedores de acceso, que tiene por objetivo eximir a dichos proveedores (*v.gr.*, en caso de obtención electrónica no autorizada de datos por hackers etc.) Los bancos – proveedores para los fines del derecho del consumidor – que utilizan la Internet para operaciones bancarias, deben propiciar un ambiente seguro, bajo pena de responsabilidad.

En lo que atañe a los efectos del abuso del derecho, varias son las hipótesis, pues, siendo el abuso del derecho polimorfo, multiformes son sus consecuencias.

La demanda que tiene por objetivo declarar la nulidad de cláusula abusiva puede incoar sentencia meramente declaratoria o constitutiva negativa, lo que dependerá de los límites del pedido, al cual la sentencia deberá corresponder. Será la sentencia constitutiva si, por

ejemplo, modificar la cláusula abusiva – integrando el contrato –, tornandola válida para las relaciones de consumo.

No es aconsejable a los que protegen intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos – en lo que se refiere a las cláusulas abusivas – que ingresen con un pedido meramente declaratorio, por dos razones de cuño práctico: una, porque la acción meramente declarativa no proporciona la ejecución de su sentencia; dos, porque esto no impedirá que, declarada la nulidad de la cláusula, venga el predisponente a inserir cláusulas de tenor semejante a los demás contratos de adhesión. Para una amplia defensa, actuando inclusive de forma preventiva, el órgano de protección del consumidor debe considerar la acumulación de un pedido conminatorio, para obstaculizar la eventual inclusión de cláusulas semejantes o con efectos asemejados.

Está naciendo en diversos ordenamientos jurídicos un subsistema para la configuración y conceptualización del abuso del derecho en las relaciones de consumo, ampliando los conceptos y criterios tradicionalmente analizados por los doctrinadores. El abuso del derecho se puede manifestar en las cláusulas contractuales (cláusulas abusivas), en la publicidad (publicidad abusiva), en las prácticas comerciales (prácticas comerciales abusivas, inclusive en la fase que antecede a la elaboración del contrato) y, finalmente, a través de la utilización de la persona jurídica.

Para la constatación de la manifestación abusiva en cualquiera de estas relaciones de consumo, podrá ser analizada la afrenta a cualquiera de los principios generales del derecho de las relaciones de consumo, en especial los que se contraponen a la

manifestación del abuso del derecho, cuya fuerza normativa trae criterios para la constatación del devío del derecho.

La globalización merece un párrafo más. El funcionamiento de los grandes mercados internacionales depende de una armonía legislativa; el efectivo funcionamiento del Mercosur, que no puede ser postergado, impone la armonía de la legislación – que, además, fue el objeto del Tratado de Asunción hasta ahora incompleto, inclusive porque no se concretizó en el Cono Sur un parlamento semejante al Parlamento Europeo, no obstante posea una muy parecida legislación protectora de la defensa de los consumidores.

La globalización exige una perfecta interrelación normativa, no siendo concebible que se produzca en un país un producto que ya fue considerado peligroso (peligrosidad anormal) y la misma empresa vaya a producirlo en otro. La publicidad transfronteriza y el comercio electrónico merecen urgente reglamentación a fin de impedir actos dañosos irreversibles a los consumidores de diversos países.

## **V. COMBATE A LA ILICITUD TRANSNACIONAL – LA IMPRESCINDIBILIDAD DE LA CONTINUIDAD DE LA INTERRELACIÓN NORMATIVA**

Inequívoca es la interrelación normativa, sea en función de un nuevo derecho privado europeo – con la armonización de la legislación comunitaria, mediante la internación de las directivas –, o en función de la armonización de la legislación del consumo iberoamericana. Tal interrelación precisa ser motivada a fin de enfrentar los delitos transnacionales y todos los ilícitos provocados por la globalización.

Ejemplificando los problemas de la globalización, podemos citar la producción del tabaco modificado genéticamente, denominado Y1, seis veces mas vicioso, como uno de los

peligros de la globalización: la empresa Souza Cruz – subsidiaria de la British-American Tobacco – plantó el tabaco en el Estado de Rio Grande do Sul, en Brasil, y, posteriormente la dirección garantizó, en la Fiscalía de Defensa de los Consumidores de Brasilia, que dicho tabaco no fue vendido en Brasil y afirmando en EUA que no fue importado. Queda, pues, una interrogante: ¿Que fue hecho con tal producto modificado genéticamente? Tenemos que buscar una legislación que prohíba la producción, exportación e importación de productos que sean prohibidos en su país de origen, en razón de la protección de la incolumidad psicofísica y económica de los consumidores y usuarios.

La publicidad transfronteriza merece también un cuidado, especialmente cuando es abusiva o engañosa; y dentro de la abusiva incluimos la denominada “subliminal” (*subliminal advertising*). Nuestra fiscalía en Brasilia ha acordado con la tabacalera Souza Cruz la suspensión de 240 comerciales (publicidades), en horario más caro de la tele, que pretendían alcanzar a los adolescentes y hasta a los niños. Los comerciales ya habían sido pagos (cada una, en dicho horario, costaba aproximadamente US\$ 30,000...). Estos comerciales fueron creación de una agencia de publicidad multinacional (Standard) y fueron suspendidos el 18/12/2000, en Brasil.

Para impedir el maleficio de la publicidad transfronteriza, que alcanza un número indefinido de personas, objeto difuso por excelencia, solamente puede ser impedido mediante una demanda colectiva y el más legitimado es el Ministerio Fiscal, por muchos motivos: primero, por el costo de una demanda, que puede demorar años; segundo, para cohibir una demanda fraudulenta; tercero, para garantizar una buena defensa de la sociedad (tenacidad etc.); cuarto, porque habiendo una actuación conjunta de los Ministerios Fiscales

hará más eficaz el combate a la ilicitud. Tales motivos llevan al Ministerio Fiscal a actuar principalmente como autor de la demanda, apurando las nuevas ilicitudes transnacionales, en la protección de los intereses difusos, siendo esencial la continuidad del desarrollo, no solamente de la normatización protectora de los derechos difusos, como también de la integración del Ministerio Fiscal iberoamericano y europeo en la defensa de los derechos metaindividuales.

## Bibliografía

- ALPA, Guido & BESSONE, Mario (1987): *La responsabilità del produttore*. 3. ed. Milão, Dott, A. Giuffrè Editore.
- . (1980): Danno da prodotti e responsabilità dell'impresa. *Diritto e problemi contemporanei*. Milão, Giuffrè, v. 6.
- . (1979): *Il consumatore e l'Europe*. Padova, Cedam.
- ALVAREZ GONZÁLEZ, Luis Ignacio, Rodolfo Vázquez Casielles y Maria Leticia Santos Vijande (2001). El papel del marketing en la satisfacción de los consumidores de las organizaciones privadas no lucrativas, Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 61/74.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do (1991): *A proteção do consumidor no contrato de venda: reflexões sobre a transformação do direito privado moderno*. Tese de doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- . (1991): et alii. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo, Saraiva.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva (2002): *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – direito procesual*. São Paulo, Saraiva.
- ARAÚJO, Nadia de, Frederico V. Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis (1998): *Código do Mercosul – tratados e legislação*. Rio de Janeiro, Renovar.
- ASCENSÃO, José de Oliveira (1987): *Direito civil reais*. 4. ed. Coimbra.
- e Miguel Pedrosa Machado (1999): O objeto da preferência do arrendatário. Parecer, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XIII, tomo 3, Lisboa.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (1987): Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Madrid, Tecnos S/A.
- BERENGUER CONTRI, Gloria et alii (2001): Los adolescentes como consumidores: la familia como gente de socialización, in Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 35/46.
- BERMUDEZ, Victor Hugo (2000): El Ministerio Público y la protección de los intereses difusos, Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, Montevideo, Aportes Jurídicos 3, pp. 24.
- BERNAL, José Manuel Martín (1982): *El abuso del derecho*. Madrid, Montecorvo.
- CALAIS-AULOY, Jean (1986): *Droit de la consommation*. 2. ed. Paris, Dalloz.
- CANOTILHO, J. J. Gomes (1993): *Direito constitucional*. Coimbra, Almedina.
- CAPRA, Fritjof (1982): O ponto de mutação, Cultrix, São Paulo.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos (1994): *Ação civil pública*. São Paulo, Freitas Bastos.
- CARRASCO PERERA, Angel y Calixto Díaz-Regañón García-Alcalá (1998): El arbitraje de consumo – la experiencia de castilla-la mancha. Madrid, Editorial Tecnos S/A.
- CAUDAS AULETE (1958), *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, Rio, Delta.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago & LANA, José Angel Torres (1989): *Código de derecho del consumo*. Madrid, Editorial Trivium S.A.
- FERNANDES NETO, Guilherme (1999): O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília, Brasília Jurídica.

- (1990): O abuso do direito no projeto 634-B. *Revista de Informações Legislativas*, n. 106, p. 174, abr./jun.
- . (1993): *Cláusulas abusivas do SFH: um interesse coletivo*. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, v. 702, pp. 15/25.
- et alii (1991): *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*. São Paulo, Saraiva.
- FLAH, Lily R. & SMAYEVSKY, Miriam (1989): *Teoría de la imprevisión*. Buenos Aires, Depalma.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (1995): Os sindicatos e a defesa dos interesses difusos. São Paulo, RT.
- FORKOSCH, Morris D (1979): Abus du droit under doctrine and jurisprudenc in the United States. *L'abus de droit*. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- FRANCIA, Andrea di (1979): L'abuso di diritto nella legislazione, nella dottrina e nella giurisprudenza italiana. *L'abus de droit*. Padova, Cedan, Milão Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- FREDERICO MARQUES, José (1959): *Instituições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro, Forense, v. 1.
- GROSS ESPIELL, Héctor (2000): El artículo 42 del Código General del Proceso y la defensa de los intereses difusos, Área de Capacitación del Ministerio Público y Fiscal del Uruguay, Montevideo, Aportes Jurídicos 3, pp. 1/21.
- HONDIUS, Ewoud (1980): La responsabilidad del produttore nel diritto olandese. *Danno da prodotti e responsabilidad dell'impresa*. Coord. Guido Alpa e Mario Bessone. Milão, Giuffrè.
- LEMA DEVESA, Carlos e Jesús Gómez Montero (2001): Código de Publicidad. 3. ed., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- LORENZETTI, Ricardo Luis (2000): *La oferta como apariencia y la aceptación basada en la confianza*, in Revista de Direito do Consumidor, n.º 35, julho-setembro, Revista dos Tribunais, São Paulo-SP;
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo (1992). *Ação civil pública*. 2. ed. rev. e ampl, São Paulo, RT;
- . (2000): Interesses difusos – conceito e legitimação para agir, 5. ed. rev. e ampl., São Paulo, RT.
- MARINS, James, ALVIM, Thereza e ARRUDA ALVIM, Eduardo (1995): *Código de Defesa do Consumidor Comentado*, 2. ed. rev. e ampl. São Paulo, RT.
- MILARÉ, Édís (2001): Coordenador. Ação civil pública, São Paulo, RT.
- NERY JÚNIOR, Nelson (1983): *Vícios do ato jurídico e reserva mental*. São Paulo, RT.
- . (1990) *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo, RT.
- . et alii (1991): *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro, Forense.
- . (1992): O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo. *Justitia*, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, a. 54, v. 160, p. 248, out./dez.
- . Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 1, pp. 200/221.
- . (1983): A ação civil pública. *Justitia*, Procuradoria-Geral de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, v. 120, pp. 79/88.
- et alii (1984): *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo, Saraiva.
- . (1992): Os princípios gerais do código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 3, pp. 44/77, set./dez.
- & NERY, Rosa Maria Andrade (1994): *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo, RT.
- . (1995): *Atualidades sobre o processo civil: a reforma do Código de Processo Civil brasileiro de dezembro de 1994*. São Paulo, RT.
- MEDINA ORTA, Oscar (2001): Comportamiento de compra en el punto de venta, tipología de compradores y elección de marca, Estudios sobre consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, Instituto Nacional del Consumo, Madrid, n.º 58, pp. 9/22.
- MIRANDA PIZZOL, Patricia (1998): *Liquidação nas ações coletivas*, São Paulo, Lejus.
- PHILLIPS, Jerry J. (1993): *Products liability*, St. Paul, West Publishing Co.
- PRADE, Péricles (1987): *Conceito de interesses difusos*, 2 ed., São Paulo, RT.
- RAMSAY, Iam (1992): O controle da publicidade em um mundo pós-moderno, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, n. 4, pp. 26 e s.
- REZZONICO, Juan Carlos (1987): *Contratos con cláusulas predispuetas*. Buenos Aires, Astrea.
- RIBEIRO, Neves (1994): Acesso dos consumidores à Justiça: algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor: propostas de solução. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, RT, v. 12, pp. 12/25, out./dez.
- RISOLIA, Marco Aurélio (1958): *Soberania y crisis del contrato*. Buenos Aires, A. Perrot.
- TORRINHA, Francisco (1942). *Dicionário Latino-Português*, Porto, Gráficas Reunidas Lda.
- TOURNEAU, Philippe le (1997): *La responsabilité des vendeurs et fabricants*. Paris, Dalloz.

- WILHELM CANARIS, Claus (1989): *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- YASSIM, Assad Amadeo (1980): Considerações sobre abuso do direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 69, pp. 16/25, ago.
- YEAZELL, Stephen C. (1998): *Federal Rules of Civil Procedure – with selected statutes and cases*, Aspen Law & Business – A Division of Aspen Publishers, Inc., New York.
- ZELTNER, Wladimir Z. (1979): Abuse of right in israeli law. *L'abus de droit*. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani.
- ZONDERLAND, P. (1979): L'abus de droit et le titre introductif du projet de Code Cível néerlandais. *L'abus de droit*. Padova, Cedan, Milão, Casa Editrice Dott. Antonio Milani